

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP
Curso de Pós- Graduação Lato Sensu em Direito do Trabalho

A PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO DO TRABALHO

CARLA VERDERANO DE SOUZA

Orientadora: Prof^ª Cláudia José Abud

SÃO PAULO

2013

CARLA VERDERANO DE SOUZA

A PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO DO TRABALHO

Monografia apresentada para conclusão do curso de Pós- Graduação Lato Sensu em Direito do Trabalho realizado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, sob a orientação da Prof^a Cláudia José Abud.

SÃO PAULO

2013

Dedico esta monografia à minha filha Caroline e aos meus pais que me dão apoio em todos os momentos da minha vida

Agradeço à professora e orientadora Cláudia José Abud por toda aprendizagem e conhecimentos transmitidos, e à Diretoria do curso de Pós- Graduação Lato Sensu em Direito do Trabalho da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP pelo apoio institucional.

Resumo

O presente estudo tem como finalidade apresentar os principais pontos e matérias processuais que envolvem a produção de prova no processo do trabalho, com ênfase no conceito, princípios e meios de prova. De um modo geral, são apresentadas definições básicas para que a parte realize a produção de prova no processo. Para tanto, é abordado o significado acerca da verdade real e a formal e sua relação com o direito processual do trabalho. São apontados também princípios processuais inerentes à produção de prova especificamente no que tange o direito processual do trabalho. Também foram destacadas as causas que ensejam a nulidade processual relacionadas a produção de prova, bem como o momento para a produção da prova documental, ônus das partes e, ainda, a presunção absoluta e relativa que pode ocorrer em decorrência de determinado ato produzido pela parte. São destacados os tipos de provas que podem ser realizadas. No que tange a prova testemunhal, foi feita referência de quem tem capacidade para ser testemunha e qual o número máximo que cada parte pode ouvir em audiência. Ainda no que tange a prova testemunhal, também é aduzido o tema inerente a qualificação da testemunha, contradita e forma de acareação. Já encerrando o trabalho foi discorrido o tema sobre a valoração da prova testemunhal, prova dividida e a possibilidade de substituição de testemunhas no processo trabalhista.

Abstract

The present study aims to present the main points and procedural matters involving the presentation of evidence in the labor process, with emphasis on the concept, principles and evidence. Generally, basic definitions are presented for the party to perform the evaluation of evidence in the process. Therefore, it is discussed the meaning and the real truth about their relationship with formal and procedural law work. Are pointed also procedural principles inherent in producing evidence specifically regarding procedural law work. Also highlighted were the causes that lead to invalidation concerning the production of evidence, and the time for the production of documentary evidence, the burden of the parties and also the relative and absolute presumption that may arise from any particular act produced by the produced by the particular act. Highlights the types of tests that can be performed. Regarding oral evidence, reference was made to those who have the capacity to be a witness and the maximum number that each party can hear audience. Even with respect to testimonial evidence is also adduced the theme inherent qualification of the witness, contradicted and form of confrontation. Already ending the work was the subject discoursed on the valuation of the proof, split proof and possibility of substitution of witnesses in the labor process.

Sumário

Introdução	10
1. Definição	11
2. Verdade Real x Verdade Formal	12
3. Princípios sobre a Prova	15
3.1 Princípio da Verdade Real	16
3.2. Princípio do livre convencimento ou persuasão racional	17
3.3. Princípio da oportunidade da prova	18
3.4. Princípio da Necessidade ou Utilidade	18
3.5. Princípio da aptidão para a prova	18
4. Arguição de Nulidade	19
5. Momento de Produção da Prova	27
6. Ônus da Prova	29
7. Presunção Relativa e Presunção Absoluta	31
8. Provas em Espécie	33
8.1. Prova documental	33
8.2. Inspeção Judicial	34
8.3. Prova pericial	35
8.4. Depoimento pessoal e prova	38
8.5. Prova testemunhal	39

8.6. Prova ilícita	40
9. Capacidade de ser Testemunha	42
9.1. Depoimento da testemunha menor de 18 anos	48
10. Número Máximo de Testemunhas no Processo do Trabalho	49
11. Qualificação da Testemunha	50
12. Contradita	52
13. Acareação de Testemunhas	53
14. Falso Testemunho	55
15. Valoração da Prova Testemunhal na Justiça do Trabalho	58
16. Prova Dividida	61
17. Substituição de Testemunha no Processo do Trabalho	62
Conclusão	68
Referências Bibliográficas	71

Introdução

A presente monografia tem como escopo apresentar os aspectos gerais com relação à produção de prova no processo do trabalho, em especial a testemunhal, discorrendo a respeito dos principais conceitos, princípios e regras processuais que envolvem a matéria tratada.

Foi feita uma breve definição a respeito da prova processual no processo do trabalho, abordando os princípios e normas que tratam esse assunto, bem como os meios em que podem ser produzidas e o ônus processual atribuído a cada parte.

Especificamente com relação à prova testemunhal foi destacada a capacidade para ser testemunha e sua qualificação, número máximo de oitiva de acordo com o rito e em caso de inquérito judicial para apuração de falta grave, contradita, acareação, forma de valoração da prova testemunhal, prova dividida e a substituição de testemunhas no processo trabalhista.

O trabalho se encerra com a Conclusão, onde são apresentados os principais pontos explanados acerca dos temas acima destacados.

A PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO DO TRABALHO

1. Definição

Na definição de Arruda Alvim¹ *“Prova são meios definidos pelo direito como idôneos para convencer o juiz da ocorrência ou não ocorrência de determinados fatos.”*

Amauri Mascaro² conceitua prova citando Chiovenda: *“provar significa forma a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo. Para Laurent: a demonstração legal da verdade de um fato.”*

Abaixo, segue comparação realizada por Jônatas Luiz Moreira de Paula³ do vocábulo prova usado por ciências exatas do mesmo vocábulo, porém utilizado no âmbito jurídico.

“As ciências experimentais necessitam de um procedimento apto a demonstrar a eficácia de uma fórmula ou do próprio experimento como fator condicionante de sua viabilidade. Diferente não é na ciência jurídica, porque influenciada pela filosofia positivista, necessita de prova que atesta não só a existência de atos jurídicos como de sua eficácia.”

Temos que a palavra prova apresenta duplo significado: como meio e como resultado. Segundo Couture⁴, prova pode ser o *“o meio de verificação que os litigantes formulam em juízo.”* No sentido de resultado, prova é o produto obtido mediante procedimento com a finalidade de convencer o juiz a cerca da existência ou não de um fato ou relação jurídica.

¹ ALVIM, ARRUDA; RT, 1996, p. 399

² NASCIMENTO, AMAURI MASCARO; Saraiva, 2008, p. 90

³ PAULA, JÔNATAS LUIZ MOREIRA; LED – Editora de Direito, 2001 p. 283

⁴ PAULA, JÔNATAS LUIZ MOREIRA; LED – Editora de Direito, 2001 p. 283

Moacyr Amaral Santos⁵ aduz que a palavra prova, enquanto vocábulo é usada em várias acepções, mesmo restringindo-se no sentido jurídico. Ele diz que:

“significa a produção dos atos ou dos meios com os quais as partes ou o juiz entendem afirmar a verdade dos fatos alegados (actus probandi); significa ação de provar, de fazer a prova. Nessa acepção se diz: a quem alega cabe a prova do alegado, isto é, cabe fornecer os meios afirmativos da sua alegação.”

É certo que o real objetivo da prova é formar a convicção do juiz, em torno dos fatos relevantes à relação processual. Em razão disso é que as partes destinam a prova ao juiz da causa, tendo em vista que é o mesmo quem deverá se convencer da verdade dos fatos para proferir um julgamento a respeito da lide.

2. Verdade Real x Verdade Formal

A necessidade de distinção conceitual entre verdade real e verdade formal teve início no confronto entre processo penal e processo civil. Isso porque, no processo civil os interesses, supostamente, não são tão relevantes quanto os interesses no processo penal vez que os bens tutelados são a vida e a liberdade versus o *jus puniendi* do Estado.

Entretanto, pode-se dizer que atualmente a prova, tanto no processo civil quanto no penal, visa a busca da verdade real. O conceito doutrinário de verdade formal não se adequa mais a nova realidade do processo.

O interesse do direito no que tange à verdade nasce assim que iniciado o processo, na para o efeito de fazer o juiz formar seu convencimento a partir daquilo que é ou parece ser, dentro dos autos.

⁵ SANTOS, MOACYR AMARAL; Saraiva, 1983, p. 2

Mas na esfera processual, entretanto, o conceito de verdade não tem unanimidade e ele apresenta-se de forma dividida, racionada em uma verdade *real* (substancial) e uma verdade *formal* (processual).

Resumidamente, pode-se conceituar a verdade formal na que resulta do processo, mesmo que não encontre exata equivalência com os fatos. Em contrapartida, a verdade real é aquela a que chega o julgador, reveladora dos fatos tal como ocorreram historicamente e não como querem as partes que apareçam realizados.

Apesar do assunto em questão ser a conceituação de *verdades*, nem sempre a formal corresponde a real, que se converte em algo censurável ao ponto em que se origina um certo constrangimento com sentimento de insegurança no âmbito legal civil.

De acordo com o já exposto, temos que no processo civil o julgador pode formar seu convencimento tomando como base a verdade formal, visto que, teoricamente, o direito material dispõe sobre direito disponível, sendo que no processo penal o juiz procura a verdade real em razão de estar tratando-se de direito indisponível, ou seja, aquele direito que a lei considera essencial à sociedade e é tutelado pelo Ministério Público.

Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco ⁶ também se posiciona a respeito, cita-se:

“A verdade e a certeza são dois conceitos absolutos e, por isso, jamais se tem a segurança de atingir a primeira e jamais se consegue a segunda, em qualquer processo (a segurança jurídica, como resultado do processo, não se confunde com a suposta certeza, ou segurança, com base na qual o juiz proferiria os seus julgamentos). O máximo que se pode obter é um grau muito elevado de probabilidade, seja quanto ao conteúdo das normas, seja quanto aos fatos, seja quanto à subsunção

⁶ DINAMARCO, CANDIDO RANGEL; Malheiros, 1999, p. 318

destes nas categorias adequadas. No processo de conhecimento, ao julgar, o juiz há de contentar-se com a probabilidade, renunciando à certeza, porque o contrário inviabilizaria os julgamentos. A obsessão pela certeza constitui fator de injustiça, sendo tão injusto julgar contra o autor por falta dela, quanto julgar contra o réu (a não ser em casos onde haja sensíveis distinções entre os valores defendidos pelas partes); e isso conduz a minimizar o ônus da prova, sem contudo alterar os critérios para a sua distribuição.”

Trazendo esta questão para a prática, por exemplo, pode-se dizer que, se um empregado não puder provar aquilo que está postulando (horas extras, equiparação, etc.), prevalecerá à verdade do empregador, mesmo que a não efetivamente ocorrida, posto que, teoricamente, na esfera trabalhista, a busca com relação às provas produzidas diz respeito à verdade formal. Nota-se, portanto, que muito embora no processo o julgador procure sempre pela verdade real, pode ocorrer de prevalecer à verdade formal.

Deste modo, um processo somente atingirá seu objetivo, enquanto instrumento de justiça, no momento em que for combinada a verdade real com a formal. É neste sentido o contexto da justiça trabalhista que, oportunamente cabe mencionar, a chamada inversão do ônus prova pode ser utilizada em benefício da parte mais fraca, como veremos adiante.

Apesar da existência da verdade real e a verdade formal, não se pode dizer, em hipótese alguma, que o processo procure instituir, apenas, a verdade dos fatos em seu aspecto formal, vez que isto viria por beneficiar um dos lados, que na justiça laboral seria o empregador.

Isto porque, o juiz tem a liberdade de sobrepor-se ao mero aspecto formal, colhendo, por exemplo, depoimentos, do litigante ou de suas testemunhas.

Ainda temos que mesmo no caso de uma ocorrência desse tipo, o direito brasileiro admite que a verdade real possa aparecer, mesmo quando a sentença já transitou em julgado.

Para tanto a parte interessada poderá propor ação rescisória, nas hipóteses previstas no artigo 485 do CPC, especificamente no inciso VI, que trata de sentença que teve fundamento em provas falsas apuradas em processo criminal; inciso VII do mesmo artigo que admite a ação rescisória quando o autor obtiver documento novo, anteriormente ignorado ou não feito uso, no momento certo, por alguma razão; e, por fim, motivada em algum fundamento que invalide confissão, desistência ou transação em que se baseou a sentença (inciso VIII).

De outra banda, temos que a verdade absoluta é inatingível, pois, em cada depoimento haverá um grande grau de subjetividade, ou seja, a verdade pode apresentar diferenças pelas diversas premissas e interpretações. Até mesmo porque, a realidade pode ser vista de várias maneiras e, ainda, o juiz pode interpretar, também, de uma forma diversa.

Cumpra ainda observar que a prova visa comprovar a realidade dos fatos ocorridos e não o direito em questão que cabe ao Poder Judiciário fazê-lo, por isso existe a expressão: "*da mihi factum, dabo tibi jus*" (dei-me o fato que te dou o direito).

3. Princípios sobre a Prova

No entender de Celso Antônio Bandeira de Melo⁷ princípios são:

“o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.”

⁷ BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO; Malheiros, 2005, p. 67

Na doutrina encontramos, ainda, vários conceitos que explanam o que são os princípios no Direito, dentre eles destaco os ensinamentos de Sérgio Pinto Martins⁸, segundo o qual “*princípios são proposições básicas que fundamentam as ciências. Para o Direito, o princípio é seu fundamento, a base que irá informar e inspirar normas jurídicas*”.

A aplicação dos princípios para resolução de conflitos é prevista na Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 8º. Vejamos a disposição:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Especificamente com relação à prova no processo do trabalho, podemos destacar a utilização dos seguintes princípios:

- Verdade Real;
- Persuasão racional do juiz (livre convencimento motivado);
- Princípio da oportunidade da prova;
- Princípio da Necessidade ou Utilidade;
- Princípio da aptidão para a prova.

3.1. Princípio da Verdade Real

Este princípio decorre do princípio da primazia da realidade, aplicada ao direito material do trabalho.

⁸ MARTINS, SÉRGIO PINTO; Atlas, 2006, p 41

Nos dizeres de Carlos Henrique Bezerra Leite⁹, é *“inegável que ele é aplicado com maior ênfase neste setor da processualística do que no processo civil”*.

Tal posicionamento baseia-se no art. 765 da CLT que diz: *“Os juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.”*

Na mesma linha de pensamento, temos o ensinamento de Humberto Theodoro Junior¹⁰, ao dizer:

“Não quer dizer que o juiz possa ser arbitrário, pois a finalidade do processo é a justa composição do litígio e esta só pode ser alcançada quando se baseie na verdade real ou material, e não na presumida por prévios padrões de avaliação dos elementos probatórios.”

Diante do acima esposado, constata-se que o juiz trabalhista possui livre arbítrio na condução do processo podendo, inclusive, diligenciar amplamente na busca da verdade real, não estando limitado às provas constantes nos autos.

3.2. Princípio do livre convencimento ou persuasão racional

Este princípio tem a acepção de que o magistrado tem que formar o seu convencimento de forma livre de acordo com a valoração das provas existentes no processo, atentando-se aos fatos e situações demonstradas, mesmo que não alegadas pelas partes.

É o que expressa o art.131 do CPC e o art.832 da CLT:

Art. 131 - O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

⁹LEITE, CARLOS HENRIQUE BEZERRA; LTR, 2007, p. 78

¹⁰THEODORO, HUMBERTO JUNIOR; Forense, 2002, p. 26

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

3.3. Princípio da oportunidade da prova

O significado conceitual deste princípio é no sentido de que a produção de provas deverá ocorrer no momento processual oportuno definido pela lei. Em princípio, não é admitida a produção de provas quando o processo já estiver em fase recursal, conforme entendimento sedimentado na Súmula nº 8 do TST: *“A juntada de documentos na fase recursal só se justifica quando provado o justo impedimento para sua oportuna apresentação ou se referir a fato posterior à sentença”*.

Todavia, com relação ao momento da produção da prova, poderá haver exceções, sendo as provas feitas de maneira antecipada, por exemplo, quando for iminente o perecimento da prova a ser produzida, nos termos do quanto disposto no artigo 846 do CPC: *“A produção antecipada da prova pode consistir em interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial.”*

3.4. Princípio da Necessidade ou Utilidade

O princípio da necessidade ou utilidade tem como diretriz que a prova deve ser útil, vez que a lei (artigo 130 do CPC) autoriza ao juiz a indeferir diligências inúteis e desnecessárias ao deslinde do feito, as quais trazem prejuízo à celeridade e economia processual. Exemplificativamente, temos que os fatos incontroversos não serão objeto de prova, nem a prova de direito federal, fatos notórios, confessados, irrelevantes ou inconcludentes.

3.5. Princípio da aptidão para a prova

Ney José de Freitas¹¹, citando Porras Lopez, assim se manifesta com relação a este princípio: “*em verdade, o princípio da aptidão para a prova encerra um conteúdo simples, mas de alta significação no campo do processo*”.

Isto porque, a parte dotada de melhores condições de produzir a prova deverá produzi-la, independentemente de ser autor ou réu, a fim de trazer aos autos a realidade fática ocorrida entre as partes. O empregador tem o dever de provar mediante documentos quando a lei especifica que deve apresentá-los (cartões de ponto, recibos de pagamento conforme artigo 74 da CLT e E 338 do TST e artigo 321 e 322 do Código Civil). Sonogada a prova que deveria ter sido produzida, poderá o juiz declarar provados os fatos cuja prova foi dificultada pela contra parte (artigo 455 e S 358 do TST). No processo do trabalho, a hipossuficiência do trabalhador enseja aplicação do princípio.

4. Arguição de Nulidade

As nulidades processuais estão previstas nos artigos. 794 a 798, da CLT, aplicando-se, subsidiariamente, as regras do CPC:

“Art. 794. Nos processos sujeitos à apreciação da Justiça do Trabalho, só haverá nulidade quando resultar dos atos inquinados prejuízo às partes litigantes.

Art. 795. As nulidades não serão declaradas senão mediante provocação das partes, as quais deverão argui-las à primeira vez em que tiverem que falar em audiência ou nos autos.

§ 1º Deverá, entretanto, ser declarada ex officio a nulidade fundada em incompetência de foro. Neste caso, serão considerados nulos os atos decisórios.

§ 2º O juiz ou tribunal que se julgar incompetente determinará, na mesma ocasião, que se faça a remessa do processo, com urgência, à autoridade competente, fundamentando sua decisão.

¹¹ PORRAS LOPEZ, 1991, *apud* FREITAS, NEY JOSÉ, Fórum, 2007, p. 131

Art. 796. A nulidade não será pronunciada:

- a) Quando for possível suprir-se a falta ou repetir-se o ato;*
- b) Quando argüida por quem lhe tiver dado causa.*

Art. 797. O juiz ou Tribunal que se pronunciar a nulidade decretará os atos a que ela se estende.

Art. 798. A nulidade do ato não prejudicará senão os posteriores que dele dependam ou sejam consequência.”

O autor Carlos Henrique Bezerra Leite¹² conceitua bem o significado de nulidade processual:

“à luz da teoria civilista, diz-se, comumente, que a nulidade de um ato ocorre quando lhe falta algum requisito que a lei lhe prescreve como necessário para sua validade. Do ponto de vista processual, a nulidade de um ato significa o estado em que ele se encontra em determinada fase do processo e que pode privá-lo de produzir seus próprios efeitos ou destituir os efeitos de outros atos já produzidos”.

Desta feita, temos que a nulidade processual ocorre sempre quando determinado ato foi praticado fora do que a legislação determina.

Torna-se importante ressaltar que os princípios das nulidades são originários da teoria geral do processo e diferem de doutrinador para doutrinador.

Desta forma, encontram-se descritos seis princípios entendidos como mais importantes para a compreensão deste estudo:

- *Princípio da Instrumentalidade*

¹² LEITE, CARLOS HENRIQUE BEZERRA; LTr, 2012, p. 114

O princípio da instrumentalidade do processo encontra-se exposto nos artigos 154, 244 e 249, §2º do Código de Processo Civil, que assim dispõem:

“Art. 154. Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.

Art. 244. Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

Art. 249. O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos ou retificados.

§2º Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta.”

Nesta esteira, tem-se que, pelo princípio da instrumentalidade das formas, a existência do ato processual não é um fim em si mesmo, mas instrumento utilizado para se atingir determinada finalidade. Assim, mesmo que com vício, se o ato atingiu sua finalidade sem causar prejuízo às partes não se declara sua nulidade.

Este princípio privilegia o resultado em detrimento da forma. Assim, embora desrespeitada a forma que a lei prescreveu para a produção de determinado ato, se for atingida a sua finalidade, este ato será convalidado, desde que a forma prescrita não seja requisito essencial para a validade de tal ato.

Sobre o assunto discorre Cândido Rangel Dinamarco¹³:

“Não basta afirmar o caráter instrumental do processo sem praticá-lo, ou seja, sem extrair desse princípio fundamental e da sua afirmação os desdobramentos teóricos e práticos convenientes. Pretende-se que em torno do princípio da instrumentalidade do processo se estabeleça um novo método do pensamento do processualista e do

¹³ DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL; Malheiros, 2001, p. 122

profissional do foro. O que importa acima de tudo é colocar o processo no seu devido lugar, evitando os males do exagerado processualismo e ao mesmo tempo cuidar de predispor o processo e o seu uso de modo tal que os objetivos sejam convenientemente conciliados e realizados tanto quanto possível. O processo há de ser, nesse contexto, instrumento eficaz para o acesso à ordem jurídica justa"

Assim, com base no princípio da instrumentalidade das formas, embora tenha sido desrespeitada a formalidade legal para a produção de determinado ato processual, se atingida a sua finalidade este ato deverá ser convalidado.

Sempre lembrando que este princípio não encontrará aplicabilidade nos casos em que a lei estabelece com requisito essencial a validade do ato, determinada formalidade legal.

- Princípio do Prejuízo ou da Transcendência

Este princípio estabelece que a parte somente poderá arguir a nulidade do ato, somente quando a prática deste ato efetivamente acarretar prejuízo à esta.

Encontra-se previsto nos artigos 794 da CLT e 249, § 1º do CPC, que prevê que só haverá nulidade quando houver manifesto prejuízo processual à parte. Vejamos as disposições dos artigos:

“Art. 794 (CLT). Nos processos sujeitos à apreciação da Justiça do Trabalho só haverá nulidade quando resultar dos atos inquinados manifesto prejuízo às partes litigantes.

Art. 249 (CPC). O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados.

§ 1º - O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte.”

O ordenamento jurídico garante a eficácia daquele ato que, mesmo sendo inválido, tem efeitos na ordem processual. É sabido que mesmo os atos nulos geram efeitos. Portanto, sem prejuízo, há nulidade com eficácia permanente e preservada.

O significado deste princípio é que não haverá nulidade sem prejuízo manifesto às partes interessadas (prejuízo processual). O eixo central da declaração da nulidade é a existência de prejuízo. Se o ato processual, embora com defeito e vícios, não causou prejuízo a uma das partes, não deve ser anulado. A regra vale tanto para as hipóteses de nulidade como anulabilidade. Está intimamente ligado ao princípio da instrumentalidade das formas visto acima.

- Princípio da Proteção, economia e celeridade processual

Este princípio determina que o julgador na prática do ato processual deverá sempre obter o máximo resultado, com mínimo dispêndio da atividade processual. Encontra-se previsto no artigo 796, a, da CLT:

“Art. 796. A nulidade não será pronunciada:

a) quando for possível suprir- se a falta ou repetir- se o ato;”

Verifica-se, por conseguinte, que o ato processual não será declarado nulo se for possível seu aproveitamento, desde, é claro, que não resultem de prejuízo às partes. Tal visa aproveitar ao máximo a relação jurídica processual, renovando os atos processuais defeituosos, sem a necessidade de extinção prematura do processo.

- Princípio da Convalidação

Tal princípio é relacionado com o princípio da celeridade, afastando o direito à arguição da nulidade pela perda da oportunidade de arguí-la em razão da ocorrência da preclusão, conforme disposto no art. 795 da CLT:

“Art. 795. As nulidades não serão declaradas senão mediante provocação das partes, as quais deverão argüi-las à primeira vez em que tiverem de falar em audiência ou nos autos.”

A nulidade deve ser suscitada pela parte prejudicada na primeira oportunidade que tiver para falar nos autos, sob pena de convalidação do ato, ou seja, o ato anteriormente nulo passa à condição de válido, caso em que estará precluso o direito da parte, novamente, alegar a nulidade do ato. O princípio da convalidação só é aplicado às nulidades relativas, isto porque não se convalida nulidade resultante da inobservância de norma de ordem pública. Sana-se a nulidade relativa pelo consentimento (expresso ou tácito) da parte. Deve ser argüida no primeiro momento em que a parte tiver de falar nos autos ou em audiência.

- Princípio do interesse

A parte que pretender arguir nulidade do ato tem que demonstrar real prejuízo ao exercício do direito de defesa, não podendo, ainda, em hipótese alguma, ter concorrido para a ocorrência da irregularidade. Em síntese, a nulidade não deve ser pronunciada se a parte que a arguir lhe tiver dado causa, na forma do artigo 796, b, consolidado:

“Art. 796. A nulidade não será pronunciada:

(...)

b) quando argüida por quem lhe tiver dado causa.”

Diante do exposto, tem-se que a parte somente pode argüir a nulidade do ato se não concorreu direta ou indiretamente para a ocorrência da irregularidade. Desse modo, somente haverá interesse de postular a declaração da nulidade a parte que foi prejudicada, mas que não deu causa a ela.

- Princípio da utilidade

O princípio tem relação com o princípio da economia processual, estando previsto no artigo 798 da CLT:

“Art. 798. A nulidade do ato não prejudicará senão os posteriores que dele dependam ou sejam conseqüência.”

O conceito deve princípio e que deve-se tentar aproveitar ao máximo os atos processuais, desde que não sofram reflexos da nulidade havida.

Há também conexão com o princípio da convalidação, no sentido de que o artigo 795 da CLT, estabelece uma relação de imediatidade entre o conhecimento do ato defeituoso e a argüição de sua nulidade, sob pena de sua preclusão, na hipótese de nulidade relativa, em benefício da celeridade processual, já citada.

Uma vez declarada a nulidade, o processo retorna ao ponto do ato reconhecido como viciado, retomando o feito, a partir de então, o curso rumo à prestação jurisdicional final.

Os atos processuais posteriores ao ato nulo são aproveitados, desde que estes não sofram reflexos da nulidade decretada judicialmente. Neste diapasão, os atos praticados anteriormente não são atingidos pela nulidade, não retroagindo aos atos validamente praticados. Por tal razão, ao declarar a nulidade, o juiz declarará quais os atos atingidos.

Como se vê nos artigos que versam sobre a matéria e nos princípios norteadores da argüição de nulidade processual, não há nulidade sem prejuízo. Trata-se de prejuízo processual, isto é, não se decreta a nulidade de um ato se não se provar a existência de um prejuízo (processual) à parte. Se a falta puder ser suprida, ou repetido o ato, a nulidade não será decretada.

Também não se decreta nulidade argüida por quem lhe deu causa.

Aplica-se ao processo do trabalho também o art. 249, § 2º do CPC, que diz:

"Quando puder decidir do mérito em favor da parte a quem aproveite a declaração de nulidade o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta".

O ato nulo se convalida, por preclusão, se a parte não alegar no primeiro momento em que tiver de falar em audiência ou nos autos (CPC, art. 245 e CLT, art. 795, parte final). Em audiência, a parte tem de falar nos autos em razões finais, ou, em caso de juntada de documentos, quando o juiz abrir vista ao pronunciamento sobre a sua juntada. O princípio da convalidação só é aplicado às nulidades relativas, que são aquelas que dependem de provocação das partes.

Com relação ao momento para argüição, conforme já explanado, prevalece em nosso sistema legal o princípio da convalidação do ato, ou seja, dependendo do caso, se a parte prejudicada não alegar a nulidade no momento oportuno, poderá perder o direito de fazê-lo. O ato será convalidado pelo decurso do tempo.

Assim, por expressa disposição legal, prevista no art. 795 da CLT, o momento processual correto para que a parte possa argüir a nulidade é na primeira oportunidade em que se possa se pronunciar no processo.

Quanto à classificação, as nulidades podem ser absolutas, relativas, ou até mesmo o ato processual pode ser inexistente. Na regra geral, os atos processuais que contém irregularidades podem ser classificados como inexistentes, nulos ou anuláveis.

O ato processual será considerado inexistente quando lhe faltar alguma característica essencial para sua formação no mundo jurídico. Esses atos não produzem quaisquer efeitos no mundo jurídico após a sua declaração. Contém um vício tão acentuado, que não chegam a produzir efeitos.

Já o ato nulo/insanável é aquele que foi praticado em desacordo com as normas de ordem pública. Neste caso, a nulidade deverá ser declarada de ofício pelo magistrado ou poderá ser alegada em qualquer tempo ou grau de jurisdição pelas partes. Como exemplo, o juiz poderá, de ofício, declarar nulidades decorrentes da incompetência em razão da matéria ou por falta de pressupostos processuais e condições da ação (CPC, art. 267, IV e VI e § 3º).

Por fim, temos que o ato é anulável/sanável quando houver desrespeito a uma norma dispositiva. Geralmente essas normas dispositivas tratam dos interesses das partes e a sua violação acarreta um vício de menor gravidade. Neste caso, o ato processual somente poderá ser anulado mediante provocação da parte interessada, não podendo o magistrado agir de ofício. Assim, não havendo provocação da parte interessada, o ato anulável será convalidado, passando a ser válido.

5. Momento da Produção da Prova

O autor deverá indicar as provas que pretende produzir com a inicial, onde deve ser feita a juntada de todos os documentos indispensáveis para a prova de suas alegações (art. 282, VI do CPC e art. 787 da CLT), e o réu com a contestação (art. 300 do CPC). Em reclamações verbais o autor tem cinco dias para juntar documentos (art. 786, parágrafo único da CLT).

Pode o juiz exigir outras provas, de ofício ou deferir requerimento das partes, em qualquer momento processual, inclusive convertendo o feito em diligência após o encerramento da instrução.

No processo do trabalho, os documentos da defesa devem ser apresentados em audiência, podendo o juiz, a requerimento da parte, deferir prazo para juntada de outros documentos.

O que a lei pretende evitar, em síntese, é a prova surpresa, para a qual a outra parte não tenha se preparado ou não tenha tempo hábil para manifestação. Em recurso, apenas se admite documento novo, ou seja, aquele que foi produzido posteriormente aos fatos analisados em primeiro grau ou quando provado justo impedimento (Sumula 08 do TST).

É admitida também a juntada de documentos pelas partes até o encerramento da instrução probatória, em inteligência ao art. 845 da CLT, que dispõe que: “*O reclamante e o*

reclamado comparecerão à audiência acompanhados das suas testemunhas, apresentado, nessa ocasião, as demais provas.”

Neste sentido também é o aresto abaixo:

RECURSO DE REVISTA. PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA. JUNTADA DE DOCUMENTOS.No processo do trabalho admite-se a juntada de documentos destinados à produção de provas até o encerramento da instrução, tendo em vista a disciplina constante do art. 845 da CLT, a qual estabelece que as partes comparecerão à audiência com suas testemunhas, apresentando, nessa oportunidade, as demais provas; nelas, portanto, inclui-se a prova documental, dado que a finalidade da instrução é precisamente de reunir todos os elementos de prova, em busca da verdade real. Assim, em face do permissivo legal, que viabiliza aos litigantes a apresentação de provas na audiência, há de se entender que a lei abre possibilidade às partes de, durante a fase instrutória, trazer as provas que lhes podem favorecer. Ademais, o conteúdo da réplica e as provas com ela juntadas aos autos, especialmente cuidando-se de prescrição, integra extraordinariamente a litiscontestatio, pois se está a tratar de exceção substancial de que não se conheceria se não oposta pela defesa e submetida, em seguida, ao contraditório. Recurso de revista conhecido e provido.845 CLT (885002120045010011 88500-21.2004.5.01.0011, Relator: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 01/06/2011, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/06/2011)

Conforme já salientado quando da explanação do *princípio da oportunidade da prova*, pode haver exceções com relação ao momento da produção da prova, a fim de ser evitado o perecimento do direito postulado em caso de interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e prova pericial, devendo a parte propor medida cautelar de produção antecipada de provas, antes ou no curso do processo principal, nos termos do art. 796 do CPC.

Nessa esteira, a título exemplificativo, temos que o procedimento cautelar de produção antecipada de provas, é útil no processo do trabalho máxime em casos de perícia de insalubridade e periculosidade (artigo 195 da CLT), quando presente o risco de extinção ou mudança do estabelecimento. Ainda, em perícias médicas em face do acidente de trabalho ou

doença, podemos citar o caso de trabalhador intoxicado por chumbo, o qual é eliminado do organismo com o passar do tempo.

6. Ônus da Prova

As regras atinentes ao ônus da prova estão insculpidas nos artigos 818 da CLT e 333 do CPC:

“Art. 818 da CLT. A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.”

“Art. 333 do CPC. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

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

Desta feita, verifica-se que o ônus da prova está ligado com a partição probatória para um dos litigantes.

Chiovenda¹⁴ mencionava que a disciplina do ônus da prova figura “*entre os problemas vitais do processo*”. Ônus implica um dever processual, que não se confunde com a obrigação com relação ao direito material. No ônus se tutela o interesse do próprio onerado enquanto na obrigação se tutela o interesse do titular do direito subjetivo e que pretende exigir seu cumprimento. Echandía¹⁵ conceitua ônus: “*poder ou faculdade de executar livremente certos atos ou adotar certa conduta prevista na norma, para benefício e interesse próprios, sem sujeição nem coerção, e sem que exista outro sujeito que tenha o direito de exigir seu cumprimento, mas cuja inobservância acarreta conseqüências desfavoráveis*”.

Chiovenda reconhece a dificuldade na formulação de regras rígidas e diz que está ligado ao interesse da parte em critérios de mera oportunidade.

¹⁴ CHIOVENDA; Saraiva, 2000, p. 375

¹⁵ ECHANDÍA; 2000, *apud* PACIFICO, LUIZ EDUARDO BOAVENTURA; RT, 2000,p. 37

Logo, ônus é o exercício de uma faculdade necessária para a satisfação de um interesse.

Ônus da prova vem a ser a necessidade de provar para ter o seu direito reconhecido pelo Estado, que, no processo, é representado pelo juiz. O ônus de provar se vincula ao interesse da parte na causa. A parte não é obrigada a provar, pois contra ela não corre nenhuma sanção, que venha a prejudicá-la, exceto a sucumbência na lide.

No dizer de TEIXEIRA FILHO¹⁶:

“o ônus da prova não constitui uma obrigação, que em certos casos, mesmo que a parte dele não tenha se desincumbido, poderá ter acolhida a sua pretensão, que tinha como pressuposto o fato que deixou de provar: isso poderia ocorrer, por exemplo, na hipótese de a parte contrária, inadvertidamente, produzir, em benefício da outra, a prova que a esta competia.”

O artigo 333 do CPC fixa regras conforme os fatos a serem provados, assim, fatos constitutivos são os que têm eficácia jurídica de dar vida, fazer nascer a relação jurídica de direito material, constituem o direito. Ex, um contrato, uma compra....Fatos extintivos - fazem cessar a vontade concreta da lei e a conseqüente relação jurídica. Ex pagamento. Fato impeditivo – circunstâncias que impedem decorra de um fato um efeito que normalmente ocorreria – por exemplo – compra e venda simulada – falta de elementos fáticos que dêem eficácia a um negócio. Fatos modificativos – sem excluir ou impedir a relação jurídica, têm a eficácia de modificá-la. Assim, pagamento parcial e acordo sobre a guarda dos filhos modifica o patrio poder.

O juiz vale-se da teoria objetiva, ou seja, não se questiona quem produziu a prova, mas que ela está nos autos. A prova é do processo, e não das partes.

¹⁶ TEIXEIRA FILHO, MANUEL ANTONIO; LTr, 1997, p 109

O estado de miserabilidade, de fraqueza e vulnerabilidade em sentido econômico dificulta a produção da prova, nesse sentido, a distribuição do ônus deve levar em conta também tais fundamentos fáticos, constituindo-se em instrumento útil para alcançar o fim último do processo, com a justa composição da lide. A prova recai sobre a parte que pode levar mais útil contribuição à convicção do juiz.

O momento de inversão do ônus é após a defesa, e tal não precisa ser expresso, bastando que na sentença o juiz mencione quem tinha o ônus de produzir a prova (artigo 6º, VIII do CDC).

No processo do trabalho, a desigualdade aparece com maior nitidez, assim, a jurisprudência atribui ao empregador a prova da iniciativa da rescisão (Súmula 212 do TST), da jornada (Súmula 338 do TST), da equiparação salarial (Súmula 6 do TST VIII).

Nesta esteira, Saraiva¹⁷ afirma o seguinte: *“Não obstante as regras atinentes à distribuição das provas entre as partes, doutrina e jurisprudência vêm, paulatinamente, admitindo, em alguns casos, a denominada inversão do ônus da prova, transferindo a prova que, inicialmente seria do obreiro, para a empresa, com o claro intuito de proteger a parte hipossuficiente da relação jurídica trabalhista”*.

Não existindo outras provas capazes de formar o convencimento acerca das afirmações fáticas das partes, o magistrado, levando em consideração a hipossuficiência de uma das partes, poderá determinar a ocorrência do ônus da prova.

7. Presunção Relativa e Presunção Absoluta

¹⁷ SARAIVA, RENATO; Método, 2008, p 318

Presunção é um processo pelo qual, partindo-se de um fato conhecido, admite-se como verdadeira a existência de um fato desconhecido. O que assegurará os efeitos de presunção é o nexos causal entre o fato conhecido e o desconhecido.

Isto não significa que quem se vale da alegação de uma presunção deve ficar inerte. Apenas não prova o fato presumido pela lei. Mas deve provar, todavia, a existência dos fatos nos quais a lei fundamenta a sua presunção, ou seja, o fato conhecido. Deve ser provado exatamente para que seja conhecido.

Conforme as presunções resultem do raciocínio do juiz que as estabelece, ou do legislador, que as consagra num preceito legal, se dizem simples ou legais, respectivamente. Nas simples, também conhecidas por comuns ou do homem, o juiz faz o raciocínio e estabelece a presunção; nas legais, é o legislador quem faz o raciocínio, ao passo que a lei estabelece a presunção.

Por seu turno, a doutrina clássica divide as presunções legais em absolutas (*iuris et de iure*) e relativas (*iuris tantum*). No que tange as primeiras, não são admitidas provas em contrário, ao passo que as segundas admitem.

Vislumbra-se também na doutrina mais moderna uma terceira modalidade, as chamadas presunções legais mistas (LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e Inversão do Ônus da Prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 240). Estas, assim como as relativas, consideram a existência de um fato presumido, o qual pode ser elidido por prova em contrário. No caso das presunções mistas, porém, este fato só poderá ser revertido por uma prova específica, que deve ser precisamente aquela definida na lei.

Aí se encontra uma das formas de manifestação da regra de pré-constituição da prova. Nesta modalidade de presunção, o réu só poderá produzir prova no sentido de elidir a aplicação dos efeitos da presunção, caso não apresente os documentos sobre os quais paira regra de pré-constituição.

O Tribunal Superior do Trabalho dispôs, por reiteradas vezes, acerca de questões referentes às presunções legais. Uniformizou sua jurisprudência, interpretando alguns dispositivos da CLT, e por isso, ratificou a existência e aplicação de algumas das presunções legais.

Nesta linha, é possível se verificar a presunção trazida pela Súmula 12 do TST. Ao interpretar o art. 456 da CLT, o qual estabelece que a prova do contrato de trabalho será feita pelas anotações da CTPS, aduz que, no que tange à tais anotações, elas fazem presunção *iuris tantum* do seu teor.

Uma Súmula que ganhou destaque na doutrina é a de número 212. Na linha de raciocínio de que o ordinário se presume, o extraordinário se prova, dispôs o *standard* jurisprudencial que, uma vez negados a prestação do trabalho e o despedimento, presume-se que a dispensa foi imotivada. Isto porque a relação de emprego está pautada no princípio da continuidade. Esta presunção decorre da interpretação do art. 442 e seguintes da CLT, que estabelecem com regra geral o contrato de trabalho por prazo indeterminado, e como exceção o contrato a termo.

Portanto, a parte que se beneficia de uma presunção está dispensada da produção da prova do fato presumido em lei. Caso dela se valha, e a parte contrária não produzir a contraprova (se a presunção for *iuris tantum*), obterá êxito na demanda.

8. Provas em Espécie

8.1. Prova documental

Os documentos são representações objetivas de um pensamento, produto de ato humano e perceptível podendo ser levado à presença do juiz. É prova literal idônea capaz de comprovar materialmente a existência de um fato.

Quanto a classificação, podem ser públicos ou privados; elaborados pelas partes ou por terceiros; formais ou não-formais. Gozam de presunção de validade, enquanto não desconstituídos (artigo 368 e 372 do CPC), a menos que a lei exija requisitos para o ato (artigo 366 do CPC – 215 e 109 do Código Civil de 2002).

No que tange ao momento da produção: novamente, o caráter instrumental do processo e a verdade real afastam um sistema absolutamente rígido quanto à produção da prova documental. Assim, as regras dos artigos 787 e 845 da CLT não são absolutas. Documentos em língua estrangeira deverão ser traduzidos (CC artigo 224).

A argüição de falsidade documental, nos termos do artigo 390 do CPC, tem lugar a qualquer tempo e grau de jurisdição, no prazo de 10 dias da juntada aos autos ou intimação. O incidente suspende o processo principal e a sentença que resolve o incidente é declaratória (artigos 394 e 395) e irrecorrível de forma autônoma no processo do trabalho. No processo do trabalho, entretanto, o juiz pode realizar a perícia no documento nos próprios autos sem maiores formalidades. Admite-se, para desconstituir documento, a prova testemunhal.

8.2. Inspeção judicial

A Inspeção judicial, incomum nos dias atuais, em face dos acúmulos de audiências e complexidade dos feitos, implica no ato pelo qual o juiz no curso do processo e por sua iniciativa ou a requerimento da parte examina diretamente pessoas, locais ou coisas. É ato do juiz, e sempre que possível devem as partes serem intimadas para tanto, a menos que tal interfira no objetivo da inspeção.

De acordo com o art.440 do CPC: *“O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa”*.

A inspeção judicial é muitas vezes útil ao magistrado para que o mesmo forme seu convencimento, através do contato com a pessoa ou coisa, podendo avaliá-la e extrair impressões destas.

Nas palavras de Renato Saraiva¹⁸:

“Na inspeção direta, o juiz poderá ser assistido por um ou mais peritos. O juiz irá ao local onde se encontre a pessoa ou a coisa quando: julgar necessário para a melhor verificação ou interpretação dos fatos que deva observar, quando a coisa não puder ser apresentada em juízo sem consideráveis despesas ou graves dificuldades; ou quando o magistrado determinar a reconstituição dos fatos”.

Poderá as partes acompanhar a inspeção, devendo ser imprescindível a intimação prévia do local, dia e hora da ocorrência da diligência, levando em conta o Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa.

Finalizada a inspeção, será lavrado o auto circunstanciado, sendo apontado tudo o que for relevante ao processo, podendo este auto conter gráficos, desenhos ou fotografias pertinentes.

8.3. Prova pericial

Nos ditames de Saraiva¹⁹: “Perícia é a espécie de prova que objetiva fornecer esclarecimentos ao juiz a respeito de questões técnicas, que extrapolam o conhecimento científico do julgador”.

Nesse passo, o art. 145 do CPC dispõe:

“Art. 145. Quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito, segundo o disposto no art. 421.

§1º Os peritos serão escolhidos entre profissionais de nível universitário, devidamente inscritos no órgão de classe competente, respeitado o disposto no Capítulo VI, seção VII, deste Código;

¹⁸ SARAIVA, RENATO; Método, 2008, p 414

¹⁹ SARAIVA, RENATO; Método, 2008, p 408

§2º Os peritos comprovarão sua especialidade na matéria sobre que deverão opinar, mediante certidão do órgão profissional em que estiverem inscritos;

§3º Nas localidades onde não houver profissionais qualificados que preencham os requisitos dos parágrafos anteriores, a indicação dos peritos será de livre escolha do juiz”.

A nomeação do perito será feita pelo magistrado e em conformidade com a especialização de cada um e o exame, a inspeção ou a vistoria requeridos, podendo as partes, se assim almejarem, no prazo de 05 (cinco) dias apresentar seus respectivos assistentes técnicos, nos termos do § 1º do art. 421 da CLT.

Na justiça do trabalho, a praxe é a nomeação do perito em audiência, determinando-se sua intimação, abrindo-se prazo neste momento para as partes apresentarem quesitos e indicarem os assistentes técnicos, bem como para o perito apresentar o laudo pericial..

Poderá o perito dispensar-se de realizar determinado exame, devendo apresentar os motivos de sua recusa, no prazo de 05 (cinco) dias contados da intimação ou impedimento superveniente (arts. 146, parágrafo único e 423, CPC).

De acordo com o art. 147 do CPC: *“O perito que, por dolo ou culpa, prestar informações inverídicas, responderá pelos prejuízos que causar à parte, ficará inabilitado, por 2 (dois) anos, a funcionar em outras perícias e incorrerá na sanção que a lei penal estabelecer”*.

O juiz indeferirá o pedido de ocorrência de perícia se a prova independe de conhecimento diferenciado ou especializado; se for desnecessário o acontecimento de perícia, levando em consideração as outras provas anteriormente produzidas; não der para praticar a verificação.

Segundo o art.3º da Lei nº. 5.584/70: *“Os exames periciais serão realizados por perito único designado pelo Juiz, que fixará o prazo para entrega do laudo”*.

No que tange ao procedimento sumaríssimo, o art.852-H §4º, CLT declara que, fazendo-se necessária para a prova do fato, será deferida a perícia técnica, a qual deverá o juiz

desde logo estipular o prazo e o objeto para a perícia, além de nomear o perito, sendo os litigantes intimados a manifestarem-se a respeito do laudo, no prazo comum de 05 (cinco) dias (§5º do art.852-H, CLT).

Somente haverá a substituição do perito por esgotamento de prazo para a efetivação da perícia se este esgotamento for relevante, podendo o prazo ser prorrogado dependendo da complexidade da tarefa.

Mister se faz salientar que os assistentes técnicos indicados pelas partes não estão sujeitos às causas de suspeição e impedimento previstas no Código de Processo Civil, somente o perito judicial indicado.

No processo do trabalho, as produções periciais poderão ser solicitadas *ex officio* pelo magistrado ou a pedido de uma das partes interessadas.

Segundo a Súmula nº 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*”.

Sendo apresentado o laudo, o juiz estabelecerá que sejam intimadas as partes a fim de que se manifestem a respeito do teor do laudo.

Poderá o magistrado, outrossim, ouvir o perito em audiência, com a finalidade que o mesmo preste esclarecimentos acerca da perícia realizada (art. 827 da CLT). Se não for totalmente esclarecedor, poderá o juiz declarar de ofício a realização de nova perícia, possuindo os mesmos fatos da primeira perícia, sendo o objetivo da segunda extinguir as inexatidões e omissões presentes na primeira perícia.

Vale ressaltar que a segunda perícia não substitui a primeira, podendo o juiz apreciar livremente tanto uma quanto a outra.

Em conformidade com o art. 436 do CPC: “O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos”.

8.4. Depoimento pessoal e prova:

É regra cabal que o depoimento pessoal serve apenas para se obter a confissão. Trata-se de um dogma parcial. Tal depoimento é considerado prova (artigos 342 a 347 do CPC).

Obter a confissão, com efeito, é um dos objetivos do depoimento pessoal. Todavia, tendo em vista o princípio inquisitivo e os poderes instrutórios amplos do juiz no processo do trabalho (artigo 765 da CLT), o depoimento pessoal possui importância ímpar para obtenção dos limites da prova, para o convencimento do julgador, para a condução dos demais depoimentos e mesmo para a fundamentação do julgado com base em indícios e presunções, inclusive em face da necessidade de avaliar o nível de convicção do autor sobre o pleito, bem como levantar detalhes sobre os fatos da causa, descrições detalhadas e sem contradições, isso sem contar a observação do comportamento não verbal.

Tais são elementos que podem auxiliar no convencimento, além de fornecerem dados para confronto com a prova testemunhal, especialmente porque podem ser sopesados considerando as regras gerais de experiência, presunções e até mesmo a inversão do ônus da prova.

A prova quanto ao assédio moral, por exemplo, em princípio cabe ao trabalhador, que deverá demonstrar que esteve sujeito a reiteradas condições danosas à sua psiquê; todavia, é absolutamente razoável admitir que, de alguma forma indiciada a presença do assédio por indício hábil, é admissível a formação de um juízo de verossimilhança pela existência da condição danosa apontada no mínimo para inverter tal ônus.

Depoimento pessoal é a oitiva da parte pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes. A parte tem o direito de ouvir o depoimento da contra parte (artigo 343 do CPC), e a

ausência da parte a audiência implica a veracidade dos fatos, quando intimada para comparecimento sob pena de confissão, exceto no que toca à direitos indisponíveis (artigo 351 do CPC).

A confissão é meio de prova judicial que consiste na declaração de ciência ou conhecimento, expressa, terminante e séria, feita conscientemente, sem coação, por quem é parte no processo ou por seu representante.

O Código de Processo Civil menciona que é defeso a quem ainda não depôs assistir ao depoimento da outra parte (artigo 344, parágrafo único), no processo do trabalho, tal regra de forma alguma pode ser absoluta, em face do “jus postulandi” bem como em face da verdade real e do amplo poder instrutório do juiz.

A confissão, considerada a rainha das provas, deve ser analisada sempre em conjunto com os demais elementos dos autos, e pode ser espontânea ou provocada, judicial ou extrajudicial. A confissão extrajudicial no processo do trabalho deve ser vista com ressalvas quando emanar do empregado. A confissão pode atingir aquele que confessa, bem como, por extensão, outras partes, em face da unidade da prova.

8.5. Prova testemunhal

Testemunha é pessoa física capaz estranha e isenta com relação às partes, que vem a juízo trazer as suas percepções sensoriais a respeito de um fato relevante para o processo do qual tem conhecimento próprio.

O testemunho consiste na declaração representativa que uma pessoa que não é parte no processo faz ao juiz com fins processuais sobre o que sabe a respeito de um fato. Informa Amauri Mascaro²⁰ *que tal meio de prova é tão velho quanto a humanidade e a mais*

²⁰ NASCIMENTO, AMAURI MASCARO; Saraiva, 2008, p. 170

antiga de todas. No processo do trabalho, é a prova mais comum, e sua compreensão se revela de fundamental importância.

Ensina Cândido Rangel Dinamarco²¹:

“Testemunha é, em sentido muito amplo e vago, quem pelos sentidos tomou conhecimento de algum fato, não importando se o faz pelo sentido da visão, audição, paladar, olfato ou tato, ou mesmo por informação de outrem. Em direito processual, é a pessoa física chamada a cooperar com a Justiça, informando ao juiz os fatos e circunstâncias de interesse para a causa, dos quais tenha conhecimento”.

A prova testemunhal é sempre admissível, salvo se a lei dispuser de modo contrário. Portanto, a admissibilidade é a regra e a vedação exceção.

Considerando ser o homem falho na captação de suas percepções, o legislador, na esfera processual civil, tratou a prova testemunhal com reservas, sendo esse o campo de maior incidência do sistema da prova legal do Código.

Com efeito, nos termos do artigo 400, do CPC, a prova testemunhal é sempre admissível, salvo as exceções preconizadas nos incisos do referido diploma, quais sejam: a) *os fatos já provados por documento ou confissão da parte;* b) *que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados.*

8.6. Prova ilícita

Temos por certo que o direito à produção de prova está profundamente ligado ao direito constitucional de ação, pois além de se possibilitar acesso à jurisdição, há de se assegurar às partes meios, no processo, para que possam alcançar um resultado proveitoso.

Assim sendo, o princípio do devido processo legal não resguarda somente o exercício do direito de ação, mas também concede aos litigantes a participação na construção do convencimento do juiz. A produção da prova, neste cenário, passa a ser o cerne do processo, na

²¹ DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL; Saraiva, 2008, p. 553

medida em que objetiva a busca pela verdade e, através dela, se permite ao juiz aferir a verossimilhança das alegações trazidas pelas partes.

No entanto, a busca pela demonstração dos fatos em uma ação judicial não é trazida aos autos de forma aleatória, vez que há limitações no ordenamento jurídico para a produção de provas processuais.

Isso porque o direito a produção de prova não é absoluto, tendo em vista que as garantias constitucionais inserem-se em um sistema regrado pelo ordenamento jurídico, não podendo, assim, ser analisadas de maneira isolada. Destarte, para preservar a garantia de outros direitos juridicamente resguardados pela legislação, há restrições ao direito à produção da prova. Nesse passo, verifica-se a existência de limitação probatória onde estão inseridas as provas ilícitas, vez que a busca pela demonstração de fatos ocorridos na relação ocorrida entre as partes, não pode justificar condutas reprováveis que violem outras garantias fundamentais.

Verifica-se que a matéria relativa à prova ilícita não é abordada pela legislação trabalhista.

Entretanto, apesar da Consolidação das Leis do Trabalho ser omissa acerca do tema, a Constituição Federal de 1988 trata do assunto em seu artigo 5º, LVI, ao dispor que "*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*", não havendo qualquer distinção entre direito civil, penal ou trabalhista.

Na mesma toada, a o Código de Processo Civil, no artigo 332, disciplina que "*todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa*". Verifica-se que apesar de não haver previsão expressa em relação à prova ilícita no CPC, este admitiu apenas os meios legais e moralmente legítimos como prova, tendo a Constituição Federal vedado à produção da prova ilícita, nos termos do art. 5, LVI. A prova ilícita e a prova ilegítima são espécies do gênero prova ilegal. A prova ilícita é aquela que viola normas de direito material, já a prova ilegítima é aquela que confronta com normas de direito processual.

A vedação da utilização da prova ilícita se justifica, na medida em que se exige uma conduta processual correta dos litigantes, impondo-se a condução do processo em conformidade com as regras morais e de direito. O tema é de difícil posicionamento, tendo em vista que há dois pólos opostos que envolvem a questão: de um lado, não se pode tirar proveito de uma conduta antijurídica; de outro, se encontra o interesse de assegurar ao processo um resultado justo, de forma a não desprezar um elemento que contribua para a busca da verdade.

De outra banda, considerando que as normas jurídicas são sistemáticas, não havendo direitos absolutos *a priori*, a vedação constitucional em relação à produção da prova ilícita tem sido abrandada pela doutrina e pela jurisprudência brasileira em certas situações em que se devem considerar os bens conflitantes, utilizando-se o princípio da proporcionalidade. Tal entendimento é defendido pela chamada teoria intermediária da prova ilícita, que representa um equilíbrio entre a teoria obstativa e a teoria permissiva da ilicitude da prova. Nesta hipótese, para que se admita a prova obtida por meios supostamente ilícitos, haveria de se observar o caso concreto e examinar a possibilidade de se provar o fato por outros meios, bem como verificar se a infração gerou dano inferior ao benefício trazido à instrução do processo, escolhendo-se o mal menor. Para que o juiz tenha possibilidade de admitir a utilização da prova, ele deverá fixar uma prevalência axiológica de um dos bens, quando comparado com outro, de acordo com os valores existentes no momento da apreciação.

9. Capacidade de ser Testemunha

Podem depor como testemunhas todas as pessoas que não sejam incapazes, impedidas ou suspeitas.

No artigo 829 da CLT restam disciplinas as hipóteses de suspeição e impedimento de testemunhas:

“Art. 829. A testemunha que fora parente até o terceiro grau civil, amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes, não prestará compromisso, e seu depoimento valerá como simples informação”.

A CLT prevê uma hipótese de impedimento, quando trata de parente até o terceiro grau civil de uma das partes e suspeição quando trata de amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes.

Em razão de omissão da CLT e compatibilidade com o Processo do Trabalho (artigo 769 da CLT), restam aplicáveis as hipóteses de incapacidades, impedimento e suspeição de testemunhas, previstas no artigo 405 do CPC.

As incapacidades e impedimentos são de ordem objetiva, enquanto que a suspeição é de ordem subjetiva.

Segundo § 1º do artigo 405 do CPC, são incapazes:

I – o interdito por demência;

II – o que, acometido por enfermidade, ou debilidade mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los; ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções;

III – o menor de 16 (dezesseis) anos;

IV – o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam.

Nos termos do § 2º do artigo 405 do CPC, são impedidos:

I – o cônjuge, bem como o ascendente e o descendente em qualquer grau, ou colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consangüinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público, ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova, que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito;

II – o que é parte na causa;

III – o que intervém em nome de uma parte, como o tutor na causa do menor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros, que assistam ou tenham assistido as partes.

Conforme o § 3º, do artigo 405 do CPC, São suspeitos:

I – o condenado por crime de falso testemunho, havendo transitado em julgado a sentença; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1973);

II – o que, por seus costumes, não for digno de fé; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1973);

III – o inimigo capital da parte, ou o seu amigo íntimo;

IV – o que tiver interesse no litígio.

Nos termos do § 4º do artigo 405, do CPC, sendo estritamente necessário, o juiz ouvirá testemunhas impedidas ou suspeitas; mas os seus depoimentos serão prestados independentemente de compromisso (art. 415) e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer.

No cotidiano das audiências trabalhistas são freqüentes as hipóteses de contraditas de testemunhas pelos seguintes motivos:

- a) amizade da testemunha com o reclamante;
- b) exercer a testemunha do réu cargo de confiança na empresa;
- b) mover a testemunha reclamação trabalhista em face da reclamada.

A amizade íntima entre reclamante e sua testemunha, é fato comum de argüição de contradita nas audiências trabalhistas pelos reclamados.

Inegavelmente, a relação de trabalho, por ser contínua, gera uma proximidade maior entre trabalhadores que exercem a mesma função. Mas esta aproximação é inerente à relação de emprego e não se confunde com a amizade íntima. A amizade íntima se revela por atos

objetivos, como o contato do autor e testemunha fora do contrato de trabalho, como freqüências recíprocas às residências, saídas para passeios, etc.

Juridicamente, só a amizade íntima impede o testemunho. Ora, numa empresa, onde o contrato entre o pessoal é diário e estável, durante longo tempo, todos se dizem amigos, no sentido de conhecidos.

A contradita sob a alegação de que o empregado exerce cargo de confiança na empresa, por si só não gera suspeição para ser testemunha do empregador, pois tal hipótese não está prevista em Lei. Entretanto, deve o Juiz do Trabalho investigar outros elementos que revelem se o empregado que exerce cargo de confiança tem interesse ou não na solução do litígio, como por exemplo representação do empregador perante terceiros, exercício de encargos de gestão (artigo 62, II, da CLT), participação na Diretoria, etc.

Como bem adverte Ísis de Almeida²².

“(...)para depor sobre fatos da relação de emprego, ninguém melhor que outro empregado, presentes constantemente no recinto de trabalho; e, quanto ao exercente de cargo de confiança, este nem sempre desempenha funções que o tornem interessado direito no litígio; a suspeição poderá ser aceita se ele participara dos resultados do negócio, ou tiver poder de mando idêntico ao do empregador, inclusive na admissão e dispensa de empregados”.

Por fim, temos o fundamento para a contradita o fato de testemunha litigar contra o mesmo empregador e troca de favores.

Quanto ao fato da testemunha litigar contra o mesmo empregador, tal questão tem controvérsia doutrinária acerca do tema. A jurisprudência tem entendido que este fato por si só não é capaz de acolher a contradita arguida.

²² ALMEIDA, ÍSIS; LTr, 2002, p. 199

A CLT não disciplina a questão, portanto, a questão deve ser dirimida à luz da doutrina e jurisprudência.

Para Valentin Carrion²³

“A testemunha que está em litígio contra a mesma empresa deve ser equiparada ao inimigo capital da parte; o embate litigioso é mau ambiente para a prudência e isenção de ânimo que se exigem da testemunha; entender de outra forma é estimular as partes é permuta imoral de vantagens em falsidades testemunhas mútuas, mesmo sobre fatos verdadeiros; extremamente fácil: ‘reclamante de hoje, testemunha de amanhã’. É ingênuo o argumento contrário de que o litigante deve ser aceito como testemunha (e não como informante) porque tem direito de ação; se assim fosse, a suspeição da esposa para depor contrariaria o direito de casar. O impedimento não é à ação, mas à credibilidade. Também não se trata de violação ao princípio constitucional do direito de defesa; a CF admite os meios lícitos mas não atribui força probante ao incapaz, impedido ou suspeito”.

Outros afirmam que se a testemunha do reclamante move processo em face da reclamada, tal requisito não é causa de suspeição em razão do direito constitucional de ação (artigo 5º, XXXV da CF), que a testemunha depõe sobre compromisso de dizer a verdade e que não se pode sonegar o direito do empregado de ouvir testemunha que está em litígio em face do mesmo empregador, considerando todos os percalços que enfrenta o reclamante para conseguir testemunhas e provar suas alegações em juízo.

Nesse sentido a opinião de Décio Sebastião Daidone²⁴:

(...)pessoas que litigam contra o mesmo ex-empregador de seu colega, em cujo processo foi chamado a depor, não estarão impedidas ou suspeitas, pois o direito de ação, constitucionalmente garantido, não pode servir de entrave para o cumprimento de uma obrigação e dever de cidadão, principalmente quando se compromissar com a verdade, sob as penas da lei, a menos que esteja evidente o interesse de um e de outro em se protegerem reciprocamente. Caso contrário, basta um empregador dispensar todos os

²³ CARRION, VALENTIN; Saraiva, 2005, p. 630

²⁴ DAIDONE, DÉCIO SEBASTIÃO; LTr, 2001, p. 216

seus empregados para que estivesse a salvo de qualquer prova testemunhal contrária aos seus interesses, pois todos estariam litigando contra ele, em processo distintos”.

Conforme já dito acima a jurisprudência tem entendido que o simples fato da testemunha litigar em face do mesmo empregador, não a torna suspeita, pois no Processo do Trabalho, há peculiaridades dificilmente encontradas nos demais ramos da esfera processual já que, em regra, as testemunhas do reclamante são ex-empregados do reclamado e as testemunhas do empregador são empregados. Além disso, dificilmente, em juízo, se dá credibilidade a depoimentos de testemunhas que não trabalharam junto com o reclamante em razão das peculiaridades da relação de trabalho, que é uma relação jurídica que se desenvolve “intuito personae” em face do trabalhador e, normalmente, o local da prestação de serviços está rodeado de outros trabalhadores. Sob outro enfoque, o direito constitucional de ação é dirigido contra o Estado para o empregado obter os direitos que entende violados, e não contra o empregador que, via de regra, é uma empresa, sendo certo que, muitas vezes, sequer o empregado sabe quem a administra. Por isso, o fato de mover ação em face do empregador, por si só, não é motivo de suspeição ou impedimento da testemunha. Nesse sentido, é a Súmula 357 do TST que assim dispõe: *Não torna suspeita a testemunha o simples fato de estar litigando ou de ter litigado contra o mesmo empregador.*

Sob outro enfoque, o Juiz do Trabalho quando colher o depoimento de testemunha que litiga em face da mesma reclamada deve investigar se não há outro motivo que torne suspeita a testemunha, e ao tomar o depoimento ter a cautela de observar as atitudes da testemunha ao depor, podendo inclusive levar em consideração o fato da testemunha litigar contra o mesmo empregador para valorar o depoimento.

Como bem adverte Marcelo Rodrigues Prata²⁵:

“ao juiz, sem embargos, não lhe é facultada a ingenuidade. Ele deve perquirir se há identidade de objeto e de causa de pedir entre a reclamação da testemunha e da parte. Isso se verificando, haverá de ser

²⁵ PRATA, MARCELO RODRIGUES; LTr, 2005, p. 213

ainda mais circunspecto ao analisar o depoimento. Visto que poderá existir um real interesse na causa por parte do depoente”.

Na hipótese da testemunha que depõe em processo em que o reclamante foi sua testemunha em processo anterior, configura-se a chamada “troca de favores” que configura falta de isenção de ânimo da testemunha, estando, portanto, suspeita a testemunha.

Entretanto, nesta situação, caso necessário, deve a testemunha ser ouvida como informante. Nesse sentido o aresto abaixo:

RECURSO DE REVISTA. TESTEMUNHA. SUSPEIÇÃO. TROCA DE FAVORES. O TRT da 2ª Região não dirimiu a questão sob a ótica do artigo 342 do CPB e os arestos trazidos a cotejo são oriundos do mesmo Tribunal prolator da decisão recorrida. Óbice da Orientação Jurisprudencial nº 342 da SBDI-1 do TST. A Súmula nº 357 dessa Corte não está contrariada. O verbete de jurisprudência não traz em seu teor a especificidade do caso concreto, qual seja, a configuração da troca de favores, onde testemunha e reclamante, em processos com o mesmo objeto, depuseram um em favor do outro, evidenciando-se - o interesse processual recíproco -. Recurso de revista não conhecido. (1253007120055020371 125300-71.2005.5.02.0371, Relator: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 11/10/2011, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/10/2011)

9.1. Depoimento da testemunha menor de 18 anos

Diz o § 1º do artigo 405 do CPC, são incapazes para testemunhar:

*“(…)
III – o menor de 16 (dezesesseis) anos.”*

O presente dispositivo é aplicável ao Processo do Trabalho por força do artigo 769, da CLT.

Não obstante, a questão sempre gerou polêmicas, tanto no Processo Civil, como no Processo do Trabalho.

O menor de 18 anos não tem capacidade penal e, portanto, como prestará compromisso se é penalmente inimputável?

Parte da doutrina sustenta que o menor de 18 anos não pode depor, pois não tem capacidade penal, nos termos do artigo 27 do Código Penal e, portanto, não deve o Juiz do Trabalho ouvir menores de 18 anos:

“Art. 27. Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”.

Outros argumentam que o menor de 18 anos, mas maior de 16, como tem capacidade para trabalhar (artigo 7º, XXXIII, da CF), pode ser ouvido como testemunha no Processo do Trabalho.

Nesse sentido é a visão de Manuel Cândido Rodrigues²⁶:

“(…) Embora seja certo que o menor de dezesseis anos se encontra legalmente inabilitado, para a prática dos atos da vida civil, é de se concluir que, uma vez considerado apto para a prática dos principais atos relativos ao contrato de trabalho, a partir dos quatorze anos, jamais lhe poderá ser subtraída tal aptidão, para depor como testemunha, no Processo do Trabalho, não só porque quem pode o mais pode o menos, mas também porque há casos em que a prática contratual hodierna se processa, exclusivamente, com menores de dezesseis anos (daqui se concluindo, portanto, que tal espécie de testemunha acaba por representar o único meio à disposição da parte e do próprio Juízo para esclarecimento de certas disputas laborais)”.

Diante dos pontos descritos, o menor de 18 e maior de 16 anos poderão ser ouvidos como informantes, mas sem prestar compromisso legal, pois não tem imputabilidade penal. De outro lado, o Juiz do Trabalho somente deve ouvir testemunhas menores de 18 anos se for estritamente necessário, caso a parte não tenha outra testemunha.

²⁶ RODRIGUES, MANOEL CÂNDIDO; LTr, 2002, p. 387

10. Número Máximo de Testemunhas no Processo do Trabalho

Assevera o artigo 821, da CLT: “*Cada uma das partes não poderá indicar mais de 3 (três testemunhas, salvo quando se tratar de inquérito, caso em que esse número poderá ser elevado para 6 (seis).*”

Quanto ao rito sumaríssimo, dispõe o artigo 852-H, § 2º, da CLT: “*As testemunhas, até o máximo de duas para cada parte, comparecerão à audiência de instrução e julgamento independentemente de intimação*”.

Conforme se constata da redação dos referidos dispositivos legais, os números máximos de testemunhas para cada parte são:

- a) Procedimento ordinário: 3 testemunhas
- b) Procedimento sumaríssimo: 2 testemunhas
- c) Inquérito Judicial para Apuração de Falta grave: 6 testemunhas.

Com relação ao Juiz do Trabalho não há um limite máximo de testemunhas, pois em busca da verdade (artigo 765 da CLT) o Juiz poderá ouvir outras testemunhas excedam o número máximo legal. As testemunhas que excedam o número máximo legal serão ouvidas como testemunhas do juízo.

De outro lado, o artigo 821, da CLT se refere a limite máximo de testemunhas para a parte e não para Juiz.

Em casos excepcionais, a fim de não se obstar o acesso à justiça da parte, como na hipótese do reclamante ter trabalhado em vários locais de trabalho, poderá o Juiz, fundamentadamente, deferir que a parte possa ouvir mais de três testemunhas.

11. Qualificação da Testemunha

Diz o artigo 828, “caput”, da CLT: *“Toda testemunha, antes de prestar compromisso legal, será qualificada, indicando o nome, nacionalidade, profissão, idade, residência, e, quando empregada, o tempo de serviço prestado ao empregador, ficando sujeita, em caso de falsidade às leis penais”*.

A qualificação é um ato formal, onde a testemunhas declina sua identificação: nome, nacionalidade, idade, residência, estado civil, bem como se trabalhou ao empregador e se afirmativa a resposta por quanto tempo.

Antes de ser qualificada, a testemunha não está apta a depor, pois sem a qualificação não há como se imporem eventuais sanções penais se a testemunha calar ou ocultar a verdade.

Nos termos do artigo 415 do CPC, *“Ao início da inquirição, a testemunha prestará o compromisso de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado.”* E no seu parágrafo único: *“O juiz advertirá à testemunha que incorre em sanção penal quem faz a afirmação falsa, cala ou oculta a verdade.”*

Como bem destaca José Augusto Rodrigues Pinto²⁷:

“a testemunha é, sempre da Justiça, nunca da parte. Pesa sobre ela o dever de informar com fidelidade o fato de que tem conhecimento, pois atual no processo como um instrumento de averiguação da verdade sobre a existência e os efeitos do fato que informa para dar margem a uma correta prestação jurisdicional”.

A CLT e o CPC não exigem que a testemunha porte documento, sendo que o impedimento da oitiva do testigo trazido somente por este motivo tem sido caracterizado pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho como cerceamento de direito da parte. Nesse sentido é a ementa abaixo:

²⁷ PINTO, JOSÉ AUGUSTO RODRIGUES; LTr, 2005. p. 534

“RECURSO DE REVISTA. NULIDADE DO JULGADO. CERCEAMENTO DE DEFESA. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO DE IDENTIDADE PELA TESTEMUNHA INDICADA PELA RECLAMADA. Não há, no art. 828 da CLT, nenhuma indicação de obrigatoriedade, imposta à testemunha, de se apresentar em juízo portando o seu documento de identificação civil. Determina-se, apenas, a sua precisa qualificação, com indicação de nome, nacionalidade, profissão e idade. O procedimento adotado pelo juízo de primeiro grau, ao obstar a oitiva da testemunha apresentada pelo Reclamado, única e exclusivamente pelo fato de não se encontrar portando o referido documento de identidade, importa em cerceamento ao direito de defesa da parte. Recurso de Revista conhecido e provido. 828 CLT (1127008420095020433 112700-84.2009.5.02.0433, Relator: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 29/05/2013, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/06/2013)”

De outro modo é o pensamento de Sérgio Pinto Martins²⁸, que entende que para ser qualificada a testemunha necessita do documento de identificação, salvo se outra pessoa presente no momento da audiência a conheça:

“Antes de prestar compromisso de dizer a verdade, a testemunha deverá ser qualificada, indicando seu nome, nacionalidade, profissão, idade, residência. Caso tenha trabalhado para a reclamada deverá indicar o tempo de serviço a ela prestado (art. 828, da CLT), justamente para verificar se ao tempo da prestação de serviços do reclamante, com ele tenha ou não laborado a testemunhas. Deverá a testemunha ser inquirida se tem interesse no objeto do processo. O certo seria a testemunha exibir sua identidade ao apresentar-se para depor. Caso não o faça, não poderia haver a qualificação, sendo impossível ser ouvida(...) A testemunha sem documento só poderia ser ouvida se a parte contrária ou outra pessoa presente a conhecesse, que a própria parte que a trouxe”.

12. Contradita

Diz o artigo 414 do CPC:

²⁸ MARTINS, SÉRGIO PINTO; Atlas, 2001, p. 333

“Antes de depor, a testemunha será qualificada, declarando o nome por inteiro, a profissão, a residência e o estado civil, bem como se tem relações de parentesco com a parte, ou interesse no objeto do processo.

§ 1o É lícito à parte contraditar a testemunha, argüindo-lhe a incapacidade, o impedimento ou a suspeição. Se a testemunha negar os fatos que lhe são imputados, a parte poderá provar a contradita com documentos ou com testemunhas, até três, apresentada no ato e inquiridas em separado. Sendo provados ou confessados os fatos, o juiz dispensará a testemunha, ou lhe tomará o depoimento, observando o disposto no art. 405, § 4o.

§ 2o A testemunha pode requerer ao juiz que a escuse de depor, alegando os motivos de que trata o art. 406; ouvidas as partes, o juiz decidirá de plano. ”

A contradita é a impugnação da testemunha pela parte contrária, argüindo-lhe a incapacidade, impedimento ou suspeição.

A CLT não disciplina o procedimento da contradita. Desse modo, torna-se perfeitamente possível a aplicação do CPC, por força do artigo 769, da CLT.

A contradita deve ser argüida após a qualificação da testemunha e antes do compromisso, sob consequência de preclusão. Se durante o depoimento, depois de compromissada, ficar comprovada alguma hipótese de impedimento, incapacidade ou suspeição da testemunha, o Juiz não poderá descompromissar a testemunha, mas terá que levar em conta tal fato na valoração do depoimento.

Como no processo do trabalho não existe rol prévio de testemunhas, uma vez que as testemunhas são trazidas pelas partes, independentemente de notificação, se a parte invocar a contradita e tiver provas a serem produzidas, mas não na ocasião da audiência, deverá o Juiz adiar a audiência para que a parte que invocou a contradita possa produzir tal comprovação.

Embora seja conveniente que o Juiz aprecie a contradita na própria audiência antes do depoimento, se ele não estiver suficientemente convencido, poderá, por cautela, tomar o

compromisso da testemunha e, na sentença, decidir a contradita, pois tal procedimento não traz prejuízo às partes e também impede eventual nulidade futura do procedimento.

13. Acareação de Testemunhas

Acareação significa colocar frente a frente duas ou mais pessoas. Somente deve ser efetuada entre testemunhas que depuseram na mesma ação pois inviável em processos distintos.

Tal procedimento é previsto no Código de Processo Civil Brasileiro no artigo 418, inciso I, onde havendo divergências entre os depoimentos ouvidos a propósito de fatos relevantes para a solução do processo, admite-se que o juiz, por sua iniciativa ou a requerimento das partes, promova a acareação, também dita careação, entre testemunhas ou entre estas e as partes.

Diz o artigo 418 do CPC:

“Art. 418. O juiz pode ordenar, de ofício ou a requerimento da parte:

I – a inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte ou das testemunhas;

II – a acareação de duas ou mais testemunhas ou de alguma delas com a parte, quando, sobre fato determinado, que possa influir na decisão da causa, divergirem as suas declarações”.

Acareação é objeto de requerimento ou de resolução de ofício para suprimir divergência entre depoimentos de uma testemunha e o de outra testemunha.

Colocadas frente a frente o juiz procurará extrair a verdade dos fatos perguntando a uma, na presença da(s) outra(s), se confirma o que anteriormente disse, sendo de notar-se que muito excepcionalmente as testemunhas, quando acareadas, voltam atrás no que disseram.

A acareação poderá ser feita na própria audiência em que os depoimentos foram prestados ou, não sendo possível, em audiência que será especialmente designada. Somente o juiz poderá formular perguntas ficando a critério do juiz, em determinados casos, esta faculdade às partes.

O Juiz do Trabalho preside as audiências e é o destinatário final da prova colhida neste ato processual. Desse modo, havendo divergências entre as testemunhas ou entre testemunha e parte, pode o Juiz, de ofício proceder a acareação delas.

A acareação é o fato de colocar as testemunhas ou as partes, cara a cara, ou frente a frente, com o objetivo de conseguir a retratação de uma delas ou de ambas, sobre um fato em que houve divergência nos depoimentos.

Como destaca Francisco Antonio de Oliveira²⁹:

“Para atingir o objetivo desejado – descobrir qual a testemunha falseante – poderá e deverá o juízo usar de todos os meios ao seu dispor, direta ou indiretamente, desde que eficientes. Na acareação poderá conseguir a retratação, fazendo ver à testemunhas as conseqüências criminais ou, se tal não ocorrer. ”

Realizar a acareação é faculdade do Juiz, por isso ele deve avaliar o custo benefício em adotar tal prática. Muitas vezes, há grandes divergências entre os depoimentos, mas o magistrado, mesmo com as divergências consegue firmar sua convicção.

14. Falso Testemunho

Antes do início do depoimento, a testemunha será advertida pelo juiz, de que está sujeita a sanção penal, caso venha a fazer afirmações falsas, calar ou ocultar a verdade. Quando,

²⁹ OLIVEIRA, FRANCISCO ANTONIO DE; LTr, 2005, p.130

intencionalmente, praticar falso testemunho, depois de reduzido o depoimento a termo e assinado, consuma-se o delito de falsidade. Da mesma forma, na acareação, admitindo a testemunha haver falseado a verdade, estará cometendo crime de falso testemunho.

O crime de falso testemunho tem previsão no artigo 342 do Código Penal Brasileiro:

Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: (Redação dada pela Lei nº 10.268, de 28.8.2001)

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

§ 1º - Se o crime é cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

A tipificação penal do crime de falso testemunho tem por objeto preservar a dignidade da Justiça, garantindo a seriedade do processo, bem como a efetividade processual.

É indubitoso que o falso testemunho é delito praticado contra a administração da justiça, sujeito à pena de reclusão e multa. A apuração das infrações penais contra a União compete a Polícia Federal (art. 8º, VIII, letra c, da Constituição Federal) enquadrado neste elenco o falso testemunho praticado em juízo no foro trabalhista.

Na Justiça do Trabalho, como destacamos, a prova testemunhal tem sido a prova mais utilizada e muitas vezes a única modalidade de prova que possui o empregado, uma vez que os documentos da relação de emprego ficam na posse do empregador.

Desse modo, é situação freqüente, o Juiz do Trabalho, durante as audiências se deparar com testemunhas que ocultam ou alteram a verdade dos fatos em juízo.

A matéria também está prevista na própria CLT, em seu artigo 828, segundo o qual a testemunha, que mesmo depois de advertida pelo juízo sobre o compromisso de dizer a verdade, não o fizer, apresentando afirmação falsa, estará sujeita à aplicação da lei penal.

Quando verificada, por juízes ou tribunais, a ocorrência de qualquer crime de ação penal pública, sendo o caso do falso testemunho, o art. 40 do Código de Processo Penal determina que o magistrado remeta ao Ministério Público cópias e documentos necessários à instauração da instância penal, para a apuração de cometimento de crime de falso testemunho, ou ainda, requisitar naquele mesmo momento a presença da autoridade policial federal para a lavratura de auto de prisão em flagrante.

Outrossim, o magistrado cumpre dever de ofício ao oprimir soberanamente qualquer ato contrário à dignidade da Justiça, *ex vi* art. 125, III do Código de Processo Civil (CPC).

Caso o Ministério Público entenda pela existência do apontado crime, este dará início à respectiva ação penal.

Há que se frisar, por fim, que mesmo havendo absolvição no Juízo Criminal do acusado por falso testemunho, a decisão prolatada não é causa para convalidar o seu testemunho no foro laboral. Ocorrendo o trânsito em julgado da decisão trabalhista não possibilita o ordenamento jurídico pátrio o reexame da prova testemunhal nem mesmo por via de ação rescisória.

Assim, o afastamento da prova testemunhal tida como falsa, ao bojo da sentença trabalhista prolatada, é cabível, e este entendimento foi esposado por princípio constitucional insculpido no artigo 6º da Carta Cidadã, que outorga a cada Juiz, na sua área de jurisdição, a autonomia indispensável para formar a sua convicção e proclamar a justiça, por meio de sentenças e acórdãos, nos termos da lei.

O magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir, reza o artigo 40 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN).

15. Valoração da Prova Testemunhal na Justiça do Trabalho

Tanto no sistema processual civil como no processual do trabalho, a valoração da prova testemunhal é livre, nos termos do artigo 131 do CPC e 765 da CLT, não se aplicando a limitação existente no artigo 227 do Código Civil ao processo do trabalho não havendo qualquer restrição à prova testemunhal. O juiz poderá indeferir a prova testemunhal quando o fato já estiver provado por documentos ou confesso, ou quando apenas por perícia possa ser provado (artigo 400 do CPC e 195 da CLT).

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Art. 227. Salvo os casos expressos, a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos negócios jurídicos cujo valor não ultrapasse o décuplo do maior salário mínimo vigente no País ao tempo em que foram celebrados.

Art. 765 - Os juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

Desta feita, pode-se dizer que a livre valoração da prova não é absoluta, pois o magistrado deve apenas expor os motivos de seu convencimento, nos termos do artigo 93, inciso IX da CF, atendo-se aos fatos e circunstâncias dos autos.

Assim, o juiz, ao valorar a prova, não pode se afastar dos elementos existentes nos autos, devendo seguir as regras do art. 131 do CPC. Nessa formação de juízo de valor, não podem ser olvidadas as provas produzidas nos autos de um modo geral, somando-se o princípio da

razoabilidade, buscando-se revelar a realidade fática ocorrida na lide trazida para apreciação do Poder Judiciário.

Deve-se destacar que Segundo Ísis de Almeida³⁰: “*Valorar* significa emitir um juízo de valor; ‘avaliar’ significa determinar o valor.”

Nesse contexto, de acordo com Miguel Reale³¹:

Valorar não é avaliar. Valorar é ver a coisa sob o prisma de valor. Quando se compra um quadro não se valora, mas se avalia. Em tal caso, compara-se um objeto com outros. Valorar, ao contrário, pode ser a mera contemplação de algo, sem cotejos ou confrontos, em sua singularidade sob um prisma de valor. O crítico de arte valora um quadro ou uma estátua porque os compreende sob um prisma valorativo, em seu ‘sentido’ ou ‘significado’.

No ordenamento jurídico não há regras específicas para auxiliar o intérprete na valoração dos depoimentos das testemunhas. A variabilidade do comportamento humano é subjetiva, e todos os conhecimentos de ciências diversas da jurídica são úteis na tarefa de interpretação e avaliação dos depoimentos, principalmente as noções de psicologia, de sociologia e de economia, nessa ordem de importância.

Segundo Amauri Mascaro Nascimento³²:

A avaliação da prova comporta dois momentos que se completam: o primeiro é o conhecimento, pelo qual opera-se a representação mental do objeto do mundo exterior na subjetividade do intérprete, através dos meios de percepção do sujeito; o segundo é o juízo de valor formulado a respeito desse objeto representado na mente do sujeito. Esta última etapa nada mais é que um juízo crítico de conjunto sobre o significado da prova.

Como bem destaca Ísis de Almeida³³ na valoração da prova testemunhal: “*Tem-se de lidar com a memória, antes de tudo, da pessoa que testemunha, com a sua honestidade, com a*

³⁰ ALMEIDA, ÍSIS; LTr, 2002. p. 138

³¹ REALE, MIGUEL; Saraiva, 1965. p. 60

³² NASCIMENTO; AMAURI MASCARO; Saraiva, 2007, p. 225

sua integridade psíquica, ou seja, com o equilíbrio, a normalidade e a experiência, nos seus processos mentais.”

Assim, a prova testemunhal deve ser analisada com a devida cautela, e para tal tarefa o magistrado deve se valer das contribuições da psicologia em relação às percepções, interpretando o depoimento testemunhal com reservas, procurando, sobretudo, aproveitá-lo com base em sua vivência forense e seu conhecimento dos problemas social.

Outrossim, deve ser levado em consideração que as testemunhas depõem sobre fatos pretéritos que muitas vezes já se passaram alguns anos, bem como que as pessoas não são dotadas da mesma capacidade de análise ou de observação; por vezes, seu raciocínio é falho e, conseqüentemente, suas conclusões são conflitantes. Por esse fato, com freqüência, tem se visto que testemunhas de um mesmo fato o descrevam de modo diferente e cheguem a conclusões também distintas.

Nesta esteira, o magistrado deve estar atento na valoração deste meio de prova, pois a testemunha pode estar suscetível a favorecer a parte para a qual depõe independente da regra moral que lhe impõe o dever de imparcialidade.

De acordo com Mauro Schiavi³⁴:

Diante da importância da prova testemunhal para o Processo do Trabalho, deve o juiz do trabalho dar atenção especial ao colher o depoimento. Deve avaliar como a testemunha teve apreensão dos fatos, se de forma direta ou por terceiros, se sua versão está compatível com os fatos declinados pela parte que a arrolou, o comportamento da testemunha ao depor (humildade, arrogância), a espontaneidade no depoimento, tranqüilidade, nervosismo, razoabilidade da versão, grau de cultura, circunstâncias em que presenciou o fato, idade, etc.

³³ ALMEIDA, ÍSIS; LTr, 2002, p. 193

³⁴ SCHIAVI, MAURO; LTr, 2010, p. 621

Ainda neste tema, o autor Mauro Schiavi³⁵ continua: “*Tanto no sistema processual civil como no processual do trabalho (arts. 131 do CPC e 765 da CLT), o juiz é livre para valorar a prova testemunhal, devendo apenas expor os motivos de seu convencimento [...]*”.

Deve-se destacar que o dever principal da testemunha é colaborar com a verdade, ou seja, em princípio a testemunha vem ao processo para relatar a verdade dos fatos, uma vez que, o descumprimento desse dever caracteriza o crime de falso testemunho.

Conforme já visto, para a testemunha que faltar com a verdade, a lei penal comina sanções consignadas no artigo 342 do Código Penal, e por isso, antes de iniciar o depoimento, o juiz adverte a testemunha do dever de falar a verdade, bem como das sanções impostas ao falso testemunho.

A prova testemunhal é aquela produzida por seres humanos, desta forma, impossível que esta não apresente os mesmos vícios e virtudes destes, ou seja, a prova testemunhal pode ser tão perfeita ou falha como pode ser o próprio homem.

Tendo em vista este aspecto, o magistrado deve ter cautela no momento de avaliação deste meio de prova, mas sempre deve estar presente em seu pensamento que a prova testemunhal, como via de regra, é a única prova que o trabalhador possui e que inicialmente a testemunha visa dizer a verdade, do seu ponto de vista.

16. Prova Dividida

Tem-se que a prova é dividida, também denominada de empatada, quando as testemunhas do autor e da parte ré são contraditórias entre si.

³⁵ SCHIAVI, MAURO; LTr, 2010, p. 621

Nesta hipótese, para a valoração da prova testemunhal, faz-se necessária ser feita a distribuição à luz do ônus probatório, verificando se a parte a quem cabia provar determinado fato o fez.

Assim, se cabia ao autor e se as testemunhas confirmaram suas alegações, tem-se provado o fato, sem se afastar o julgador da sua persuasão racional e do seu livre convencimento, levando em conta, para isso, as demais provas ou indícios de provas colhidos aos autos, bem como o que sente no contato direto que mantém com a prova, na hora da sua produção (princípio da imediatidade).

Assim, diante da prova dividida, em relação às reais condições de trabalho oferecidas pela reclamada, o julgador deve proferir decisão em desfavor daquele que detém o encargo probatório, devendo o magistrado utilizar-se de outros elementos para formar o seu livre convencimento e julgar a controvérsia que lhe é imposta, consoante o disposto no artigo 131 do CPC, de aplicação subsidiária ao Processo do Trabalho, por força do artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Convém salientar que a utilização do ônus da prova para o julgamento em caso de prova dividida, afasta a aplicação do princípio do *'in dubio pro operario'*, vez que a sua natureza é exclusivamente hermenêutica, utilizado quando o julgador, ao deparar-se com um dispositivo legal de sentido dúbio, adota a interpretação que for mais benéfica ao trabalhador, considerando-se que as leis trabalhistas, por princípio, são protetivas do hipossuficiente. A interpretação de provas, entretanto, é de natureza processual e neste campo não existe proteção ao trabalhador, buscando-se, ao contrário, a igualdade entre os litigantes, motivo pelo qual a dubiedade ou inconclusão de provas levará o julgador a decidir contra a parte que detenha o ônus probatório, não importando se este é o empregado ou o empregador.

17. Substituição de Testemunha no Processo do Trabalho

Com relação ao tema, existe a indagação: É possível a substituição de testemunhas no processo do trabalho quando já arroladas ao Juízo por aplicação da norma constante no art. 408 do CPC por aplicação subsidiária ao processo do trabalho?

Existem situações na esfera trabalhista nas quais a parte declina os nomes das testemunhas e requer que o juízo proceda às intimações, onde nasce o entendimento de que, com este ato, a parte estaria arrolando testemunhas, fato este que impediria sua respectiva substituição, aplicando-se, o código de processo civil pelo fato da CLT não disciplinar a questão, entendendo-se, assim, aplicável à hipótese o artigo 408 do CPC, por força do artigo 769 da CLT.

Diferentemente do processo do trabalho, o momento para requerimento da prova testemunhal, no Processo Civil, é o petição inicial para o autor e o da contestação para o réu. (artigos 282, inciso VI e 300 do CPC).

No prazo assinalado pelo Juiz (artigo 407 do CPC), as partes depositarão o rol de testemunhas. Este prazo visa justamente outorgar à parte contrária o conhecimento prévio de quem serão as testemunhas ouvidas no futuro ato, possibilitando a preparação de eventual contradita. O limite máximo de testemunhas para cada parte é de dez, enquanto para cada fato controverso o juiz poderá dispensar as que excederem o número de três. Vejamos o teor do art. 407 do CPC:

“Art. 407. Incumbe às partes, no prazo que o juiz fixará ao designar a data da audiência, depositar em cartório o rol de testemunhas, precisando-lhes o nome, profissão, residência e o local de trabalho; omitindo-se o juiz, o rol será apresentado até 10 (dez) dias antes da audiência.”

Nesta hipótese, há entendimento de que a parte apresenta o rol das testemunhas não podendo substituí-las, pelo fato da CLT não disciplinar a questão, entendendo-se, assim, aplicável à hipótese o artigo 408 do CPC, por força do artigo 769, da CLT, o qual dispõe:

“Art. 408. Depois de apresentado o rol, de que trata o artigo antecedente, a parte só pode substituir a testemunha:

I - que falecer;

II - que, por enfermidade, não estiver em condições de depor;

III - que, tendo mudado de residência, não for encontrada pelo oficial de justiça.”

Já no Processo do Trabalho, não existe rol de testemunhas, pois estas comparecerão à audiência, independentemente de notificação. Nesse sentido dispõe o artigo 825, da CLT:

“Art. 825. As testemunhas comparecerão à audiência independentemente de notificação ou intimação”.

Se as testemunhas não comparecerem de forma independente o parágrafo único do artigo 825 da CLT determina que elas sejam intimadas, de ofício pelo juiz ou a requerimento da parte. Uma vez intimada à testemunha, injustificadamente, deixar de comparecer, será conduzida coercitivamente, além de ter que pagar multa equivalente a um salário mínimo (artigo 730 do CPC).

Caso a parte, na audiência em prosseguimento se comprometa a trazer a testemunha espontaneamente, sem notificação judicial, em não comparecendo novamente a testemunha, haverá preclusão, implicando a ausência em desistência tácita da oitiva.

Nos termos do já citado art. 825 da CLT, não há necessidade da parte comprovar o convite da testemunha para que possa requerer o adiamento da audiência e a conseqüente intimação da testemunha ausente, pois o referido artigo não o exige, exceto no rito sumaríssimo em que o § 3º do artigo 852-H, da CLT exige que a parte comprove o convite da testemunha que não compareceu.

A prova do convite não precisa ser formal (escrita) e não precisa ser realizado necessariamente no mesmo ato da audiência em que não compareceu a testemunha.

Por ser o ato de testemunhar serviço público relevante, nos termos do artigo 822, da CLT, as testemunhas não poderão sofrer qualquer desconto pelas faltas ao serviço, ocasionadas pelo seu comparecimento para depor, quando devidamente convocadas. Pelo referido dispositivo o trabalhador tem direito a falta no trabalho, sem sofrer qualquer desconto para prestar depoimento na qualidade de testemunha.

Conforme o artigo 824 da CLT, o juiz ou presidente providenciará para que o depoimento de uma testemunha não seja ouvido pelas demais que tenham de depor no processo.

O presente dispositivo tem por objeto assegurar a seriedade da prova testemunhal e evitar que a testemunha, sabendo os fatos que a testemunha anterior já os declarou possa alterar seu depoimento.

Por vigorar o sistema presidencialista na colheita da prova, o Juiz do Trabalho preside a instrução processual e a colheita da prova testemunha. Desse modo, nos termos do artigo 820, da CLT, cabe ao Juiz inquirir as testemunhas e, posteriormente as partes pessoalmente, ou por intermédio de seus advogados, reinquirir as testemunhas. Os depoimentos serão resumidos na ata da audiência (§ único do artigo 828, da CLT).

A ordem da oitiva das testemunhas caberá ao Juiz do Trabalho, considerando-se o ônus da prova de cada parte, nos termos do § 2º do artigo 848, da CLT.

Preceitua-se no artigo 769 da CLT que, *"nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho (...)".*

Nessa toada, quanto a produção de prova oral em audiência, preconiza-se no artigo 845 da CLT: *"O reclamante e o reclamado comparecerão à audiência acompanhados das suas testemunhas, apresentando, nessa ocasião, as demais provas."*

Conclui-se, do exposto, que o Direito Processual do Trabalho dispõe de norma específica sobre a questão, não se lhe aplicando a regra contida no aludido artigo 408 do CPC, e,

ainda, que as partes não estão obrigadas à indicação prévia de suas testemunhas, não cabendo, por conseguinte, falar que a substituição de testemunha tenha sido contrária ao ordenamento processual trabalhista.

O Processo do Trabalho possui regra própria no que diz respeito à prova testemunhal, no sentido de que as partes deverão comparecer à audiência de instrução e julgamento acompanhadas de suas testemunhas, conforme preceitua o art. 845 da CLT. Segundo essa sistemática, não há necessidade do depósito em cartório, previamente à audiência, do rol de testemunhas, na medida em que referido dispositivo preconiza que elas deverão comparecer independentemente de notificação.

Nesse contexto, as disposições insertas no artigo 408 do CPC não se aplicam, ainda que subsidiariamente, ao processo do trabalho. Com efeito, o art. 408 do CPC explicita que depois de apresentado o rol, de que trata o artigo antecedente, a parte só pode substituir a testemunha:

I - que falecer;

II - que, por enfermidade, não estiver em condições de depor;

III - que, tendo mudado de residência, não for encontrada pelo oficial de justiça.

Observa-se, pois, que referido dispositivo remete, expressamente, aos preceitos do artigo 407 do CPC, que, por sua vez, estabelece a necessidade de as partes depositarem em cartório o rol de testemunhas.

Nessa esteira, verifica-se que o artigo 408 do CPC não pode ser interpretado isoladamente, mas em conjunto com o disposto no artigo 407 do mesmo diploma, que ao exigir a necessidade de depósito em cartório do rol de testemunhas, mostra-se incompatível com o processo do trabalho, *ex vi* do art. 769 da CLT.

Ademais, deve ser pontuado que no processo do trabalho vigora o princípio da informalidade, e que a parte pode comparecer à audiência acompanhada de suas testemunhas,

independentemente de intimação (artigo 845 da CLT), não havendo razão para se adotar o rigorismo do processo civil, que admite a substituição da testemunha arrolada apenas nas situações que elenca no art. 408 da CLT.

Entendimento contrário a este pode acarretar nulidade processual a partir do momento da recusa da substituição da testemunha por alguma que estava presente a assentada, por cerceamento de defesa da parte (artigo 5º, LV da CF), comprometendo, ainda, o princípio da celeridade e a economia processual.

Conclusão

Foram apresentados no presente trabalho, acepções, métodos e procedimentos processuais para a produção de prova em processo trabalhista.

Na definição de prova processual esposada, chegou-se a conclusão de que prova é um instrumento processual, direcionado ao juiz da causa, com o intuito de demonstrar determinado fato ou relação jurídica alegada ou negada pela parte.

Após a apresentação do conceito de prova, foi feita a diferenciação de verdade formal, que é a resultante do que as partes conseguiram provar no processo, em estrita observância as normas processuais, e verdade real, que é a busca da revelação da do fato apresentado como realmente ocorreu. Foi visto que apesar da verdade formal vigorar no âmbito civil, não exime o julgador em buscar a verdade real dos fatos apresentados.

Também foram apontados os princípios que regem a produção de prova na esfera trabalhista, onde foi demonstrada a essência primordial deste instituto. São eles: Verdade Real; Persuasão racional do juiz (livre convencimento motivado); Princípio da oportunidade da prova; Princípio da Necessidade ou Utilidade; Princípio da aptidão para a prova.

Seguindo em diante, encontra-se discorrido o tema relativo às nulidades processuais, que, sinteticamente, ocorrem quando algum ato é praticado em dissonância com determinada regra processual, e trouxe prejuízo a alguma das partes.

O momento da produção da prova foi abordado, sendo, em regra, para o autor quando da distribuição da reclamação trabalhista, e ao réu, em audiência, no momento da entrega da defesa. Além da produção ofertada pelas partes, o juiz também poderá requisitar a realização de outras partes a fim de esclarecer determinado ponto.

Houve também explanação a respeito das normas relativas ao ônus da prova no processo do trabalho. Em regra, cabe ao autor a prova de suas alegações no que concerne aos fatos constitutivos de seu direito; ao réu incumbe a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito da parte autora. Entretanto, foi mencionado que no processo trabalhista há a inversão do ônus da prova em certas ocasiões em razão da desigualdade existente entre as partes litigantes (empregado x empregador).

Demonstrou-se que há relevância no que diz respeito à prova processual a conceituação e reflexos processuais causados pela presunção relativa (admite prova em contrário), e absoluta (não admite prova em contrário).

Foram elencados os tipos de provas que podem ser produzidas no processo: prova documental; inspeção judicial; prova pericial; depoimento pessoal; prova testemunhal; e, por fim, foi abordado o tema relativo à prova ilícita, tendo sido apresentada a conclusão de que esta pode ser considerada pelo magistrado dependendo do litígio a ser dirimido.

Especificamente com relação à prova testemunhal, foi falado a respeito dos critérios objetivos de quem tem capacidade para atuar em juízo como testemunha, quais sejam: todas as pessoas que não sejam incapazes, impedidas ou suspeitas, sendo ao final abordado o tema a respeito da validade do depoimento do menor de 18 anos, sendo apresentada a conclusão de que o maior de 16 anos e menor de 18 anos poderá ser ouvido como informante, tendo em vista que neste período este indivíduo não tem imputabilidade penal.

Apresentou-se a quantificação de testemunhas que podem ser ouvidas no processo do trabalho, de acordo com o rito processual em que tramita a ação trabalhista, sendo no

ordinário o limite de três testemunhas para cada parte e no procedimento sumário duas. No inquérito judicial, é possível a oitiva de até seis testemunhas.

A necessidade da qualificação da testemunha antes de prestar o depoimento também foi exposta. Em sequência, foi abordado o tema relativo à contradita, que, por aplicação subsidiária do processo civil, é feita após a qualificação da testemunha, antes de ser compromissada a dizer a verdade. A parte contrária deverá motivá-la indicando como causa impedimento, incapacidade ou suspeição da testemunha.

Houve explanação a respeito da acareação de testemunhas, ato que pode ocorrer de ofício ou a requerimento da parte após oitiva de depoimentos divergentes no mesmo processo para a elucidação dos fatos.

Abordou-se a ocorrência e consequências do crime de falso testemunho. Este delito ocorre após ser reduzida a termo e assinada declaração falsa acerca de determinado fato indagado em juízo.

Foi discorrido a respeito da valoração da prova, onde o magistrado pode fazê-la livremente, desde que seja de forma justificada e motivada, de acordo com as provas constantes nos autos.

Neste diapasão, foi aduzido no trabalho que se no processo ocorrer à prova dividida, ou seja, quando as provas produzidas nos autos encontrarem-se empatadas, o magistrado deve, teoricamente, julgar em desfavor daquele que tinha o ônus probatório sobre determinado fato.

Ao final, falou-se a respeito da possibilidade da substituição de testemunha no processo do trabalho quando esta já tiver sido indicada no processo pela parte, aplicando-se a regra processual civil de apresentação de rol, não podendo mais haver alterações quanto à prova oral. Contudo, foi demonstrado que tal ato não é aplicável no âmbito processual do trabalho,

tendo em vista que no processo trabalhista há regra específica que trata da matéria, a qual dispõe que as partes comparecerão à audiência acompanhadas de suas testemunhas.

Referências Bibliográficas

ALVIM, ARRUDA; **Manual de Direito Processual Civil**, RT, 5ªed, v.2, 1996

ALMEIDA, ÍSIS; **Manual de direito processual do trabalho**, LTr, 10ªed, 2002

BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO; **Curso de Direito Administrativo**, Malheiros, 18ªed, 2005

DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL; **A instrumentalidade do processo**, Malheiros, 2001

CARRION, VALENTIN; **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**, Saraiva, 30ªed, 2005

CHANDÍA, HERNANDO DEVIS; **Teoria General de La Prueba Judicial**, *apud* PACIFICO, LUIZ EDUARDO BOAVENTURA; **O ônus da prova no direito processual civil**, RT, 2000

CHIOVENDA; **Instituições do processo civil**, Saraiva, v.2, 2000

DAIDONE, DÉCIO SEBASTIÃO; **Direito Processual do Trabalho: Ponto a Ponto**, LTr, 2ªed, 2001

DINAMARCO, CANDIDO RANGEL; **A instrumentalidade do processo**, Malheiros, 7ªed, 1999

DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL; **Curso de Direito Processual do Trabalho**, Saraiva, 2008

LEITE, CARLOS HENRIQUE BEZERRA; **Curso de Direito Processual do Trabalho**, LTr, 5ªed, 2007

LEITE, CARLOS HENRIQUE BEZERRA; **Curso de Direito Processual do Trabalho**, LTr, 2012

MARTINS, SÉRGIO PINTO; **Direito Processual do Trabalho**, Atlas, 26ªed, 2001

MARTINS, SÉRGIO PINTO; **Direito do Trabalho**, Atlas, 22ªed, 2006

NASCIMENTO, AMAURI MASCARO; **Curso de direito processual do trabalho**, Saraiva, 22ªed, 2007

NASCIMENTO, AMAURI MASCARO; **Curso de Direito Processual do Trabalho**, Saraiva, 2008

OLIVEIRA, FRANCISCO ANTONIO DE; **Manual de Processo do Trabalho**, LTr, 3ªed, 2005

PAULA, JÔNATAS LUIZ MOREIRA; **Teoria Geral do Processo**, LED – Editora de Direito, 2ªed, 2001

PINTO, JOSÉ AUGUSTO RODRIGUES; **Processo Trabalhista de Conhecimento**, LTr, 7ªed, 2005

PORRAS LOPEZ; **Derecho Procesal del Trabajo**, México, 1991, *apud* FREITAS, NEY JOSÉ; **Ato administrativo – presunção de validade e a questão do ônus da prova**, Forum, 2007

PRATA, MARCELO RODRIGUES; **A Prova Testemunhal no Processo Civil e Trabalhista**, LTr, 2005

REALE, MIGUEL; **Filosofia do direito**, Saraiva, 1965

RODRIGUES, MANOEL CÂNDIDO; **A Prova Testemunhal no Processo do Trabalho**, In: *Compêndio de Direito Processual do Trabalho*, Coord.: Alice Monteiro de Barros, LTr, 3ªed, 2002

SANTOS, MOACYR AMARAL; **Prova Judiciária no Cível e no Comercial**, Saraiva, v.I, 5ªed, 1983

SARAIVA, RENATO; **Direito do Trabalho**, Método, 9ªed, 2008

SCHIAVI, MAURO; **Manual de direito processual do trabalho**, LTr, 3ªed, 2010

TEIXEIRA FILHO, MANUEL ANTONIO; **A Prova no Processo do Trabalho**, LTR, 7ª ed, 1997

THEODORO, HUMBERTO JUNIOR; **Curso de Direito Processual Civil**, Forense, 38ª Ed, 2002

