

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE – FURG
FACULDADE DE DIREITO – FADIR**

DAVI SILVEIRA

PERÍCIAS NOS PROCESSO JUDICIAIS

RIO GRANDE – RS, 2015.

DAVI SILVEIRA

PERÍCIAS NOS PROCESSO JUDICIAIS

Monografia apresentada a banca examinadora do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande – FURG, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professora Dra. CLAUDETE RODRIGUES TEIXEIRA GRAVINIS

Rio Grande – RS, 2015.

Serviço Público Federal – Ministério da Educação
Universidade Federal do Rio Grande – FURG
Faculdade de Direito
Coordenação do Curso de Direito
Supervisão do Trabalho de Curso

TERMO DE APROVAÇÃO

Aprovado em 23/10/2015

PERÍCIAS NOS PROCESSO JUDICIAIS

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dra. Claudete Rodrigues Teixeira Gravinis – orientadora
Universidade Federal do Rio Grande (FURG)

Prof. Dr. Mário Fernando Carvalho Ribeiro – avaliador
Universidade Federal do Rio Grande (FURG)

Ma. Nadja Karin Pellejero – avaliadora
Universidade Federal do Rio Grande (FURG)

AGRADECIMENTOS

Agradeço antes de tudo ao Grande Arquiteto do Universo, depois a todos que contribuíram de alguma forma para minha formação e construção, tanto pessoal quanto acadêmica. A todos que já se foram deixando seus ensinamentos para iluminar.

Agradeço a Karine Mastella Lang, pelos momentos de carinho e compreensão em todos esses anos, aos meus avós que me ajudaram de tantas formas, minha família e a todos meus amigos que me acompanharam ao longo da vida.

A minha Orientadora Dr. Claudete Rodrigues Teixeira Gravinis, pela atenção dispensada ao longo da faculdade, e durante todo o tempo da produção desse trabalho.

EPÍGRAFE

Somos donos de nossos atos, mas não donos de nossos sentimentos; somos culpados pelo que fazemos, mas não somos culpados pelo que sentimos; podemos prometer atos, mas não podemos prometer sentimentos... Atos são pássaros engaiolados, sentimentos são pássaros em voo. (Rubem Alves)

RESUMO

O trabalho tem como foco de estudo análise e discussão das Perícias realizadas nos processos judiciais, bem como a efetividade de sua realização para eliminação das lides postas em apreciação pelo Judiciário.

O início do presente trabalho apresenta o histórico das provas a serem produzidas no processo no Brasil. Em um segundo momento, a abordagem está direcionada as modalidades probatórias. O trabalho adentrou na seara processual e destina-se a perquirir sobre a efetividade da prova pericial com possibilidade de ser realizada nas mais diversas lides judiciais. A concretização da perícia judicial, a sua aplicabilidade, requisitos, locais, dificuldades, bem como análise de sua efetividade na prova produzida são focos determinantes do terceiro capítulo. Por fim, direciona-se a conclusão do trabalho científico, traduzindo a expressão da análise proposta no presente trabalho.

Palavras chaves: Processo Judicial. Produção de prova. Perícia. Prova pericial. Perícia judicial.

ABSTRATC

The work focuses on the study analysis and discussion of Skills held in judicial proceedings as well as the effectiveness of its realization for disposal of the labors put into consideration by the judiciary.

The beginning of this work presents the history of evidence to be produced in the process in Brazil. In a second step, the approach is targeting the evidentiary procedures. The work entered in the procedural harvest and intended to to assert on the effectiveness of expert evidence likely to be held in several judicial labors. The completion of judicial expertise, its applicability, requirements, local, difficulties as well as analysis of their effectiveness in produced evidence are key focuses of the third chapter. Finally, directs the conclusion of scientific work, translating the expression of the analysis proposed in this paper.

Key words: Judicial Process. Evidence. Expertise. Expert evidence. Judicial expertise.

ROL DE ABREVIATURA E SIGLAS

§	Parágrafo
a.C.	Antes de Cristo
ART.	Artigo
ARTS.	Artigos
CC ou CC/2002	Código Civil Brasileiro (Lei 10.406/2002)
CF ou CF/88	Constituição Federal (05/10/1988)
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas (Dec.-Lei 5.452/1943)
CPC	Código de Processo Civil (Lei 5.869/1973 ou 13.105/2016)
CPP	Código de Processo Penal (Dec.-Lei 3.689/1941)
LPT	Lei Processual Trabalhista (Lei nº 5.584/70)
p.	Página
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10.
CAPÍTULO I - O ESTUDO DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PROVAS.	
1.1 - O SURGIMENTO DAS PROVAS.	13.
1.2 - SURGIMENTO DO DIREITO COMUM.	16.
1.3 - O PROCESSO CIVIL MODERNO.	17.
1.4 - O DIREITO PROCESSUAL CIVIL.	18.
1.4.1 - Ordenação do reino.	18.
1.4.2 - Regulamento nº 737.	19.
1.5 - CÓDIGO DE 1939.	20.
1.6 – O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973.	21.
CAPÍTULO II - A PROVA JUDICIAL.	
2.1 - CONCEITO DE PROVA.	24.
2.1.1 - Princípios.	25.
2.1.2 - Meio de prova e conteúdo de prova.	26.
2.1.3 - Exceção - prova legal.	27.
2.1.4 - Atividade probatória e sua finalidade.	28.
2.1.5 - Objeto de prova.	28.
2.1.6 - Fatos que independem de prova.	29.
2.1.7 - Prova emprestada.	30.
2.1.8 - Irrelevância da autoria da prova.	30.
2.1.9 - Atividade do juiz.	30.
2.1.10 - Ônus da prova.	31.
2.1.11 - Fato negativo e negativa de fatos.	32.
2.1.12 - Prova ilícita.	32.
2.2 - PROVA EM ESPÉCIE.	33.
2.2.1 - Depoimento pessoal.	33.
2.2.2 - Confissão.	34.
2.2.3 - Prova documental.	34.
2.2.4 - Exibição de documento ou coisa.	34.
2.2.5 - Prova testemunhal.	35.

2.2.6- Inspeção judicial.	35.
CAPÍTULO III - PROVA PERICIAL.	
3.1 - CONCEITO.	37.
3.2 – CLASSIFICAÇÃO DA PROVA PERICIAL.	38.
3.3 – CABIMENTO DA PERÍCIA.	39.
3.4 – INDEFERIMENTO DA PERÍCIA.	39.
3.5 – O(S) PERITO(S) E ASSISTENTE(S) TÉCNICO(S).	41.
3.5.1 – Nomeação do(s)perito(s) e do(s) assistente(s).	41.
3.5.2 – Escusa e responsabilidade.	43.
3.6 – SUBSTITUIÇÃO DO PERITO.	45.
3.7- HONORÁRIOS DO PERITO.	45.
3.8 – LAUDOS E PARECERES.	46.
3.9 – PROCEDIMENTO.	47.
3.9.1 – Quesitos.	48.
3.9.2 – Segunda perícia.	49.
3.9.3 – Perícia por carta.	49.
3.9.4 – Produção antecipada da prova pericial.	50.
3.10 VALOR PROBANTE DA PERÍCIA.	50.
CONSIDERAÇÕES FINAIS	53.
REFERÊNCIAS	54.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora em questão, consiste em uma monografia como requisito parcial e indispensável para a obtenção do título de Bacharel em Direito, pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG.

O trabalho adentra na seara do direito processual, destinando-se a perquirir sobre a efetividade da prova pericial com possibilidade de ser realizada nas mais diversas lides judiciais. O trabalho aborda sobre a concretização da perícia judicial, a sua aplicabilidade, requisitos, locais, dificuldades, bem como busca analisar a sua efetividade na prova produzida.

O foco do trabalho direciona-se a análise da efetividade da realização da prova pericial como meio de convencimento do Magistrado na solução do processo judicial. Analisa-se; os efeitos processuais das perícias produzidas no âmbito judicial, a relevâncias no processo, avaliação do meio, forma e “peso” das perícias judiciais realizadas, bem como a fundamentação para a concessão ou não do direito requerido pela parte.

O capítulo primeiro trata de forma mais abrangente sobre a origem e a evolução do processo e das provas, com abordagem na área do direito processual e constitucional.

O capítulo segundo estabelece as características e conceitos necessários para a elucidação das provas estabelecidas por nosso ordenamento jurídico brasileiro, estabelecendo na sequência, os conceitos e quais provas são permitidas em direito, seus tipos, bem como provas em espécie.

O último Capítulo, o terceiro, tem como objeto a análise da prova pericial, tratando acerca da origem da prova pericial e a sua evolução ao longo do tempo.

Esse tema é de fundamental relevância, tanto para os operadores da área jurídica, quanto para as pessoas que dependem desse tipo de prova a ser produzida no processo, cujo objeto, por muitas vezes, implicam no meio de comprovar a verdade daquilo que está sendo discutido em Juízo, quer sob análise da pretensão deduzida na peça inicial ou como forma de garantir a manutenção do status quo em favor do réu.

A título de exemplo, cita-se esta jurisprudência que revela que o desfecho poderia ser outro acaso neste processo tivesse sido realizada perícia judicial:

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. ART. 302. HOMICÍDIO CULPOSO. ATROPELAMENTO. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. IN DUBIO PRO REO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO INTERPOSTO PELO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. Considerando a insurgência ministerial ante a sentença absolutória, o recurso proposto pela assistência à acusação não deve ser conhecido. A assistência de acusação só possui legitimidade recursal nas hipóteses taxativamente previstas no art. 271 do CPP e nos demais casos em que houver inércia ministerial. No mérito, em que pese conste nos autos provas da materialidade e da autoria, não ficou claro se o réu agiu culposamente no atropelamento. Como é cediço, na ausência de prova que evidencie a conduta culposa do réu, impõe-se a sua absolvição. Na espécie, não foi realizada perícia no local do acidente, bem como não há, nos autos, qualquer fotografia do veículo, do local ou da vítima. Tais procedimentos seriam de suma importância para que se realizasse um juízo de certeza acerca da culpabilidade ou não do acusado. Portanto, diante da insuficiência probatória, deve prevalecer o princípio universal do in dubio pro reo. RECURSO DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO NÃO CONHECIDO. APELO MINISTERIAL DESPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70053412102, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lizete Andreis Sebben, Julgado em 23/10/2014).¹.

Justifica-se a escolha do tema devido a sua importância e utilização por profissionais do direito. Importante também salientar que a prova pericial constitui procedimento de instrução probatória cujos métodos peculiares traduz habilidade dos operadores.

Portanto, o esclarecimento e a realização dessa pesquisa sobre o tema, serve de instrumento para os operadores do direito, acadêmicos e para a sociedade em geral, como forma de auxílio, aprendizagem e dos conhecimentos específicos que requer essa determinada área.

Devido à importância das provas para o processo judicial, me interessei a abordar o tema, para demonstrar a real constatação de sua relevância para o processo, e nas decisões do magistrado.

A monografia encerra-se com uma breve conclusão, na qual são mencionados pontos destacados, estimulando o leitor a fazer reflexões sobre a importância da prova pericial.

A presente monografia levou em consideração as seguintes questões:

1. O direito, nos tempos da antiguidade, se embasava em algum tipo de prova?
2. É possível pensar em hierarquização das provas judiciais?

No que se refere à metodologia empregada para a elaboração do presente trabalho, foi utilizada uma metodologia qualitativa e indutiva, a partir de uma análise

¹BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Crime nº70053412102*.

documental e legislativa, fonte primária, e com relevo na pesquisa bibliográfica, fonte secundária.

CAPÍTULO I

O ESTUDO DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PROVAS

1.1 O SURGIMENTO DAS PROVAS

Compreende-se que nos tempos da antiguidade, o Direito não dispunha de uma legislação ou código escrito. O Direito era transmitido através da forma verbal, pelos sacerdotes, através da tradição (do latim *traditio*, *tradere* = “entregar”, “passar adiante”), dando procedência ao que seriam as primeiras decisões judiciais. No início, ditas decisões foram sendo aplicadas de forma repetitiva, cuja continuidade caracterizou o costume. Este, por sua vez, ao longo do tempo encontrou a tipificação surgindo à lei, onde, mais tarde, foram centralizados em códigos.

Gusmão, a cerca dessa evolução do direito positivo, diz:

O direito, nos primeiros tempos, manteve-se vigente graças à memória dos sacerdotes, que foram os primeiros juízes, e que guardavam em segredo as regras jurídicas. Depois, vigorou nas decisões do conselho dos mais velhos. Transmitiu-se oralmente a princípio. Era então tradição sagrada. Cada caso rememorava e devia ser decidido fielmente como o antecedente. Nesse tempo, inexistiam códigos ou leis. Segredo era o conhecimento do direito, guardado com muito zelo pelos sacerdotes ou pelos mais velhos, que assim, mantinham as suas posições sociais e privilégios. Com o tempo, o direito tornou-se conjunto de decisões judiciais, casuístico, mantido ainda em segredo. Muito depois, tais decisões, sendo ininterruptamente repetidas, tornaram-se costumeiras. Surge assim da sentença o costume jurídico. Mas em algumas comunidades a indiscrição de uma escriba revela o segredo guardado pelos juízes (sacerdotes), tornando-o público, como ocorreu em Roma com o *Lus Flavianun*, direito dos Pontífices revelando em 304 a.C. pelo escriba *Gneo Flavio*. Então, das sentenças surgiu a lei, ou melhor, o código. Finalmente em outras comunidades, reis-legisladores-sacerdotes reduziram a escrito as principais sentenças imemoriais como fizeram Hamurabi e os reis sumerianos anteriores.²

GAIO JÚNIOR³ nos ensina que nos povos que antecederam a civilização romana, sendo mais preciso os povos da Babilônia, as leis de Hammourabi permitiam que o credor, caso esse não tivesse seus créditos satisfeitos pelo devedor, utilizava-se do recurso de constranger o devedor, podendo ser estendido para sua mulher e filhos, havendo ainda a possibilidade de vendê-los como também

²GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo de Direito**. 26. Ed. Ver. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 285-286.

³GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Instruções de Direito Processual Civil** – Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 10.

seus bens.

Neste momento de evolução do direito os juristas da época (sacerdotes ou reis), invocavam as divindades adoradas pelos rudes para saberem quem possuía a verdade, para que com essa intervenção divina, chegasse ao criminoso ou o responsável pela culpa de determinado(s) ato(s), que conduziria a sansão do mesmo.

Gusmão corrobora que:

Quando este sistema de julgamento foi implantado, o direito já havia evoluído muito, tendo ultrapassado a fase de justiça privada, isto é, a “Lei do Talião” (dente por dente, olho por olho), impondo represália igual à ofensa (pena privada). A vingança, tornando-se fonte de insegurança e de intranquilidade, acabou substituída pela composição pecuniária, a princípio maior que o prejuízo, em regra o dobro, inicialmente com caráter facultativo (pena privada), como prescrevia, por exemplo, o Código de Ur-Namu, descoberto depois da última guerra, contido na “tabuinha de Istambul”, muito anterior ao Hamurabi.⁴

Humberto nos diz:

Após a queda do império Romano, houve, além da dominação militar e política dos povos germânicos, a imposição de seus costumes e de seu direito.

Aconteceu, porém, que os germânicos, também chamados de *bárbaros*, possuíam noções jurídicas muito rudimentares e, com isso, o direito processual europeu sofreu enorme retrocesso na marcha ascensional encetada pela cultura romana.

A princípio, nem mesmo uniformidade de critérios existia, pois, entre os dominadores, cada grupo étnico se regia por um rudimento próprio e primitivo de justiça, segundo seus costumes bárbaros.

Numa segunda etapa, houve enorme exarcebação do fanatismo religioso, levando os juízes a adotar absurdas práticas na administração da Justiça, como os “juízes de Deus”, os “duelos judiciais”, e as “ordálias”. Acreditava-se, então, que a divindade participava dos julgamentos e revelava sua vontade por meio do método cabalístico.⁵

No que se refere aos métodos utilizados e sobre a influência da religião, métodos esses já referidos, onde os mais comuns apontados pela doutrina como sendo o juramento, as ordálias e o duelo.

A ordália é era um tipo de prova judiciária utilizada para descobrir e determinar a parte culpada e a inocente, por um meio de utilizações de elementos naturais cujo resultado é interpretado como vontade divina. Os duelos também serviam como ordálias, utilizados para resolver as questões duvidosas ou qualquer outra situação que deveria ser provada a alguém, o vencedor do duelo era

⁴GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo de Direito**, p. 287.

⁵THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 1 v. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 14.

considerado inocente e a parte perdedora sobrava a pena pelo crime. O juramento, por sua vez, baseava-se na invocação da divindade como sendo a testemunha do caso, o que poderia gerar o castigo do acusado em caso de desconfiança que estivesse mentindo.

Lopes ensina que:

As ordálias, também denominadas julgamentos ou juízos de Deus, foram utilizadas pelos germanos antigos e tinham por finalidade a descoberta de verdade mediante o emprego de expedientes cruéis e até mortais, como a “prova de fogo”, a “prova das bebidas amargas”, a “prova das serpentes”, a “prova da água fria” etc.

Na “prova de fogo” o acusado era obrigado a tocar com a língua um ferro quente ou carregar uma barra de ferro em brasa ou, ainda, caminhar descalço sobre ferros quentes. A “prova das bebidas amargas” consistia em obrigar a mulher acusada de adultério a ingerir bebidas fortes e amargas: se mantivesse a naturalidade, seria considerada inocente; mas culpada, se contraísse o rosto e apresentasse os olhos inchados de sangue.

Na “prova das serpentes”, o acusado era lançado no meio delas e considerado culpado se fosse mordido pelos répteis. Já na “prova da água fria” atirava-se o acusado num reservatório de água: se afundasse, seria considerado culpado; se flutuasse, como inocente.⁶

Humberto⁷ refere-se que nesse momento o processo era extremamente rígido ou formal e os meios de provas que poderiam ser utilizadas sendo restritas as hipóteses legais, não tendo o juiz qualquer liberdade, um mero executor, que somente se averiguava a existência ou não da prova. O processo bárbaro era acusatório que se iniciava com a acusação do autor, que se considerava prejudicado ou ofendido, sendo o ônus da prova do acusado.

Os procedimentos eram tidos como jogos de azar, cenas de bruxaria, não se fazia um julgamento lógico do(s) fato(s).

GAIO JÚNIOR⁸ relata que o Direito Romano (este influenciado pelo Direito Grego), possui três fases distintas que o credor poderia ter o seu direito satisfeito.

a) A primeira possibilidade é referente ao Período Primitivo, denominado de *Legis Actiones* e que abrange ao período do estabelecimento de Roma, ao ano de 149 a.C;

b) O segundo é o Período Formulário, que é compreendido nos três primeiros séculos do Império;

c) A da *Cognitio Extraordinaria* que vigorou entre os anos 200 e 565 de

⁶LOPES, João Batista. **A prova no Direito Processual Civil**. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pág. 15-16.

⁷THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 14.

⁸GAIO JÚNIOR, 2011, p. 10.

nossa era.

Nas primeiras fases eram denominadas de *ordo iudiciorum privatorum*, que era caracterizado por um procedimento duplo, com a participação do Estado e de juízes privados. No último estágio, este denominado de *cognitio extra ordinem*, compreendeu a publicação do processo, unificando o procedimento em torno apenas do magistrado.

1.2 SURGIMENTO DO DIREITO COMUM

O surgimento do Direito Comum nada mais é que a fusão entre as normas e institutos do direito romano, com o direito germânico, e por fim com o direito canônico, que derivou ou surgiu com o mesmo, o processo comum.

GAIO JÚNIOR, a respeito do surgimento do Direito Comum:

A sistemática adotada pelo sistema germânico perdurou por vários séculos até a fase bem adiantada da Idade Média.

Paralelamente ao Direito Bárbaro, a Igreja Católica preservava as instruções do Direito Romano, adaptando-as ao Direito Canônico.

Assim, a partir da adaptação, e fusão entre as normas e institutos dos direitos romano, germânico e canônico, surgiu o Direito Comum, também denominado Intermédio, passando esse a atingir toda a Europa Continental, vigorando desde o século XI até o século XVI, encontrando-se vestígios seus até hoje nas legislações processuais do Ocidente.⁹

Humberto¹⁰ fala que com o Direito Comum surgiu o Processo Comum, que vigorou entre os séculos XI e XVI, tendo vestígios seus nas legislações processuais do Ocidente até os dias de hoje. O processo comum era escrito, lento e excessivamente complicado, mas ele se expandiu por toda a Europa e dele foi retirado a sua essência que, aprimorado, vieram inspirar o processo *moderno*. As provas e a sentença regressaram a se espelhar no sistema romano, mas, no entanto se admitia a força *erga omnes* das coisas julgadas, esse por influência do direito germânico. No que se refere a influência do direito canônico, foi o acolhimento do processo sumário, que visava eliminar alguns formalismos.

GAIO JÚNIOR assevera que:

Em 1667, surgiu o primeiro Código de Processo Civil Francês, tratando-se da “Ordonnance”, do Rei Luís XIV, sobre a justiça civil.

É a publicação, em 1807, do “Code de Procédure Civile” francês que marca o início da fase propriamente dita “procedimentalista” do processo civil.

⁹GAIO JÚNIOR, 2011, p.12.

¹⁰THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 14.

Segundo ressalta René Moral, citado por José Frederico Marques, tal publicação não é mais do que uma edição um pouco melhorada da grande ordenança processual de Luís XIV.

O “Code de Procédure Civile” inaugurou os princípios da oralidade, da publicidade e do dispositivo, com atuação mais acentuada do juiz no processo, reduzindo, assim, o formalismo e a morosidade do processo comum.

Apesar da escola procedimentalista ter provido uma importantíssima renovação no processo civil, na realidade ela limitou sua elaboração doutrinária ao procedimento, à competência e à organização judiciária. O Direito Processual Civil, somente na fase seguinte, é que ascende à categoria de ciência autônoma, repudiando o epíteto de “adjetivo” que acentuava sua posição de mero complemento do Direito Civil, dito “substantivo”.¹¹

Humberto¹² relata que embora tivessem sido abolida as “ordálias” e “juízos de Deus”, as torturas foram preservadas, como meio da obtenção da verdade no processo, até o século passado. Nesse período também preponderou, o império da tarifa legal da prova, até mesmo nos processos criminais, até fins do século XVIII, onde foi se ouvido os protestos de nomes como: Beccaria, Montesquieu, Voltaire entre outros.

Depois da Revolução Francesa, retomou-se o conceito de livre convencimento do juiz e procurou-se acabar com o que restava dos requícios da tarifa legal de provas, iniciando no processo penal, e mais tarde, incorporando ao processo civil.

1.3 O PROCESSO CIVIL MODERNO

Gaio Júnior¹³ refere-se como marco do início da fase do processo civil moderno, também chamado de fase científica, a publicação da “Teoria das Execuções e dos Pressupostos Processuais”, do alemão Oscar Von Bülow, em 1868. Nela consta a teoria da relação triangular que é estabelecida entre o juiz e as partes, considerada a base da sistematização do Direito Processual Civil como ciência.

A partir dessa Teoria, se teve uma intensa elaboração doutrinária, que resultou na conceituação da ação como direito abstrato de agir. Logo surgiu renovações científicas, em 1877 o Código de Processo Civil Alemão é promulgado,

¹¹GAIO JÚNIOR, 2011, p. 12-13.

¹²THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 15.

¹³GAIO JÚNIOR, 2011, p. 13.

em 1895, o Código de Processo Civil, de Franz Klein, é promulgado na Áustria, que aprimorou os princípios contidos no código alemão.

Em seguida, surgiram novos códigos, inspirados no Código Austríaco, no qual o Brasil em seu Código de 1939 se espelhou.

Humberto Theodoro Júnior¹⁴ relata que só a partir do século XX é que se conseguiu eliminar o processo civil das provas tarifadas, e que, tem o seu posicionamento como início dessa época, a partir em que é outorgado autoridade para o juiz analisar a(s) prova(s) de acordo com as regras de uma crítica sadia e para produzir *ex officio* as provas que se colocaram, tendo como objetivo de uma equidade em sua decisão, deixando assim, de ser um mero espectador da vitória do da parte litigante mais hábil no processo.

Dando uma reaproximação entre o processo civil e o processo penal, retornando ao princípio da oralidade, e reconhecendo outros importantes princípios como o caráter público, de interesse geral, se sobrepondo o interesse público sobre o particular.

Com isso o processo civil passou a ser um instrumento de pacificação da sociedade e de efetivação de alvitre da lei, e apenas em um segundo momento, servindo como remédio na tutela dos interesses dos particulares. Se da uma maior concentração de poderes nas mãos dos juízes, para a elaboração e apreçamento das provas e para que o processo seja mais célere, essa concepção prevalece quase unanime no atual Código de Processo Civil (de 1973).

1.4 O DIREITO PROCESSUAL CIVIL

1.4.1 Ordenações do Reino

Com a independência brasileira encontrou-se por um longo período da história, sob o regime denominado como Ordenações Filipinas, também chamada de “Ordenações do Reino”. A preocupação com a prática forense esteve presente nesse período. As ordenações do Reino era composta por cinco livros, no qual se refere ao direito processual civil, era o livro terceiro, onde as fontes eram as mesmas do processo comum que dominava o resto da Europa.

¹⁴THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 15.

Humberto Theodoro Júnior assim expressa com referência a tal período:

Suas principais características consistiam na observância dos seguintes princípios consagrados pelo Livro III das Ordenações Filipinas:

- a) Forma escrita, de sorte que só o que estava escrito nos autos era considerado pelo juiz;
- b) Havia atos em segredo de Justiça: as partes não participavam da inquirição de testemunhas e tinham que usar embargos de contradita para provar motivos de suspeita;
- c) Observa-se o princípio dispositivo em toda plenitude: autor e réu eram donos do processo, cuja movimentação era privilégio dos litigantes.

Além disso, o processo dividia-se em várias fases e compreendida diversas audiências:

- a) Após o pedido e a citação, realizava-se a primeira audiência, que era de acusação da citação e oferecimento do libelo do autor. Iniciava-se então o prazo de contestação;
- b) Se ocorresse revelia, outra audiência era realizada, para sua acusação;
- c) A prova ficava exclusivamente a cargo da parte, e o juiz só tomava conhecimento de fato provado nos autos se alegado pelas partes;
- d) Os recursos contra decisões interlocutórias tinham efeito suspensivo;
- e) Ao fim de cada fase, o processo paralisava, à espera de impulso da parte. “O juiz, numa expressiva imagem, funcionava como um relógio, a que a parte, de quando em quando, desse corda para alguns minutos.”¹⁵.

Os procedimentos já mostravam as mesmas fases contidas no Código de 1939: a fase postulatória; fase de instrução; decisória e a executória. Como acontece atualmente, havia da mesma maneira, um procedimento sumário e procedimentos especiais.

1.4.2 Regulamento nº 737

Em um primeiro momento, com a Independência do Brasil, não se teve significativas alterações à nossa legislação processual, permanecendo em nosso ordenamento todas as leis portuguesas que não se possuíssem um conflito com a soberania do Brasil.

No ano de 1850, logo após e ainda no mesmo ano da elaboração do Código Comercial, foi a primeira manifestação significativa de autonomia legislativa na seara do Processo Civil Brasileiro, com o aditamento do Regulamento nº 737, que em primeiro momento se ateve a regulamentar o processamento das causas comerciais.

¹⁵THEODORO JÚNIOR, 2008, p.16.

Posteriormente, já ter ocorrido a Proclamação da República, e seguidamente que Ribas havia consolidado a legislação civil em 1876, o Regulamento nº 737 foi amplificado, atingindo agora também os feitos civis, pelo Regulamento nº 763, de 1890.

Humberto Theodoro Júnior trata a cerca das principais melhorias ocorridas:

Embora as opiniões da época divergissem sobre o valor jurídico do Regulamento nº 737, forçoso é reconhecer que, “examinado serenamente, em sua própria perspectiva histórica”, o Regulamento foi o marco admirável de evolução na técnica processual, “especialmente no que toca à economia e simplicidade do procedimento.”

Suas principais melhorias podem ser resumidas:

- a) Tornou pública a inquirição;
- b) Suprimiu as exceções incidentes, limitando-as à incompetência, suspeição, ilegitimidade de parte, litispendência e coisa julgada;
- c) Permitiu ao juiz, em matéria de prova, conhecer do fato demonstrado, sem embargo de ausência de referência das partes.

Conservou, no entanto, a acusação da citação e a assinatura em audiência do prazo de prova.¹⁶

1.5 O CÓDIGO DE 1939

Conforme GAIO JÚNIOR¹⁷, a Constituição de 1934 determinou que fosse de competência privativa da União legislar sobre matérias processuais, unificando assim, o Processo Civil. Em 1937, com a Constituição de 1937, ocorreu a eliminação da Justiça Federal, mas ficou inalterada a questão de competência da União de legislar sobre matéria processual. O Governo encarregou uma comissão para elaborar o Código Nacional de Processo Civil, mas, por divergência dentro da comissão, não houve conclusão no trabalho; entretanto, o desentendimento resultou em um trabalho separado de Pedro Batista Martins, que foi adotado como projeto oficial, publicado em fevereiro de 1939.

No processo comum, o juiz só tomava conhecimento da prova testemunhal ou da prova pericial do que se fora reduzido por escrito, tendo o juiz conhecimento da prova mediante transcrição de impressões alheias. Com a adoção do princípio da oralidade no Código de Processo Civil de 1939, requereu como consequência, a adoção de outros princípios o da concentração, da imediação (ou imediatamente) e da identidade física do juiz, princípios esses que constituem o sistema da oralidade.

¹⁶THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 16.

¹⁷GAIO JÚNIOR, 2011, p. 18.

Wambier¹⁸ refere-se que o princípio da oralidade se subdivide em subgrupos ou subprincípios, em outros três, sendo eles:

- a) O princípio da identidade física do juiz, que consiste em ser o mesmo juiz que preside a audiência e que colhe as provas orais (por exemplo, depoimento das partes e de testemunhas) o que dê a sentença, como consagrado no art. 132, caput, do atual CPC;
- b) O princípio da imediação (ou imediatamente), no qual consagra que o juiz deve colher as provas direta e pessoalmente, sem intermediários, previsto no art. 446, inc. II do CPC (em se tratando de prova testemunhal o novo CPC apresenta mudanças, conforme prevê o art. 459, onde diz que as perguntas serão formuladas pelas partes e serão dirigidas diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem ligação com as questões do fato objeto da atividade probatória ou ainda importem na repetição de outra já respondida);
- c) O princípio da concentração permite que haja à operacionalização do princípio da oralidade, contendo a ideia de que todos os atos do processo, inclusive a sentença, devem ser realizadas o mais próximos uns dos outros, para que tenha uma maior efetivação de uma decisão justa, também dispostas nos arts. 455 e 456 do CPC (365 e 366 do novo CPC).

1.6 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

O Código 1973 não foi uma simples reforma, mas sim uma criação, se labutou uma grande atualização, estabelecendo uma nova etapa no direito processual brasileiro. O Código de Processo Civil é composto por cinco livros, sendo eles:

- I- Do processo de conhecimento.
- II- Do processo de execução.
- III- Do processo cautelar.
- IV- Dos procedimentos especiais.
- V- Das disposições gerais e transitórias.

¹⁸WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. Vol. 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 14. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 77-78.

Como já visto o direito probatório em sua história, é marcado por uma jacente transformação, na busca de um processo mais célere e efetivo, tendo o sistema probatório vigente adotado às mesmas prerrogativas para o desenvolvimento processual, visando a sua simplificação na tentativa de torna-lo mais célere, ampliando os meios de prova, e dando maiores poderes ao magistrado.

Uma breve análise sobre o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) que entrará em vigor dia 17 de março de 2016, ele está dividido em uma parte geral e com uma parte especial, tendo elas subdivisões em livros, na parte especial divide-se em processo de conhecimento e cumprimento de sentença, processo de execução e processos nos tribunais e meios de impugnação das decisões judiciais. A parte geral se divide em das normas processuais civis, da função jurisdicional, dos sujeitos do processo, da intervenção de terceiros, do juiz e dos auxiliares da justiça, dos atos processuais, dos prazos, da tutela provisória, da formação, as suspensão e da extinção do processo.

Como análise do novo Código de Processo Civil Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, fazem suas considerações referindo-se:

Tanto o processo de conhecimento como o processo de execução, como esboçados no Novo Código, são processos sincréticos: o processo de conhecimento admite fase de cumprimento de sentença, em que se desenvolve a atividade executiva; o processo de execução admite cognição ao, por exemplo, permitir a declaração de ineficácia da arrematação nos seus próprios autos. Rigorosamente, o processo de conhecimento não é de conhecimento tão somente, nem o processo de execução de pura execução.

Bem como:

O ideal é que o Código de Processo Civil seja pensado a partir da ideia de *tutela dos direitos*. É o compromisso de Estado Constitucional com a tutela dos direitos e, em termos processuais civis, com a efetividade da tutela jurisdicional dos direitos em sua dupla dimensão que singulariza o Estado Constitucional. Esse se caracteriza justamente por ter um *verdadeiro dever geral de proteção dos direitos*. Fica claro, portanto, a razão pela qual a interpretação que o novo Código merece caracteriza-se por um sintomático deslocamento – do *processo à tutela*.¹⁹

¹⁹MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. Vol. 1: teoria do processo civil – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 573.

MARINONI²⁰ revela que é apropriado e, deveria ter uma reconstrução do modo de interpretar o novo Código a partir da teoria da tutela dos direitos. Assim, em termos dogmáticos, é importante dividi-los em três grandes linhas:

- a) A primeira, voltada à teoria do processo civil, responsável pela construção dos conceitos de base do direito processual civil;
- b) A tutela dos direitos mediante o procedimento comum, âmbito teórico que situados todos os temas ligados à tutela padrão dos direitos;
- c) À tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados, área em que situados todos os temas concernentes às diferenciações legislativas procedidas para a tutela dos direitos.

Como parte desse esforço de reconstrução sistemática, nosso Curso segue exatamente essa organização da matéria.

O primeiro capítulo abordou origem e evolução das provas até o nosso ordenamento jurídico atual, no capítulo seguinte abordarei sobre os meios de prova admitidos pelo ordenamento pátrio e sua conceituação.

²⁰ MARINONI, 2015, p. 573-574.

CAPÍTULO II

A PROVA JUDICIAL

2.1 CONCEITO DE PROVA

A o vocábulo “prova” tem origem no termo em latim *probatio*, de *probare*, com espírito de demonstrar, examinar, persuadir sobre a veracidade de determinado fato (*ex facto ius oritur*).

O conceito de prova por Nelson Nery Junior é considerada como:

Meios processuais ou materiais considerados idôneos pelo ordenamento jurídico para demonstrar a verdade, ou não, da existência e verificação de um fato jurídico.

Importante referir que:

É da substância do direito material apontar as hipóteses em que se exige a prova legal – que corresponde à forma do negócio jurídico, um dos elementos de sua essência (CC 104) -, bem como a forma como podem ser provados os fatos jurídicos que não exigem forma especial (CC 212). É da substância do direito processual fornecer o rol dos meios de prova admitidos no processo, a discriminação pormenorizada da forma e do momento de sua produção, bem como a forma e os limites de sua avaliação pelo julgador.²¹

Nos ensinamentos de Gaio Júnior²² o autor refere-se no ajuizamento da ação uma série de fatos que, com sua avaliação, têm condições em justificar o seu direito e a necessidade de ingressar judicialmente. O réu, da mesma maneira, o faz em sua defesa. Assim na fase de instrução do processo, estabelecida a controvérsia entre as partes, é da atribuição das partes a produção das provas para demonstrar a veracidade dos fatos alegados, possibilitando o livre convencimento do magistrado, logicamente contribuindo para a sua persuasão racional. Pode-se, então, concluir que a prova tem o intuito de demonstrar ao Estado, personificado na figura do magistrado, circunstanciado nas necessidades probatórias que o processo em si necessita, a verdade de um fato ou de uma alegação nele deduzida.

²¹NERY JUNIOR, Nelson. ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 11. Ed. Ver., ampl. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 631.

²²GAIO JÚNIOR, 2011, p. 275-276

Humberto Theodoro Júnior²³ refere-se que o processo de execução é voltado para a satisfação do direito do credor e atua sobre bens. Por sua vez, o processo de conhecimento tem como objetivo as provas dos fatos alegados, cuja apreciação do magistrado deverá definir a solução jurídica para o conflito.

Amauri Mascaro Nascimento indica a existência, no particular, de cinco correntes, que podem ser assim sintetizadas:

- a) A prova é um fenômeno material;
- b) É um fenômeno de natureza mista, ou seja, material e processual, pois existem normas que disciplinam a prova fora do processo e outras que se dirigem ao Juiz, a quem compete a aplicá-las;
- c) É unicamente processual, vez que se destina, exclusivamente, ao convencimento do julgador;
- d) Há uma divisão das normas sobre a prova em dois ramos, cada qual com natureza própria, substancial e processual;
- e) A prova pertence ao denominado *direito judicial*, entendido como aquele que tem por objeto uma relação jurídica entre a Justiça e o indivíduo.²⁴

Pode se definir como prova sendo o “*instrumento processual adequado a permitir que o juiz forme convencimento sobre os fatos que envolvem a relação jurídica objeto da atuação jurisdicional.*”²⁵.

2.1.1 Princípios

Nos ensinamentos de Nelson Nery Junior²⁶ referente aos princípios constitucionais, estão:

- a) Princípio da ampla defesa: consagrado no art. 5º, LV da CF, incluindo-se nele à prova e à contra prova;
- b) Princípio da proibição da prova obtida ilicitamente: que regula o princípio da proibição da prova ilícita.

No tocante aos princípios processuais relativos à prova:

- a) Princípio do livre convencimento motivado do juiz: segundo o qual o juiz aprecia as provas, mas que deve dar razões de seu convencimento;
- b) Princípio da oralidade: segunda a qual as provas deverão ser realizadas, de preferência, na audiência de instrução e julgamento;

²³THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 480.

²⁴Amauri Mascaro Nascimento, 1978, *apud* TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **A prova no processo do trabalho**. 8. Ed. Ver. E ampl. – São Paulo: LTr, 2003. Pág. 29-30.

²⁵WAMBIER, 2014, p. 516.

²⁶ NERY JUNIOR, 2010, p. 633.

- c) Princípio da imediação: o qual o juiz é quem colhe, diretamente e imediatamente, a prova, facultando as partes perguntar aos depoentes e testemunhas;
- d) Princípio da identidade física do juiz: na qual o juiz que inicia a colheita de prova oral deve terminar a instrução, ficando vinculado ao processo, portanto, devendo esse proferir a sentença de mérito;
- e) Princípio da aquisição processual ou também chamada de comunhão de prova: no qual nos consagra que a prova é destinada ao processo e não ao juiz ou à parte e, uma vez produzida e adquirida a prova ao processo, não podendo ser mais extraída ou desentranhada, sendo irrelevante saber quem a produziu.

2.1.2 Meio de prova e conteúdo da prova

Wambier²⁷ ensina que há diversas modalidades pelas quais as constatações sobre a ocorrência ou inoocorrência dos fatos chegam até o juiz. Podem ser eles diretos (inspeção judicial, fatos notórios) ou indiretos (documentos, testemunhas). Conteúdo da prova é o resultado que o meio produz, ou seja, é o convencimento do juiz passa a ter da ocorrência ou inoocorrência dos fatos, porque a ele foram levados ou até mesmo relevados por um determinado meio de prova.

Entre os meios de prova, como regra geral, não há hierarquia, pois é adotado em nosso ordenamento o princípio do livre convencimento motivado do juiz (art. 131 CPC), não havendo prevalência de um meio de prova sobre o outro, podendo o juiz chegar à solução da lide levando em consideração a prova que ele achar melhor, desde que fundamente a sua decisão.

Teixeira Filho²⁸ nos remete os seguintes meios específicos de prova previsto no CPC em vigor, sendo eles: a) depoimento pessoal (arts. 342 a 347); b) confissão (arts. 348 a 354); c) prova documental (arts. 364 a 399); d) prova testemunhal (arts. 400 a 443); e) prova pericial (arts. 420 a 439) e f) inspeção judicial (arts. 440 a 443), embora admita todos os demais, desde que moralmente legítimos e não sejam ilícitos conforme o art. 332. *“Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a*

²⁷WAMBIER, 2014, p. 516.

²⁸TEIXEIRA FILHO, 2003, p. 94.

verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.” CPC (novo CPC no art. 369), o art. 5º, LVI – “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”, da CF/88.

Sobre o assunto Alexandre de Moraes ensina:

As provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto, conforme já analisado, as *provas ilícitas* são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as *provas ilegítimas* são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as *provas ilegais* seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico.²⁹

E considerações feitas por Nelson Nery Junior:

A CF 5º. LVI rege a matéria, vedando os meios de prova que não são obtidos por meios lícitos. A doutrina se manifesta de forma bastante controvertida a respeito da validade e eficácia da prova obtida ilicitamente. A proposição da doutrina quanto à tese intermediária é que mais se coaduna com o *princípio da proporcionalidade*.³⁰

2.1.3 Exceção – prova legal

Wambier³¹ esclarece que há, todavia, há exceções pra a inexistência de hierarquia nos meios de prova. Exemplificando com a denominada “prova legal”, prevista no art. 366 do CPC (e mantida no novo CPC no art. 413), que dispõe que nenhuma outra prova pode suprir a falta de instrumento público, quando este for da substância do ato, estabelecendo a forma que o ato dispor para ter validade os arts. 104, III, e 166, IV, do CC/2002.

Referente ao tema Carlos Roberto Gonçalves diz:

Quando a lei exigir forma especial, como o instrumento público, para a validade do negócio jurídico, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta (CPC, art. 366; CC, art. 107, *a contrario sensu*). Por outro lado, não havendo nenhuma exigência quanto à forma (ato não-formal), qualquer meio de prova pode ser utilizado, desde que não proibido, como estatui o art. 332 do Código de Processo Civil: ‘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 ação ou defesa’.³²

²⁹MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. Ed – São Paulo: Atlas, 2007, p. 98.

³⁰NERY JUNIOR, Nelson. ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 11. Ed. Ver., ampl. E atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 632.

³¹WAMBIER, 2014, p. 518.

³²GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Vol. 1. Parte geral. 4. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 490-491.

Outra exceção é a proibição de prova meramente testemunhal para demonstração da existência de contratos em valor superior a dez salários-mínimos art. 401 do CPC (essa regra foi suprimida no novo CPC), tendo caráter apenas processual, pois o direito material, em regra, permite o contrato de valores superiores a dez salários-mínimos tenham a forma verbal, não escrita.

Desaparecerá a inexistência de hierarquia entre os meios de prova quando tiver norma expressa determinando a prevalência de um meio sobre o outro.

2.1.4 Atividade probatória e a sua finalidade

Wambier³³ diz que embora o art. 336, *caput*, do CPC (regra mantida no art. 361 do novo), prevê o momento adequado para a produção da prova, dispondo a lei outros momento oportunos para a produção de provas. Nesse sentido, a prova documental em regra deve ser produzida por ocasião na propositura da ação conforme previsto no art. 397 CPC (art. 435 do novo).

A prova pericial necessariamente deve ser produzida antes da audiência, até porque, a regra do art. 435, *caput*, do CPC (art. 477, do novo), onde a parte que pretende esclarecimentos da perícia deverá requerer ao juiz que mande intimar o perito para comparecer à audiência para os devidos esclarecimentos.

A inspeção judicial pode ser realizada a qualquer tempo do processo, é o que refere o art. 440 do CPC (art. 481, do novo).

Indubitavelmente o destinatário da prova é, sempre, o juiz. A prova não é destinada a nenhuma das partes (autora ou adversa), e uma vez produzida e passando a integrar o processo, pouco importando quem requisitou a sua produção.

Sendo a finalidade da prova, o modo pelo qual o juiz passa a ter o conhecimento dos fatos que envolvem essa relação jurídica posta à apreciação jurisdicional.

2.1.5 Objeto da prova

O objeto da prova nada mais é que o(s) fato(s) ocorrido(s) no mundo real e a sua relação com o mundo jurídico.

³³ WAMBIER, 2014, p. 519-520.

No dicionário jurídico de Guimarães nos lembra à definição de prova e alicerça referência ao objeto da prova, assim expressando:

Prova – Todo meio legal, usado no processo, capaz de demonstrar a verdade dos fatos alegados em juízo. A prova deve ter como objeto principal o convencimento do juiz (CF: art. 5º, LVI; CC: arts. 107 a 109, 212, 216, 218, 219, 221, 224, 227 a 229; CPC: arts. 83, 130, 131, 265, 277, § 5º, 282, VI, 300, 332 a 336, 354, 373, parágrafo único, 380, 401, 402, 485, VI, 902 e 1.107; CPP: arts. 155 a 157; CLT: arts. 818 a 830; LICC: arts. 13 e 14).³⁴.

Nesse sentido que foi apontado, ensina Wambier:

Devem-se provar fatos, não o direito. Pela máxima *jura novit cúria* (“o tribunal conhece os direitos”), tem-se que o direito alegado não é objeto da prova, mas apenas os fatos, ou seja, aquilo que ocorreu no mundo. Também se diz *da mihi factum, dabo tibi jus* (“dê-me o fato, que lhe dou o direito”), para significar que basta à parte demonstrar que os fatos ocorram para que o juiz aplique o direito correspondente.³⁵.

2.1.6 Fatos que independem da prova

Nos ensinamentos de Fernando Capez³⁶ acerca da matéria que os fatos que independem de prova são divididas em:

- a) Fatos axiomáticos, intuitivos ou incontroversos: aqueles que são evidentes. A evidência nada mais é que um grau de certeza que se tem do conhecimento sobre algo. São aqueles sobre os quais as partes não discutem;
- b) Fatos notórios: (aplica-se o princípio *notorium non eget probatione*, ou seja, o notório não necessita de prova) são aqueles de conhecimento geral, mas a doutrina não é unânime sobre o seu conceito, o certo é que o conceito de notório não pode ser tão amplo. Pois não parece lícito dizer que somente são notórios os fatos que são conhecidos por todos, extrapolando a abrangência do local e época que se desenvolve o processo;
- c) Presunções legais: pois são conclusões retiradas da própria lei, ou, ainda, o conhecimento que decorre da ordem normal das coisas, podendo elas serem **absolutas** (júris et de jure) ou **relativas** (júris tantum);

³⁴GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Compacto Jurídico**. 8. Ed . – São Paulo: Rideel, 2005, p. 170.

³⁵WAMBIER, 2014, p. 520-521.

³⁶CAPEZ, 2014, p. 368.

- d) Fatos inúteis (inconcludentes ou irrelevantes): princípio *frustra probatur quod probantum non rellevat*. São os fatos, sendo eles verdadeiros ou não, que não influenciam para a solução da causa.

2.1.7 Prova emprestada

A utilização da prova emprestada consiste no ato de se ter como base a prova já utilizada em outro processo para chegar ao resultado de outra lide. A definição de prova emprestada dada por Gaio Júnior é que:

Prova emprestada é aquela que foi obtida em outro processo, seja entre as mesmas partes ou não. Geralmente, a prova deve ser produzida dentro do próprio processo, sob a análise do contraditório; entretanto não existe impedimento legal para que a parte interessada faça a juntada, ou requirite que o juízo officie, requerendo o traslado de, por exemplo, depoimento ou perícia obtidos em outro processo. Neste caso, compete ao juiz valorar a prova conforme as circunstâncias e o tempo em que foi colhida (art. 131 do CPC).³⁷.

2.1.8 Irrelevância da autoria das provas

Como já se viu a prova não pertence às partes, quando produzidas, passam a interar o processo, não podendo a parte a seu bel prazer querer validar somente a parte que a interesse, assim pouco importando quem a produziu, sendo ela composta como um todo, e deve ser analisada em sua totalidade. Trata-se do princípio da aquisição processual ou principio da comunhão da prova expressado por alguns autores como Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery.

Acerca do que foi dito corrobora Wambier, dizendo que:

[...] a prova não 'pertence' à parte. Uma vez produzida, passa a integrar o processo, pouco importando quem a produziu. Tanto que, como adiante se verá, não pode a parte seccionar a prova para aproveitar apenas a parcela que lhe interessa. A prova é um todo, e como um todo deve ser considerada.³⁸.

2.1.9 Atividade do juiz

³⁷GAIO JÚNIOR, 2011, p. 290.

³⁸WAMBIER, 2014, p. 524.

No passado como já visto, o juiz era um mero espectador do processo, mas nos dias atuais, o juiz, pode interferir na iniciativa ou condução das provas, na tentativa de se chegar à verdade, a solução para o conflito entre as partes, mas sempre mantendo a distância em relação aos interesses das partes, para não afetar o princípio da imparcialidade. O art. 130 do CPC consagra que: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”, independente da iniciativa das partes, ele poderá de ofício determinar as provas necessárias para que se chegue a uma conclusão.

O poder instrutório do juiz existe para assegurar a tranquilidade necessária para um julgamento adequado e razoável, quando as provas trazidas até o processo não sejam o suficiente para seu convencimento.

Nos ensinamentos de Wambier, nos remete que:

[...] o juiz deve sempre atentar para todos os princípios jurídicos envolvidos, considerando diversos fatores: o tempo que já se gastou com o processo, os valores patrimoniais e não patrimoniais envolvidos no litígio, a condição das partes e seu comportamento no curso do processo, as efetivas chances de que a prova sirva para esclarecer os fatos etc. a produção de provas de ofício tem de se mostrar proporcional e razoável em face de todos esses fatores. Por exemplo, em uma ação de investigação de paternidade, o juiz não se absterá de determinar o exame de DNA apenas porque as partes não o requereram. A relevância do objeto do processo e a eficiência dessa prova pericial aconselham intensamente a atividade probatória de ofício. Mas mude-se o exemplo: em uma ação revisional de aluguel, ambas as partes contestam-se em produzir apenas provas documental e testemunhal para demonstrar qual deve ser o valor da locação. As partes nitidamente evitaram os custos da prova pericial. Ora, em um caso como esse, eminentemente patrimonial, não será proporcional e razoável que o juiz, de ofício, determine perícia de avaliação do imóvel.³⁹

2.1.10 Ônus da prova

O ônus da prova é previsto e dividido no art. 333 do CPC onde prevê: “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.”. Primeiramente o ônus é do autor (quem alega), até o momento em que a parte ré apresente fato impeditivo, ou algo que modifique ou extingue o direito do autor, recaindo sobre esse (réu), devendo provar o que alegou.

³⁹WAMBIER, 2014, p. 525.

ARRUDA ALVIM afirma aplicar-se:

A teoria do ônus da prova a todos os processos e ações, atendidas, certamente, as peculiaridades de uns e de outros. As regras do ônus da prova destinam-se aos litigantes do ponto de vista de como se devem comportar, à luz das expectativas (ônus) que o processo lhes enseja, por causa da atividade probatória.⁴⁰

Acerca do ônus da prova, o autor Gaio Júnior diz:

Quando o réu, na contestação, se limita a negar o fato que fundamenta o pedido do autor, o ônus da prova recai todo sobre esse último (*actori incumbit ônus probandi*).[...] Caso o réu alegue, na sua defesa, fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 326 do CPC), o ônus da prova passa a ser dele já que suas declarações tornam incontroversos os fatos do direito do autor.⁴¹

2.1.11 Fato negativo e negativa de fatos

Em relação aos Fatos negativos o autor Nelson Nery Junior⁴² remete que se prevaleceu por muito tempo a regra de Paulo, onde que, a prova incumbe a quem afirma e não a quem nega, Entende-se que os fatos negativos não precisam ser provados, porque a negativa da parte à excluía do ônus de prova-lo (*negativa non sunt probanda*). Hoje a doutrina já compreende de outra forma, pois poderá ser invertido o ônus, porque se de alguma forma, a alegação consistir em declaração negativa, impõe-se à parte que nega o ônus da prova.

Com relação à negativa de fatos, o art. 302, *caput* (regra mantida no novo CPC art. 341), se impõe ao réu a impugnação específica dos fatos trazidos pelo autor na petição inicial. Para o réu impugnar os fatos, não se exige do mesmo que afirme que ocorreram de outra maneira, que não seja a que o autor se referiu, podendo o mesmo, apenas negar, sendo possível que o réu diga que o fato não aconteceu. Nesse caso, negativa de fatos, como já foi visto, pela regra do ônus da prova, o réu não precisará provar nada, pois nesse caso caberá ao autor provar que o fato existiu, e não ao réu que o fato não se deu.

2.1.12 Prova ilícita

⁴⁰ARRUDA ALVIM, **Manual de direito processual civil**, 11. Ed., vol. 2, p. 448 *apud* WAMBIER, 2014, p. 535.

⁴¹GAIO JÚNIOR, 2011, p. 276-277.

⁴²NERY JUNIOR, 2010, p. 636.

No dicionário de Torrieri Guimarães⁴³, define ato ilícito como sendo: “Ação ou omissão, dolosa ou culposa, que viola direito alheio ou causa prejuízo a outrem (CC: 186, 942, 948 e 1.659, IV).”.

A respeito da matéria, ensina Nagib Slabi Filho⁴⁴, o dispositivo no art. 5º, LVI, da CF, onde trata sobre a inadmissibilidade de provas obtidas por meio ilícito, e que esse dispositivo representou uma grande alteração no sistema probatório nacional, concedendo foros de supremacia constitucional à norma que ainda se vê no art. 332 do CPC (mantida no novo CPC art. 369). Sendo o meio ilícito não só meramente ilegal, mas, também o meio imoral ou atentatório à ordem pública e aos costumes.

Atualmente Wambier⁴⁵ afirma existir três correntes sobre o tema:

- a) obstativa: que considera inadmissível a prova obtida por meio ilícito, em qualquer hipótese e sob qualquer argumento, não cedendo mesmo quando o direito debate mostra elevada relevância;
- b) Permissiva: aceita a prova assim obtida, por entender que ilícito se refere ao meio de obtenção da prova, não a seu conteúdo. Entendendo que deve ser punido aquele que produziu o meio de prova, mas o conteúdo probatório aproveitado;
- c) Intermediária: admite a prova ilícita, dependendo os valores jurídicos e morais em jogo. Aplicando o princípio da proporcionalidade.

2.2 PROVAS EM ESPÉCIE

As espécies de prova apresentadas expressamente em nossa legislação processual são o depoimento pessoal, confissão, prova documental, exibição de documento ou coisa, prova testemunhal, inspeção judicial e prova pericial. A seguir se verá a definição e o conceito de cada uma delas.

2.2.1 Depoimento pessoal

O depoimento pessoal no Conceito de Humberto Theodoro Júnior⁴⁶: “[...] é o

⁴³GUIMARÃES, 2005, p. 46.

⁴⁴SLAIBI FILHO, Negib, **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 413.

⁴⁵WAMBIER, 2014, p. 529.

meio de prova destinado a realizar o interrogatório da parte, no curso do processo.”. O mesmo autor refere-se que o depoimento pessoal é tanto aplicado para o autor quanto o réu, sendo iniciada a sua diligência tanto de ofício quanto a requerimento das partes, a finalidade desse meio de prova é dupla, pois tem a intenção de provocar a confissão da parte e esclarecer fatos discutidos na causa.

O depoimento pessoal deve se ater ao(s) fato(s) controvertido(s) no processo, onde seu objeto específico são os fatos alegados pela parte contrária, como fundamento de seu direito.

2.2.2 Confissão

Podemos definir a confissão conforme Gaio Júnior⁴⁷ como o ato de reconhecer, de forma judicial ou extrajudicial, a veracidade dos fatos alegados pela parte contrária da lide, nesse sentido o art. 348 do CPC (previsto no novo ordenamento no art. 389) prevê que: “há confissão, quando a parte admite a verdade do fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário.”. Pode ser ela espontânea na contestação ou por termos nos autos, ou provocada, ou seja, conseguida através do depoimento pessoal da parte.

A confissão é indivisível, isto quer dizer que o interessado não poderá aceitar apenas parte dela. No caso de ser válida a confissão, tem o efeito de fazer prova plena contra o confidente, podendo ainda, motivar o julgamento antecipado da lide com base na confissão.

2.2.3 Prova documental

O conceito dado por Fernando Capez⁴⁸, onde atualmente, os documentos compreendem não só aqueles escritos, mas também qualquer forma corporificada de expressão do sentimento ou pensamento humano, tais como a fotografia, a filmagem, a gravação, a pintura, o desenho, o *e-mail*, entre outros.

2.2.4 Exibição de documento ou coisa

⁴⁶THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 496.

⁴⁷GAIO JUNIOR, 2011, p.280.

⁴⁸CAPEZ, 2014, p.460.

A exibição de documento ou coisa é o meio de prova pelo qual a produção de prova se dá não por quem a prova é aproveitada, mas sim, pela parte contrária ou por terceiro, ou ainda por iniciativa do juiz, no conceito de definição dada por Marcelo Abelha Rodrigues:

No procedimento probatório relativo à juntada de documentos em juízo, o primeiro aspecto que deve ser objeto de interrogação é: o documento que pretende seja apresentado se encontra na posse de quem? Dependendo da resposta a tal indagação, soluções distintas serão tomadas. Ora, se estiver na posse do próprio interessado, basta que requeira a sua juntada no tempo correto, como sói dizer o art. 396 e ss. Do CPC. Ainda se estiver em alguma repartição pública poderá ser objeto de requisição, nos moldes do que preceitua o art. 399 do CPC.

Mas, e se estiver o documento ou coisa está na posse de terceiro ou do adversário daquele que tem interesse de produzi-la no processo? Para responder e resolver a esta pergunta o sistema processual pátrio colocou à disposição do interessado o pedido de exibição de documento ou coisa que poderá ser feita por via de ação ou mero incidente no processo, ficando na dependência do momento, da finalidade e de contra quem é requerida a exibição.⁴⁹

2.2.5 Prova testemunhal

No qual consiste em uma reprodução oral do que se encontra guardado na memória daqueles que, não sendo as partes, estiveram presente ou tiveram notícias do(s) fato(s) da demanda, no conceito dado por Torrieri Guimarães testemunha é:

Pessoa que preenche os requisitos legais para ser convocada a depor, judicial ou extrajudicial, sobre o ato ou fato de que tem conhecimento (CPC: arts. 151, II, 276, 278, § 2º, 279, 309, 336, parágrafo único, 400 a 419, 846 a 848 e 851; CPP: arts. 202 a 225, 410, 453, 455, 467, 469, 533 e 537; CLT: arts. 730, 819 a 829, 848, 885 e 866).⁵⁰

2.2.6 Inspeção judicial

Conforme Wambier⁵¹ em regra, o juiz tem conhecimento dos fatos em conflito de forma indireta, através de exposições orais (testemunhas, perito) ou de forma escrita (documento). Dessa forma o juiz recebe a notícia de forma “filtrada”, o que

⁴⁹RODRIGUES, Marcelo Abelha, **Elementos de direito processual civil**, v. 2. 2ª Ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 367.

⁵⁰GUIMARÃES, 2005, p. 205.

⁵¹WAMBIER, 2014, p. 586.

nem sempre é suficiente para julgar a lide, vezes que há em que apenas o contato direto do juiz com a coisa ou pessoa consegue afastar as dúvidas que a narrativa dos fatos suscitou. A inspeção judicial encontra-se estabelecida nos arts. 440 e 443 do CPC e nos arts. 481 a 484 do novo código.

Conceito dado por Wambier como: “Denomina-se *inspeção judicial* o meio de prova pelo qual o próprio juiz examina pessoas, coisas ou locais, sempre que os demais meios de prova se mostrarem insuficientes para o seu convencimento.”⁵²

Devidamente já conceituado e demonstrado as espécies de provas admitidas pelo nosso ordenamento jurídico, o próximo capítulo abordará sobre o foco do trabalho, sobre a prova pericial e a sua efetividade nos processos judiciais.

⁵²WAMBIER, 2014, p. 586.

CAPÍTULO III

PROVA PERICIAL

3.1 CONCEITO

Não se pode exigir de um médico conhecimentos de engenharia, de um engenheiro conhecimentos de enfermagem, de um químico o conhecimento médico, e assim por diante, não sendo possível um ser humano dominar todas as áreas de conhecimento existentes. Mais do que lógico, não pode se exigir do magistrado conhecimento em todas as áreas que não seja a sua de atuação, e para determinadas situações encontradas em um processo, o conhecimento específico é imprescindível para o descobrimento da verdade e um julgamento justo. Podemos definir e dizer que a prova pericial consiste em um exame elabora por pessoa, via de regra profissional, possuidor de formação e conhecimento sobre a área em discussão, tratando de um juízo de valoração científico, artístico, contábil, avaliatório ou técnico, exercido por especialista, que tem o propósito de auxiliar o magistrado para as resoluções das lides fora da área de conhecimento profissional do mesmo.

Definição dada por Guimarães sobre perícia:

Perícia – Meio de prova consistente no parecer técnico de pessoa habilitada. São espécies de perícia: o exame, a vistoria e a avaliação (CPC: arts. 202, § 2º, 392, 420, a 439 e 846 a 851; CPP: arts. 6º, VII, 168, 170, 184, 235 e 423).⁵³.

Conforme o conceito dado por Fernando Capez:

O termo “perícia”, originário do latim *peritia* (habilidade especial), é um meio de prova que consiste em um exame elaborado por pessoa, em regra profissional, dotado de formação e conhecimento técnicos específicos, acerca de fatos necessários ao deslinde de causa.⁵⁴.

Nos ensinamentos de Nelson Nery Junior⁵⁵ o objeto da prova pericial é o fato ou os fatos que foram alegados na inicial ou na contestação que necessitam de perícia para sua integral demonstração.

⁵³ GUIMARÃES, 2005, p. 159.

⁵⁴ CAPEZ, 2014, p. 413.

⁵⁵ NERY JUNIOR, 2010, p. 675.

3.2 CLASSIFICAÇÃO DA PROVA PERICIAL

Conforme nos ensina Marcelo de Abelha Rodrigues⁵⁶ o art. 420 do CPC, a prova pericial consiste em:

- a) Exames: ou verificação, pode se dizer que é a perícia propriamente dita, consiste na inspeção, por meio de perito sobre pessoa ou coisa (móveis e semoventes), para desvendar aspectos técnicos ou científicos;
- b) Vistoria: consiste na mesma atividade do exame, mas esse recai sobre bens imóveis;
- c) Avaliação: é a atribuição de valor a bens jurídicos, de coisa, direitos ou obrigações.

Nos ensinamentos de Teixeira Filho⁵⁷ partindo do ponto da existência ou não do processo em curso, pode se classificar a perícia em:

- a) Judicial: a mais comum resulta da ação proposta, sendo determinada de ofício ou a requerimento de uma ou de ambas as partes, com perito nomeado pelo juiz, esse tipo que se referem os arts. 420 a 439 do CPC, previsto no novo ordenamento nos arts. 464 a 480, art. 195, § 2º da CLT e 3º da Lei n. 5.584/70, dentre outros;
- b) extrajudicial: embora a perícia extrajudicial não seja tão comumente usada, veio com a Lei. 8.455/1992, que autoriza as partes a instruírem a inicial e a contestação com pareceres técnicos a fim de se evitar a perícia judicial, sendo uma prova preconstituída, razão essa que a parte contrária poderá requerer, em juízo, que seja efetuada nova perícia, por perito indicado pelo magistrado. Produzida antecipadamente, contudo, a prova pericial será judicial, porquanto requerida ao juiz e por este deferida;

Wambier⁵⁸ ainda tem uma mais uma divisão:

- c) Informal: espécie de perícia judicial, onde esta dispensado o laudo. Quando o fato a se verificar o permitir, pode o juiz determinar que seja feita apenas a inquirição do perito e dos assistentes técnicos a respeito daquilo que eles verificaram, sem o formalismo da confecção do laudo.

Teixeira Filho⁵⁹ preleciona como critério existência de norma Legal impositiva ou

⁵⁶ RODRIGUES, 2003, p.402.

⁵⁷ TEIXEIRA FILHO, 2003, p. 388.

⁵⁸ WAMBIER, 2014, p. 580.

não que poderá dividida em:

- a) Perícia obrigatória: nada mais é que a perícia necessária ao processo;
- b) Facultativa: quando a mesma pode ser feita através de outro meio de prova que não seja a perícia.

3.3 CABIMENTO DA PERÍCIA

Para Wambier⁶⁰ a perícia trata-se de um meio de prova oneroso e que causa atraso no andamento do processo, por esse motivo que a perícia se realiza-se e se faz necessária que ela seja:

- a) Útil: somente ocorrer a perícia para o afastamento de dúvida, ou seja, quando o fato a que se deve ser esclarecido se envolve de questões que não podem ser verificadas sem o devido conhecimento técnico ou científico que somente um perito tem. Da mesma forma, não tem utilidade a perícia de fato que não tenha utilidade para a influência da decisão, um fato impertinente.
- b) Necessária: como meio de prova que ela é, encontra-se a perícia paralelamente situada no campo do direito probatório. Assim, se a compreensão do fato já tiver sido esclarecida por outro meio de prova utilizado, será dispensada a perícia.
- c) Praticável: não se defere prova pericial quando seu objeto não permite mais o exame, seja pelo motivo que não mais existe, ou por ter sofrido alterações substâncias, não deixando vestígios, exemplo, é inviável a perícia de veículo sinistrado, se ele já tenha sido reparado.

3.4 INDEFERIMENTO DA PROVA PERICIAL

Para Teixeira Filho⁶¹ o juiz é o reitor do processo, e o mesmo necessita de poderes para coibir as diligências inúteis ou que sejam meramente para protelar, requeridas pelos litigantes, por esse motivo a lei os concedeu (CPC, art. 130, prevista no novo ordenamento no art. 139).

⁵⁹ TEIXEIRA FILHO, 2003, p. 388-389.

⁶⁰ WAMBIER, 2014, p. 580.

⁶¹ TEIXEIRA FILHO, 2003, p. 390-391.

Em determinados casos, entretanto, o indeferimento do pedido de prova pericial não decorre do arbítrio do julgador, mas sim do dispositivo da lei, exemplo, a Súmula nº 453 do TST, onde é desnecessária a perícia que trata o art. 195 da CLT, quando é pago espontaneamente o adicional de periculosidade, tanto isso é verdade que o art. 420 do CPC, dispõe que o juiz indeferirá a produção da prova técnica quando: “O juiz indeferirá a perícia quando: I - a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico; II - for desnecessária em vista de outras provas produzidas; III - a verificação for impraticável.”, regra mantida no art. 464, §1, I, II e III do novo CPC.

Aplicação do caso *in concreto*:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. ACÓRDÃO REGIONAL PROFERIDO EM AGRAVO REGIMENTAL. CABIMENTO DO RECURSO DE REVISTA. É cabível o recurso de revista interposto em face de acórdão regional proferido em agravo regimental, porquanto deve prevalecer a interpretação sistemática da estrutura recursal da legislação processual, em detrimento da interpretação puramente gramatical ou literal, e, a partir dela, o reconhecimento do direito à ampla defesa. Assim, superado o óbice imposto pela decisão denegatória, passa-se ao exame dos pressupostos intrínsecos do recurso de revista, nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 282 da SBDI-1 desta Corte.

[...]

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PAGAMENTO ESPONTÂNEO PELO EMPREGADOR. DESNECESSIDADE DE PERÍCIA TÉCNICA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA Nº 453 DESTA CORTE. O pagamento espontâneo do adicional de insalubridade pelo empregador torna incontroversa a existência de labor em condições insalubres, sendo desnecessária a realização de perícia técnica para sua apuração, nos termos exigidos pelo artigo 195 da CLT e a Orientação Jurisprudencial nº 278 da SBDI-1 desta Corte. Nesse caso, o ônus da prova quanto ao período vindicado incumbe ao reclamado, que deve demonstrar que o pagamento voluntário do referido adicional decorreu da mudança das atividades desenvolvidas pelo empregado ou da alteração do seu ambiente de trabalho. Se assim não o faz, presume-se que durante toda a contratualidade estavam presentes os agentes nocivos à saúde do trabalhador. Aplicação analógica da Súmula nº 453 (antiga Orientação Jurisprudencial nº 406 da SBDI-1) do TST. Precedentes. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

[...]

Processo: AIRR - 1274-15.2012.5.22.0107 **Data de Julgamento:** 12/08/2015, **Relator Ministro:** Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, **Data de Publicação:** DEJT 14/08/2015.⁶²

A jurisprudência nos revela que o pagamento espontâneo do empregador ao empregado de adicional de insalubridade, torna incontroversa a existência do

⁶² BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho.** *Aplicação da súmula nº 453*, processo nº TST-AIRR-1274-15.2012.5.22.0107

trabalho em condições insalubres, dispensando assim a necessidade de prova técnica da perícia para comprovar a mesma.

As razões do veto legal são de ordem lógica e pragmática, porquanto:

- a) Quando ao prova do fato controvertido puder ser feito meio documental, ou pelo testemunho comum das pessoas, não se justifica a prova pericial, via de regra mais demoradas e onerosas que os outros meios de prova;
- b) Se demonstrada a verdade do fato alegado por qualquer meio, torna-se a perícia e qualquer outro meio de prova inútil;
- c) Embora que no princípio a prova pericial fosse exigível, não se haverá de deferi-la, por ser impraticável.

3.5 O(S) PERITO(S) E ASSISTENTE(S) TÉCNICO(S)

Leciona Wambier⁶³ a respeito do perito como sendo um especialista em determinado ramo do saber, sendo técnico ou científico, pelo que preceitua o art. 139 do CPC (mantida no art. 149 do novo ordenamento) o perito é um auxiliar da justiça, convocado para atuar como tal no processo onde este meio de prova é admissível.

Fala-se em conhecimento técnico ou científico, porque às vezes o ponto em discussão não se prende necessariamente a aspectos que exigem o conhecimento acadêmico ou estudo, bastando o conhecimento, ainda que empiricamente adquirido, bastando para a pessoa ser perito, conforme o art. 145, § 1º, do CPC (regra mantida no art. 156, § 2º e §3º) estabelece uma preferência, e o § 3º, assegura a possibilidade de não ser uma pessoa formada, desde que tenha conhecimento exigido para a tarefa.

3.5.1 Nomeação do(s) perito(s) e do(s) assistente(s)

O perito é alguém de confiança do juiz, que por ele nomeado. Por isso aplicam-se ao perito as mesmas regras pertinentes ao juiz no que se refere à suspeição, tanto quanto o juiz, o perito deve ser imparcial.

⁶³ WAMBIER, 2014, p. 580-581.

A doutrina aponta a importância que a Lei 8.455/1992 deu aos assistentes técnicos, são eles auxiliares das partes e por elas escolhidos e indicados, independentemente de compromisso. Assim, não estando eles sujeitos a suspeição ou impedimento, pois sua atuação consiste, exatamente em colaborar com o interesse da parte.

O novo Código de Processo Civil prevê em seu art. 471, que:

As partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento, desde que: I - sejam plenamente capazes; II - a causa possa ser resolvida por autocomposição.

§ 1º As partes, ao escolher o perito, já devem indicar os respectivos assistentes técnicos para acompanhar a realização da perícia, que se realizará em data e local previamente anunciados.

§ 2º O perito e os assistentes técnicos devem entregar, respectivamente, laudo e pareceres em prazo fixado pelo juiz.

§ 3º A perícia consensual substitui, para todos os efeitos, a que seria realizada por perito nomeado pelo juiz.

Aponta sobre o que foi dito por Marcelo Abelha Rodrigues:

Resumindo, podemos dizer que, os peritos constituem os auxiliares de justiça, cuja tarefa é suprimir as deficiências técnicas do juiz ante determinados fatos litigiosos. Já os assistentes técnicos são expertos, peritos indicados pelas partes. Conquanto os assistentes técnicos possam, assim como os peritos judiciais, utilizarem-se de todos os meios necessários para o bom desempenho de suas funções (art. 429 do CPC), apenas os peritos judiciais é que fornecem o laudo com natureza de prova judiciária pericial.⁶⁴

Conforme regra do art. 431-B do CPC (regra mantida art. 475) que trata sobre a perícia complexa, que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, o juiz poderá nomear mais de um perito, assim como a parte poderá indicar mais de um assistente técnico, dispositivo esse acrescentado ao Código pela Lei 10.358/2001, não sendo inovação, mas apenas a confirmação da possibilidade que já havia por força dos arts. 130 e 131 (regra mantida).

Antonio de Deus F. Magalhães faz algumas considerações a respeito da nomeação do Perito:

Para ser nomeado Perito, exigir-se-ão as condições: legal e tecno-científica, e ainda gozar da confiança do juízo, ter boa formação profissional, ética e moral. A nomeação para litígios civis dar-se-á segundo regras do Código de Processo Civil (CPC) – Lei Federal nº 5.869/73, e para reclamações trabalhistas a Lei Processual Trabalhista (LPT) – Lei Federal nº 5.584/70 (art. 3º). A aceitação do cargo independe de termo de compromisso, cuja obrigatoriedade esteve vigente até 1992; mesmo assim, alguns magistrados

⁶⁴ RODRIGUES, 2003, p. 408.

ainda exigem dita formalidade - hoje a regra processual aplicada é o art. 422, do CPC.⁶⁵.

Como demonstra Teixeira Filho⁶⁶, deixando o perito sem motivo legítimo, de prestar o compromisso legal ou de deixar de cumprir o encargo no prazo fixado, art. 424, II, do CPC (mantido no art. 468, II), será ele destituído, sem prejuízo de comunicação à correspondente corporação profissional e de pagar multa estabelecida pelo juiz, segundo o valor da causa e o possível prejuízo que possa ter ocorrido do atraso do processo, conforme o art. 424, parágrafo único, do CPC (mantida no art. 468, § 1º).

O prazo de 5 (cinco) dias que previa o art. 421, § 1º, do CPC para indicar o assistente técnico e apresentar quesitos, passou para 15 (quinze) dias no novo Código, prevendo agora as partes arguirem algum motivo de impedimento ou de suspeição do perito, se for o caso.

Considerações feitas por Antonio de Deus F. Magalhães caso o perito aceite a incumbência da nomeação:

O Perito, caso aceite a incumbência da nomeação, deve tomar providências preparatórias como: elaborar o plano de trabalho a ser executado e o orçamento dos custos e despesas com atos de execução da perícia; refletir sobre sua situação profissional com o propósito de analisar sua condição de habilitação legal para o exercício do encargo; averiguar se existe motivos de ordem legal para escusar-se, cujas restrições de impedimento e/ou suspeição são as mesmas aplicáveis ao Juiz e os demais auxiliares da Justiça, expresso nos arts. 134 e 135 do CPC.⁶⁷.

3.5.2 Escusa e responsabilidade

Na definição de Teixeira Filho⁶⁸, a escusa é um ato do perito ou dos assistentes, que consiste no seu direito de não aceitar o dever a que lhe foi incumbido, já a recusa, opostamente, é a manifestação de discordância da parte ao perito ou ao assistente da parte adversária.

⁶⁵ MAGALHÃES, Antonio de Deus F. LUNKES, Irtes Cristina. **Perícia contábil nos processos civil e trabalhista**: o valor informacional da contabilidade para o sistema judiciário. 1. Ed.- São Paulo: Atlas, 2008, p. 25.

⁶⁶ TEIXEIRA FILHO, 2003, p. 393.

⁶⁷ MAGALHÃES, Antonio de Deus F. LUNKES, Irtes Cristina, 2008, p. 27.

⁶⁸ TEIXEIRA FILHO, 2003, p. 401

Doutrina Wambier⁶⁹ que ao ser nomeado, tanto o perito quanto aos assistentes, poderão escusar, quando a tarefa lhe for impossível o acarretar em ônus excessivo, ou ainda quando ele não tiver conhecimento necessário, devendo apresentar suas razões no prazo de 5 (cinco) dias subsequentes a sua intimação previsto no art. 146, parágrafo único, do CPC (prazo passou a ser de 15 [quinze] dias, conforme art. 157, § 1º, novo Código), podendo também reputarem-se suspeitos, inclusive por motivo de foro íntimo.

O juiz julgando a escusa nomeará outro perito, esse aceitando o encargo, assume o dever de cumprir a diligência com zelo, podendo ser severamente responsabilizado na hipótese de prestar informações inverídicas, como arcar com os prejuízos da parte, ficará inabilitado no período de dois anos, além de aplicação de multa e comunicação à entidade competente no caso do não cumprimento do encargo, sem prejuízo das sanções na esfera criminal (art. 147 do CPC [regra mantida no art. 158]).

Greco Filho⁷⁰ assevera que o perito, como um auxiliar da justiça, está sujeito a sanções penais, decorrentes de falsidades, e à sanção civil correspondente a reparação de danos ao que deu causa por prestar informações inverídicas, podendo também como já visto ficar inabilitado por dois anos, a prestar serviços em outras perícias.

Outras sanções que o novo Código prevê em seu art. 467, § 2º e § 3º, é que:

§ 2º O perito substituído restituirá, no prazo de 15 (quinze) dias, os valores recebidos pelo trabalho não realizado, sob pena de ficar impedido de atuar como perito judicial pelo prazo de 5 (cinco) anos.

§ 3º Não ocorrendo a restituição voluntária de que trata o § 2º, a parte que tiver realizado o adiantamento dos honorários poderá promover execução contra o perito, na forma dos arts. 513 e seguintes deste Código, com fundamento na decisão que determinar a devolução do numerário.

O perito tem uma grande responsabilidade pelas ações que pratica, e se as suas afirmações ou as suas omissões causarem prejuízo às partes, eles estará sujeito a sanções já referidas.

⁶⁹ WAMBIER, 2014, p. 581-582.

⁷⁰ GRECO FILHO, 1999, p. 241-242.

3.6 SUBSTITUIÇÃO DO PERÍTO

O Código prevê em seu art. 424, I e II (mantido no art. 468, I e II), a possibilidade do perito ser substituído, apontando as hipóteses que isso ocorrerá: a) que quando o mesmo carecer de conhecimento técnico ou científico; b) sem motivo legítimo, deixar de cumprir com seus encargos no prazo fixado.

3.7 HONORÁRIOS DO PERITO

Preleciona Wambier⁷¹ que sendo o perito um auxiliar da justiça, a sua remuneração é denominada de honorários, e é arcada pela parte que requereu a prova, ou pelo o autor da ação quando as duas partes requereram, ou quando o juiz determinou de ofício.

Os honorários são antecipados, sob a pena de precluir a oportunidade da prova, mediante depósito bancário à disposição do juízo, para serem levantados com a entrega do laudo pericial, no entanto podendo ocorrer a liberação parcial conforme o art. 33, parágrafo único do CPC (regra mantida nos arts. 95, § 1º e 465 § 4º). O autor aponta que os honorários no início das diligências virou praxe e o levantamento do restante na entrega do laudo.

No momento que o juiz nomeia o perito e é fixado o prazo para a entrega do laudo, ele será intimado da nomeação, iniciando-se o prazo para a escusa ou aceitação, subsequente a proposta de honorários. Logo em seguida o responsável pelo pagamento do mesmo, deverá se manifestar acerca deles, pois não é razoável que o juiz o arbitre-os baseado unicamente na proposta, ato unilateral e que causa gravame a parte. Se houver divergência entre o perito e a parte sobre a qual recai os honorários, caberá ao juiz fixá-los, levando em consideração o trabalho a ser desenvolvido e as tabelas de honorários profissionais elaboradas pelas entidades competentes de cada classe.

Na aceitação pela parte, ou na fixação do valor pelo juiz, os honorários serão depositados, para que só aí dar início as diligências, posto que o profissional nomeado não estará obrigado a dar início as suas tarefas sem o devido acertamento

⁷¹ WAMBIER, 2014, p. 582-583.

de sua remuneração. E conforme o art. 20, *caput* do CPC (art. 94 da nova Lei).

Os honorários do perito também estão abrangidos pela assistência judiciária gratuita (Lei 1.060/1950), art. 3º, V): o beneficiário não necessita depositá-los previamente, pois o vencido os arcará a final.

3.8 LAUDO E PARECERES

No dicionário de Guimarães⁷² dá a definição de Laudo como: “*Exposição, feita por escrito pelos peritos, das conclusões obtidas em relação ao que foram consultados (CPC: arts. 429 a 432).*”.

Nos ensinamentos de Antonio de Deus f. Magalhães e de Irtes Cristina Lunkes⁷³ a produção da prova pericial se faz através da elaboração do laudo, do parecer e do termo de audiência, sendo a fase de execução do trabalho pericial que sucede as diligências, o laudo pericial é de lavratura do perito do juízo e os pareceres periciais são escritos pelos peritos assistentes (na Justiça do Trabalho o assistente técnico apresenta laudo e não parecer). O termo de audiência é de autoria do magistrado e pode conter informações prestadas pelo perito e/ou assistentes e pelas demais pessoas ouvidas.

Dando a definição como sendo:

O laudo e o parecer consubstanciam o trabalho pericial, nos aspectos de exposição e documentação, principalmente no propósito de expressar a opinião do Perito, do Juiz ou do(s) assistente(s) sobre as questões formuladas nos quesitos. O termo de audiência registra os esclarecimentos pertinentes ao laudo e/ou parecer, arguição das partes e depoimentos de testemunhas.

O **laudo pericial** é elaborado individualmente pelo Perito. No laudo está a documentação da perícia, nela se documentam fotos, as operações realizadas e as conclusões devidamente fundamentadas a que chegou o Perito, (...).⁷⁴

Um exemplo de um caso *in concreto* sobre a matéria do laudo pericial, é o seguinte acórdão:

Ementa: HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL E DIREITO PENAL. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. ARTIGO 184, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. LAUDO PERICIAL. MATERIALIDADE DELITIVA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. 1. Este Supremo Tribunal Federal não vem admitindo a utilização de

⁷² GUIMARÃES, 2005, p. 129.

⁷³ MAGALHÃES, Antonio de Deus F. LUNKES, Irtes Cristina, 2008, p. 62-63.

⁷⁴ MAGALHÃES, Antonio de Deus F. LUNKES, Irtes Cristina, 2008, p. 62.

habeas corpus com o fim de desconstituir o laudo pericial que atestou a falsidade dos objetos apreendidos para fins da persecução penal do crime art. 184, § 2º, do Código Penal, sob pena de indevido revolvimento do conjunto probatório (HC 121.355/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, DJe 26.5.2014; e HC 118.265/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 18.11.2013). 2. Na hipótese, a conduta da paciente revela, em tese, ofensa ao bem jurídico tutelado pelo art. 184, § 2º, do Código Penal. 3. Ordem denegada.

Decisão

A Turma denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Relatora. Unânime. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Dias Toffoli e Roberto Barroso. Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber. 1ª Turma, 24.2.2015.⁷⁵.

Caso esse em que se alegava que a perícia realizada nos autos era imprestável para comprovar a materialidade do delito descrito no art. 184, § 2º, do Código Penal, pois os CD's e DVD's apreendidos foram periciados por amostragem e apenas em suas características externas, não havendo qualquer prova que ateste que o elemento substancial dos produtos era falso ou não, ou mesmo se estavam aptos á reprodução de fonograma, o que seria essencial para configurar a violação de direito. Foi mantida a decisão, a lei autorizou menores formalidades para atestar a falsidade de mercadorias, não sendo razoável exigir minúcias exageradas no laudo pericial, sendo a perícia feita, apta para atestar a materialidade do delito, até mesmo pelo motivo que muitas vezes a mídia falsificada, é idêntica ao produto original, ficando a diferença somente nos aspectos externos. Exemplo esse dado, onde o laudo elaborado bastou para a condenação.

3.9 PROCEDIMENTO

Ensina-nos Humberto Theodoro Júnior⁷⁶, acerca do procedimento da prova pericial pode ser formulada na inicial, na contestação ou na reconvenção, bem como na réplica do autor, já Wambier⁷⁷ refere-se que no procedimento comum ordinário, a perícia é requerida na petição inicial, e na contestação, apenas como um meio de prova, pois somente com o seu deferimento, já na fase de saneamento, é que se exige a delimitação da perícia, com a apresentação de quesitos. E já no procedimento comum sumário, se a parte requerer perícia, deverá já na inicial e na contestação, formular seus quesitos e indicar o seu assistente técnico.

⁷⁵ BRASIL. **Superior Tribunal Federal**. *Laudo pericial*, HC 125345/MG. Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 24/02/2015.

⁷⁶ THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 545-548.

⁷⁷ WAMBIER, 2014, p. 583-585.

Os autores fazem referencia que os peritos e os assistentes técnicos, poderão utilizar de todos os meios necessários, podendo consultar os autos, ouvir testemunhas realizar exames em laboratórios, solicitar documentos em poder das partes ou em repartições públicas, conforme o art. 429 (art. 473, § 3º, do novo Códex de Processo Civil). E ainda poderá se necessário, requerer a dilação do prazo para a entrega do laudo, o juiz conceder-lhe-á, por uma vez, prorrogação, segundo o seu prudente arbítrio, conforme o art. 432 do CPC (já no novo Código em seu art.476, o juiz poderá conceder-lhe, por uma vez, prorrogação pela metade do prazo originalmente fixado.).

O art. 431-A, que foi acrescentado pela Lei 10.358/2001, determina que as partes sejam cientes da data e local designado para o início da perícia, seja essa designação do juiz ou do próprio perito, explicita-se assim, a necessidade de observância da garantia constitucional do contraditório também durante a produção da prova pericial e não só por ocasião da apresentação dos resultados.

Terminada e concluída a diligência, o perito entregará o laudo em cartório com, pelo menos, vinte dias de antecedência á audiência de instrução e julgamento, competindo ao assistente(s) técnico(s) à entrega de seus pareceres no prazo de 10 (dez) dias (na nova redação o prazo é de 15 [quinze] dias), após a intimação das partes quanto á apresentação do laudo pericial. A não apresentação do parecer do assistente técnico não é empecilho para a realização da audiência, mas quando se trata do laudo do perito do juízo, a audiência terá de ser suspenso, caso em que o juiz nomeará substituto, podendo impor ao remisso a penalidades já referidas.

3.9.1 Quesitos

Doutrina Marcelo Abelha Rodrigues⁷⁸ mencionando que os quesitos constituem as indagações formuladas pelas partes e/ou pelo juiz para delimitar a área de atuação da perícia, se justifica, pois, nem todos os fatos do litígio poderão necessitar de conhecimento técnico.

Desde que sejam pertinentes, os quesitos poderão ser suplementares e elucidativos, o suplementar previsto no art. 425 do CPC (art. 469 da nova redação), sendo aqueles apresentados durante a diligencia, e, assim como os elucidativos

⁷⁸ RODRIGUES, 2003, p. 408-409.

podem ser formulados também pelo magistrado (art. 426, II, do CPC [art. 470, II, do novo CPC]). Já os elucidativos, esses previstos no art. 435 do CPC (art. 477, §3º do novo CPC), são aqueles com o intuito de se obter esclarecimento das próprias respostas do perito e do assistente técnico.

3.9.2 Segunda perícia

O juiz pode determinar de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida, conforme o art. 437 do CPC (art. 480 na nova redação). Nery Junior faz considerações importantes acerca do confronto com a primeira perícia:

A determinação da realização de segunda perícia, por si só, não atesta que a já realizada seja inválida ou deva ser descartada, pois o CPC 437 cuida de insuficiência e não de invalidade da perícia. O juiz deve avaliar livremente o valor das duas, por não ser a segunda substituta da primeira(JTJ 141/40).⁷⁹.

O autor Wambier⁸⁰ remete para o cabimento de segunda perícia, no caso da primeira não ter cumprido o seu papel, ou seja, caso que ainda haja dúvidas pertinentes acerca do fato, podendo o juiz determinar a segunda (arts. 437-439, do CPC e no novo art. 480, §1º, §2º e o §3º), com a nomeação de outro perito.

3.9.3 Perícia por carta

Ainda é possível quando o objeto da perícia estiver fora da comarca por onde é dirigido o processo, a diligência será feita através de carta precatória, caso esse que poderá ser o perito nomeado e indicação dos assistentes técnicos tanto pelo juízo deprecante como no deprecado, conforme for de conveniência do juiz ou das partes.

Preleciona Wambier a respeito do que foi dito:

(...) é possível a realização de perícia por carta (precatória, rogatória ou de ordem), situação que é recomendável que a nomeação do perito se dê pelo juiz incumbido de cumprir a carta (caso que também se dará a indicação dos assistentes técnicos), que melhor conhece os profissionais técnicos que atuam em sua comarca.(...).⁸¹.

⁷⁹ NERY JUNIOR, 2010, p. 684.

⁸⁰ WAMBIER, 2014, p. 585.

⁸¹ WAMBIER, 2014, p. 585.

3.9.4 Produção antecipada da prova pericial

A produção antecipada da prova poderá ser feita haja fundado receio de que venha se tornar impossível ou extremamente difícil à verificação de certos fatos na pendência da ação, permitindo a lei no art. 849 do CPC (art. 381, I, do novo CPC) que a parte interessada requeira a realização da perícia, trata-se de uma medida cautelar, sendo aplicadas as regras da mesma.

Assevera Teixeira Filho a respeito da matéria:

É elementar que a prova pericial – como as demais que sejam produzidas de maneira antecipada – não pode ser apreciada isoladamente (ou de imediato) pelo Juiz, que deverá, por isso, reservar-se para fazê-lo na sentença de fundo, relativa à ação a ser ajuizada pelo requerente da medida cautelar.⁸²

3.10 VALOR PROBANTE DA PERÍCIA

O valor probante da perícia é de extrema importância, e Humberto Theodoro Júnior⁸³ doutrina como sendo o laudo pericial o relato das impressões captadas pelo técnico, em torno do fato em questão, por meio dos conhecimentos específicos que possui para examinar. O perito deve indicar as razões em que se fundou para chegar até às conclusões descritas em seu laudo.

O perito é apenas um auxiliar da Justiça, não sendo um substituto do juiz para apreciação do evento probando, também não sendo seu parecer uma sentença, e sim, uma fonte de informação para o juiz, para poder auxiliar em sua convicção sobre o fato, não ficando o juiz adstrito a laudo, podendo julgar de forma contrária ao laudo, conforme previsto no art. 436 do CPC (nova redação no art. 479). Se não fosse dessa maneira o laudo pericial não seria um meio de prova e sim assumiria o papel de decisão arbitral, colocando-se o perito em uma posição superior a do magistrado.

Batista Martins⁸⁴ diz que assim, “o parecer do perito é meramente opinativo e vale pela força dos argumentos em que repousa”.

Deles, em consequência, Humberto Theodoro afirma que o juiz pode se dividir

⁸² TEIXEIRA FILHO, 2003, p. 417.

⁸³ THEODORO JÚNIOR, 208, p. 548-550.

⁸⁴ BATISTA MASTINS, 1961 *apud* THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 549

em duas hipóteses:

- a) Quando carecer de fundamentação lógica ‘Se o perito subtrair ao conhecimento do juiz e dos interessados os motivos em que se baseou para emitir a sua opinião, nenhum valor se poderá atribuir ao laudo: é como se não existisse laudo pericial’;
- b) Quando outros elementos de prova do processo o conduzirem á formação de convicção diversa daquela apontada pelo perito, posto que a perícia não é prova hierarquicamente superior ás demais provas; e na técnica do Código, o juiz não se vincula á opinião do perito, mas apenas a própria convicção.⁸⁵

Enfim, o juiz não esta adstrito ao laudo pericial, mas ao julgar de modo diverso ao apontamento do laudo, deverá fundamentar a sua decisão. Desse modo aponta Wambier⁸⁶, que, embora se saiba da importância da prova pericial costuma a ter para o processo, como já referido o art. 436 do CPC, prevê o princípio do livre convencimento motivado, servindo até mesmo nos casos de perícia obrigatórios, por exemplo, a interdição prevista no art. 1.183 do CPC (previsto no novo no art. 753), pode o juiz analisar livremente toda a prova produzida, servindo o laudo como mais um elemento para conhecimento dos fatos.

Exemplo que pode ser dado a respeito da valoração do conjunto probatório, laudo pericial, é da Jurisprudência do STJ:

Ementa: RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 105, III, ALÍNEA A DA CF. ART. 543-C DO CPC. RESOLUÇÃO 8/08 DO STJ. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-ACIDENTE FUNDAMENTADO NA PERDA DE AUDIÇÃO. REQUISITOS: (A) COMPROVAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A ATIVIDADE LABORATIVA E A LESÃO E (B) DA EFETIVA REDUÇÃO PARCIAL E PERMANENTE DA CAPACIDADE DO SEGURADO PARA O TRABALHO. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. PARECER MINISTERIAL PELO IMPROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL DO INSS PROVIDO, NO ENTANTO.

1. Nos termos do art. 86, caput e § 4o. da Lei 8.213/91, para a concessão de auxílio-acidente fundamentado na perda de audição, como no caso, é necessário que a seqüela seja ocasionada por acidente de trabalho e que acarrete uma diminuição efetiva e permanente da capacidade para a atividade que o segurado habitualmente exercia.

2. O auxílio-acidente visa indenizar e compensar o segurado que não possui plena capacidade de trabalho em razão do acidente sofrido, não bastando, portanto, apenas a comprovação de um dano à saúde do segurado, quando o comprometimento da sua capacidade laborativa não se mostre configurado.

3. No presente caso, não tendo o segurado preenchido o requisito relativo ao efetivo decréscimo de capacidade para o trabalho que exercia, merece prosperar a pretensão do INSS para que seja julgado improcedente o pedido de concessão de auxílio-acidente.

⁸⁵ THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 549.

⁸⁶ WAMBIER, 2014, p. 586.

4. Essa constatação não traduz reexame do material fático, mas sim valoração do conjunto probatório produzido nos autos, máxime o laudo pericial que atesta a ausência de redução da capacidade laborativa do segurado, o que afasta a incidência do enunciado da Súmula 7 desta Corte.(grifos meus).

5. Recurso Especial do INSS provido para julgar improcedente o pedido de concessão de auxílio-acidente, com os efeitos previstos no art. 543-C do CPC e na Resolução 8/2008 (recursos repetitivos).

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima e Og Fernandes, que não conheceram do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Jorge Mussi, Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), Felix Fischer e Maria Thereza de Assis Moura. Vencidos os Srs. Ministros Og Fernandes e Arnaldo Esteves Lima. Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.⁸⁷.

A referida jurisprudência nos remete que conforme a Súmula 7 do STJ que “*a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial*”, e que no caso *in concreto* é afastada devido que o pretendido é uma valoração da prova já produzida, prova essa sendo o Laudo Pericial que alega atestar a ausência de redução da capacidade laborativa do segurado, demonstrando aqui mais uma vez a importância da perícia.

⁸⁷ BRASIL. **Tribunal Superior de Justiça**. *Laudo pericial*, REsp 1108298/SC, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe 12/05/2010.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cabe ainda emular a essência do processo a formulação de uma prova consistente, que permita ao magistrado conhecer sobre o objeto da lide, para poder proferir sua decisão, alcançando a verdade formal, chegando o mais perto possível da verdade real, para que assim se faça justiça.

O estudo demonstrou que, a prova tem uma grande importância para aqueles que pretendem atuar na seara jurídica, sejam eles operadores do direito ou profissionais técnicos atuando como auxiliares da justiça. O presente trabalho é uma construção inacabada, pois assim como é educação é o direito, sempre se buscando aprimorar e evoluir, o refrão da canção “Sem Terra e Sem Luz”, à letra de Jaime Brum Carlos, onde diz: “Quem quer um povo escravo, Apaga a luz do ensino, Pois quem caminha no escuro, Não sabe traçar seu destino”.⁸⁸, o que eu quero dizer com isso é que com a tema do trabalho pode ser ainda dilapidado, abrindo novos horizontes, até mesmo uma continuação para o trabalho e, que isso é importante para o direito e para sociedade em geral, não fechando as portas do conhecimento, procurando sempre uma melhor educação e profissionalização.

Nessa conjuntura, dentre as diversas provas previstas e aceitas por nosso ordenamento pátrio, a prova pericial é sobressalente, devido ao seu objetivo, no qual consiste em esclarecer fatos com um alto grau de complexidade e técnica, fugindo quase ou por completo do conhecimento magistral, e para sanar essa carência, recorrem ao(s) perito(s) e assistente(s) técnico(s).

Portanto, com o presente trabalho pode se averiguar a respeito de algumas questões levantadas que, até mesmo nos processos da antiguidade, o direito embasava-se em provas, mesmo ainda que primitivas, para a solução das lides propostas, e o que tange a hierarquia das provas, nossa atual legislação pátria não prevê nem uma hierarquia ou taxatividade entre elas, porém o magistrado poderá aquilatar a importância de cada prova para a formação de sua decisão. Mas a prova pericial traduz um papel imprescindível no julgamento das lides, e muitas vezes no caso *in concreto* assume vital importância na concretização e solução do impasse judicial, se sobrepondo sobre as demais provas produzidas para chegar a um *veredicto*.

⁸⁸ ISERNHAGEM, Juan Daniel. **Baguales**, um canto de amor à terra. Porto Alegre: Martins Livreiro-Editor, 2014.p. 40.

REFERENCIAS

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. *Apelação Crime* nº70053412102, Segunda Câmara Criminal, Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em 15 jul.2015.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. *Aplicação da súmula nº 453*, processo nº TST-AIRR-1274-15.2012.5.22.0107, Sétima Turma, Disponível em: <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>. Acesso em 18 ago. 2015.

BRASIL. **Tribunal Superior de Justiça**. *Laudo pericial*, REsp 1108298/SC, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe 12/05/2010, Disponível em : <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 20 ago. 2015.

BRASIL. **Superior Tribunal Federal**. *Laudo pericial*, HC 125345/MG. Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 24/02/2015, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 20 ago. 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. – 21. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

CURIA, Luiz Roberto. CÉSPEDES, Livia. ROCHA, Fabiana Dias da. **Novo código de processo civil**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha – São Paulo: Saraiva, 2015.

CURIA, Luiz Roberto. CÉSPEDES, Livia. NICOLETTI, Juliana. **Vade Mecum compacto**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 13ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Instruções de Direito Processual Civil** –

Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Vol. 1. Parte geral. 4. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2007.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Compacto Jurídico**. 8. Ed . – São Paulo: Rideel, 2005.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo de direito**. 26.ed. ver. – Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. V. 1. Teoria geral do processo a auxiliares da justiça. 14. Ed. Ver. – v. 2. Atos processuais a recursos e processos nos tribunais. 13. Ed. Ver. – v. 3. Processo de execução a procedimentos especiais. 13. Ed. Ver. – São Paulo: Saraiva, 1999.

ISERNHAGEM, Juan Daniel. **Baguales, um canto de amor à terra**. Porto Alegre: Martins Livreiro-Editor, 2014.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MAGALHÃES, Antonio de Deus F. LUNKES, Irtes Cristina. **Perícia contábil nos processos civil e trabalhista**: o valor informacional da contabilidade para o sistema judiciário. 1. Ed.- São Paulo: Atlas, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. Vol. 1: teoria do processo civil – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. Ed – São Paulo: Atlas, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de processo**

civil comentado e legislação extravagante. 11. Ed. Ver., ampl. E atual. Até 17.2.2010. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

RODRIGUES, Marcelo Abelha, **Elementos de direito processual civil**, v. 2. 2ª Ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2003.

SLAIBI FILHO, Negib, **Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **A prova no processo do trabalho.** 8. Ed. Ver. E ampl. – São Paulo: LTr, 2003.

THEODORO JÚNIOR. Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** Vol. 1: Teoria Geral do direito processual civil e processo de conhecimento - 48ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil.** Vol. 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 14. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.