

# PROVA NA AÇÃO TRABALHISTA DE DANO MORAL

Cristiano Carrilho Silveira de Medeiros (\*)

SUMÁRIO: 1.Considerações iniciais; 2. Conceito de prova; 3. Pressupostos da responsabilidade civil pelo dano moral trabalhista; 4. Ônus da prova; 5. Princípios da prova; 6. Sistemas de apreciação; 7. Produção da prova; 8. O papel das partes na produção da prova; 9. Presunção do dano moral; 10. Provas inadmissíveis; 11. Jurisprudência selecionada;12. Conclusões; 13. Bibliografia.

## 1.Considerações iniciais

Embora vários estudos sobre a prova venham sendo tratados em direito processual, trata-se de autêntico tema de direito material, dentro dos limites do direito privado. A questão da prova, particularmente na ação trabalhista de dano moral, tem sido bastante discutida em processos judiciais. Segundo Araken de Assis, a lesão, na maioria das vezes, não é facilmente identificável: *"O dano moral atinge, fundamentalmente, bens incorpóreos, a exemplo da imagem, da honra, da privacidade, da auto-estima. Compreende-se, nesta contingência, a imensa dificuldade em provar a lesão."* (ASSIS:1997,04).

Rodolfo Pamplona Filho, em sintonia com a doutrina de Wladimir Valler resume as divergências doutrinárias sobre a prova do dano moral em três correntes, a saber:

- a) a tese da necessidade de idêntica atividade probatória utilizada para a prova do dano material;
- b) a tese da prova *in re ipsa*, ou seja, que o dano moral se prova por si mesmo;
- c) uma corrente intermediária que se satisfaz com as presunções *hominis* ou presunções simples formadas na consciência individual do julgador.
- d) Na ação de dano moral trabalhista, a tese da necessidade da mesma atividade probatória utilizada para a prova do dano material deve ser desconsiderada, na medida que o dano material é facilmente comprovado pelos meios de prova ordinários e a lesão moral não é passível de mensuração ou quantificação, sendo indemonstrável pelos mesmos métodos probantes da lesão de natureza econômica.
- e) Nessa matéria de prova do dano moral não se poderá exigir uma prova direta. Não será, evidentemente, com atestados médicos ou com o depoimento de duas ou três testemunhas, que se demonstrará a dor, o sofrimento, a aflição, em suma, o dano moral alegado por aquele que pleiteia, em juízo, a reparação. (VALLER:1995,309).

- f) Betariz Della Giustina defende a tese da prova *in re ipsa*, contida nas entrelinhas da seguinte afirmação: *"Importante idéia jurídica, trazida a lume especialmente por meio de construção doutrinária, tem defendido que não há como se cogitar de prova do dano moral, já que a dor física e o sofrimento emocional são indemonstráveis. Essa opinião dispensa a prova em concreto do dano moral, por entender tratar-se de presunção absoluta, ou 'iuris et de iure'."* (GIUSTINA:1996, 11).
- g) Entretanto, em relação a prova do dano moral, tal entendimento não equaciona devidamente sua problemática. Contrariando a tese de que o dano moral se prova em si mesmo, Rodolfo Pamplona Filho afirma que *"definitivamente, não vemos motivo para que a presunção seja absoluta, sem a possibilidade de admissão de prova em contrário, quando inexistente determinação legal nesse sentido. Embora difícil, não se pode cercear o direito do réu de tentar produzir prova da inexistência do dano alegado"* (FILHO: 1998,117).
- h) Na medida que o Código de Processo Civil brasileiro admite a presunção como meio de prova (Art. 136,V), o juiz poderá se valer da presunção *hominis*. A parte que afirma o dano moral deverá alegar os indícios configuradores da presunção de que se trata de algo que aconteceria ordinariamente.
- i) Isso não significa, em absoluto, que o autor tenha que apresentar testemunhas para dizer da sua angústia ou sofrimento, pois senão se estaria adotando a primeira corrente doutrinária da prova do dano moral. Por não ser justamente uma presunção absoluta, é que cabe ao réu apresentar elementos que impeçam a presunção *hominis*. (FILHO: 1998,117).
- j) Sobre essas presunções lembramos as palavras de Carlos Alberto Bittar: *"esses reflexos são normais e perceptíveis a qualquer ser humano, justificando-se, dessa forma, a imediata reação da ordem jurídica contra os agentes, em consonância com a filosofia imperante em tema de reparação de danos, qual seja, a da facilitação da ação da vítima na busca da compensação. Há, assim, fatos sabidamente hábeis a produzir danos de ordem moral, que à sensibilidade do juiz logo se evidenciam"*. (BITTAR: 1993,204).

Essas considerações iniciais se referem a prova do dano moral propriamente dito, e não da ação ou omissão geradora do dano, que deve ser provada em juízo sempre (até mesmo para se cogitar em uma presunção do dano).

O dolo ou culpa do lesionador também merece destaque especial pois a regra geral da responsabilidade civil no Direito Brasileiro é a responsabilização subjetiva, não se admitindo, sem previsão legal específica, uma condenação por um ato cujo demandado não era responsável.

## **2. Conceito de Prova**

Provar é produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato, que se considera de interesse para a solução judicial ou solução de um processo. (FENECH:1982,107).

Costuma-se conceituar a prova em sentido *objetivo e subjetivo*. No sentido *subjetivo*, consiste na convicção que as provas produzidas no processo geram no espírito do juiz quanto a existência ou inexistência dos fatos. No sentido objetivo, são os meios destinados a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos.

No dizer das Ordenações Filipinas, "a prova é o farol que deve guiar o juiz nas suas decisões". (Liv. III, Tit. 63) sobre as questões de fato.

Na opinião de ÍSIS DE ALMEIDA, a maior precisão do conceito de prova está na assertiva de COUTURE, quando ele afirma que "provar é demonstrar de algum modo a certeza de um fato ou a verdade de uma afirmação". (ALMEIDA: 1997,112). Para COUTURE, a prova seria um método de averiguação, quando é de natureza penal; e um método de comprovação, demonstração, corroboração da verdade ou falsidade das proposições formuladas em Juízo, quando se trata de matéria civil.

Com efeito, a prova pode revelar um fato diretamente, mas pode também evidenciá-lo pelo indício e pela presunção. E se esta, segundo CARNELUTTI, por sua natureza, não é prova, nela se converte por sua fortuita conexão com o fato a provar. (ALMEIDA:1997,112).

O juiz deve deduzir sua convicção, quanto a existência de um fato ou a veracidade do que foi alegado pelas partes, num raciocínio lógico que tenha como ponto de partida uma especulação, constatação ou simples verificação objetiva.

O juiz é obrigado a fundamentar sua decisão de acordo com a CLT, art. 832:

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

*§ 1º - Quando a decisão concluir pela procedência do pedido, determinará o prazo e as condições para o seu cumprimento.*

*§ 2º - A decisão mencionará sempre as custas que devam ser pagas pela parte vencida."*  
(grifos nossos)

Nos fundamentos o juiz terá que analisar as questões de fato e de direito conforme o disposto no Código de Processo Civil, art. 458,II:

*"Art. 458 - São requisitos essenciais da sentença:*

*I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;*

*II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;*

*III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem."*  
(grifos nossos)

A inteligência desse preceito legal deixa transparecer a idéia de que o livre convencimento da decisão esta emoldurado por dois imperativos de ordem pública: o fato verídico e o direito adequado.

No enfoque do Direito do Trabalho a prova se torna de excepcional importância. ÍSIS DE ALMEIDA, seguindo o pensamento de CLÓVIS coloca a prova inserida nos limites do campo do direito privado, quando a define como "o conjunto dos meios empregados para demonstrar legalmente a existência de um ato jurídico" e de acordo com a lógica jurídica, oferece-nos uma série de regras básicas para a caracterização da prova legal (ALMEIDA:1997,113).

No âmbito da ação trabalhista de dano moral a prova deve ser admissível, isto é, não proibida por lei e possuir valor para o caso em questão. Sua finalidade é demonstrar fatos que se relacionem com a lesão moral discutida, a aplicabilidade das prescrições legais ou princípios do direito relativos à espécie em litígio. A prova dos fatos que não resulta em um esclarecimento ao juiz para apoiar o direito alegado é inútil.

### **3.Pressupostos da Responsabilidade Civil pelo Dano Moral Trabalhista**

Sendo a reparação da lesão moral um produto da teoria da responsabilidade civil, é fundamental que no estudo da prova seja feita uma menção aos pressupostos para que o dano seja efetivamente indenizável. Adiante citaremos os *pressupostos da responsabilidade civil no enfoque da ação de dano moral trabalhista*.

A responsabilidade civil pelo dano moral trabalhista se assenta nos seguintes pressupostos básicos:

- a) *a controvérsia ser oriunda de uma relação de trabalho*
- b) *o fato ser lesivo a direito da personalidade do empregado*
- c) *a imputabilidade ao empregador*
- d) *o nexó de causalidade*
- e) *o dano moral*
- f) A competência material da justiça do trabalho para processar e julgar a responsabilidade civil do dano moral trabalhista se determina pela qualidade das partes no processo, que devem comparecer em juízo na posição de empregado e empregador, situando a controvérsia do dano moral na esfera da relação de trabalho.

O fato lesivo consiste na agressão a direitos de personalidade do ofendido, concebidos como seu patrimônio moral. Esse fato lesivo não precisa necessariamente ser contrário ao direito, a exemplo da divulgação de listas de empregados indesejáveis por terem pleiteado ações trabalhistas, os testes grafológicos reveladores da personalidade do trabalhador, o rebaixamento funcional e outros fatos que não são considerados antijurídicos. Quando o fato lesivo é contrário a

direito, como no crime de calúnia, a repercussão no patrimônio moral do ofendido também fará nascer o dever de indenizar.

A imputabilidade significa a aptidão para o papel de paciente da sanção de restituição ou reparação, que no âmbito trabalhista é imputado ao empregador. Na justiça laboral, para efeito de ressarcimento, não se cogita da imputabilidade do dano moral causado ao empregador pelo empregado, por ausência de disposição legal ou jurisprudencial sobre o assunto.

O nexo de causalidade representa a relação de causa e efeito entre a conduta do empregador e o dano moral suportado pelo ofendido, sendo necessária a demonstração de que o dano não teria ocorrido sem a conduta do empregador gerando o fato causador.

O dano moral diz respeito a esfera ética da pessoa ofendida. Na lição de Paulo Luiz Netto Lôbo, "*qualquer ofensa a direito de personalidade, da ofensa a integridade física à ofensa à integridade moral, é fato ilícito que dá ensejo à indenização por dano moral*". (LÔBO:1999, 141).

Em relação ao dano à pessoa, lembramos as palavras do mestre PIETRO PERLINGIERI: "*a qualificação da situação subjetiva, a sua titularidade, exclusiva ou não, tem notável relevância no problema da responsabilidade civil, em particular no an e no quantum da indenização e do ressarcimento*".(PERLINGIERI:1997,173).

A má fé do empregador na responsabilização civil pelo dano moral trabalhista é irrelevante, bastando a temeridade e imprudência.

#### **4. Ônus da prova**

No latim, *onus* significa carga, fardo, peso. O sistema da distribuição do ônus da prova possui referencial histórico nos textos romanos dos glosadores sintetizados principalmente em duas máximas: *affirmanti non neganti incumbit probatio; negativa non sunt probanda*.

Tal pensamento, presente no direito medieval, foi introduzido no antigo direito português, com as restrições que desde logo se fizeram à segunda dessas máximas. Assim, as Ordenações Filipinas, Liv. III, Tít. 53 § 10, admitindo, contudo, que a negativa, como regra, não se pode provar, preconizavam que essa regra nem sempre era verdadeira, porque bem se pode provar quando restringida a certo período e lugar ou quando se resolve em afirmativa. Se Caio nega ter estado em certo dia em tal lugar, bem que poderá provar ter estado em determinado dia em outro lugar; se nega que seu cavalo seja preto, bem que pode provar qual seja a cor do mesmo.

Por outro lado, a máxima de que a negativa não se pode provar enfraqueceu-se sobremaneira à observação de ser verdadeira apenas em relação as *negativas indefinidas*. Estas, com efeito, são de prova impraticável, tão-somente por serem *indefinidas*, como também é impraticável a prova de *afirmações indefinidas*. Difícilimo será a Caio provar que nunca foi a Santos, como lhe será difícilimo provar que permanentemente usou determinada jóia. (SANTOS:1995, 346).

Diante da precariedade da idéia de que a negativa não se pode provar, os textos romanos passaram a ter uma abordagem diversa: incumbe provar *ei qui dicit*- incumbe provar àquele afirma em juízo, não a quem nega. Portanto, a prova incumbe ao autor – *actori incumbit onus probandi*. Se o réu não nega a situação, mas alega uma situação jurídica diferente, assume o ônus de provar: *reus in exceptione actor est*. Tal orientação construiu a teoria clássica do ônus da prova: incumbe o ônus da prova àquela das partes que alega a existência ou inexistência de um fato do qual pretenda induzir uma relação de direito.

As proposições das partes, quando inconciliáveis, precisam ser comprovadas, tratando-se de processo dispositivo. As regras da produção da prova são estabelecidas em função do interesse das partes. Primeiramente convém distinguir o ônus da prova e o dever legal de se apresentar à Justiça a veracidade dos fatos alegados. Nas palavras de ÍSIS DE ALMEIDA *"na verdade, como ônus ou como dever, a parte que não evidenciar o fato controverso- quando tal encargo lhe esteja distribuído- não logrará êxito em sua pretensão, ocorrendo aí, por conseqüência, a 'sanção' (ou o castigo) pela sua inércia. Descumprir uma obrigação ou não se desincumbir de um ônus, dá no mesmo."* (ALMEIDA:1997,124).

Com referenciais legais fica claro evidenciar a distinção entre o ônus da prova e o dever legal da veracidade dos fatos. Sobre o assunto, o art. 339 do Código de Processo Civil afirma:

*"Art. 339 - Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade."*

Esse dever se decompõe conforme o disposto nos arts. 14, 340 e 341 do Código de Processo Civil, que assim dispõem:

*"Art. 14 - Compete às partes e aos seus procuradores:*

*I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;*

*II - proceder com lealdade e boa-fé;*

*III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;*

*IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito."*

*"Art. 340 - Além dos deveres enumerados no art. 14, compete à parte:*

*I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado;*

*II - submeter-se à inspeção judicial, que for julgada necessária;*

*III - praticar o ato que lhe for determinado."*

*"Art. 341 - Compete ao terceiro, em relação a qualquer pleito:*

*I - informar ao juiz os fatos e as circunstâncias, de que tenha conhecimento;*

*II - exhibir coisa ou documento, que esteja em seu poder.*

Na CLT, encontramos singela disposição sobre a distribuição do ônus da prova:

*"Art. 818 - A prova das alegações incumbe à parte que as fizer."*

Portanto, a distinção entre dever e ônus reside no fato do ônus não possuir a característica da obrigação, no sentido jurídico, presente no dever da veracidade dos fatos. Esse dever explicitado nos arts. 14, 340 e 341 do CPC, quando violado, resulta nas sanções cominadas nos arts. 16, 17, 18 e 22 do referido diploma legal.

*"Art. 16 - Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente."*

*"Art. 17 - Reputa-se litigante de má-fé aquele que:*

*I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;*

*II - alterar a verdade dos fatos;*

*III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;*

*IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;*

*V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;*

*VI - provocar incidentes manifestamente infundados."*

*"Art. 18 - O juiz, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a indenizar à parte contrária os prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e as despesas que efetuou.*

*§ 1º - Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.*

*§ 2º - O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento."*

*"Art. 22 - O réu que, por não argüir na sua resposta fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, dilatar o julgamento da lide, será condenado nas custas a partir do saneamento do processo e perderá, ainda que vencedor na causa, o direito a haver do vencido honorários advocatícios."*

Esses dispositivos legais esclarecem que o dever legal da veracidade dos fatos está vinculado a uma sanção externa positiva, verificada pela cominação de uma pena. Por sua vez, no ônus da prova existe somente um "encargo", sem idéia de sanção, pois inexistente punição para quem não consegue provar suas alegações juridicamente. As responsabilidades na demonstração dos fatos são definidas com o *onus probandi*. CARNELUTTI associa a noção de ônus a de risco, deixando transparecer que o ônus é um preço, o custo da vitória na lide. Sendo inadmissível que num litígio as partes se onerassem com o mesmo risco, a norma jurídica fixa, portanto, encargos distribuídos entre as partes. Nesse sentido, se encaixa a regra do ônus da prova, contida no art. 333 do CPC:

*"Art. 333 - 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.*

*Parágrafo único - É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:*

*I - recair sobre direito indisponível da parte;*

*II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito."*

Na ação trabalhista de dano moral, o autor possui o ônus da prova do fato constitutivo da obrigação de indenizar, perdendo o pleito caso não a produza. Em relação ao réu, para não sucumbir em função da prova produzida pelo autor, deverá produzir a prova dos fatos extintivos da obrigação. No art. 334, o CPC fixa os fatos que não precisam onerar as partes com a prova respectiva de sua existência ou veracidade:

*"Art. 334 - Não dependem de prova os fatos:*

*I - notórios;*

*II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;*

*III - admitidos, no processo, como incontroversos;*

*IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade."*

Sobre a parte a quem aproveitar o reconhecimento do fato recairá o ônus da prova: ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

## **5. Princípios da prova**

Há o princípio da *auto-responsabilidade das partes* onde estas suportam as conseqüências de sua inércia, negligência, erro ou atos intencionais.

Pelo princípio da *audiência contraditória*, toda a prova admite a contraprova, não sendo admissível a produção de uma delas sem o conhecimento da outra parte (princípio do contraditório). Em sintonia com esse princípio, a prova emprestada (transferida de um processo para outro) não pode gerar efeito contra quem não tenha sido figurado como parte no processo originário.

Pelo *princípio da aquisição ou comunhão*, a prova produzida não pertence a parte que a produziu, servindo a ambos os litigantes e ao interesse da Justiça. (ARANHA: 1987,21).

Conforme o *princípio da oralidade*, a palavra falada terá prioridade (depoimentos, afirmações, debates) e como conseqüência desse princípio busca-se concentrar a produção da prova na audiência (*princípio da concentração*).

Finalmente, pelo *princípio da livre convicção* o juiz decidirá a lide apreciando a prova livremente, não se prendendo a critérios valorativos e apriorísticos.

## **6. Sistemas de apreciação**

Na fase de apreciação o juiz desenvolve seu trabalho intelectual, pesando e estimando as provas para extrair a verdade. As partes fornecerão subsídios para a avaliação, mas cabe unicamente ao juiz a apreciação da prova.

Evitando que o trabalho intelectual do juiz seja arbitrário, basicamente, são três os sistemas de apreciação da prova: o da *prova legal*, em que a lei fixa em detalhes o valor a ser atribuído a cada meio de prova; o da *valoração secundum conscientiam*, deixando ao juiz ampla liberdade de apreciação e do da *persuasão racional*, onde o juiz forma seu convencimento livremente obedecendo critérios racionais que devem ser indicados.

O sistema da *persuasão racional* encontra referencial no art. 131 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

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

A *persuasão racional*, em sintonia com o devido processo legal representa o convencimento formado com liberdade intelectual apoiado na prova constante dos autos e a devida motivação do raciocínio desenvolvido pelo juiz que conduziu a decisão proferida.

A apreciação dos elementos de prova é livre no sentido de que devem pesar as provas produzidas submetidas aos rigores do raciocínio esclarecido, formando a convicção, quanto à verdade daí surgida. Nas palavras de MOACYR AMARAL SANTOS *"é livre porque, como investigador da verdade, não está sujeito de forma absoluta a seguir regras que atribuem valor qualitativo aos meios de prova, mas, ao contrário, tem a faculdade de atribuir-lhes a eficácia que resultar da influência que exercem em sua consciência. Mas a sua liberdade na formação da convicção não vai ao arbítrio, pois deverá exercê-la com respeito a condições que a lei lhe impõe"*. (SANTOS:1995, 383).

## **7. Produção da prova**

Apenas a produção da prova não é suficiente para encerrar o ciclo probatório. A produção completa a parte processual da instrução. No ciclo probatório quase tudo é movimento, contato entre o juiz e as partes com matéria perceptível, com pessoas, coisas e documentos, atestando os fatos

Com a produção da prova o processo é aparelhado permitindo-se ao espírito persuadir-se da verdade referente ao litígio: a prova é fornecida no sentido de *elemento de prova*. Quando a prova fornece a certeza, a crença na verdade, se pode dizer que está concluída.

A prova dos fatos faz-se por meios adequados a fixá-los em juízo. Por esses meios ou instrumentos, os fatos deverão ser transportados para o processo, seja pela reconstrução

histórica (narração de testemunhas), ou sua representação (declaração constitutiva de atos, constante de documentos) ou sua reprodução objetiva (exame da coisa por peritos, ou pelo próprio juiz), ou, ainda, sob outras formas idôneas para atestar a sua existência, ou suficientes para se obter a idéia precisa de sua existência. (SANTOS:1995,328).

Conforme a natureza do fato, os meios de prova poderão variar e o mesmo fato pode ser provado de diferentes maneiras. A prova terá que produzir-se em sintonia com os princípios e normas processuais; para o juiz, aquilo que não se encontra no processo e conforme a disciplina processual, não existe. - *quod non est in actis non est in mundo*.

A prova diz respeito aos fatos. Mas não a todos os fatos: não deve ser admitida a prova dos fatos notórios (conhecidos de todos), dos impertinentes (estranhos à causa), dos irrelevantes (que, embora pertençam à causa, não influem na decisão), dos incontroversos (confessados ou admitidos por ambas as partes), dos que sejam cobertos por presunção legal de existência ou veracidade (CPC art. 334) ou dos impossíveis (embora se admita a prova dos fatos improváveis). (DINAMARCO:1995,350).

Constitui objeto da prova as alegações de fato e não os fatos alegados. A prova da existência do dano moral incumbe à parte que fizer a alegação da ocorrência do dano moral, nos termos do artigo 818 da CLT, via de regra o empregado. Nada obsta que o autor seja o empregador, desde que este tenha sofrido dano moral por parte do empregado, embora a hipótese seja de difícil aplicabilidade. (MANDALOZZO:1997,119).

A produção da prova documental ou testemunhal dos fatos alegados na inicial que fundamentam o dano moral trabalhista se dá na fase instrutória do processo, aberta após a primeira proposta de conciliação que naturalmente não ocorreu, inexistindo questões processuais a serem sanadas. A prova testemunhal colhida perante o juiz não pode ser contrariada por documentos trazidos ao processo, produzidos sem o controle judicial e sem a garantia constitucional do contraditório.

Em algumas situações a prova documental já deve ter sido produzida com a juntada de documento na inicial, a exemplo da publicidade de informações desabonadoras publicadas na imprensa, hipótese onde a peça vestibular será instruída com o original da publicação.

No processo trabalhista inexistente audiência específica para a fase probatória. Por sua vez, não há qualquer vedação para que o juiz a estabeleça. Entretanto, na praxe, freqüentemente ocorre a audiência de instrução.

Em relação a instrução da causa, a CLT estabelece o procedimento a ser seguido devendo considerar a ordem estabelecida para efeito de preclusão, estabelecendo a precedência das declarações do autor e da ouvida de suas testemunhas.

"Art. 848. Terminada a defesa, seguir-se-á a instrução do processo, podendo o presidente, ex-officio ou a requerimento de qualquer juiz temporário, interrogar os litigantes. (Redação dada ao caput pela Lei nº 9.022, de 05.04.95)

§ 1º. Findo o interrogatório, poderá qualquer dos litigantes retirar-se, prosseguindo a instrução com o seu representante.

§ 2º. Serão, a seguir, ouvidas as testemunhas, os peritos e os técnicos, se houver."

Inicialmente é preciso separar o dano moral em si e o seu fato gerador. O dano moral trabalhista atinge fundamentalmente bens incorpóreos, como a imagem, a honra, a privacidade, a auto-estima. Daí resulta a desnecessidade da vítima provar a efetiva existência da lesão em si, na instrução do processo, bastando a presteza em comprovar a existência do fato lesivo ao patrimônio moral.

Na produção da prova, em seu depoimento pessoal, o reclamante (autor da ação) poderá relatar o fato desencadeador da lesão moral, por exemplo, o assédio sexual, a revista pessoal por pessoa de sexo oposto, etc. As declarações do reclamante constituem meio de prova e podem ser suficientes para a condenação quando não são elididas por outros meios de convicção. O juiz deve aceitar o conteúdo das declarações com reservas, já que o autor poderá estar motivado por vingança ou em litigância de má fé e seu depoimento deve ser avaliado em sintonia com a prova da ocorrência do fato lesivo, no caminho do justo veredicto indenizatório.

Como a prova do dano moral na ação trabalhista tem por fim demonstrar a ocorrência dos fatos lesivos ao patrimônio moral do ofendido, é muitas vezes indispensável que sejam ouvidas as pessoas que os presenciaram a situação vexatória no todo, ou pelo menos em parte. Na prova do dano moral trabalhista é irrelevante que as testemunhas declarem sobre o sofrimento suportado pelo moralmente lesado, mesmo porque em certos casos o ofendido pode ocultar sua dor interior.

Na ação de dano moral trabalhista, a testemunha, perante o juiz, declara o que sabe acerca dos fatos sobre os quais o reclamante baseia o pedido de indenização por danos morais ou é chamada a depor perante o juiz relatando suas percepções sensoriais a respeito do que foi alegado. Isso porque, a cognição testemunhal a respeito do acontecimento lhe é fornecida pelos seus sentidos, principalmente a visão e audição. A prova testemunhal historicamente é admitida com reservas, conforme se depreende da antiga máxima jurídica: *testis unus, testis nullus*- uma única testemunha não faz prova. Contudo, modernamente a credibilidade da prova testemunhal não depende do número daqueles que são chamados a esclarecer à justiça, sendo avaliada pela verosimilhança dos dizeres; probabilidade científica do depoente; seu conhecido amor ou desamor a verdade; latitude e segurança de conhecimento que manifesta; razões de convicção que declara e se lhe devem perguntar; confiança que inspira, pelo seu passado, pela sua

profissão e pelo grau de cultura de seu espírito. O mais importante, portanto, é pesar os depoimentos.

Outra máxima importante contida no Digesto (liv. 22, tit. 5, frag. 13) assim preconizava: *quod legibus omissum est, non omittetur religione juducantium: ad quorum officium pertinet, ejus quoque testimonii fidem quod integrae frontis homo dixerit, perpendere*- aquilo que nas leis é omitido, não o seja na consciência profissional dos julgadores, a cujo ministério incumbe, outrossim, *pesar bem a fé inteira do depoimento que haja prestado um homem de cabeça íntegra* (de irrepreensível integridade).

A prova de dano moral, que se passa no interior da personalidade, se contenta com a existência do ilícito, segundo precedente do STJ.

Boletim de Ocorrência serve de início de prova. O registro policial da ocorrência goza da presunção *juris tantum*, prevalecendo até prova em contrário, ainda mais quando se acha corroborado por outros elementos de prova.

### **8. O papel das partes na produção da prova**

O processo é composto de partes, uma que alega o fato constitutivo de seu direito (autor) e outra que alega o fato extintivo, impeditivo ou modificativo (réu). Na ciência processual, o conceito de parte torna-se bastante importante a ponto de o próprio CARNELUTTI considerá-lo como sendo um dos fulcros do seu pensar.

No estudo da prova devemos considerar primeiramente que dela se servem o juiz e as partes no processo. É natural, provável, que um homem não julgue sem constatar o juízo com as provas que lhe são demonstradas. Quando o autor traz um fato e dele quer extrair conseqüências jurídicas, é que: via de regra o réu nega em sentido geral as afirmações do autor, provocando a litigiosidade, gerando a dúvida no espírito do julgador.

Em juízo, a prova tem por objetivo reconstruir um fato que interesse à causa, porém há sempre uma diferença entre os fatos, que ocorreram efetivamente fora do processo e a reconstrução desses fatos dentro do processo. Para a prova do dano moral, não basta apenas a afirmação dos fatos ao juiz, impondo-se a demonstração de sua existência. Na medida que o fato gerador da lesão moral é afirmado, necessariamente deve ter tido uma existência num tempo e num lugar determinado. Essa existência será trazida pelas partes ao processo mediante prova documental, testemunhal ou mesmo pericial.

A valoração da prova será efetuada pelo Juízo, devendo adotar certas cautelas, para verificar se a parte não está movida por interesses alheios, e se realmente sofreu dano moral, não pensando somente em receber farta indenização. (MANDALOZZO:1997,119).

### **9. Presunção do dano moral**

A presunção é a dedução, a conclusão ou a conseqüência que se tira de um fato conhecido, para se admitir como certa, verdadeira e provada a existência de um fato desconhecido ou duvidoso. (SILVA: 1973,1215).

Após definida a regra geral da distribuição do ônus da prova (CPC, art. 333, *caput*), o legislador brasileiro introduziu no art. 335 do Código de Processo Civil, disposição normativa de aplicação subsidiária as ações trabalhistas, que permite ao juiz, valendo-se de seu prudente arbítrio e segundo parâmetros ali estipulados, a formação de seu livre convencimento baseado na presunção.

Nesse sentido, a presunção substitui, ou mais precisamente, sana a ausência da prova, conforme se depreende da inteligência contida no art. 335 do Código de Processo Civil: *"em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial"*.

Dessa forma, para que o juiz se convença da existência do dano moral, o autor deverá indicar os indícios que possibilitem a configuração da presunção de que se trata de algo que ordinariamente acontece o que não deixa de ser uma atividade processual instrutória concreta. (FILHO: 1998,118).

Nosso Código Civil admite a presunção como meio de prova dos atos jurídicos para os quais não se imponha forma especial, conforme o disposto no art. 136, V:

*"Art. 136 - Os atos jurídicos, a que se não impõe forma especial, poderão provar-se mediante:*

*I - confissão;*

*II - atos processados em juízo;*

*III - documentos públicos ou particulares;*

*IV - testemunhas;*

*V - presunção;*

*VI - exames e vistorias;*

*VII - arbitramento. "*

A rigor, portanto, a presunção é um "método", um "sistema" ou um "critério" para se admitir a existência de um fato, sem uma evidência direta. (ALMEIDA:1997, 172).

O indício é um dos elementos formadores da presunção. É a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autoriza, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias, conforme seu conceito legal informado pelo Código de Processo Penal, art. 239.

A presunção é produto de equacionamento do raciocínio lógico, sendo um elemento de grande significação nos julgamentos que envolvem o dano moral, e o juiz mantém-se, portanto, em permanente contato com a presunção.

Segundo a doutrina, as presunções que resultam do raciocínio do juiz, mas são fundadas em fatos ou estabelecidas pelo homem, são denominadas presunções comuns ou hominis, confundindo-se em algumas situações com indícios. Por si sós, não possuem força probante. A força probante deverá constar necessariamente num contexto probatório com amparo em outros elementos subsidiários de valor certo. Por sua vez, a mesma presunção não pode permitir conclusões opostas.

É oportuno lembrar a existência de presunções jurídicas estabelecidas de modo expreso na lei, as chamadas presunções legais, que são subdivididas em *juris et de jure* (absolutas) e *juris tantum* (relativas). As presunções *juris et de jure* são irrefutáveis e não admitem prova em contrário trazendo a afirmação de um fato verdadeiro, sendo a rigor "preceitos". As presunções *juris tantum* podem ser destruídas por uma prova em contrário.

Nas presunções *juris tantum* o *onus probandi* será distribuído a quem é prejudicado pela afirmação contida na presunção. No caso do dano moral trabalhista, o juiz poderá negar a indenização se ficar convencido da inexistência do prejuízo moral.

Contra o revel, recai a presunção legal, absoluta, de confissão quanto ao fato inserido no âmbito do pedido, não sendo de se admiti-la para o confesso em outras condições, senão como relativa. É a conclusão contida na CLT:

*" Art. 844 - O não-comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não-comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato.*

*Parágrafo único - Ocorrendo, entretanto, motivo relevante, poderá o presidente suspender o julgamento, designando nova audiência. O revel não produz nenhuma prova, pois inexistiu controvérsia nos fatos do pedido, pela falta de contestação ou defesa."*

Já na presunção de fato, o magistrado decidirá sobre fatos não provados a partir de outros já provados.

Importante idéia jurídica, trazida a lume especialmente por meio de construção doutrinária, tem defendido que não há como se cogitar de prova do dano moral, já que a dor física e o sofrimento emocional são indemonstráveis. Essa opinião dispensa a prova em concreto do dano moral, por entender tratar-se de presunção absoluta, ou *iuris et de iure*. (GIUSTINA: 1996,11).

Destarte, o autor que pleiteia a indenização por dano moral, não precisará comprovar que se sentiu ofendido com a conduta injusta ou humilhante do agressor pela desnecessidade e até mesmo pela total impossibilidade de efetiva demonstração do dano moral ventilado na exordial.

Trata-se de uma reação humana, que ocorre com todos, o *id quod plerumque* do direito romano: aquilo que geralmente acontece.

No campo probatório do dano moral impera a presunção *hominis*, do homem comum. Com efeito, seria absolutamente desnecessário demonstrar que o avanço na intimidade do trabalhador, a divulgação de informações desabonadoras pelo ex-empregador, o rebaixamento funcional, o assédio sexual e moral, a revista pessoal, as despedidas injuriosas ou a inclusão em listas negras, por exemplo, acarretam sofrimento, sendo conseqüência da natureza das coisas.

Nas palavras de PAULO LUIZ NETTO LÔBO: "*é desnecessário provar a dor provocada pelo dano moral, que é sempre presumida, pela própria natureza das coisas (presunção hominis) como no caso da perda de um filho ou da deformidade física, conforme tem decidido o Superior Tribunal de Justiça (R.Esp. nº. 50 .481-1-RJ). Em outro julgado, o mesmo Tribunal (R.Esp. nº. 17.073-0-MG) entendeu ser desnecessária a demonstração de que a perda de um membro inferior acarreta graves sofrimentos, além de eventuais prejuízos econômicos; essa conseqüência seria da natureza das coisas, de ciência comum. No mesmo sentido ( R. Esp. nº. 64.699-5-RO) em caso de ofensa à honra decorrente de reportagem na imprensa ´para a indenização por dano moral, não é de exigir-se a repercussão, o reflexo patrimonial, com o que, a rigor, se repararia o dano econômico indireto´.* (LÔBO:1999,141-142).

Haverá algumas hipóteses de previsão legal que reconhece a prática de atos lesivos a pessoa do trabalhador, como no caso das hipóteses da Lei 9.092/95, que proíbe a prática discriminatória e limitativa do acesso ao emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade. Nesse exemplo, a previsão legal reduzirá a problemática probatória do dano moral.

### **10.Provas Inadmissíveis**

A prova sendo orientada pelo sistema do livre convencimento do juiz conduz ao princípio da liberdade probatória, sendo admitidas as chamadas provas inominadas, aquelas não previstas expressamente na legislação. Em regra, são inadmissíveis as provas incompatíveis com os princípios de respeito ao direito de defesa e à dignidade humana, os meios cuja utilização se opõem as normas reguladoras do direito que, com caráter geral, regem a vida social de um povo. (MIRABETE:1997,259).

Podemos definir as provas inadmissíveis em *ilícitas e ilegítimas*.

As *provas ilícitas* seriam aquelas contrárias as normas de direito material, quer quanto ao meio, quer quanto ao modo de obtenção. Seria, por exemplo, as hipóteses previstas no Código Civil, arts. 142 à 144, como se vê adiante:

"Art. 142 - Não podem ser admitidos como testemunhas:

I - os loucos de todo o gênero;

*II - os cegos e surdos, quando a ciência do fato, que se quer provar, dependa dos sentidos, que lhes faltam;*

*III - os menores de 16 (dezesseis) anos;*

*IV - o interessado no objeto do litígio, bem como o ascendente e o descendente, ou o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consangüinidade, ou afinidade;*

*V - os cônjuges.*

*Art. 143 - Os ascendentes por consangüinidade, ou afinidade, podem ser admitidos como testemunhas, em questões em que se trate de verificar o nascimento, ou o óbito dos filhos.*

*Art. 144 - Ninguém pode ser obrigado a depor de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo".*

As *provas ilegítimas*, seriam aquelas que afrontassem normas de Direito Processual, tanto na produção quanto na introdução da prova no processo, como por exemplo, o disposto no art. 819 da CLT:

*"Art. 819 - O depoimento das partes e testemunhas que não souberem falar a língua nacional será feito por meio de intérprete nomeado pelo juiz ou presidente.*

*§ 1º - Proceder-se-á da forma indicada neste artigo, quando se tratar de surdo-mudo, ou de mudo que não saiba escrever.*

*§ 2º - Em ambos os casos de que este artigo trata, as despesas correrão por conta da parte a que interessar o depoimento depoimento pessoal de menor de idade sem a presença do Ministério Público."*

Assim, exemplificando uma situação de *prova ilegítima* temos a hipótese na qual se colhe depoimento de testemunha estrangeira, surdo-muda, ou muda que não soubesse escrever, sem a presença de intérprete, bem como depoimento pessoal de menor de idade sem a presença do Ministério Público.

*"A prova é proibida toda vez que caracterizar violação de normas legais ou de princípios do ordenamento de natureza processual ou material".* (GRINOVER:1976,128). Essa assertiva também vale na ação do dano moral trabalhista apesar da flexibilidade processual na justiça do trabalho, lembrando inclusive a possibilidade de situações onde a prova seja considerada como ilícita, porque constituída mediante a violação de normas materiais ou de princípios gerais do direito, podem ao mesmo tempo ser *ilegítimas*, se a lei processual também impede sua produção em juízo.

A questão da admissibilidade ou não da prova ilícita em juízo encontra-se dissolvida expressamente por disposição constitucional contida no art. 5º, LVI da Magna Carta:

*"Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

*LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;"*

Não se trata, pois, de admitir a prova obtida ilicitamente, em nome do princípio da verdade real ou de outro qualquer, para depois responsabilizar quem praticou o ilícito (civil, penal, administrativo) – mas simplesmente de impedir que tais provas venham ao processo ou nele permaneçam. (DINAMARCO: 1995, 350).

Tornam-se viciadas as provas obtidas com violação de correspondência, de transmissão telegráfica e de dados, e com a captação não autorizada das conversações telefônicas, (art. 5º, XII); com violação do domicílio, intimidade, como as fonográficas, de fitas gravadas de contatos em encontros de caráter privado e sigiloso (art. 5º, X); com a prática de ilícitos penais, como furto, apropriação indébita, violação de sigilo profissional etc.

Quando existe consentimento na violação de direitos constitucionalmente assegurados ou protegidos pela legislação ordinária, as provas coletadas não são consideradas *ilícitas* desde que se trate de bens disponíveis. Nessas situações, a conduta do autor da prova deixa de ter a ilicitude exigida na Constituição para a proibição da prova.

Com fundamento no princípio da proporcionalidade, a prova deixaria de ser considerada inadmissível na medida que é obtida para o resguardo de outro bem de maior valor protegido constitucionalmente. Entendimentos doutrinários tem aceito provas colhidas em arrepião a direitos fundamentais, quando indispensáveis e quando produzidas pelo próprio interessado (por exemplo, a gravação de conversação telefônica).

Quanto a *prova emprestada*, definida como aquela produzida num processo para nele gerar efeitos, sendo depois transportada para outro, para ser admissível, é preciso que tenha sido formada entre as mesmas partes e submetida ao contraditório.

### **11. Jurisprudência selecionada**

O estudo dos arrestos, possuindo função de *aplicação, adaptação e criação* da lei, preenchendo suas lacunas, encontra suporte no aforismo de FRANCIS BACON: *de exemplis jam dicendum est, ex quibus jus hauriendum sit, ubi lex deficit* – a respeito dos julgados cumpre fazer saber que dos mesmos se deve haurir o Direito nos casos em que a lei se mostra deficiente ou falha.

Sendo a jurisprudência dos tribunais fonte mais geral e extensa de exegese, indicando soluções a casos concretos, contribuindo para que a questão doutrinária da prova do dano moral não fique eternamente aberta, selecionamos a seguir algumas decisões a título de ilustração, destacando os pontos mais importantes.

**ACIDENTE DO TRABALHO – PROVA – CULPA DO EMPREGADOR – DANO MORAL** – Desnecessária a produção de prova oral para provar a culpa da empregadora porque é de se presumi-la em consequência da decretação da revelia. Rejeitada a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa. A perícia proclama que o infortúnio não deixou o autor incapacitado para o trabalho e nem reduziu-lhe a capacidade laborativa. Se isto não fosse verdade, a vítima continuaria percebendo benefício previdenciário. De outro lado, aqui, não se pode negar a existência do dano moral e o juiz pode externar posição diversa da perícia. A experiência de vida ensina que a fratura de uma vértebra, a necessidade de uso de colete gessado e de tratamento fisioterápico causa dores ao homem. Negar isto equivale a desconhecer a natureza humana. Configurado o dano moral. O laudo pericial acenou, inclusive, que as dores são freqüentes. Seria exigir prova diabólica, querer que o autor demonstre materialmente um dano que reside na sua alma e denota caráter subjetivo: o dano moral. Suficientes os elementos dos autos para presumir a existência do dano moral. O prudente arbítrio judicial na fixação do dano moral leva em conta a gravidade da fratura, tempo dispendido no tratamento e as humildes condições econômicas da vítima. Deferido dano moral (30 salários mínimos). Recurso parcialmente provido. (TARS – AC 194.210.266 – 1ª C. Cív. – Rel. Juiz Ari Darci Wachholz – J. 18.04.1995) (RJ 219/72).

**RESPONSABILIDADE CIVIL** – Acidente do trabalho – Perda da capacidade laborativa – Culpa do empregador – Reparação, inclusive, do dano moral. Desvio de função e despreparo do empregado para o exercício da atividade perigosa. Limpeza de máquina ligada. O incremento da produção se faz para aumentar os lucros do empregador, competindo-lhe suportar os riscos inerentes. Empregado não limpa máquina ligada por mera recreação, mas para aumentar a produtividade. Pressão indireta, forma psicológica, sobre os empregados. O bom patrão deve zelar pela segurança de seus empregados, mesmo que negligentes ou despreparados, pois no seu interesse exerce-se a atividade produtiva com vista ao lucro. Responsabilidade do empregador mesmo que imprudente o esforço de agilizar a produção. Irrelevância do benefício acidentário sobre a indenização de direito comum, pois aquele decorre das contribuições do acidentado. Pensão devida desde a data do acidente. Irrelevância da demora no ajuizamento da ação. Possibilidade de cumulação de dano moral. Dor psíquica causada pela perda anatômica. Dificuldades para o exercício de qualquer atividade. Fato que independe de prova. (TARS – AC 194.082.699 – 4ª Civ. – Rel. Juiz Moacir Leopoldo Haeser – J. 09.06.1994).

**RESPONSABILIDADE CIVIL – PREPOSTO – ACESSO A VEÍCULO FORA DO HORÁRIO DE SERVIÇO – VÍTIMA FATAL – DANO MORAL E MATERIAL – CUMULAÇÃO** – 1. Presume-se a lesão moral dos filhos, como decorrência da morte do pai, provocada por ato ilícito, bastando a prova do parentesco. 2. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato, nos termos da Súmula 37 do STJ e copiosa jurisprudência desta Egrégia Corte. 3. Responde a empresa por ato de seu preposto, mesmo não se encontrando de serviço, desde que o acesso ao veículo tenha sido facilitado pelo proprietário e não tenha tomado as providências necessárias para evitar que o empregado, fora de seu horário de trabalho, circulasse com o veículo. Precedentes. 4. A indenização por dano moral deve ser moderada, não podendo se transformar num instrumento de vingança ou de enriquecimento. 5. Recurso provido em parte. (TJDF – AC 38.153-DF – (Reg. Ac. 88.192) – 1ª T. – Relª Desª Haydevalda Sampaio – DJU 02.10.1996)

**DANO MORAL – PROVA – NECESSIDADE** – Os danos morais, mesmo quando traduzem desconforto psíquico, ou abalo moral puro, merecem ser reconhecidos e indenizados na proporção da extensão da ofensa e considerada a condição financeira da vítima e do ofensor. Lucros Cessantes – Ônus da Prova – Os lucros cessantes representam o prejuízo pelo dano sofrido, e sua representação monetária, assim como a sua ocorrência, devem ser provadas de forma insofismável por quem perquire tal indenização.

(TARS – AC 196265722 – 1ª C. Cív. – Relª Juíza Teresinha de Oliveira Silva – J. 02.09.1997)

**RESPONSABILIDADE CIVIL – INDENIZAÇÃO – DANO MORAL – EMPREGADO – AÇÃO PENAL – ABSOLVIÇÃO – PROVA** – A absolvição de ex-empregado por delito imputado por empregador não confere àquele direito à indenização por dano moral, se o procedimento instaurado constitui exercício regular do direito, não se revestindo de caráter doloso, traduzido na consciência de falsa imputação e no propósito de denegrir sua imagem. (TAMG – EDcl. – AC 187.640-8/01 – 4ª C – Relª Juíza Maria Elza – DJMG 20.09.1995)

**DANOS PATRIMONIAL E MORAL** – A concepção atual da doutrina orienta-se no sentido de que a responsabilização do agente causador do dano moral opera-se por força do simples fato da violação (danum in re ipsa). Verificado o evento danoso, surge a necessidade da reparação, não havendo que se cogitar da prova do prejuízo, se presentes os pressupostos legais para que haja a responsabilidade civil (nexo de causalidade e culpa). Assim, o só fato de o r. acórdão querreado ter reconhecido a perda em 30% da capacidade laborativa da recorrente, conseqüente de ato culposo atribuído à recorrida, já é bastante, por si mesmo, para se ter como existente a lesão moral e, por decorrência, o direito daquela a ser indenizada e desta de arrostar com o ônus da reparação. (STJ – REsp 23.575 – DF – 4ª T. – Rel. Min. Cesar Asfor Rocha – DJU 01.09.1997)

**PROCESSO** – *Litigância de má-fé. Indenização por dano moral pretendida. Inadmissibilidade. Falta de prova de sua existência. Impossibilidade de serem indenizáveis danos meramente imaginários, devidos somente os honorários e as despesas efetuadas pela parte lesada. Aplicação dos arts. 16 e 18 do CPC. (1º TACSP – Ap. 436.636-1 – 6ª C. – Rel. Juiz Evaldo Veríssimo – J. 22.12.1989) (RT 650/128)*

**AÇÃO DE INDENIZAÇÃO CUMULADA COM PERDAS E DANOS – INADIMPLÊNCIA CONTRATUAL EVIDENTE – ALEGAÇÃO DE CONDUTA DESLEAL – PREJUÍZOS – DANO MORAL – AUSÊNCIA DE PROVA – ÔNUS DO AUTOR – APLICAÇÃO DO ART. 333 DO CPC** – O acolhimento in totum da pretensão do autor só é possível se comprovadas, de forma indubitável, suas alegações. Provada que foi somente a inadimplência contratual da ré, há que se julgar parcialmente procedente o pedido. "...para o dano moral, não basta o fator si do acontecimento, mas requer a prova de sua repercussão, prejudicialmente moral' (...)" (LEX 90/143). (TJSC – AC 43.221 – Itajaí – Rel. Des. Vanderlei Romer – C.C.Esp. – J. 11.09.1996)

**RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO MORAL – DISCUSSÃO OCORRIDA EM COLETIVO – INSULTO VERBAL – AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO REAL – PEDIDO INDEFERIDO – APELO IMPROVIDO** – O deferimento da reparação por dano moral pressupõe, na hipótese, haja o postulante, de modo comprovado, sofrido abalo psicológico importante em face as ofensas impingidas à sua honra pessoal, relativamente ao seu bom nome, à sua identidade, e à consideração de que goza no meio social em que vive. Inexistindo, no caso, prova objetiva a respeito da alegada "dor moral", inacolhe-se a pretensão reparatória. (TJSC – AC 49.199 – Brusque – Rel. Des. Eládio Torret Rocha – 2ª C.C. – J. 23.04.1996)

**RESPONSABILIDADE CIVIL – ACIDENTE FERROVIÁRIO – RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO MORAL – DANO ESTÉTICO – PRESCRIÇÃO – DECADÊNCIA – PASSAGEIRO QUE CAI DO TREM NA ESTAÇÃO – PROVA APENAS TESTEMUNHAL – ADMISSÃO – CUMULAÇÃO DO DANO MATERIAL, MORAL E ESTÉTICO – POSSIBILIDADE – PRESCRIÇÃO QÜINQUÊNAL – INADMISSIBILIDADE** – Se a prova testemunhal, única trazida pelo autor, é verossímil e coerente, não há razão de ordem moral ou jurídica para se afastá-la, podendo-se com fundamento nela reconhecer a culpa da transportadora. É perfeitamente acumulável dano material e moral, estes até mesmo já reconhecidos pela súmula nº 37 do S.T.J. Também reconhece-se a possibilidade de se acumular o dano estético com os outros dois, porque cada um deles tem fundamento diferente. O dano material traduz o que efetivamente deixou de ganhar, o moral o sofrimento suportado em consequência do acidente e o estético pela deformação sofrida. Por fim, iterativa jurisprudência, nega aplicação do art. 178, § 10. inciso I, C.C. às pensões que tem caráter nitidamente indenizatório, como é o caso sob exame, não se lhe aplicando, pois, a prescrição quinquenal. (TACRJ – AC 11856/93 – (Reg. 4706-2) – Cód. 93.001.11856 – 1ª C. – Rel. Juiz Gustavo A. K. Leite – J. 07.12.1993) (Ementário TACRJ 35/94 – Ementa 37141)

## **12. Conclusões**

1. Apesar de freqüentemente tratados na esfera do Direito Processual, os estudos sobre a prova são autênticos temas de direito material, nos limites do Direito Privado. As divergências doutrinárias sobre a prova do dano moral se resumem a tese da necessidade de idêntica atividade probatória utilizada para a prova do dano material; a tese da prova *in re ipsa*, ou seja, que o dano moral se prova por si mesmo e uma corrente intermediária satisfeita com as presunções *hominis* ou presunções simples formadas na consciência individual do julgador.

2. Provar é produzir um estado de certeza. Em sentido objetivo, é o meio de fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos. No sentido subjetivo, consiste na convicção que as provas produzidas no processo geram no espírito do juiz quanto a existência ou inexistência dos fatos.

3. A lesão moral trabalhista é um produto da teoria da responsabilidade civil possuindo os seguintes pressupostos: a controvérsia deve ser oriunda de uma relação de trabalho; o fato deve ser lesivo a direito da personalidade do empregado; a imputabilidade ao empregador; o nexo de causalidade e o dano moral.

4. Na ação trabalhista de dano moral o autor possui o ônus da prova do fato constitutivo da obrigação de indenizar. Ao réu caberá produzir a prova dos fatos extintivos da referida obrigação. O juiz deverá avaliar os fatos trazidos ao processo com prudência pois o autor poderá estar movido por sentimentos de vingança ou em litigância de má fé.

5. A prova se rege pelo princípio da auto-responsabilidade das partes, da audiência contraditória, da aquisição ou comunhão, da oralidade e da livre convicção.

6. Os sistemas de apreciação da prova são o da prova legal, o da valoração *secundum conscientiam* e persuasão racional. A sentença deverá conter necessariamente os fundamentos e a motivação.

7. A produção da prova no processo se dá pela reconstrução histórica (narração de testemunhas, depoimento das partes); sua representação (declaração constitutiva de atos, constantes de documentos); por reprodução objetiva (exame pericial ou pelo juiz) e por outras formas idôneas, não proibidas por lei.

8. A prova tem por objetivo reconstruir um fato que interesse à causa. Em relação ao dano moral, é desnecessário provar a dor e o sofrimento suportado que são sempre presumidos pela natureza das coisas.

9. Prevalece o entendimento que o dano moral possui presunção *hominis*, com respaldo legal no Código Civil, art. 136, V e outros. Haverá algumas hipóteses de previsão legal reconhecendo a prática de atos lesivos a pessoa do trabalhador, como no caso das situações definidas na Lei 9.092/95.

10. São inadmissíveis as provas ilícitas e ilegítimas. Entretanto, com apoio no princípio da proporcionalidade, a prova deixaria de ser inadmissível quando obtida para o resguardo de outro bem de maior valor protegido constitucionalmente.

11. A respeito dos julgados cumpre fazer saber que dos mesmos se deve haurir o Direito nos casos em que a lei se mostra deficiente ou falha. A jurisprudência dominante entende que a dor psíquica, o sofrimento produto do dano moral, independe de prova.

### **13. Bibliografia**

- ALMEIDA, Ísis de: *Manual de Direito Processual do Trabalho*. Editora LTR, vol. II, São Paulo, 1997.
- ARANHA, Adalberto Q. T. de Carvalho: *Da Prova no Processo Penal*. Editora Saraiva, São Paulo, 2ª edição, 1987.
- ASSIS, Araken de: "Indenização do Dano Moral." *Síntese Jornal*, Porto Alegre, v.01, n.06, maio-junho/1997, pp. 03-05.
- BITTAR, Carlos Alberto: *Reparação Civil por Danos Morais*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1ª edição, 1993.
- CARNELUTTI, Francesco: *Sistemas de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, vol. II, 1944.
- DINAMARCO, Cândido R.; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo: *Teoria Geral do Processo*. Malheiros Editores, São Paulo, 11ª edição, 1995.
- FENECH, Miguel: *El Proceso Penal*. Ageda, Madrid, 4ª edição, 1982.
- FILHO, Rodolfo Pamplona: "O Dano Moral na Relação de Emprego". Editora LTR, São Paulo, 1998.
- GIUSTINA, Betariz Della: "Dano Moral: Reparação e Competência Trabalhista". *Trabalho e Doutrina*, São Paulo, n. 10, setembro, 1996, pp. 3-16.
- GRINOVER, Ada Pellegrini: *Liberdades Públicas e Processo Penal- As Interceptações Telefônicas*. Saraiva, São Paulo, 1976.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto: *Direito das Obrigações*. Ed. Brasília Jurídica, Brasília, 1999.
- MANDALOZZO, Silvana Souza Netto: "Dano Moral no Direito do Trabalho". *Revista Jurídica da UEPG*, Paraná, v.01, n. 01, jan-jun/1997, pp. 113-122.
- MAXIMILIANO, Carlos: *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Forense, São Paulo, 18ª edição, 1999.
- MIRABETE, Julio Fabbrini: *Processo Penal*. Editora Atlas, São Paulo, 7ª edição, 1997.
- PERLINGIERI, Pietro: *Perfis do Direito Civil- Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Renovar, Rio de Janeiro, 1997.
- SANTOS, Moacir Amaral: *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. Saraiva, 17ª edição, 1995.
- SILVA, De Plácido e: *Vocabulário Jurídico*. Forense, Rio de Janeiro, Vol. III, 1973.
- VALLER, Wladimir: *A Reparação do Dano Moral no Direito Brasileiro*. E.V. Editora Ltda, Campinas-SP, 3ª edição, 1995.
- Fontes de Legislação:*
- CLT- *Consolidação das Leis Trabalhistas*. São Paulo, Saraiva, 1999.
- Código Civil. São Paulo, Editora Rideel, 1996.
- Código Penal, Código de Processo Penal e Constituição Federal. Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- Código de Processo Civil. Editora Saraiva, 1996.

---

(\*) Advogado Trabalhista Especialista Lato Sensu/UFPE; Mestre em Direito Privado/UFPE; Professor de Teoria Geral do Direito Privado da Faculdade de Direito do Recife/UFPE. Advogado especialista em Direito do Trabalho, Professor universitário em Pernambuco. Contato: karrilho@terra.com.br