

ÔNUS DA PROVA

RICARDO ANTONIO DE PLATO^(*)

1 — Introdução

Ponto dos mais controvertidos na doutrina e jurisprudência, hodiernamente, é a repartição do ônus da prova entre as partes, no processo, civil e trabalhista.

Assim, pretende-se, neste breve estudo analisar objetivamente o tema sob enfoque, não apenas a nível civilista, como também no processo do trabalho.

2 — Conceito e doutrina estrangeira

Como é cediço, inexistente propriamente dever de produzir provas, mas sim "ônus" de afirmar fatos e de comprová-los, de molde a que possa o Julgador levá-los na devida conta ao proferir a sentença.

Dizemo-lo em razão de que, se determinada pessoa pretende fazer valer direito seu em Juízo, afirma-se — ao menos de regra — que tal direito arrima-se em fatos, e estes, sim, na maioria das vezes hão de ser provados. Logicamente, há exceções, conforme nos ensina o mestre CHIOVENDA:⁽¹⁾

"... O ônus de afirmar e o ônus de provar andam, em geral, parelhos, mas não coincidem inteiramente: nem tudo aquilo que se tem o ônus de afirmar, se tem, do mesmo passo, a obrigação de provar; nem tudo aquilo que se afirma, se tem de provar..."

"Pode-se ter a obrigação de afirmar um fato notório, quando, por exemplo, o fato notório é constitutivo do direito; mas nem sempre se tem a obrigação de prová-lo, exatamente porque é notório".

Ocorre de tal modo com os atos reconhecidos ou confessados pela parte contrária, incontestados portanto, em determinada lide. Estes, não há de ser provados, por patente e indene de quaisquer dúvidas sua existência no mundo jurídico.

À grande maioria das legislações processuais dos países europeus, mais particularmente o processo romano e o alemão, cuidam de regular o ônus da prova, de maneira incompleta e sucinta, referindo-se sempre a fatos constitutivos e extintivos, ou negativos.

(*) Juiz do Trabalho.

Para CHIOVENDA, difícil é, na prática, distinguem-se fatos, ou negativas, de afirmações propriamente ditas, eis que "... quando se atribui a uma coisa um predicado, negam-se todos os predicados contrários ou diversos dessa coisa. Em caso de predicados contrários, isso é evidentiíssimo: quem diz móvel diz não imóvel..."⁽²⁾

Ora, em assim sendo, costuma-se repartir o ônus da prova entre as partes, do modo mais justo e coerente possível, tanto mais para que possa o autor comprovar os fatos constitutivos de seu direito. Note-se que se chegou a cogitar de atribuir ao autor a comprovação da existência de fatos constitutivos e da não existência dos fatos impeditivos ou extintivos.

Por isso, nortearam-se a doutrina, e, a legislação, neste particular, na "... consideração do que é normal e anormal, regra e exceção", delimitando assim, a repartição do ônus da prova entre as partes.⁽³⁾

Regra geral é no sentido de que compete a cada uma das partes provar as alegações que fizer, entendendo-se como tal, que ao autor incumbe a prova dos fatos constitutivos, e ao réu, os fatos excludentes, em sentido amplo, dos ditos fatos constitutivos. Neste sentido, veja-se lição de Camelutti:⁽⁴⁾

"Il criterio che la nostra legge adotta per distinguere a quale delle parti incomba l'onere della prova di una affermazione, gioca sull'interesse alla affermazione medesima. ha onere di provare chi ha interesse di affermare; pertanto chi propone la pretesa ha onere di provare i fatti costitutivi e chi propone la eccezione ha onere di provare i fatti estintivi o le condizioni impeditive o modificative (supra n. 23). Questo é un criterio coerente al contenuto della lite poiché si fonda sulla differenza tra difesa e eccezione".

E ainda:

"... questo principio é statuito dall'art. 1312 Cod. Civ. secondo il quale chi domanda la esecuzione di una obbligazione, deve provarla, e chi pretende di esserne stato liberato, deve dal suo canto provare il pagamento o il fatto che ha prodotto la estinzione della sua obbligazione".

Em outra obra, o mestre italiano ensina:⁽⁵⁾

"... ora, chi ha interesse ad affermare un fatto, ha anche interesse a preconstituire la prova, cioè ad assicurarsene la disponibilità fin da quando l'attosi compie, affinché possa servire al momento della sua valutazione".

Por final cumpre-nos, e a falta seria imperdoável, citar F. CARNELUTTI, neste particular:⁽⁶⁾

"... Quando um determinado fato é afirmado, cada uma das partes tem interesse em fornecer a prova dele, uma delas a da sua existência, e a outra a da sua não existência; o interesse na prova do fato afirmado é, portanto, bilateral ou recíproco. Antes, porém, de ser afirmado, o caso é diferente. Então, se uma tem interesse em dele falar, a outra tem interesse em calar-se; tem interesse em falar a que com o facto aproveita, tem interesse em calar-se a que com ele é prejudicada".

No mesmo sentido o citado autor, na obra "Instituciones Del Processo Civil", — vols. I e II.

Em suma: do início da elaboração de uma teoria sólida a respeito do lema, até então, não houve grande variação na forma pela qual as legislações e a doutrina tratavam a matéria.

Equivale dizer, firmamo-nos em que, para distribuição equitativa e coerente do ônus — ou da carga — da prova entre as partes litigantes, tem-se que, compete, em regra, ao autor, a prova do fato constitutivo e ao réu a prova dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos daqueles. Infelizmente, em face do próprio objetivo deste breve estudo, não nos cabe adentrar à análise do direito romano, à teoria clássica, ou de BETTI.

Neste mesmo sentido, lição de autores de nomeada, como E. T. LIEBMAN⁽⁷⁾, EDUARDO J. COUTURE⁽⁸⁾, JAMES GOLDSCHMIDT⁽⁹⁾, MANUEL DE LA PLAZA⁽¹⁰⁾, UGO ROCCO⁽¹¹⁾, JAEGER⁽¹²⁾, MICHELE⁽¹³⁾ ⁽¹⁴⁾, LESSONA⁽¹⁵⁾, MANDRIOLI⁽¹⁶⁾, REDENTI⁽¹⁷⁾, RICCI⁽¹⁸⁾, RICCI⁽¹⁹⁾, MORTARA⁽²⁰⁾ E EMILIO BETTI⁽²¹⁾.

3 — A Legislação anterior e o CPC de 1939

Anteriormente a 1939, ano de edição do DL n. 1.608/39, conforme redação do projeto primitivo do Código do Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo (art. 306), constava disposição na Consolidação das Leis do Processo Civil (de RIBAS) *in verbis*:

"art. 334 — a obrigação da prova incumbe àquele que em Juízo afirma o fato, de que pretende deduzir o seu direito, quer seja o autor, quer seja o réu".

Já então, praticamente semelhantes disposições poderiam ser lidas nos Códigos processuais de Pernambuco, Bahia, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Santa Catarina e DF.

Apenas com a promulgação da Lei n. 2.421/30, que vigorou a partir de 1.7.30, constou disposição no tocante ao ônus da prova, no Código de Processo Civil e Comercial de SP:

"art. 262 — compete em regra, a cada uma das partes fornecer os elementos de prova das alegações que fizer".⁽²²⁾

Ao propósito, apenas e tão-somente após a edição do DL n. 1.608/39, suso mencionado, disciplinou-se, a nível de legislação Federal, o ônus da prova no processo civil. Com efeito, dispunha o art. 209 do diploma legal ora comentado:

"art. 209 — o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico, se o contrário não resultar do conjunto das provas.

§ 1º — Se o réu, na contestação, negar o fato alegado pelo autor, a este incumbirá o ônus da prova.

§ 2º — Se o réu, reconhecendo o fato constitutivo, alegar a sua extinção, ou a ocorrência de outro que lhe obste aos efeitos, a ele cumprirá provar a alegação".

No que pertine ao caput do mencionado dispositivo legal, diz com o silêncio em função da prova, que mereceu comentários de tratadistas como MORTARA, RA-

NELETTI, PISTOLESE, e DE RUGGIERO, citados pelo insigne jurista PEDRO BASTISTA MARTINS, então autor do anteprojeto do CPC.⁽²³⁾

Merece ser transcrito, porém, e isto nos interessa para o objeto deste breve estudo, lição do tratadista em tela:

"O ônus de provar os fatos alegados em Juízo não incumbe, de maneira exclusiva, nem ao autor, nem ao réu; reparte-se, ao contrário, entre um e outro, segundo certas regras previstas em lei, ou consagradas pela jurisprudência e doutrina".⁽²⁴⁾

Novamente, e, isto é inequívoco, merece menção o fato de que costuma-se dizer que a negativa tem o condão de apenas carrear o ônus da prova ao autor — jamais ao réu. E, temos, aliás, combatido tal idéia, eis que, é difícil em certos casos, distinguir a negativa pura e simplesmente, da afirmação em si mesma. Aliás, em face de tais idéias, a nosso entender, absurdas, formou-se a doutrina medieval, e, máximas como "affirmanti non neganti, incumbit probatio; negativa non sunt probanda".⁽²⁵⁾

E, infelizmente, nos dias de hoje ainda se confundem tais idéias.

De qualquer modo, é corrente que a negativa, pura e simplesmente, então, carrega o ônus da prova, no tocante ao fato constitutivo da ação, ao autor. Neste sentido J. M. DE CARVALHO SANTOS:

"... O Código de Processo faz aplicação deste princípio quando determina que, se o réu, na contestação negar o fato alegado pelo autor, a este incumbe o ônus da prova, confirmando a velha regra: *actori onus probandi incumbit ... etc.*"

"Se o autor não faz essa prova, deve a ação ser julgada improcedente: *actore non probante, reus, est absolvendus*".⁽²⁶⁾

Neste passo, se o réu reconhecesse o fato constitutivo, alegasse a extinção, ou a ocorrência de outro que lhe obstasse os efeitos, a ele cumpriria provar a alegação. Vale dizer: *réus in excipiendo fit actor*.

Como se induz, J. M. DE CARVALHO SANTOS, ao que se deduz da obra citada, não vê com bons olhos o fato de que houve, então, "... quem entrasse num emaranhado de sutilezas, distinguindo a negativa em determinada e indeterminada, para concluir que no caso da negativa indeterminada, dispensado da prova deve ficar quem a alegou, transferindo-se o ônus da prova para o adversário, em virtude da máxima — *onus probandi ei incumbit qui decit*. Segundo essa opinião, portanto, sendo a negativa impossível de provar, quem afirma é que fica com o ônus da prova. Ou melhor, quem contesta a negativa é que deve oferecer a prova".

No particular, ressurgue que sempre nos posicionamos em sentido contrário a tais assertos, tendo em vista que correta a doutrina em questão, ou seja, vaga a negativa é de ser carregado o ônus da prova à parte que a alega. Admitir-se o contrário seria permitir que, maliciosamente, e agindo com má fé, o réu simplesmente negasse um fato, tornando assim, impossível ou pelo menos difícil, a produção de prova do fato constitutivo pelo autor.

Exemplo disso, no processo trabalhista é o caso em que a reclamada sem alegar a ocorrência de abandono de emprego, simplesmente aduz não ter ocorrido dispensa do reclamante.

Atigura-se clara e indubitosa, neste caso, a má fé, não se podendo simplesmente aplicar normas processuais, carregando-se o ônus da prova, *in casu* para o autor.

O importante, a este tempo, é que prossegue o ilustre tratadista:

"Mas, no direito moderno, todas essas distinções estão condenadas pela melhor doutrina. O que está assentado como verdade é que, em rigor, não existe a impossibilidade de provar uma negativa determinada."

No entanto, mas adiante — e com tal conclusão concordamos plenamente, ultima J. M. DE CARVALHO SANTOS:

"... Somente a prova da negativa indefinida é realmente impossível, mas isso não resulta de se tratar de uma negativa, tanto assim que a prova de uma afirmativa indefinida, também é impossível ou impraticável".⁽²⁷⁾

Sobre a questão, é conveniente citar lição de JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR: "... Quem está obrigado a provar? Esta questão se desmembra em duas outras, que são as seguintes: 1ª) É possível a prova de uma negação? 2ª) O encargo da prova incumbe sempre a quem afirma?

A negação pode ser absoluta ou relativa. A negação absoluta, em regra, não suscetível de prova; a negação relativa, porém, pode gerar uma afirmação, que, provada, traz como necessário resultado, a verdade da negação. Neste caso, se dá aquilo que se denomina, na linguagem dos praxistas, analogicamente — negativam proenatem: ...".⁽²⁸⁾

Não se dissimula porém, que PONTES DE MIRANDA, muito bem definiu, em resumo, a significação do artigo 209 do CPC de 1939:

"O art. 209 redigiu a regra de dispensa abstrata da prova: se uma afirma, e outra não nega, tem-se como verdadeira, sem necessidade de prova, a afirmação".⁽²⁹⁾

E, já então, a espécie era aventada pelo próprio PONTES DE MIRANDA, ao transpor para o processo trabalhista:

"... na Justiça do Trabalho, se o autor alega identidade de função e o réu diferença de produtividade e perfeição técnica, o réu nega o que o autor disse. Não há, aí, alegação de fato extintivo, ou ocorrência de outro que lhe obste aos efeitos — há alegação de que falta um dos elementos ao suporte factico da regra jurídica que o autor invocou (sem razão, o Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, 6 de setembro de 1950, 3800)".⁽³⁰⁾

Em suma: não se há concluir pela validade dos princípios "ei qui agit onus probandi incubit, ou reus in excipiendo fit auctor, eis que isto levaria ao absurdo de haver provar o autor todos os elementos do fato constitutivo do direito.

É-nos permitido, mesmo sob o império do direito processual civil anterior, concluir que:

a) Nem sempre a negativa faz com que o onus probandi seja carregado para o autor, máxime quando se traduz em asserto (art. 209, § 1º do DL n. 1.608/39);

b) Os fatos puramente extintivos ou impeditivos, ou modificativos, sem dúvida alguma devem ser provados, por quem os alegou, nos exatos termos do art. 209, § 2º do DL n. 1.608/39.

Desta opinião JOSÉ FREDERICO MARQUES e LOPES DA COSTA.^{(31) (32)}

3.1. Código de Processo Civil de 1973

Viu-se, portanto, que apenas quanto às negativas absolutamente indefinidas aplicava-se o princípio da ausência e impossibilidade de prova negativa, tão defendido pelos autores Romanos.

Atualmente, com a edição da Lei n. 5.869 de 11.1.73, cuida-se da matéria ora em exame no art. 333, verbis:

"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".

Reparte-se, portanto, entre autor e réu o ônus da prova, consoante tal direcionamento legal.

Temos a definição dos fatos, tal e qual mencionados no art. 333 do CPC, de maneira brilhante, trazida à baila por MOACIR AMARAL SANTOS:

"Fatos constitutivos se entendem os que têm a eficácia jurídica de dar vida, de fazer nascer, de constituir a relação jurídica.

Por fatos extintivos se entendem os que têm eficácia de fazer cessar a relação jurídica. Por exemplo: o pagamento, na ação de cobrança.

Fatos impeditivos são todas aquelas circunstâncias que impedem que decorra de um fato o efeito que lhe é normal, ou próprio, e que constitui a sua razão de ser.

Fatos modificativos, são os que, sem excluir ou impedir a relação jurídica, à qual são posteriores, tem a eficácia de modificá-la.⁽³³⁾

Importantíssimo é salientar que, ao contrário do que muitos prefeccionam, não se trata o disposto no art. 333 do CPC de regra absoluta, conforme temos sempre asseverado, como MOACIR A. SANTOS. Apenas sim, tratam-se de regras aplicáveis à maioria dos casos, e, isto, dá à questão os foros de momentosa, máxime porque, outros casos práticos há, no processo trabalhista — e.g. comprovação do trabalho em regime de horas extraordinárias — em que não são aplicáveis os princípios insertos no Código de Processo Civil Brasileiro.

Com acerto, escreve o citado autor:

"... não se trata de uma regra absoluta, mas de uma regra geral, que admite as exceções porventura estabelecidas pela norma legal substancial, cuja aplicação se reclama. Para nós, o disposto no art. 333 do código equivale a um princípio, amparado na lógica das provas, sujeito a não poucas exceções".⁽³⁴⁾

É comum, no processo trabalhista, e.g. conforme o já por nós citado autor PONTES DE MIRANDA, alegações de diferentes produtividade e função técnica, julgando o autor — e por tal permanecendo inerte — que o ônus da prova é apenas da reclamada.

Absolutamente, e, pois, a negativa é irrefutável, eis que não se fala de vislumbrar, de modo algum a ocorrência in casu de fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor, e sim, negativa pura e simplesmente da existência de tal fato.

É não-descripiendo o asserto de que fatos existem que apenas demonstram que os fatos jurídicos realmente estão presentes na demanda. Tais fatos não haverão de ser provados por quem os alega.⁽³⁹⁾

Também, não é absurdo que a própria ação "... se funde na modificação, ou mesmo em não se ter impedido ou extinto algum direito, como se daria na ação declarativa típica. Porém, o fato impeditivo, extintivo ou modificativo, favorável ao réu, pode ser afirmado pelo réu ou pelo autor, sem que isto obste à execução do ônus de afirmar".⁽³⁹⁾

Em suma, pode-se concluir que, no tocante à distribuição do ônus da prova no moderno processo civil, temos teoria já consagrada, cuja evolução, lenta e gradual, procuramos demonstrar, com muita brevidade, até agora, e adotada por CARNELUTTI, CHIOVENDA, BETTI, MICHELI e LEO ROSENBERG, dentre outros processualistas, no sentido de que, se tratar de fato jurídico constitutivo, compete ao autor o ônus de prová-lo, se, de fato impeditivo, modificativo ou extintivo de direitos, ao réu incumbe a comprovação.

Não se dissimula, que o julgador sempre há de ter em mente que cuida-se de regra e princípio geral, nada impedindo que casos surjam, que escapem à tal regramento, pelo que não se há de tê-lo por absoluto.

Outro aspecto importante, e já por nós exaustivamente salientado, é quanto à negativa do fato constitutivo.

4. O ônus da prova no processo do trabalho.

4.1. Ab Initio

É bem de ver que no processo do trabalho, o que se tem é apenas o disposto no art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, DL n. 5.452 de 1.5.43, em vigor a partir de 10.11.43:

"... a prova das alegações incumbe à parte que as fizer".

Nada mais há na Consolidação das Leis do Trabalho, neste passo, daí porque muitos a pretexto de omissão, procuram solução na Lei Processual Civil, a teor do disposto no art. 769 da CLT.

No particular já podemos encontrar acórdão dando aplicação plena a tal artigo, e.g., in LTr 1945 — vol. IX — 93 a 104, proc. CRT 853-44, cuja ementa é a seguinte: "O ônus da prova incumbe a quem alega, não a quem nega.

O Juiz pode julgar por indícios e presunções, formando livremente sua convicção". (Relator — VALDEMAR FERREIRA MARQUES — DJU 4.1.45).

Releva que, anteriormente, já o mesmo dispunha o Dec. n. 6.596 de 12.12.40, art. 116.

Importante ressaltar que, já por ocasião da elaboração do Código de Processo do Trabalho, pelo Jurista M. VITOR RUSSOMANO, após reunião em 1961, e por convite de ROCHA BARROS, o então insigne relator, já propunha, no art. 254:

"... a prova das alegações incumbe à parte que as fizer; mas, a ausência do trabalhador no emprego, fará presumir a sua despedida, até prova em contrário".⁽⁴⁷⁾

Isto, de evidência, liga-se e prende-se à discussão no sentido de comprovação de fato negativo pelo empregador, e.g. a simples negação da dispensa. Hoje ainda, isto é discutido amiúde nas lides trabalhistas.

O que importa destacar aqui, é a presença de tal artigo na CLT e, anteriormente, na legislação ordinária, sendo, ao demais, inserta a disposição em apreço no Projeto do Código de Processo do Trabalho.

Neste particular, a grande maioria dos autores em Direito Processual do Trabalho, semelhantemente adota entendimento no sentido da aplicação dos arts. 332 e seguintes do Código de Processo Civil, ao processo trabalhista, E. G. TOSTES MALTA,⁽⁴⁸⁾ CAMPOS BATALHA,⁽⁴⁹⁾ WAGNER GIGLIO,⁽⁴⁰⁾ ANTONIO LAMARCA,⁽⁴¹⁾ COQUEIJO COSTA,⁽⁴⁷⁾ VALENTIN CARRION,⁽⁴²⁾ A. GALVAZONI.⁽⁴³⁾

Outros adotam posição intermediária, tais como M. RUSSOMANO⁽⁴⁴⁾ E AMAURI M. NASCIMENTO.⁽⁴⁵⁾

Na verdade, neste particular adotamos entendimento do nobre e insigne Juiz e Jurista MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO.⁽⁴⁶⁾

"A CLT ao estatuir no art. 818, que "A prova das alegações incumbe à parte que as fizer", demonstra, à evidência plena, que possui dicção expressa e específica sobre a matéria, desautorizando desta maneira, que o intérprete — a pretexto de que o art. 769, do mesmo texto, o permite — incursione pelos domínios do processo civil com a finalidade de perfilhar, em caráter supletivo o critério substanciado no art. 333 e incisos. Não seria equivocado asseverar-se, portanto, que tais incursões são irrefletidas, pois não se têm dado conta de que lhes falece o requisito essencial da omissão da CLT.

Com efeito, o art. 769 da CLT, longe de constituir permissivo para a invocação subsidiária daquela norma processual civil, se planta como obstáculo intransponível para a admissibilidade desse procedimento invio. Nada obstante esse fato nos pareça incontestável, segue grassando, na prática, o costume sobre o qual estamos a lançar censura."

E, prossegue o doutrinador exemplificando com o pedido de horas extraordinárias, em que é negada pela reclamada a existência de trabalho em regime de sobretempo, pelo que, aplicado o critério suso apontado, assinala-se, da demandada serla o ônus da prova de suas alegações.

Releva, aliás, que, justamente neste diapasão, é inegável a aplicação do quanto estatuido no dispositivo inserto no art. 74 Consolidado, sendo certo que não comprovada a inexistência de horas extraordinárias, tem-se por verídico o horário de trabalho declinado no exórdio.

Como bem assevera MANOEL A. TEIXEIRA FILHO, não se trata de fato modificativo ou impeditivo, ou até extintivo do direito do autor, também não se havendo como falar em prova negativa, eis que deveria a reclamada comprovar o trabalho em regime de jornada legal, vale dizer, normal prevista em lei.

Conclui o eminente professor:

"Concluimos portanto, que o art. 818 da CLT, desde que o intérprete saiba captar, com fidelidade, o seu verdadeiro conteúdo ontológico deve ser o único dispositivo legal a ser invocado para resolver os problemas relacionados ao ônus da prova no processo do trabalho, vedando-se, desta forma, qualquer invocação supletiva do art. 333 do CPC, seja porque a CLT não é omissa, no particular, seja porque há manifesta incompatibilidade com o processo do trabalho".

A verdade é que, conforme já afirmamos no decorrer deste breve estudo, e reiteramos como conclusão do tópico, não se há como considerar a aplicação no processo trabalhista, máxime em matéria de prova que como é cediço é o ponto norte da decisão do colegiado, em favor ou contra o trabalhador, do art. 333 do Código de Processo Civil, pura e simplesmente.

E esta assertiva não é outra senão a mais correta pois que, além de conter tal dispositivo apenas e tão-somente previsão das hipóteses mais comuns nas ações, trabalhistas ou não, existe dispositivo específico consoante deflui do teor do art. 818 Consolidado, no sentido de que cada parte deverá comprovar as alegações que oferecer à lide.

Frise-se que, nos casos de alegações de funções exercidas como diversas das declinadas no libelo, em reclamatórias com pedido de equiparação salarial, ocorre o mesmo que o já por nós mencionado, apud MANOEL A. TEIXEIRA FILHO, no que pertine a horas extraordinárias, o que equivale dizer, negado o exercício de funções idênticas por autor e paradigma, da reclamada será o ônus da prova de seus assertos, implicando o não desincumbir-se do ônus, a procedência da reclamatória.

Não é descuidado observar que profunda a diversidade entre considerar-se o disposto no art. 333 do CPC, e, apenas e tão-somente o constante do art. 818 Consolidado, como terminamos de demonstrar.

Claro está que, há hipóteses em que tal poderá ocorrer, como e.g. a alegação de pagamento das horas extraordinárias laboradas pelo autor, pela reclamada, confirmando, destarte o horário de trabalho, declinado na proemial. Ou até a alegação de existência de acordo de compensação de horas trabalhadas. Em ambos os casos cabe à reclamada o ônus da prova de suas alegações.

Em suma: concluimos, que é inaplicável, no processo trabalhista, pura e simplesmente, e sim complementarmente, o disposto no art. 333 do Código de Processo Civil, eis que existe dispositivo específico na Consolidação das Leis do Trabalho, inserto no art. 818 do referido diploma legal.

4.2. A prova do fato negativo

Cediço é, que ao tempo dos Romanos não se entendia poder ser provado o fato negativo.

Hodiernamente tais idéias, conforme já por nós exposto, não mais são válidas, posto que há teorias no sentido de que todas as afirmações seriam também negações de um mesmo fato.

Importante defensor desta teoria é CHIOVENDA, já por nós citado no início deste estudo. A afirmação nada obstante continua válida, mesmo apesar de nem sempre acorde com BETTI, para quem a só negativa dos fatos alegados em prefacial,

teria o condão de carrear para o autor o ônus da prova do fato constitutivo do direito.⁽⁴⁷⁾⁽⁴⁸⁾

Assim, o que se quer dizer, sem alongamentos desnecessários, é que o julgador há de analisar sempre com muita cautela, se a negativa com efeito visa apenas a, com evidente má fé, ocultar interesse, da parte litigante, in casu o réu, em transferir o ônus probandi para o autor, ou, o contrário.

Nem se olvide que tal questão é importantíssima para o deslinde da controvérsia posta em juízo pelas partes, eis que é e tal medida que determinada ação deverá ou não ser julgada procedente.

De um modo geral, pode-se observar que tal conceito ligando a distribuição do ônus da prova ao fato negativo, e adotado pelo legislador pátrio ao estatuir o disposto no art. 333 do CPC, é adotado também por autores tais como CARNE-LUTTI⁽¹⁰⁴⁾⁽¹⁰⁵⁾⁽¹⁰⁶⁾, BETTI⁽²¹⁾, MICHELI⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾, EDUARDO COUTURE⁽¹⁰⁸⁾, LESSONA⁽¹⁵⁾, este último não tão recentemente, e, porque não dizer MATTIROLO⁽¹¹⁸⁾ e MORTARA⁽²⁰⁾, estes dois como grandes precursores de tais teorias.

Entre nós, já ao tempo da edição do Código de Processo Civil de 1939, e anteriormente, podemos citar PONTES DE MIRANDA⁽²⁹⁾⁽³⁰⁾, PEDRO BATISTA MARTINS⁽²³⁾, LOPES DA COSTA⁽³¹⁾, CARVALHO SANTOS⁽²⁶⁾, JOÃO MENDES JÚNIOR⁽²⁸⁾, FREDERICO MARQUES⁽³²⁾, MOACIR AMARAL SANTOS⁽³³⁾⁽³⁴⁾ e outros autores.

5 — Algumas conclusões

Em final, poderíamos tecer algumas considerações.

Cumprе relembrar que a Carta Magna de 1934 instituiu a Justiça do Trabalho, com a finalidade de dirimir questões entre empregados e empregadores, sendo, ademais de bom alvitre não esquecer que foi elaborado, já em 1935, anteprojeto de organização da Justiça do Trabalho, sob orientação de OLIVEIRA VIANA.

Ao depois, o projeto mereceu críticas pelo então deputado e relator, no poder legislativo, WALDEMAR M. FERREIRA.

Notara o mestre WALDEMAR FERREIRA, profundas contradições entre o então texto do anteprojeto e a Carta Magna de 1934.

Ora, neste ambiente, em 1939, editou-se o Código de Processo Civil, já analisado, no teor do art. 209, em outro tópico deste estudo.

Por outro turno, o projeto de que se fala, não logrou êxito, sendo certo que, somente com a promulgação da Constituição de 1937 criou-se a Justiça do Trabalho, através do disposto no art. 139, e com a edição do DL n. 1.237/39, do Decreto n. 6.596/40, cujos textos foram praticamente adotados pelo DL n. 5.452/43.'

Vale dizer: pouco após, consolidou-se a legislação então vigente, em matéria trabalhista, por comissão designada pelo Ministro MARCONDES FILHO, e constituída pelos Drs. OSCAR SARAIVA, LUIZ R. MONTEIRO, DORVAL LACERDA, JOSÉ DE SEGADAS VIANNA e ARNALDO SÜSSEKIND.

Surgia então, a Consolidação das Leis do Trabalho, da forma como está, com modificações posteriores.

Allora-se incontestemente, porém, que o texto básico foi mantido, e, o que é relevante, em razão de que se trata de diploma legal bem elaborado e plenamente válido nos dias de hoje, tirante, é claro, com algumas mudanças — e assinalo-se são poucas, as necessárias — no que pertine às normas processuais.

O que na espécie se trata é de mencionar, ao que interessa neste estudo, que, face ao teor do art. 209 do Código de Processo Civil de 1939, não passaria despercebido aos autores do projeto da Consolidação das Leis do Trabalho a redação do art. 818 lá inserto.

Nem se alegue que pretenderam os mesmos dar igual sentido a tal artigo que o disposto no art. 209 do Diploma Processual Civil.

Em suma: se o legislador pretendesse adotar o modelo do então Código de Processo Civil, para disciplinar o ônus da prova no processo trabalhista, à evidência, tê-lo-ia feito expressamente.

Equivale dizer, se não o fez, é porque não pretendeu fazê-lo.

Afinal, a lei não deverá jamais ser interpretada pelo que poderia lá estar, mas sempre pelo que efetivamente contém, sob pena de cometerem-se absurdas injustiças e erros judiciários.

E isto se torna tão mais relevante quando se cuida de disciplinar e repartir o onus probandi entre a parte frágil da relação de emprego, o trabalhador, e, o empregador.

Não foi nossa intenção esgotar o tema, nestas breves considerações: nem poderíamos.

Há apenas aqui, a exposição de algumas idéias sobre o ônus da prova no processo civil e trabalhista.

BIBLIOGRAFIA

(1) G. CHIOVENDA — *Instituições de Direito Processual Civil* — Ed. 1942 — Vol. II, págs. 501 e segs e 505.

(2) G. CHIOVENDA — *Instituições de Direito Processual Civil* — Ed. 1942 — Vol. II, pág. 514.

(3) G. CHIOVENDA — *Instituições de Direito Processual Civil* — Ed. 1942 — Vol. III, pág. 38.

(4) FRANCESCO CARNELUTTI — *Sistema del Diritto Processuale Civile* — Ed. 1936 — Padova — Vol. I, págs. 424/425.

(5) FRANCESCO CARNELUTTI — *La Prova Civile* — Roma — 1947 — pág. 255.

(6) FRANCESCO CARNELUTTI — *Teoria Geral do Direito* — Ed. 1942 — pág. 509.

(7) ENRICO TULLIO LIEBMAN — *Manuale di Diritto Processuale Civile* — págs. 337 e segs.

- (8) EDUARDO J. COUTURE — *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* — Ed. 1990, págs. 243 e segs.
- (9) JAMES GOLDSCHMIDT — *Derecho Procesal Civil* — Ed. 1936, págs. 244 e segs.
- (10) MANUEL DE LA PLAZA — *Derecho Procesal Civil Espanhol* — Vol. I — Ed. 1944 — Madrid — págs. 430 e segs.
- (11) UGO ROCCO — *Trattato di Diritto Processuale Civile* — Ed. 1957 — UTET — págs. 186, 191/192, vol. II.
- (12) NICOLA JAEGER — *Diritto Processuale Civile* — Ed. 1942 — Torino — págs. 303/305.
- (13) GIAN ANTONIO MICHELI — *L'Onere Della Prova* — Ed. 1966 — Padova, págs. 59/106.
- (14) GIAN ANTONIO MICHELI — *Derecho Procesal Civil* — EJEA — 1970 — págs. 91/101, vol. II (trad. *Curso di Diritto Processuale Civile* — 1960).
- (15) CARLOS LESSONA — *Teoria General de La Prueba en Derecho Civil* — Ed. 1957 — Madrid — Vol. I, págs. 119/121, 137, 152/155, 161/163, 164/168 — (trad. *Teoria Delle Prove* — Firenze — 1895, 1ª ed.).
- (16) CRISANTO MANDRIOLI — *Curso di Diritto Processuale Civile* — Vol. II, págs. 124/133.
- (17) ENRICO REDENTI — *Diritto Processuale Civile* — Ed. 1947 — Milano, Vol. I, págs. 214/217.
- (18) FRANCESCO RICCI — *Trattati Speciali Di Diritto Civile* — *Delle Prove*, págs. 47/51, Ed. 1891.
- (19) FRANCESCO RICCI — *Comento al Codice di Procedura Civile Italiano* — Vol. II, págs. 9/12.
- (20) LODOVICO MORTARA — *Comentário del Codice e delle Leggi di Procedura Civile* — Vol. III, págs. 542/545.
- (21) EMILIO BETTI — *Diritto Processuale Civile Italiano* — Ed. Editrice Del Foro Italiano — Roma — 1936 — págs. 331 e segs.
- (22) ANTONIO L. DA CAMARA LEAL — *Código do Processo Civil e Commercial do Estado de S. Paulo Comentado* — Vols. I e II, Ed. 1930.
- (23) PEDRO BATISTA MARTINS — *Comentários ao CPC* — Vol. II, págs. 425 e seg.
- (24) PEDRO BATISTA MARTINS — *Comentários ao CPC* — Vol. II, pág. 435.
- (25) G. CHIOVENDA — *Princippi di Diritto Processuale Civile* — 4ª ed. Págs. 784/785 (ed. de Madrid — 1977 págs. 262 e segs. T.II).
- (26) J. M. CARVALHO SANTOS — *Código de Processo Civil Interpretado* — Vol. III, pág. 154, Ed. 1954.
- (27) J. M. CARVALHO SANTOS — *Código de Processo Civil Interpretado* — Vol. III, pág. 154, Ed. 1954.
- (28) JOÃO MENDES DE ALMEIDA JR. — *Direito Judiciário Brasileiro* — Ed. 1940 — pág. 215.
- (29) PONTES DE MIRANDA — *Comentários ao Código de Processo Civil (1939)*, Tomo III, pág. 292 e segs.
- (30) PONTES DE MIRANDA — *Comentários ao Código de Processo Civil (1939)*, Tomo III, pág. 297.

(31) ALFREDO DE ARAÚJO LOPES DA COSTA — *Direito Processual Civil Brasileiro* — Vol. III, págs. 73 e segs. Ed. 1959.

(32) JOSÉ FREDERICO MARQUES — *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol. III, págs. 384 e segs.

(33) MOACIR AMARAL SANTOS — *Comentários ao CPC* — IV Vol. Art. 332 a 475 págs. 27/28.

(34) MOACIR AMARAL SANTOS — *Comentários ao CPC* — IV Vol., Art. 332 a 475, págs. 27/28.

(35) PONTES DE MIRANDA — *Comentários ao CPC (1973)* — Vol. IV, pág. 213.

(36) PONTES DE MIRANDA — *Comentários ao CPC (1973)* — vol. IV, pág. 213.

(37) *Cod. Proc. Trab.* — Prof. MOZART VITOR RUSSOMANO, pág. 165.

(38) C. P. TOSTES MALTA — *Prática do Processo Trabalhista* — 20ª Ed. pág. 338.

(39) *Tratado de Direito Judiciário do Trabalho* — WILSON S. C. BATALHA, págs. 490/498.

(40) WAGNER GIGLIO — *Direito Processual do Trabalho*, pág. 183.

(41) ANTONIO LAMARCA — *Processo de Trabalho Comentado*, pág. 311 e *Ação na Justiça do Trabalho*, págs. 122/123.

(42) VALENTIN CARRION — *Comentários a CLT*, pág. 589.

(43) A. GALVAZONI — *Comentários à CLT*, pág. 144 e seg.

(44) MOZART VITOR RUSSOMANO — *Comentários à CLT*, pág. 890, Vol. II.

(45) AMAURI M. NASCIMENTO — *Curso de Direito Processual do Trabalho*, págs. 222 e seg.

(46) MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO — *A prova no processo do trabalho*, págs. 84 e segs.

(47) COQUEJO COSTA — *Direito Processual do Trabalho*, pág. 337 e *O Direito Processual do Trabalho e o CPC de 1973*, págs. 111/114.

(48) LUIGI MATTIROLO — *Tratato di Diritto Giudiziaro Civile Italiano*, 6 volumes — Ed. Torino — 1905.