

DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

Maria Ivone Fortunato Laraia

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1. PROVAS E ÔNUS DA PROVA
 2. ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL
 3. ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL TRABALHISTA. ALTERAÇÃO DA REDAÇÃO DO ARTIGO 818 DA CLT
 - 3.1 DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL TRABALHISTA
 - 3.2 DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL TRABALHISTA
 4. APLICAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA E DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO
 5. CONCLUSÃO
- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INTRODUÇÃO

A Lei n.º 13.467 de 13 de julho de 2017, que altera a Consolidação da Leis do Trabalho – CLT, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho, traz, sem qualquer sombra de dúvida, profundas mudanças na legislação trabalhista. Conhecida como a *Lei*

da Reforma Trabalhista, introduz e altera vários artigos da Consolidação das Leis do Trabalho tanto em relação ao Direito Material do Trabalho, quanto em relação ao Processo do Trabalho.

Causadora de grandes polêmicas, mencionada lei é considerada por muitos como geradora da precarização das condições de trabalho e responsável por restringir o acesso dos trabalhadores ao judiciário e por outros, em sentido contrário, é muito elogiada, sob o argumento de que será responsável pela criação de inúmeros postos de trabalho e pela pacificação social porque reduzirá consideravelmente as ações trabalhistas.

Dentre as alterações trazidas pela reforma, a nova redação dada ao artigo 818 da CLT, atualiza a regra da distribuição do ônus da prova, quando traz expressamente a regulamentação da distribuição estática e dinâmica do ônus da prova e certamente trará impactos positivos no Processo do Trabalho.

Pretende-se, com este estudo, fazer uma análise do ônus da prova no direito processo trabalhista, diante da alteração legislativa que deu uma nova redação ao artigo 818 da



.....
 Maria Ivone Fortunato Laraia

Especialista, Mestre e doutora em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professora de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho da PUC-SP, no curso de Especialização. Advogada trabalhista.

CLT, bem como verificar a sua aplicação nos Tribunais Trabalhistas.

1 PROVAS E ÔNUS DA PROVA

As provas são meios pelos quais se pretende a demonstração da verdade dos fatos alegados no processo. Ensina Nelson Nery Junior que provas são:

Meios processuais ou materiais considerados idôneos pelo ordenamento jurídico para demonstrar a verdade, ou não, da existência e verificação de um fato jurídico¹.

Será a partir da verdade alcançada através da prova produzida que o julgador formará a sua convicção e deferirá, ou não, os direitos pleiteados. Na visão de Osvaldo Alfredo Gozaini:

Con esta tendencia se concreta la idea de una sola versión para la verdad. Canelutti elimina el mito de la verdad formal, para centrarla en los hechos que con la prueba se determinan. No se refiere al tipo de circunstancias que deben probarse, ni a la apreciación que sobre ellas se há de realizar, porque estas cuestiones dependen del sistema legal imperante. Com esta regla, el objeto de la prueba persigue la seguridad de encontrar em los relatos y afirmaciones una verdad única que permita llegar a la sentencia componiendo la litis com justicia y razón².

1 NERY JUNIOR, Nelson, Rosa Maria Andrade Nery. Código de Processo Civil Comentado. 4ª ed. Revista e ampliada. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 832.

2 DIDIER JR, Fredie, Eduardo Ferreira Jordão, coordenadores. *Teoria do Processo: Panorama*

O princípio do devido processo legal, baseado no enunciado “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”(art. 5º, LIV da CF/88), acrescido do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV da CF/88), do contraditório e da plena defesa (art. 5º, LV da CF/88), além dos princípios da efetividade e da duração razoável do processo, constituem as garantias processuais necessárias para sua correta interpretação e solução. Segundo José Afonso da Silva:

O princípio do devido processo legal entra agora no Direito Constitucional positivo com um enunciado que vem da Carta Magna inglesa: *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal* (art. 5º, LIV). Combinado com o direito de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) e o contraditório e a plenitude de defesa (art. 5º, LV), fecha-se o ciclo das garantias processuais. Garante-se o *processo*, e quando se fala em ‘processo’, e não em simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais”, conforme autorizada lição de Frederico Marques³.

No Processo do Trabalho, o fundamento

.....
Doutrinação Mundial. La Verdad Y La Prueba por Osvaldo Alfredo Gozaini. Salvador, JusPodium, 2007, p. 743.

3 DIDIER JR, Fredie, Eduardo Ferreira Jordão, coordenadores. *Teoria do Processo: Panorama Doutrinário Mundial. La Verdad Y La Prueba por Osvaldo Alfredo Gozaini. Salvador, JusPodium, 2007, p. 743.*

legal das provas está previsto nos artigos 818 a 830 da CLT. Todavia, até a reforma trabalhista, a doutrina e a jurisprudência complementavam mencionados dispositivos, com fundamento nos artigos 769 da CLT e 372 do CPC, com as disposições previstas para o tema no Código de Processo Civil.

Nos termos do artigo 369 do CPC, a prova pode ser produzida por todos os instrumentos previstos em lei, desde que moralmente legítimos e não sejam por ela vedados, assegurando o princípio da atipicidade da prova. Habitualmente utilizamos como meio de prova, a prova documental, a confissão das partes, a prova testemunhal, perícias e inspeção judicial. Todavia, outros meios de prova podem ser criados para influir eficazmente na convicção do juiz, ainda que não especificado no CPC ou utilizado habitualmente com essa finalidade.

O objeto da prova são os fatos que se funda o pedido ou a defesa, eis que o Juiz conhece o direito (*"juria novit curia"*), todavia algumas exceções são verificadas quando a alegação se funda em direito municipal, estadual, estrangeiro e consuetudinário, os quais devem ter o teor e a vigência provados pela parte, se assim determinar o Juiz (art. 375 do CPC). O mesmo ocorre em relação às Convenções Coletivas de Trabalho, aos Acordos Coletivos de Trabalho, às Convenções da OIT não ratificadas e aos regulamentos de empresa.

Fatos notórios, afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, admitidos, no processo, como incontroversos (confissão real) e em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade, não precisam ser provados.

Em regra, é vedada a produção de prova ilícitas no processo, conforme previsto no art.

5º, LVI da CF/88. No Processo do Trabalho, onde verificamos o princípio da proteção e a dificuldade na produção de algumas provas, a regra da vedação da utilização de provas ilícitas foi abrandada. A jurisprudência trabalhista, em algumas situações, quando se depara com a alegação de que a prova foi obtida de modo ilícito, se socorre do princípio da proporcionalidade (art. 8º do CPC de 2015) ou do princípio da ponderação, segundo o qual, os interesses devem ser sopesados, a fim de que a decisão proferida seja a mais justa para o caso concreto. Em relação ao tema da proibição da prova ilícita, Nelson Nery Junior afirma que:

A jurisprudência de nossos tribunais tem enveredado corretamente para a tese intermediária, encontrando a medida ideal para a aplicação do princípio da proporcionalidade, quando proclama que, "não se cuidando de interceptação de conversa telefônica ou de outro meio ilegal ou moralmente ilícito, mas simplesmente de reprodução de conversa mantida pelas partes e gravada por uma delas, há de ser esta gravação admitida como prova em juízo, a teor do CPC/1973 383 (CPC 422), independentemente a admissibilidade da referida prova do conhecimento de sua formação pela outra parte⁴.

O ônus da prova é um encargo atribuído pela lei às partes envolvidas no processo, que gera consequências na obtenção da pretensão posta em juízo. Nelson Nery Junior define ônus de provar da seguinte forma:

A palavra vem do latim, *onus*, que

4 NERY JUNIOR, Nelson, Georges Abboud. Direito Constitucional Brasileiro. Curso Completo. São Paulo: RT, 2017, p. 211.

significa carga, fardo, peso, gravame. Não existe *obrigação* que corresponda ao descumprimento do ônus. O não atendimento do ônus de provar coloca a parte em desvantajosa posição para a obtenção do ganho de causa. A produção probatória, no tempo e na forma prescrita em lei, é ônus da condição de parte⁵.

Entendemos que o ônus da prova não é uma penalidade, uma obrigação ou um dever, mas sim uma faculdade da parte em praticar determinado ato que, quando não praticado, gera como consequência, a preclusão. Quando um fato é alegado, é necessário prova-lo, razão pela qual, em regra, quem alega têm o ônus de provar suas alegações (art. 818 da CLT). Para cada fato alegado pela parte surge um ônus de prova-lo. Apesar da existência do ônus da prova, uma vez produzida, a prova pertence ao processo e poderá ser utilizada indistintamente, conforme esclarecido por Leonardo Tibo Barbosa Lima:

O ônus da prova surge, portanto, a cada alegação feita pelas partes. Todavia, a sua incumbência pode alterar durante o processo, antes ou depois da produção de prova. Entretanto, o Juiz só deve decidir com base no ônus da prova quando não tiver sido produzida a prova sobre um fato, porque, caso a prova tenha sido produzida, ela será do processo e não da parte, pelo princípio da aquisição (art. 371 do CPC de 2015). Dessa forma, se o ônus de provar determinado fato for de “A”, mas a prova for feita por “B”, o Juiz conhecerá

da prova normalmente, sem qualquer empecilho⁶.

Sendo assim, em um primeiro momento, o que se pretende é saber se o resultado da instrução processual foi completo ou não. Sendo completo o resultado, haverá o convencimento do juiz, e pouco importa saber quem produziu a prova ou de quem era o ônus probatório. Todavia, sendo incompleto o resultado da prova na instrução processual, pela ausência de provas, nasce o problema de saber quem tinha o ônus de produzi-la e não o fez. O ônus da prova, quando não houver provas no processo, será analisado pelo juiz que julgará de forma contrária àquele que detinha o ônus, todavia, dele não se desincumbiu.

2 ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

O artigo 373 do Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, que prevê a distribuição do ônus da prova, tem parentesco com os arts. 2.697 e 2.698 do Código Civil italiano. Nos termos do artigo 2.697 e 2.698 do Código Civil italiano “Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l’inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si e’ modificato o estinto deve provare i fatti su cui l’eccezione si fonda.” E ainda, “Sono nulli i patti con i quali e’ invertito ovvero e’ modificato l’onere della prova, quando si trata di diritti

5 NERY JUNIOR, Nelson, Rosa Maria Andrade Nery. Código de Processo Civil Comentado. 4ª ed. Revista e ampliada. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 835.

6 LIMA, Leonardo Tibo Barbosa. Lições de Direito Processual do Trabalho. Teoria e Prática. Atualizado à luz do CPC de 2015 e da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/17). 4ª edição. São Paulo, LTr, 2017, p. 234.

di cui le parti non possono disporre o quando l'inversione o la modificazione ha per effetto di rendere a una delle parti eccessivamente difficile l'esercizio del diritto.”

Ambos os diplomas positivaram as regras estática e dinâmica de repartição do ônus da prova, semelhante ao que já havia sido adotado pelo Código Civil português de 1966 (Código Civil português, artigo 344⁹⁷, atualizado pela Lei 59/99, de 30/06), como podemos verificar no parágrafo 1º do artigo 373 do Código de Processo Civil Brasileiro de 2015.

A legislação esparsa brasileira, também já previa hipóteses de inversão do ônus da prova: a) no CDC⁸, em favor do consumidor; b) no CDC⁹, em matéria de publicidade o ônus é de quem patrocina; c) em ações judiciais de aposentadoria¹⁰, em favor do segurado.

7 CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS, (Atualizado até à Lei 59/99, de 30/06), DECRETO-LEI Nº 47 344, de 25 de Novembro de 1966

ARTIGO 344º (Inversão do ónus da prova)

1. As regras dos artigos anteriores invertem-se, quando haja presunção legal, dispensa ou liberação do ónus da prova, ou convenção válida nesse sentido, e, de um modo geral, sempre que a lei o determine.

2. Há também inversão do ónus da prova, quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado, sem prejuízo das sanções que a lei de processo mande especialmente aplicar à desobediência ou às falsas declarações.

8 artigo 6º, VIII, do CDC “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;”.

9 artigo 38, do CDC “Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.”

10 § 1º do Art. 29-A da Lei 8.213/90 “Art. 29-A. O INSS utilizará as informações constantes no Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS sobre os vínculos e as remunerações dos segurados, para fins de cálculo do

Como o juiz não pode deixar de decidir, aplicando-se o *non liquet*, as controvérsias são resolvidas através da utilização de critérios expressos na legislação processual. Esses critérios são as regras da distribuição do ônus da prova. São eles que justificam o fato de que mesmo quando o material probatório não é suficiente para esclarecer adequadamente os fatos alegados, seja pela falta de provas ou pela impossibilidade de saber qual foi a melhor prova, o juiz decida em desfavor daquele que tinha o ônus de provar e não o fez satisfatoriamente.

A distribuição do ônus da prova prevista no Código de Processo Civil pode ser estática ou dinâmica¹¹. Pela distribuição estática, em regra a prova é da parte que alega os fatos, mas se o demandado alegar fatos modificativo, extintivos e impeditivos do direito do autor, será seu o ônus de provar tais fatos (art. 373, I e II do CPC de 2015). Já a distribuição dinâmica, será o juiz que irá atribuir o ônus da prova não a quem alega, mas sim a quem tem melhores condições de produzir a prova (art. 373, § 1º, do CPC de 2015).

.....
salário-de-benefício, comprovação de filiação ao Regime Geral de Previdência Social, tempo de contribuição e relação de emprego. (...) § 1o O INSS terá até 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da solicitação do pedido, para fornecer ao segurado as informações previstas no caput deste artigo.”

11 Para Leonardo Tibo Barbos Lima, são três: “estática, dinâmica e invertida” (...) “Distribuição invertida ou inversão do ônus da prova. A inversão do ônus da prova é uma técnica aplicada à produção da prova. Ela está prevista no art. 6º, VIII, do CPC, e agora também no art. 373, § 3º, do CPC de 2015.”.LIMA, Leonardo Tibo Barbosa. Lições de Direito Processual do Trabalho. Teoria e Prática. Atualizado à luz do CPC de 2015 e da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/17). 4ª edição. São Paulo, LTr, 2017, p. 235.

3 ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL TRABALHISTA. ALTERAÇÃO DA REDAÇÃO DO ARTIGO 818 DA CLT

A redação anterior à reforma trabalhista, era incompleta, não abarcando as situações em que inexistia prova nos autos ou as hipóteses em que houve a produção satisfatória de provas por ambas as partes, todavia elas estavam conflitantes. Segundo a redação antiga do artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, “a prova das alegações incumbe à parte que as fizer”.

Inegável que o artigo 818 da CLT não resolvia as regras do ônus da prova. O novo texto da Reforma Trabalhista, dado pela Lei 13.467/17, inspirado na doutrina e na jurisprudência vigente, incorporou ao processo trabalhista as disposições do artigo 373 do CPC/2015, tanto em relação a distribuição estática (incisos I e II), quanto em relação a distribuição dinâmica do ônus da prova (§1º). A Reforma Trabalhista, neste particular, não fez mais que alterar o texto legal do artigo 818 da CLT, para constar expressamente o que o direito processual civil já havia pacificado e o que a jurisprudência trabalhista utilizava em sua grande maioria. Mesmo antes da alteração efetuada pela reforma trabalhista, o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da IN n. 39, já havia entendido que os §§ 1º e 2º do art. 373 do CPC eram aplicáveis ao processo trabalhista.

A seguir, comparamos o texto do artigo 373 do CPC/2015 e a nova redação do

artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, após a Reforma Trabalhista:

Artigo 373 do CPC 2015	Artigo 818 da CLT, após a Reforma Trabalhista
<p>Art. 373. 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.</p> <p>§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do <i>caput</i> ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.</p> <p>§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.</p> <p>§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I – recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.</p> <p>§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.</p>	<p>Art. 818. O ônus da prova incumbe: I – ao reclamante, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante.</p> <p>§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.</p> <p>§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido.</p> <p>§ 3º A decisão referida no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.</p> <p>Sem correspondente ao § 3º do CPC/2015</p> <p>Sem correspondente ao § 4º do CPC/2015</p>

A reforma trabalhista corretamente normatizou uma prática já verificada na

jurisprudência durante a vigência dos Códigos de Processo Civil de 1939, 1973 e 2015 e afastou de vez a tese de que o artigo 818 tinha uma redação simplificada propositalmente por parte do legislador, que tinha expressamente afastado a aplicação do CPC, pela falta de omissão em relação a esse tema. Conforme ressaltado pelo professor Homero Batista Mateus da Silva:

1. (...). A expressão clássica do art. 818 original, no sentido de que a prova incumbe a quem fizer as alegações, foi objeto de profundas reflexões pela doutrina trabalhista, que invariavelmente atribuíam ao empregador o encargo de demonstrar os fatos, muitos deles negados, com documentação, perícias e testemunhos que ele supostamente estava mais propenso a fazer¹².

3.1 DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL TRABALHISTA

A nova redação do artigo 818 da CLT, assim como o Código de Processo Civil, ao distribuir o ônus da prova de forma estática, considerou dois aspectos: a) posição da parte na ação trabalhista (autor ou réu) e b) natureza dos fatos que fundamenta sua pretensão (constitutiva, extintiva, impeditiva ou modificativa).

A doutrina, assim como o artigo 818 da CLT, classifica os fatos deduzidos quanto à natureza e os seus efeitos jurídicos produzidos, em constitutivos, modificativos, impeditivos ou extintivos.

Fato constitutivo é aquele que gera o direito pleiteado em juízo pelo autor. O titular

do direito descreve o fato, enquadra em uma ou mais hipóteses normativas e formula os pedidos decorrentes. Nessa hipótese, cabe ao autor provar esse fato constitutivo de seu direito. Como exemplo de fatos constitutivos do direito, poderíamos pensar em um contrato verbal, firmado entre o autor e o réu, sem o devido registro em sua CTPS, com o inadimplemento de todas as verbas decorrentes do que foi acordado. Nessa hipótese, o réu pode utilizar-se da defesa direta negando todos os fatos alegados pelo autor e nessa hipótese, não pesaria sobre ele qualquer ônus de fazer prova, exceto em relação à eventuais contraprovas.

Todavia, o réu pode ainda, utilizar a defesa indireta, trazendo fatos novos em sua defesa, que não negam os fatos trazidos aos autos pelo autor, mas modificam, extinguem ou impedem o direito que o autor alega possuir. Nesse caso, será do réu o ônus de comprovar suas alegações. O réu poderá utilizar três tipos de fatos novos na defesa indireta: fatos extintivos, fatos impeditivos ou fatos modificativos do direito afirmado pelo autor.

Fato extintivo é o que retira a eficácia do fato constitutivo do direito do autor, como ocorre quando existe a comprovação do pagamento da verba pleiteada ou a comprovação de que ela já foi fulminada pela prescrição quinquenal.

Fato impeditivo é um fato de natureza negativa, que obsta a produção de efeitos ou o próprio direito do fato constitutivo, alegado pelo autor. Como exemplo temos a comprovação de que o pagamento do aviso prévio e da multa de 40% do FGTS pleiteados não são devidos, porque houve um pedido de demissão efetuado pelo autor, devidamente documentado de forma escrita na data da rescisão contratual.

Fato modificativo é aquele que pressupõe

12 SILVA, Homero Batista Mateus da. Comentários à Reforma Trabalhista. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 151.

válido o direito, mas se comprovado alterará o direito. É o que ocorre quando o reclamado admite a prestação de serviços do autor, mas em uma modalidade contratual diversa da do vínculo de emprego, como por exemplo o trabalho autônomo.

Verificamos que a Reforma Trabalhista adotou expressamente a concepção estática do ônus da prova, todavia como essa regra não abarca algumas situações, diante dos diversos obstáculos em relação à produção da prova, acrescentou a distribuição dinâmica do ônus da prova, com a possibilidade da sua inversão (§1º do art. 818 da CLT).

3.2 DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL TRABALHISTA

A Jurisprudência dos Tribunais, em algumas situações, já mitigava as regras clássicas do ônus da prova, invertendo o ônus da prova a partir da aplicação do artigo 6º, VIII do CPC, diante da condição de hipossuficiência do empregado em relação ao empregador, ou com fundamento no artigo 852-D da CLT, que estabelece que “o juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerando o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica”, em busca da verdade real.

A teoria das cargas probatórias foi estudada e desenvolvida na Argentina, por Jorge Walter Peyrano e Julio O. Chieppini. Conforme mencionados juristas argentinos, era utilizada pela jurisprudência a regra da carga probatória

estática, que muitas vezes eram insuficientes e inadequadas, todavia, modernamente as decisões judiciais procuravam aplicar a justiça ao caso, nascendo as regras acerca da carga da prova:

Hasta tiempos no demasiado distantes, el tema no se prestaba a mayores sutilezas. Básicamente, las reglas de la carga probatoria seguían siendo estáticas y no eran otras que las arriba reseñadas, em cuanto a lo fundamental. Pero, ya más modernamente, la praxis – una vez más – alertó a la doctrina respecto de que dichas bases resultaban a veces insuficientes o bien inadecuadas. [...]

Por ello fue que, paulatinamente y al impulso de decisiones judiciales que procuraban la justicia del caso, comenzaron a nacer reglas acerca de la carga de la prueba que, inclusive, desbordaron el encuadre que realizó del tema el legislador contemporáneo¹³.

Sobre os juristas Jorge Walter Peyrano e Julio O. Chieppini, Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, destaca que:

“ o grande mérito do pioneiro estudo sobre o ônus dinâmico das provas, dos juristas argentinos Jorge W. Peyrano e Julio O. Chiappini, no ano de 1976, foi o de revelar essa orientação jurisprudencial e sintetizar o princípio que acaba sendo, rotineiramente, utilizado em tais precedentes: o ônus da prova deve recair sobre a parte que se encontre em melhores condições profissionais, técnicas ou

13 PEYRANO, Jorge Walter; CHIAPPINI, Julio O. Lineamentos de las cargas probatorias “dinámicas”. In: WHITE, Inés Lépori (Coord.). Cargas probatorias dinámicas. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 15-16

fáticas para produzir a prova do fato controvertido¹⁴.

A distribuição dinâmica do ônus da prova tem fundamento no princípio da aptidão da prova, autorizando a inversão do ônus estático. Pelo princípio da aptidão para a prova, o ônus da prova deve recair sobre aquele que puder produzi-la com maior facilidade, com o menor sacrifício, ou sem uma dificuldade excessiva, gerando uma igualdade substancial dos litigantes no processo.

A teoria do ônus dinâmico da prova é criticada por parte da doutrina e jurisprudência, sob o argumento de que majora os poderes do juiz na condução do processo, surpreende as partes no processo, causa insegurança jurídica e dificulta o contraditório. Em sentido diverso, Mauro Schiavi argumenta que:

“(...) a tendência do processo civil contemporâneo sinaliza na majoração dos poderes do juiz na instrução do processo. De outro lado, diante dos princípios da cooperação e boa-fé objetiva das partes, estas devem produzir as provas necessárias à descoberta da verdade. Além disso, os referidos princípios constitucionais da isonomia real, livre convicção do magistrado e acesso real à justiça impõem ao magistrado posturas destinadas a assegurar o equilíbrio do processo, bem como a produção da prova.

De outro lado, a moderna doutrina vem sustentando que o ônus da prova, além de ser regra de julgamento, é também uma regra de instrução processual, devendo o juiz, antes de realizar os

atos instrutórios, analisar as teses da inicial e da defesa, bem como os fatos e as circunstâncias do processo, e fixar o ônus da prova à parte que esteja em melhores condições de produzi-la.

Trata-se, inegavelmente, de uma tendência mundial do processo de majoração dos poderes do juiz na direção do processo, a fim de que os litigantes sejam tratados com isonomia real e a justiça seja implementada com maior efetividade. Não se trata de arbítrio do juiz, pois terá que justificar, com argumentos jurídicos, sob o crivo do contraditório, diante das circunstâncias do caso concreto, a aplicação da carga dinâmica da produção da prova¹⁵.”

A regra da distribuição dinâmica, prevista no § 2º do artigo 373 do CPC, agora também vem expressa no § 1º do artigo 818 da CLT, como já previsto pela IN 39 do TST. Ao utilizar essa regra, o julgador deverá, antes do momento da produção da prova, conferir oportunidade para a parte se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. Se proferida em audiência, a parte interessada poderá requerer o seu adiamento para possibilitar a produção da prova.

Essa inversão do ônus da prova, conforme expressa previsão legal, não pode “gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”. Trata-se da chamada prova diabólica. A *probatio diabólica* pode ser verificada em algumas situações de hipossuficiência, em situações em que se exige prova de fato negativo ou de obstáculos na instrução processual originados pela parte adversa.

14 PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. O ônus da prova. 2. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 222-223.

15 SCHIAVI, Mauro. A Reforma Trabalhista e o Processo do Trabalho: Aspectos Processuais da Lei n. 13.467/17. São Paulo: LTr, 1. ed., 2017, Pg. 103 e 104.

Na nova redação do artigo 818 da CLT, não verificamos alteração correspondente ao § 3º do CPC/2015, eis que continua inaplicável a distribuição diversa do ônus da prova por convenção das partes, diante da incompatibilidade dessa regra processual civil ao processo do trabalho.

Mauro Schiavi entende que a teoria da carga dinâmica do ônus da prova, não se confunde com a inversão do ônus da prova, embora com ela tenha contatos, pois a inversão pressupõe a presença de critérios previstos na lei, e que exista uma regra pré-fixada para o ônus da prova, já a carga dinâmica se assemelha no princípio da aptidão para a prova, não necessitando a presença de verossimilhança da alegação do autor¹⁶. No mesmo sentido é o entendimento de Eduardo Cambi:

(...) não há na distribuição dinâmica do ônus da prova uma inversão nos moldes previstos no art. 6º, inc. VIII do CDC, porque só se poderia falar em inversão caso o ônus fosse estabelecido prévia e abstratamente.

Não é o que acontece com a técnica de distribuição dinâmica, quando o magistrado, avaliando as peculiaridades do caso concreto, com base em máximas de experiência (art. 335 do CPC), irá determinar quais fatos devem ser provados pelo demandante e pelo demandado¹⁷.

Em sentido contrário, entendimento que compartilhamos, Homero Batista não diferencia a teoria da carga dinâmica do ônus da prova e a inversão do ônus da prova, fundamentando

que a inversão do ônus possui algumas regras podendo estar prevista em lei ou ser decidida pelo juiz:

A inversão possui algumas regras básicas, para não apanhar ninguém de surpresa nem tornar excessivamente difícil o encargo probatório:

- a) depende de previsão em lei ou da constatação de impossibilidade ou de excessiva dificuldade; serve como exemplos casos em que o trabalhador faleceu e os dependentes não conseguem acessar documentos; atas de eleição e de funcionamento da CIPA ou do SESMET, bem assim o cronograma de metas do PPRA, que eventualmente podem ser obtidos junto à entidade sindical, mas que são mais facilmente encontradas no departamento pessoal da empresa, porque têm guarda obrigatória; documentos relacionados com quadro de carreira e planos de cargos e salários, que, embora possam ter sido depositados na Superintendência Regional do Trabalho ou na entidade sindical, acham-se em poder da direção da empresa; comprovante de salário do paradigma, pois o empregador detém toda documentação funcional do colega, ao passo que o reclamante possui apenas informações verbais ou tem de contar com a boa vontade do colega de emprestar-lhe a carteira de trabalho para fotocópia;
- b) depende de decisão prévia do juiz (o § 1º menciona decisão fundamentada, mas toda decisão há de ser fundamentada);
- c) caso se trate de decisão tomada em audiência, uma ou inicial, provocará o adiamento da sessão, para o aparelhamento da parte;
- d) a excessiva dificuldade de uma parte deve preferencialmente representar

16 SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. São Paulo: LTr, 12. ed., 2017, p. 709.

17 CAMBRI, Eduardo. A prova civil: admissibilidade e relevância. São Paulo. RT, 2006, p. 341.

a “maior facilidade” da outra parte, o que parece se encaixar em todos os exemplos acima apresentados; no entanto, uma excessiva dificuldade não pode ser suprida por outra excessiva dificuldade (§ 3º), caso em que o juiz deverá ou se abster da inversão do ônus da prova ou julgar por outros meios cabíveis, inclusive por indícios e pelo uso da equidade (ambos assuntos esquecidos por muitos estudos de processo do trabalho)¹⁸.

Verificamos na jurisprudência temas recorrentes em matéria de inversão do ônus da prova, normalmente pelo fato de uma das partes deter a documentação comprobatória, ter maior facilidade na produção da prova ou, ainda, ter excessiva dificuldade na sua produção.

Entendemos que a inversão do ônus da prova, mesmo sendo uma exceção à regra adotada pelo sistema probatório, é necessária para que se possa atingir maior eficácia na busca da justiça das decisões judiciais, porque essa opção possibilita a busca da verdade real para a parte que dificilmente conseguiria comprovar suas alegações. A aplicação da teoria dinâmica, com a inversão do ônus da prova, possibilita o restabelecimento do equilíbrio processual entre as partes, diante da eliminação das diferenças de capacidade de produção da prova.

4 APLICAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA E DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

As regras processuais, relativas ao ônus da prova previstas no Código de Processo Civil, são habitualmente utilizadas no Direito Processual

18 SILVA, Homero Batista Mateus da. Comentários à Reforma Trabalhista. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 152.

Trabalhista, para que se entregue a tutela efetiva dos direitos materiais aos trabalhadores. Nos Tribunais Trabalhistas, verificamos alguns exemplos sobre a distribuição estática e dinâmica da carga probatória, por meio de algumas súmulas, o que só vem a comprovar sua aplicabilidade antes mesmo da nova redação do artigo 818 da CLT.

É o que verificamos em relação a equiparação salarial, típico exemplo de distribuição estática do ônus da prova, onde “é do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial”. (Súmula n.º 6, VIII, do TST). O empregado irá fazer prova do fato constitutivo de seu direito, ou seja, da mesma função desenvolvida, que o trabalho era contemporâneo com o paradigma, foi prestado ao mesmo empregador e na mesma localidade. A empresa por sua vez, irá fazer prova em relação a uma alegação de maior produtividade e perfeição técnica do paradigma, a existência de quadro de carreira ou da adoção, por meio de norma interna da empresa ou de negociação coletiva, plano de cargos e salários, e o tempo de serviço para o mesmo empregador, que antes da reforma trabalhista, não seja superior a dois anos na função em comparação com o paradigma, e, após a reforma trabalhista, não seja superior a quatro anos no serviço e a diferença de tempo na função não seja superior a dois anos do paradigma (art. 461, §§ 1º e 2º da CLT).

Outro exemplo, é o vale-transporte, onde temos a previsão de que “É do empregador o ônus de comprovar que o empregado não satisfaz os requisitos indispensáveis para a concessão do vale-transporte ou não pretenda fazer uso do benefício” (Súmula n.º 460 do TST).

Em relação duração do trabalho, em algumas ocasiões verificamos a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, diante da inegável dificuldade do trabalhador provar suas alegações. Nos termos da Súmula 338 do TST, III, a distribuição do ônus considera a aptidão da prova: “os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir”. A orientação da Súmula é no sentido de que o empregado não marca o controle de jornada todos os dias no mesmo horários, eis que seria impossível mencionado procedimento com tamanha precisão. São os chamados cartões de ponto britânicos, esclarecendo que o empregado deverá impugnar mencionada anotação e pontuar que são inválidos por não refletir a jornada efetivamente laborada. Caso contrário, mesmo tendo a reclamada juntado cartões britânicos e não tendo o empregado impugnado o seu conteúdo, serão considerados como válidos.

No mesmo sentido, a Súmula 212 do TST dispõe que: “O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.” O ônus foi invertido diante da presunção de que o empregado, parte hipossuficiente da relação tende a permanecer no emprego e com fundamento no princípio da continuidade da relação de emprego.

A Súmula 443 do TST, por sua vez, presume que a dispensa foi discriminatória em algumas situações e inverte o ônus da prova,

pacificando o entendimento de que “Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.”

A doutrina cita como exemplos de matérias de inversão do ônus da prova, temas de saúde e segurança do trabalho, danos morais, materiais e estéticos, diante da dificuldade do autor da ação produzir a prova, bem como do melhor aparelhamento da empresa para a sua produção. Sobre a inversão do ônus da prova, em tema de saúde e segurança, Francisco Meton Marques de Lima, comenta que:

Ignorando essa vontade da lei, muito juízes, nas reclamações de adicional de periculosidade ou insalubridade, determinam que o reclamante providencie a perícia; como ele não pode pagar perito, seu direito se perde. Ora, se as condições narradas caracterizam o trabalho insalubre ou perigoso, relacionadas nos normativos como tais, cabe ao empregador o ônus da prova em contrário. Aliás, nem se trata de inversão, mas de ônus de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Se o trabalhador alega que operava uma caldeira e requer adicional de insalubridade por excesso de calor e o empregador contesta afirmando que a caldeira não é quente, ou que algum equipamento neutraliza o calor, cabe a ele provar, porque, de ordinário, caldeira é quente. Mas não escanchar sobre o hipossuficiente esse ônus¹⁹.

19 LIMA, Francisco Meton Marques de. Reforma trabalhista: entenda ponto por ponto/ Francisco Meton Marques de Lima, Francisco Pércles Rodrigues Marques de Lima. São Paulo: LTr, 2017, p.131.

Importante consignar, que o artigo 611-A da CLT, incluído pela Lei n.º 13.467/2017 e alterado pela MP 808/2017, dispõe que o negociado irá prevalecer sobre o legislado, observados os incisos II e VI do caput do art. 8º da Constituição Federal, na “modalidade de registro de jornada de trabalho” (inciso X) e no “enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada e locais insalubres” (inciso XII). Todavia, não houve nenhuma alteração nos artigos 74 e 193 da CLT, quanto à exigência de manutenção de registros escritos do horário e em relação à realização de perícia. Dessa forma, havendo uma negociação coletiva entre as partes deverá o juiz na instrução processual observar os parâmetros legais da legislação trabalhista, sob pena de nulidade, na forma do artigo 9º da CLT.

Algumas hipóteses de inversão do ônus da prova admitidas no Processo do Trabalho são previstas concretamente em decisões sumuladas do TST e sempre que não estiverem previstas, mas forem determinadas pelo magistrado, haverá a necessidade de conferir oportunidade às partes, sendo designada nova data de audiência para possibilitar a produção de provas e a ampla defesa.

5 CONCLUSÃO

Verificamos que a nova redação dada ao artigo 818 da CLT pela Lei 13.467/2017, atualiza a regra da distribuição do ônus da prova e traz impactos positivos no Processo do Trabalho. Busca pacificar a controvérsia existente, adotando norma processual expressa em relação a distribuição estática e dinâmica do ônus da prova, a exemplo das normas previstas no CPC/2015.

Corretamente altera o texto legal trabalhista, preservando a coerência, harmonia e completude do ordenamento em relação ao código de processo civil, nos exatos termos do artigo do artigo 769 da CLT e artigo 15 do Código de Processo Civil. Isso porque já havia a expressa previsão do artigo 769 da CLT, que prevê a utilização subsidiária do Direito Processual Comum, abrangendo as regras de ônus da prova do Código de Processo Civil e do Código de Defesa do Consumidor. No mesmo sentido, o artigo 15 do Código de Processo Civil dispõe que na ausência de normas que reguem o processo trabalhista, suas disposições serão aplicadas supletiva e subsidiariamente, o que inclui as regras de ônus da prova.

A nova redação dada pela Lei 13.467/2017 ao artigo 818 da CLT, que traz ao Processo do Trabalho a possibilidade da inversão do ônus da prova, possibilita a igualdade substancial entre as partes no processo e constata que elas apresentam condições diferenciadas no momento da produção das provas. A ampliação dos poderes do juiz do trabalho no momento da distribuição do ônus da prova, confere ao trabalhador a possibilidade de acesso a provas que antes não seria possível de produzir. Como já mencionado, a aplicação da teoria dinâmica com a inversão do ônus da prova, possibilita o restabelecimento do equilíbrio processual entre as partes, diante da eliminação das diferenças de capacidade de produção da prova. Assim, são respeitados os princípios do devido processo legal, do acesso à justiça, do contraditório e da plena defesa, à luz dos art. 5º, LIV, XXXV, LV da CF/88, além dos princípios da efetividade e da duração razoável do processo.

As decisões encontradas até o presente momento, a respeito do tema, ainda não são

suficientes para afastar a incerteza quanto ao procedimento a ser seguido em relação a aplicação do ônus da prova no Processo do Trabalho. Até que haja uma nova definição sobre o tema, devemos ter cautela e acompanhar toda a evolução doutrinária e jurisprudencial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. *Direito Processual do Trabalho. Belo Horizonte*: Del Rey, 2006.

CAMBRI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo. RT. 2006.

CASSAR, Vólia Bomfim, Leonardo Dias Borges. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Método, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho, Gabriela Neves Delgado. *A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo, LTr, 2017.

DIDIER JR, Fredie, Eduardo Ferreira Jordão, coordenadores. *Teoria do Processo: Panorama Doutrinário Mundial*. Salvador, JusPodium, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Tomo III, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

GIGLIO, Wagner D. e Claudia Giglio Veltri Corrêa. *Direito processual do trabalho*. 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 4ª ed., São Paulo: LTr,

2006.

LIMA, Francisco Meton Marques de. *Reforma trabalhista: entenda ponto por ponto*/ Francisco Meton Marques de Lima, Francisco Péricles Rodrigues Marques de Lima. São Paulo: LTr, 2017.

LIMA, Leonardo Tibo Barbosa. *Lições de Direito Processual do Trabalho. Teoria e Prática*. Atualizado à luz do CPC de 2015 e da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/17). 4ª edição. São Paulo: LTr, 2017.

MARTINS, Juliane Caravieri. *Reforma trabalhista em debate: direito individual, coletivo e processual do trabalho*/ Juliane Caravieri Martins, Magno Luiz Barbosa, Zélia Maria Cardoso Montal, organizadores. São Paulo: LTr, 2017.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. A celeridade não se alcança sem mecanismos de solução extrajudicial. In: *Revista Consultor Jurídico*. 30.01.2015.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 22ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007.

NAHAS, Thereza. *CLT Comparada Urgente*/ Thereza Nahas, Leone Pereira, Raphael Miziara. São Paulo: RT, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson, Rosa Maria Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado*. 4ª ed. Revista e ampliada. São Paulo: RT, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson, Georges Abboud. *Direito*

Constitucional Brasileiro. Curso Completo. São Paulo: RT, 2017.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova.* 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

PEREIRA, Leone. *Manual de Processo do Trabalho.* São Paulo: Saraiva, 2011.

SARAIVA, Renato. *Curso de Direito Processo do Trabalho.* 3ª ed. São Paulo: Método, 2006.

PEYRANO, Jorge Walter; CHIAPPINI, Julio O. Lineamentos de las cargas probatórias “dinâmicas”. In: WHITE, Inés Lépori (Coord.). *Cargas probatórias dinâmicas.* Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

SCHIAVI, Mauro. *A Reforma Trabalhista e o Processo do Trabalho: Aspectos Processuais da Lei n. 13.467/17.* São Paulo: LTr, 1. ed., 2017.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho.* São Paulo: LTr, 12. ed., 2017.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à Reforma Trabalhista.* São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* São Paulo, Malheiros, 16 ed., 1999.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição.* São Paulo, Malheiros, 2 ed., 2006.

Publicado originalmente no Livro “Reforma trabalhista em perspectiva: desafios e possibilidade / Zélia Maria Cardoso Montal, Luciana Paula de Vaz Carvalho, (organizadoras). – 2. ed. – São Paulo: LTr, 2018”.