

O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO E O NOVO CPC: DESAFIOS E PERSPECTIVAS



*Iraú Oliveira de Souza Neto*¹

*Narbal Antônio de Mendonça Fileti*²

Resumo: O artigo procura apresentar de forma clara e concisa a definição e o regramento do ônus da prova no processo do trabalho, sobretudo com o advento do novo CPC. Busca, também, abordar, além das funções inerentes, as teorias que justificam as diversas formas de distribuição do ônus da prova, bem como eventual compatibilidade com as peculiaridades da sistemática processual do trabalho.

Palavras-chave: Ônus da prova. Distribuição estática do ônus da prova. Distribuição dinâmica do ônus da prova. Novo Código de Processo Civil. Processo do trabalho.

325

1 INTRODUÇÃO

A “arte do processo não é essencialmente outra coisa senão a arte de administrar as provas”, já afirmou Bentham (*apud* DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015).

A título histórico, a preocupação em estabelecer um critério preciso para administração do encargo da prova entre os litigantes

¹ Pós-graduado em Direito Processual Civil, Pós-graduando em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Professor de Direito do Trabalho da Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL), Advogado.

² Mestre em Ciência Jurídica. Especialista em Teoria e Análise Econômicas e em Dogmática Jurídica, Professor de Processo do Trabalho da Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL), Professor de Processo do Trabalho da Pós-Graduação Lato Sensu da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC), da Universidade do Vale do Itajaí/Associação dos Magistrados do Trabalho da 12ª Região (UNIVALI/AMATRA 12) e do Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC), Professor Convocado-Permanente da Escola Superior da Advocacia da OAB/SC, Membro do Conselho Editorial da Revista Trabalhista Direito e Processo da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA), Juiz do Trabalho Titular na 12ª Região.

remonta a épocas distantes. Segundo Teixeira Filho (2015, p. 495), na antiguidade, Aulus Gellius, inspirando-se em seu mestre, o filósofo Favorinus, afirmava que, se as provas produzidas não convencessem, dever-se-ia decidir a favor do litigante mais probo, e, na hipótese de ambos possuírem a mesma reputação, a decisão deveria propender em favor do réu. O subjetivismo e o caráter discriminatório de que era provido, contudo, revela a falibilidade desse critério.

Com o passar dos tempos, as regras foram, pouco a pouco, se aperfeiçoando, a fim de que se aproximassem, cada vez mais, da equidade que se espera do processo judicial.

Nesse passo, para que a parte autora consiga a tutela jurisdicional almejada, é indispensável que se demonstre a veracidade das alegações que fundamentam sua pretensão. De igual forma, para ter sucesso na sua resistência à pretensão, a depender do caso, também a parte ré deverá comprovar suas alegações deduzidas em juízo.

A comprovação das alegações se faz com uso adequado das provas postas à disposição da parte, tudo com o fim principal de convencer o juiz. No entanto, mais do que saber manejar a produção probatória, é saber quando, e em quais situações, há a necessidade da prova. É dizer: a quem incumbe provar esta ou aquela alegação?

É disso que se trata o ônus da prova: distribuição do encargo probatório.

Não dominar as regras do ônus da prova importaria, v. g., na hipótese de não demonstrar satisfatoriamente o fato constitutivo do direito pleiteado ou, ainda - o que não é incomum na praxe forense -, na tentativa de demonstrar em juízo algo que não lhe caberia (ônus imperfeito). Sobre essa última hipótese, não se deve ignorar a prova produzida nos autos, tendo em vista o princípio da aquisição processual da prova (ou comunhão da prova), disposto no art. 371 do CPC³, de aplicação subsidiária à processualística trabalhista.

Daí a relevância do conhecimento das regras de ônus da prova no processo do trabalho, sobretudo com a entrada em vigor do novo

³ “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”

CPC, que implementou novel tratamento ao assunto, até então silente no ordenamento juslaboral.

E é em razão desse novo regramento proposto, em cotejo com as regras já existentes na CLT e com o entendimento consolidado na jurisprudência trabalhista, que o presente trabalho se desenvolverá, sobretudo a fim de perquirir eventual mudança na sistemática até então vigente no âmbito do processo laboral.

2 ÔNUS DA PROVA

2.1 Definição

Ônus da prova é o encargo processual de comprovar, em juízo, a veracidade de determinada alegação. Segundo Martins, “a palavra ônus vem do latim *onus*, que tem significado de carga, fardo, peso” (2013, p. 323).

Segundo posição doutrinária atual, não se trata de um dever, mas de faculdade ou encargo processual da parte, cuja inobservância poderá ocasionar desvantagens e prejuízos no processo⁴.

Todavia, cabe aqui uma singela ponderação.

A despeito de não significar um dever legal, os arts. 77, I, e 378, ambos do CPC, impõem uma releitura acerca da conduta a ser tomada pelas partes quando da produção probatória, tendo em vista o dever de colaboração para a busca da verdade. Em que pese haver previsão parecida no CPC de 1973, o novo ordenamento processual eleva esse comportamento cooperativo a *status* de norma fundamental (art. 6º do CPC⁵).

Daí por que a noção de faculdade (ônus), em que pese

⁴ Segundo Carnelutti (apud TEIXEIRA FILHO, 2015, p. 497), “a diferença entre ônus e obrigação se funda na sanção diversa a quem não cumpre determinado ato; existe obrigação quando a inatividade dá lugar a uma sanção jurídica (execução ou pena); se, ao contrário, a abstenção, em relação ao ato determinado, faz perder somente os efeitos últimos desse mesmo ato, nos encontramos frente à figura do ônus”.

⁵ “Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

concebida majoritariamente, pode ser percebida com ressalvas, a fim de incorporar à cultura processualística a ideia de que o processo não é palco de estratégias, mas instrumento apto à busca da decisão justa e equânime, o que confere às partes, independentemente do ônus que assumem, agir com lealdade e honestidade processual.

Não por outro motivo, ao tratar da exibição de coisa, o CPC inovou ao possibilitar que o juiz adote medidas coercitivas para compelir a parte (e não apenas o terceiro, como previsto no CPC/73) a exibi-la (art. 400, parágrafo único, do CPC). Trata-se, a nosso ver, de opção legislativa interessante, na medida em que impõe a obrigação de acostar todas as provas necessárias à busca da verdade, sobretudo quando a cominação de presunção de veracidade não for suficiente.

Não obstante as pontuações anteriores, conclui-se que as regras de ônus da prova determinam a quem subsiste a obrigação de comprovar determinada alegação, sob pena de ter prejudicada sua pretensão ou resistência, a depender da posição que assume no processo.

328

2.2 Funções Subjetiva e Objetiva

As regras de ônus da prova assumem duas funções basilares, a saber: uma de ordem subjetiva e outra de ordem objetiva.

A primeira finalidade do ônus da prova serve à orientação da própria parte acerca das suas condutas no processo. Decorre do princípio do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV, CF), uma vez que a distribuição do encargo deve ser conhecida previamente, a fim de que cada parte possa se organizar e adotar a estratégia processual que se apresente mais adequada.

A essa função se dá o nome de “subjetiva”, segundo a qual se permite “dar conhecimento a cada parte de sua parcela de responsabilidade na formação do material probatório destinado à construção do juízo de fato” (MOREIRA, 1998 *apud* DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 107).

Ganha relevo a função subjetiva na medida em que se concebe a importância da prova para a parte. A esse respeito registra-se o Enunciado nº 50 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, segundo o qual

“[O]s destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz”.

Sob outro ângulo, o ônus da prova também assume a função de regra de julgamento, neste particular dirigida ao juiz do processo. Isso porque, considerando-se que, cedo ou tarde, o processo findará, o juiz, ainda que precária a produção de prova, deverá utilizar o regramento da distribuição do ônus da prova para julgamento. É a função “objetiva” do ônus da prova.

Trata-se de distribuição de riscos, porquanto o regramento do ônus da prova indica qual das partes terá de suportá-los, arcando com as consequências desfavoráveis de não se ter desvencilhado do seu encargo probatório.

A título de exemplo de aplicação da função objetiva, imagine-se a ausência de ambas as partes à audiência de prosseguimento, na qual deveriam depor sob as cominações previstas na Súmula nº 74 do TST. Nessa hipótese, não se autoriza a aplicação da confissão ficta apenas a uma delas, mas a ambas. Hão de ser examinadas as alegações deduzidas, com a delimitação do objeto da prova, e, mais importante, procedida à distribuição de seu ônus, para, então, aplicando-se a regra de julgamento em desfavor daquele a quem incumbiria demonstrar sua alegação, sobrevir o julgamento das pretensões.

A propósito:

Em síntese, as regras processuais que disciplinam a distribuição do ônus da prova tanto são regras dirigidas às partes, na medida em que as orientam sobre o que precisam provar (ônus objetivo), como também são regras de julgamento dirigidas ao órgão jurisdicional, tendo em vista que o orientam sobre como decidir em caso de insuficiência das provas produzidas (ônus objetivo – o último refúgio para evitar o *non liquet*. (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 108)

Portanto, analisadas as principais funções do ônus da prova, passa-se à análise das teorias que circundam a distribuição do ônus da prova no sistema processual.

2.3 Distribuição Estática *versus* Distribuição Dinâmica

Tradicionalmente, incumbe ao legislador definir a quem cabe o ônus de provar. Trata-se da formalização de uma regra genérica e abstrata, distribuindo-se os encargos a depender das proposições levadas a juízo. A este tipo de distribuição deu-se o título de “distribuição estática”, sobretudo porque as regras se encontram estagnadas da forma como o legislador pretendeu, desconsiderando-se eventuais desníveis ou diferenças do caso concreto.

Com efeito, aproxima-se a teoria estática da concepção individual e liberal de processo, porquanto prima pela igualdade formal entre as partes. Há quem suponha que a adoção da teoria estática primária pela segurança jurídica, uma vez que, independentemente do fenômeno circunstancial do caso, já saberiam as partes o seu encargo e sua responsabilidade processual.

Com a posição anterior não concordamos.

O engessamento da distribuição do encargo probatório evidencia uma falsa segurança jurídica, porquanto despreza a realidade existente nas relações sociais e, por conseguinte, nas relações processuais. Na praxe, não é raro perceber potenciais iniquidades geradas em razão da excessiva dificuldade de uma parte na demonstração de sua afirmação, apesar de a legislação, em sua abstração, ter-lhe delegado esse encargo – por vezes intransponível.

A título de ilustração, imagine-se a dispensa do empregado sob acusação de embriaguez em serviço. Ele propõe ação trabalhista pleiteando a reversão, sob o argumento de nada ter ingerido antes do início da jornada. Seguindo a diretriz legal e genérica do ônus da prova, caberia a ele comprovar sua alegação, o que não se mostra justo, dada à difícil produção probatória. Portanto, melhor seria imputar à empresa a prova de que o empregado cometeu a falta que justificou a resolução contratual.

Assim, com o escopo de solucionar a dificuldade destacada, e como contraponto à anêmica teoria estática, ganha espaço a “teoria das cargas dinâmicas da prova”, também denominada “distribuição dinâmica do ônus da prova”, segundo a qual a regra legal do ônus da prova deve ser

relativizada, a depender das circunstâncias de cada caso.

Sobre o assunto, Greco (2011, p. 109):

O juiz deve sair da inércia para suprir as deficiências de iniciativa probatória das partes, aplicando fundamentadamente a regra da chamada carga dinâmica das provas, ou buscando, ele próprio, as provas, de modo que se certifique de que foram esgotados todos os meios legítimos e acessíveis de busca da verdade.

A maleabilidade concedida ao juiz no manejo do ônus da prova fortifica e concretiza materialmente o princípio da paridade de armas, escoltado no princípio da isonomia (art. 7º do CPC⁶). Nas palavras de Carnelutti (2004, p. 132), a redistribuição do ônus da prova, quando as circunstâncias assim a exigirem, constitui em instrumento para alcançar a finalidade real do processo, que não é a simples composição do litígio, mas a justa composição do litígio.

Apesar de reconhecer que a distribuição dinâmica do ônus da prova não seja regra, mas exceção, não se ignora que algumas relações sociais, por sua natureza, demonstram inexorável disparidade entre os sujeitos que delas, de alguma forma, participem. Essas relações sociais, quando judicializadas, transportam essa assimetria para o âmbito processual, razão pela qual a adoção da teoria dinâmica, em determinadas searas, ainda que não seja regra, deve ser mais exigida, se cotejada com outras áreas.

No âmbito trabalhista, sobretudo na relação de emprego, presumida a hipossuficiência jurídica do empregado, se prevê maior aplicabilidade da redistribuição do ônus da prova, uma vez que se pressupõe que o empregador está em melhores condições de subsidiar o juiz das provas necessárias ao seu convencimento, chegando-se à decisão mais próxima da realidade possível.

2.4 Distribuição Dinâmica sob a Perspectiva Constitucional

Fala-se hoje, com certa tranquilidade na doutrina e na jurisprudência, em eficácia horizontal dos direitos fundamentais em

⁶ “Art. 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.”

contraponto à eficácia vertical dos direitos fundamentais.

Isso porque, de tempos para cá, percebeu-se insuficiente a ideia de que os direitos fundamentais apenas serviriam de barreira a arbitrariedades do Estado (eficácia vertical dos direitos fundamentais), sobretudo em razão da crescente desigualdade entre os particulares, tão nociva quanto. Tornou-se necessário, notadamente em sociedades com índices elevados de diferenças socioeconômicas, que o Estado agisse de modo a garantir que a heterogeneidade entre os sujeitos não fosse motivo para cometimento de excessos (eficácia horizontal dos direitos fundamentais).

Nas palavras de Sarmiento (2010, p. 124), a eficácia horizontal (por ele denominada eficácia irradiante) busca a “humanização” da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas, no ato da aplicação, sejam analisadas pelo profissional do direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no Texto Constitucional.

E esta eficácia horizontal pode ser sentida no âmbito processual?

Pensamos que sim. Citamos, a fim de reforçar nossa posição, o disposto nos arts. 1º, III⁷, 3º, I e III, e IV⁸, 5º, *caput*, LIV e LV⁹, todos da CF. Os mencionados dispositivos se inclinam, em maior ou menor medida, na construção dos princípios da dignidade da pessoa humana, da justiça social e da isonomia substancial, inclusive nas relações privadas.

Na medida em que o processo serve para concretizar o

⁷ “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana [...]”

⁸ “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

⁹ “Art. 5º. 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: [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes [...]”

direito material, nada mais equânime do que transportar os princípios constitucionais referidos acima para a relação processual, a fim de nortear a aplicação e interpretação das regras e institutos procedimentais.

Com efeito, não seria justo imaginar que partes substancialmente desiguais possam litigar em iguais condições. Como já referido anteriormente, os efeitos práticos da desigualdade social são transportados ao processo, com todas as suas vicissitudes.

Vale lembrar a menção de Giovanni Tesorieri (*apud* TEIXEIRA FILHO, 2015, p. 500-501): “quando o dador de trabalho e o trabalhador assumem no processo as vestes formais de partes, não cessam por isso de ser o que sempre terão sido; a história das suas relações não se transforma numa outra história: é a mesma que continua”.

Nesse passo, o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, CF), hoje compreendido por sua natureza substancial¹⁰, deve ser invocado em face da parte *ex adversa*. A teoria dinâmica do ônus da prova serve, neste particular, como instrumento posto à disposição do juiz para que, no caso concreto, possa evitar que uma parte se sobreponha a outra (em respeito ao princípio da paridade de armas). E, ao redistribuir o encargo probatório à parte mais apta, o juiz pulveriza a disparidade de forças, equilibrando os litigantes, razão pela qual se pode afirmar que o manejo da redistribuição do ônus *probandi* se revela instrumento hábil à eficácia horizontal dos direitos fundamentais no âmbito privado.

Em resumo: a relação processual deve ser interpretada à luz dos princípios constitucionais e em cotejo com a relação extraprocessual subjacente, sob pena de tão somente se importar as mesmas dificuldades da parte vulnerável. Interpretar as regras de ônus da prova sob o viés constitucional implica dissociar a odiosa desigualdade material (econômica, social ou cultural) do processo judicial, ambiente no qual as partes devem possuir oportunidades semelhantes, para o fim de se

¹⁰ Do primitivo conceito de igualdade, formal e negativa (a lei não deve estabelecer qualquer diferença entre os indivíduos), clamou-se pela passagem à igualdade substancial e hoje, na conceituação positiva da isonomia (iguais oportunidades para todos, a serem propiciadas pelo Estado), realça-se o conceito realista, que pugna pela igualdade proporcional, que significa, em síntese, tratamento igual aos substancialmente iguais. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006, p. 59-60).

buscar, sempre que possível, resultado equânime.

E é com base nas premissas antes mencionadas, sobretudo nos princípios constitucionais referidos, que se buscará, nessa articulação, examinar as inovações trazidas pelo CPC no tocante às regras de distribuição do ônus da prova, bem como sua aplicabilidade ao processo do trabalho, considerando as nuances e particularidades que contornam este ramo jurídico.

3 O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

3.1 Disposição na CLT e seu tratamento pelo Judiciário

A CLT adota a distribuição legal (ou estática) do ônus da prova, uma vez que o próprio legislador determinou abstratamente a quem incumbe o encargo probatório, conforme previsto no art. 818 da CLT, segundo o qual “[A] prova das alegações incumbe à parte que as fizer”.

334

Contudo, como já ressaltado, a distribuição do ônus da prova previamente definida pelo legislador nem sempre assegura a justiça do processo, sobretudo no âmbito do processo do trabalho, tendo em vista a presença, na sua maioria, de partes com nítida assimetria de poderes social e econômico: empregado e empregador. Dada à vulnerabilidade de um dos sujeitos, nem sempre é possível de ele exigir que se consiga demonstrar determinada alegação de fato, sobretudo quando se verifica, na prática, que a outra parte seria a mais apta a esclarecê-la.

Percebe-se, assim, que a distribuição do ônus da prova prevista no texto celetista não atende à demanda laboral com perfeição, devendo, por lógica, ser complementado pelo julgador no caso concreto, motivo pelo qual sempre se discutiu a aplicação da “teoria dinâmica do ônus da prova”, ou “distribuição dinâmica do ônus da prova” na seara laboral.

A falta de previsão legal na legislação trabalhista, todavia, não impediu o avanço hermenêutico nesse particular, o que se denota

das Súmulas n^{os} 212¹¹ e 338¹², ambas do TST. A posição adotada pela jurisprudência trabalhista, refletida nas súmulas referidas, visa amenizar a vulnerabilidade de uma parte, equiparando-a à parte mais forte. Trata-se da efetivação do princípio da paridade de armas, decorrente do princípio da isonomia substancial.

Cabe registrar: a redistribuição do ônus da prova promovida pelo juiz, em observância à teoria dinâmica, ainda que sem previsão legal na CLT e no CPC/73, não afronta o ordenamento jurídico pátrio. Isso porque o Juiz do Trabalho, na qualidade de diretor do processo e principal destinatário das provas, pode - ou deve - determinar as provas a serem produzidas, bem assim a forma como se dará esta produção (distribuição do ônus), tendo em vista sua maior liberdade de atuação no processo do trabalho (arts. 765¹³ e 852-D¹⁴ da CLT), o que não permite dispensar, todavia, a devida fundamentação (art. 93, IX, da CF).

Outro ponto importante a ser destacado, a justificar a adesão

¹¹ “DESPEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 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.”

¹² “JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais n^{os} 234 e 306 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005 I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula n^o 338 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003) II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex-OJ n^o 234 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001) III - 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. (ex-OJ n^o 306 da SBDI-1- DJ 11.08.2003)” (sic)

¹³ “Art. 765. Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.”

¹⁴ “Art. 852-D. O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado 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.”

da jurisprudência à aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova, é a previsão do art. 8º da CLT¹⁵, segundo o qual, na falta de disposição legal, a Justiça do Trabalho decidirá por outras normas gerais de direito (direito comum, *v. g.*), naquilo que não houver incompatibilidade com os princípios que norteiam o direito processual do trabalho¹⁶. Desse contexto sempre se concebeu tranquilamente a aplicabilidade do art. 6º, VIII, do CDC¹⁷, cujo conteúdo permite a denominada “inversão do ônus da prova” promovida pelo juiz quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente (vulnerável), segundo as regras ordinárias de experiência.

Portanto, como a regra celetista era silente, somado à previsão legal no CDC de que a hipossuficiência justificaria uma redistribuição do ônus da prova (“inversão do ônus da prova”, segundo o texto consumerista), a jurisprudência trabalhista encampou o princípio da “aptidão para a prova” a fim de redistribuir o encargo probatório à parte que se encontre em melhores condições de demonstrar a veracidade da alegação incontroversa.

Sobre a tendência de harmonizar as regras consumeristas ao processo do trabalho, colhe-se julgado do TRT da 5ª Região, cujo teor demonstra que já há muito os tribunais trabalhistas adotam a teoria dinâmica como corretor de desigualdades:

É plenamente aplicável no processo do trabalho o princípio da aptidão para a prova ou também chamado de tese da distribuição

¹⁵ “Art. 8º. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.” (sic)

¹⁶ Por apreço à tecnicidade, assinalamos que o art. 8º da CLT visa, quando da constatação de lacuna, à integração do direito substantivo (*v. g.*, uso do CC ou do CDC ao direito material do trabalho), ao passo que o art. 769 da CLT objetiva o preenchimento normativo no âmbito das normas processuais do trabalho (*v. g.*, utilização do CPC ao processo do trabalho). Sendo assim, observaremos, no decorrer desta articulação, a diferenciação apontada.

¹⁷ “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 [...]”

dinâmica do ônus da prova, segundo a qual o fato constitutivo deve ser demonstrado por quem detém mais condições de fazê-lo. Com fulcro nesta teoria, o Código de Defesa do Consumidor inovou no sistema jurídico, ao possibilitar a inversão do ônus da prova em favor do hipossuficiente, nos termos do artigo 6º, VIII, do CDC (Lei 8.078/90). Ora, se nas demandas em que se discute violação a normas de Direito do Consumidor é possível tal ato jurisdicional, salutar sua aplicação no Processo do Trabalho, que, em regra, possui também duas partes em situação de desequilíbrio. (BAHIA, 2011)

Assim, considerando que o trabalhador, no mais das vezes, é nitidamente vulnerável na relação trabalhista subjacente ao processo judicial, é presumível que tenha dificuldade na prova de certas alegações, sobretudo quando a prova depender de documentos ou registros que estejam à disposição do empregador.

É o caso, a título exemplificativo, da alegação de horas extraordinárias. Ao deduzir trabalho em sobrejornada e pedir o pagamento das horas extraordinárias, segundo a regra prevista no art. 818 da CLT, o autor atrai para si o ônus da prova de suas afirmativas. Entretanto, a CLT, no seu art. 74, § 2º, estabelece às empresas com mais de dez empregados a obrigação de registrar as horas de entrada e saída, por meio dos denominados cartões-ponto. Tem-se, portanto, uma evidente facilidade da empresa reclamada em demonstrar os fatos controversos em juízo, motivo pelo qual cabe a “inversão” do ônus, conforme dispõe o TST na sua Súmula nº 338, já referida.

Ainda com vistas a redistribuir esse encargo da maneira mais equânime possível, recentemente o TST editou as Súmulas nºs 460¹⁸ e 461¹⁹. A primeira estabelece 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”,

¹⁸ “VALE-TRANSPORTE. ÔNUS DA PROVA - Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03.06.2016 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.”

¹⁹ “FGTS. DIFERENÇAS. RECOLHIMENTO. ÔNUS DA PROVA - Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03.06.2016 É do empregador o ônus da prova em relação à regularidade dos depósitos do FGTS, pois o pagamento é fato extintivo do direito do autor (art. 373, II, do CPC de 2015).”

enquanto a segunda determina ser “do empregador o ônus da prova em relação à regularidade dos depósitos do FGTS”.

Com relação à Súmula nº 460 (vale-transporte), impende ressaltar o teor da antiga OJ nº 215 da SBDI-1, hoje cancelada, pela qual se atribuía ao empregado o ônus de comprovar os requisitos para a concessão do vale-transporte. Em análise a um dos precedentes que justificaram a edição da Súmula nº 460 (ERR nº 250000-70.2006.5.09.0022), percebe-se que a modificação do entendimento configura evidente avanço na concepção hermenêutica das teorias da carga probatória, porquanto atribui o ônus da prova à parte que, efetivamente, se encontra mais apta para produzi-la: o empregador. Pela redação didática, reputamos de boa valia o destaque da ementa:

[...] Muito embora o artigo 7º, incisos I e II, do Decreto nº 95.247/87 estabeleça como condição de exercício do vale-transporte que o empregado informe por escrito a seu empregador seu endereço residencial e a linha de transporte utilizada em seu trajeto de ida e volta do trabalho (exigência, aliás, não prevista na própria Lei nº 7.418/87, ao instituir esse benefício), isso não autoriza o empregador a alegar em Juízo que seus empregados não se interessaram pelo recebimento daquela vantagem, sem nada precisar provar. Não há dúvida de que o empregador é a parte que tem melhores condições de produzir prova documental, em qualquer relação de emprego. Por outro lado, não se pode atribuir à parte hipossuficiente o onus probandi do cumprimento de requisito meramente formal para a fruição de direito cogente, de incidência genérica e imperativa a toda relação empregatícia, sendo razoável presumir que seu exercício é, em princípio, do interesse de todo e qualquer trabalhador. Desse modo, cabe ao empregador comprovar que o reclamante não tinha interesse no recebimento do vale-transporte ou que este não preenchia os requisitos legais para a sua percepção. Nesse sentido, o Tribunal Superior do Trabalho, na sessão do Tribunal Pleno realizada em 24/5/2011, cancelou a citada orientação jurisprudencial, por passar a entender que o ônus da prova de que o reclamante não preencheu os requisitos para a obtenção do vale-transporte é do empregador. Recurso de embargos conhecido e desprovido. (BRASIL, 2015)

No tocante à Súmula nº 461 (depósitos de FGTS), a despeito de que, em uma primeira e desatenta análise, possa parecer que caberia ao empregado o ônus da prova, porquanto alega o não recolhimento da

parcela vindicada (aplicação do art. 818 da CLT c/c art. 373, I, do CPC), um diagnóstico acurado demonstra que não. A um, porque a empresa, ao alegar o adequado recolhimento do FGTS, atrai para si a hipótese prevista no art. 373, II, do CPC (pagamento: fato extintivo do direito do autor); a dois, porque incide aqui também o princípio da melhor aptidão para a prova (precedente ERR nº 136300-53.2007.5.04.0012).

Observa-se, uma vez mais, o agir do Judiciário Trabalhista no sentido de procurar resolver de forma equânime as diferenças materiais das partes, não permitindo que essa disparidade de armas, verificáveis no plano extraprocessual, seja utilizada de modo a inquinar o processo por transferir à parte mais fraca um odioso prejuízo de ordem *probandi*.

Ademais, tratando-se da teoria dinâmica do ônus da prova na seara trabalhista, não podemos deixar de retratar os Enunciados nºs 2⁰, 41²¹ e 60, todos da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, promovida em 2007 pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho - ANAMATRA, Tribunal Superior do Trabalho e Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados do Trabalho (Enamat).

Na ocasião, firmou-se a tese de que, “quando há alegação de que ato ou prática empresarial disfarça uma conduta lesiva a direitos fundamentais ou a princípios constitucionais, incumbe ao empregador o ônus de provar que agiu sob motivação lícita” (Enunciado nº 2, item

²⁰ “DIREITOS FUNDAMENTAIS – FORÇA NORMATIVA. I – ART. 7º, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. EFICÁCIA PLENA. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO. DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEVER DE PROTEÇÃO. A omissão legislativa impõe a atuação do Poder Judiciário na efetivação da norma constitucional, garantindo aos trabalhadores a efetiva proteção contra a dispensa arbitrária. II – DISPENSA ABUSIVA DO EMPREGADO. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. NULIDADE. Ainda que o empregado não seja estável, deve ser declarada abusiva e, portanto, nula a sua dispensa quando implique a violação de algum direito fundamental, devendo ser assegurada prioritariamente a reintegração do trabalhador. III – LESÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS. ÔNUS DA PROVA. Quando há alegação de que ato ou prática empresarial disfarça uma conduta lesiva a direitos fundamentais ou a princípios constitucionais, incumbe ao empregador o ônus de provar que agiu sob motivação lícita.”

²¹ “RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. ÔNUS DA PROVA. Cabe a inversão do ônus da prova em favor da vítima nas ações indenizatórias por acidente do trabalho.”

III²²). Intenciona-se, com isso, tutelar garantias capitais do ser humano, o que pode ser observado na prática, infelizmente não tão incomum, de dispensas discriminatórias motivadas por origem, cor, idade, sexo, etc., hoje respaldada também pela Súmula nº 443 do TST²³.

Segundo o Enunciado nº 41 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, “cabe a inversão do ônus da prova em favor da vítima nas ações indenizatórias por acidente do trabalho”. Com efeito, o enunciado deve ser aplicado com parcimônia pelo juiz, porquanto devem ser conjugados os demais fatores e as deduções postas em juízo. Isso, contudo, não despreza, tampouco desqualifica, o sentido do enunciado, pelo qual visa a tutelar, de forma justificável, o trabalhador que, além de hipossuficiente, se encontra vitimado pelo acidente laboral.

Por fim, transcreve-se o Enunciado nº 60 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho:

60. INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO E AFINS. AÇÃO DIRETA NA JUSTIÇA DO TRABALHO. REPARTIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA.

I – A interdição de estabelecimento, setor de serviço, máquina ou equipamento, assim como o embargo de obra (artigo 161 da CLT), podem ser requeridos na Justiça do Trabalho (artigo 114, I e VII, da CRFB), em sede principal ou cautelar, pelo Ministério Público do Trabalho, pelo sindicato profissional (artigo 8º, III, da CRFB) ou por qualquer legitimado específico para a tutela judicial coletiva em matéria labor-ambiental (artigos 1º, I, 5º, e 21 da Lei 7.347/85), independentemente da instância administrativa.

II – Em tais hipóteses, a medida poderá ser deferida [a] “inaudita altera parte”, em havendo laudo técnico preliminar ou prova prévia igualmente convincente; [b] após audiência de justificação prévia (artigo 12, “caput”, da Lei 7.347/85), caso não haja laudo

²² “[...] LESÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS. ÔNUS DA PROVA. Quando há alegação de que ato ou prática empresarial disfarça uma conduta lesiva a direitos fundamentais ou a princípios constitucionais, incumbe ao empregador o ônus de provar que agiu sob motivação lícita.”

²³ “DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 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.”

técnico preliminar, mas seja verossímil a alegação, invertendo-se o ônus da prova, à luz da teoria da repartição dinâmica, para incumbir à empresa a demonstração das boas condições de segurança e do controle de riscos.

Desse modo, a despeito da regra celetista (distribuição legal, conforme art. 818 da CLT), a jurisprudência trabalhista, a fim de efetivar os princípios protetivos do direito do trabalho e concretizar o acesso à justiça (*rectius*: acesso ao Judiciário) de forma justa e isonômica, há muito mitiga a distribuição estática em determinadas situações, atribuindo ao juiz o poder de delegar à parte com melhor capacidade o encargo probatório, sob os riscos processuais que lhe são inerentes.

3.2 Aplicação do Novo CPC ao Processo do Trabalho

Antes de adentrar ao tema ônus da prova no processo civil, cumpre perquirir se o regramento processual civil pode ser aplicado ao processo do trabalho, sobretudo porque esse ramo do direito possui regras e princípios próprios.

De início, a questão é respondida pela leitura do art. 769²⁴ da CLT. Segundo esses dispositivos, o direito processual comum será fonte subsidiária do processo do trabalho quando houver omissão e, ainda, desde que haja compatibilidade com o regramento justrabalhista²⁵. Importante registrar que a omissão referida não se trata apenas da lacuna normativa (ausência de norma), mas também de lacunas ontológicas e axiológicas²⁶. Segundo Schiavi (2013, p. 159-160), há lacuna ontológica

²⁴ “Art. 769. Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.”

²⁵ Deixaremos, propositalmente, de tratar do art. 15 do novo CPC, com base na lição de Manoel Antonio Teixeira Filho: esse dispositivo não tem efeito derogante do art. 769 da CLT, já que constitui norma específica (TEIXEIRA FILHO, 2015, p. 46).

²⁶ Cumpre registrar que a 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho assentou esta possibilidade no seu Enunciado n. 66, conforme ementa: “APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DE NORMAS DO PROCESSO COMUM AO PROCESSO TRABALHISTA. OMISSÕES ONTOLÓGICA E AXIOLÓGICA. ADMISSIBILIDADE. Diante do atual estágio de desenvolvimento do processo comum e da necessidade de se conferir aplicabilidade à garantia constitucional da duração razoável do processo, os artigos 769 e 889 da CLT comportam interpretação conforme a Constituição Federal, permitindo a aplicação de normas processuais mais adequadas à efetivação do direito. Aplicação dos princípios da instrumentalidade, efetividade e não retrocesso social”.

“quando a norma não mais está compatível com os fatos sociais, ou seja, está desatualizada”; ao passo que há lacuna axiológica “quando as normas processuais levam a uma solução injusta ou insatisfatória”.

Ademais, no cotejo CPC e do processo do trabalho, parece-nos equivocado ignorar o conjunto normativo do direito do trabalho (direito substantivo), apesar de ramos jurídicos distintos. Com efeito, não é outra a função do processo do trabalho senão o de instrumentalizar a efetivação do direito laboral. E tendo o direito do trabalho princípios e peculiaridades próprias, não podem as regras processuais desconsiderá-los, sob pena de prejudicar a entrega jurisdicional. Não por outro motivo o processo do trabalho foi arquitetado sob princípios que se harmonizam cirurgicamente às particularidades do direito material, *v. g.*, simplicidade, informalidade, *jus postulandi*, etc.

Assim sendo, eventual exercício hermenêutico acerca da aplicabilidade, ou não, das normas do processo civil ao processo do trabalho deve inevitavelmente pressupor que a tutela do direito material do trabalho não pode ser prejudicada pela dificuldade ou pela impossibilidade processual de produção probatória, sob pena de valorizar mais o meio (procedimento) que o fim (proteção dos direitos) (CAMBI, 2006 *apud* ALMEIDA, 2015, p. 452).

Feito o introito, passa-se à análise do ônus da prova conforme o CPC.

O CPC trata da distribuição (legal/estática) do ônus da prova de forma inegavelmente mais detalhista e técnica se cotejada à CLT, motivo pelo qual seu regramento é (ou era) aplicado ao processo do trabalho sem maiores controvérsias, notadamente em face da compatibilidade existente.

Segundo o art. 333 do CPC de 1973, o ônus da prova incumbe “ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito” e ao “ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”. O novo CPC, ao estabelecer a distribuição legal do ônus probatório, não inovou neste particular e manteve a mesma redação.

Portanto, segundo o ordenamento processual civil, incumbe ao autor provar os fatos constitutivos do seu direito, vale dizer, o fato

gerador do direito afirmado em juízo. De outro lado, ao réu incumbe comprovar a existência dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos. Fato impeditivo é aquele que obsta os efeitos do fato constitutivo do autor. Fato modificativo é aquele que, reconhecendo o direito do autor, busca alterá-lo. Por fim, fato extintivo aquele que “retira a eficácia do fato constitutivo, fulminando o direito do autor e a pretensão de vê-lo satisfeito” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 111-112).

Portanto, a regra prevista no CPC, a bem da verdade, aperfeiçoa o regramento celetista, uma vez que detalha e traça o delineamento do disposto no art. 818 da CLT. Mais do que compatíveis, a regra prevista no CPC soma à regra celetista, fazendo com que seja melhor aplicada e interpretada, em conformidade com o art. 769 da CLT.

Cabe, ainda, acrescentar:

Em resumo, o art. 769 da CLT é muito mais amplo do que o art. 15 do novo CPC. Ademais, o CPC somente será fonte supletiva o subsidiária do direito processual do trabalho naquilo que for compatível com as suas normas, por força do art. 769 da CLT.

Não pode ser esquecido que o processo do trabalho tem como diretriz fundamental a facilitação do acesso à justiça e à defesa em juízo dos direitos decorrentes da relação de emprego, o que favorece a incidência do art. 373 e seus parágrafos 1º e 2º do novo CPC ao Processo do Trabalho (ALMEIDA, 2015, p. 457).

Contudo, é de se observar que, ao contrário do novo CPC, o CPC de 1973 nada dispunha sobre a distribuição dinâmica do ônus da prova, tal como fez o CDC. Todavia, conforme já se observou, nem por isso a jurisprudência trabalhista deixou de aplicar, com tranquilidade, a possibilidade de o juiz, no caso concreto, redistribuir o ônus

3.3 Inovações Previstas no Novo CPC

Inovando as regras de processo civil, o novo CPC adotou, de vez, a teoria dinâmica do ônus da prova, em que pese a adoção prática há muito já se verificar no âmbito das relações processuais de trabalho e de consumo, sempre que verificada a vulnerabilidade de alguma das partes.

As novas regras estão dispostas, agora, nos §§ 1º a 4º do art. 373 do CPC. É necessário registrar, contudo, que, apesar da demora do legislador processual civil, que só em 2015 regrou a distribuição

dinâmica, a inovação avançou mais do que o esperado.

O § 1º do art. 373 trata da clássica distribuição dinâmica, já adotada no processo do trabalho e nas relações de consumo, uma vez que “diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso”.

Caso o juiz verifique obstáculos na aquisição da prova ou, ainda, quando verifique que a parte, inicialmente desonerada do ônus, possua maior facilidade na sua obtenção, poderá estabelecer a redistribuição do ônus, desde que por decisão fundamentada. Trata-se do princípio da aptidão para a prova, já comentado neste trabalho e já adotado pelo Judiciário Trabalhista há muito.

Percebe-se da redação do texto legal o conectivo “ou”, o que reforça quais são os pressupostos necessários para a redistribuição do ônus pelo juiz: impossibilidade ou excessiva dificuldade na produção probatória ou maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário. São pressupostos alternativos, não cumulativos.

Será que, considerada apenas a facilidade da produção da prova por uma das partes, é possível o juiz redistribuir o ônus para delegar esse encargo? Antes de tentarmos responder, destaca-se recente julgado:

RECURSO ORDINÁRIO. ÔNUS DA PROVA E SUA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA. ARTIGO 373 DO NCPC.

É bem verdade que teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, agora positivada no artigo 373, § 1º do Novo Código, orienta que o ônus da prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, diante das circunstâncias fáticas presentes no caso concreto. Todavia, é evidente que nem toda disparidade de condições probatórias justifica a dinamização, que deve ser utilizada tão somente nas hipóteses em que haja grande dificuldade para a produção de prova de um lado e facilidade do outro. É dizer, a mera facilidade de produção da prova de uma das partes, desacompanhada da dificuldade de produção da parte adversária não é uma situação apta a justificar a modificação dos encargos probatórios. (RIO DE JANEIRO, 2016)

Segundo o julgado transcrito, a mera facilidade não seria motivo para a redistribuição do ônus da prova. Seria necessária,

segundo o acórdão, a conjunção dos dois pressupostos (impossibilidade/dificuldade de produção probatória e facilidade da parte adversa), apesar da literalidade diversa do CPC.

Obtemperamos, contudo, que a melhor interpretação seria aquela que exige tão somente um pressuposto, como quer a redação literal do CPC, sobretudo se analisado o marcante aspecto colaborativo do CPC, conforme arts. 6º, 77, I, 370 e 378, todos do CPC c/c arts. 765, 852-D e 852-I, § 1º, todos da CLT. Vale dizer, por exemplo, se a parte possui os documentos que poderão formar o arcabouço probatório para melhor solução do litígio, que traga aos autos.

Reconhecemos, todavia, que a posição por nós aventada exige cautela na aplicação, sob pena de se desprezar por completo a benquista previsibilidade, inerente à teoria estática, da qual decorrem os princípios da segurança jurídica e do devido processo legal.

Dessarte, é perceptível que a aplicação da teoria dinâmica, prevista no art. 373, §§ 1º e 2º, encontrará, ainda, percalços e obstáculos.

De qualquer modo, o que era apenas uma corrente tranquila da jurisprudência trabalhista (possibilidade de adoção da teoria dinâmica do ônus da prova), agora encontra previsão na lei, por aplicação subsidiária (art. 769 da CLT).

De outro norte, o CPC ainda traz regra importante a ser observada pelos julgadores: a redistribuição deve ocorrer antes do julgamento, sobretudo para oportunizar que a parte, agora ciente de um suposto novo encargo, possa dele se desvencilhar. De fato, o sujeito possui um prévio conhecimento das suas responsabilidades, o que o faz com base nas regras de distribuição legal (arts. 818 da CLT e 373, *caput*, do CPC). Caso o juiz, fundamentadamente, decida “inverter” os encargos, deve oportunizar à parte a produção probatória, em respeito aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

A regra mencionada antes é coerente com as funções do ônus da prova, já discutidas neste trabalho. Além da função objetiva (regra de julgamento, portanto dirigida ao juiz), reveste-se, também, de função subjetiva, sobretudo porque pauta a conduta da parte no processo (regra de procedimento). Daí a importância do prévio conhecimento acerca da

redistribuição do ônus e a possibilidade de se desincumbir do encargo que agora lhe é imposto.

A necessidade de oportunizar à parte poder se desincumbir do seu ônus probatório vem ao encontro do contraditório e da ampla defesa, princípios constitucionais tão caros em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LV, CF), hoje importados pelo novo CPC nos arts. 7º²⁷, 9º, *caput*²⁸, e 10º²⁹. Assinala-se que os princípios do contraditório e da ampla defesa não se resumem, tampouco se reduzem, ao prévio conhecimento do conteúdo decisório pela parte, mas, também, e tão importante quanto, à possibilidade de influir eficazmente o resultado do processo, daí por que a decisão que redistribui o ônus da prova, além de ser publicada à parte onerada, deve-lhe possibilitar, como aduz o próprio texto legal, que haja a possibilidade de produção probatória plena.

Registre-se, contudo, que a redistribuição não pode gerar o mesmo ônus de dificuldade à outra parte, sob pena de apenas se inverter a impossibilidade da prova, conforme dispõe o § 2º do art. 373 do CPC³⁰, remetendo à parte a *probatio diabolica*.

Quanto às regras anteriores, em princípio nada de muito inovador, exceção feita à expressa previsão dos requisitos, agora em lei, acerca da aplicabilidade da redistribuição do ônus pelo juiz: impossibilidade ou dificuldade na produção da prova ou maior facilidade da parte adversa na produção da prova.

As alterações inovadoras do novo CPC encontram-se nos §§ 3º e 4º do art. 373 do novo CPC. Pelo seu ineditismo, cabe a transcrição literal:

²⁷ “Art. 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.”

²⁸ “Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.”

²⁹ “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

³⁰ “Art. 373. [...] § 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.”

Art. 373. [...] § 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.

§ 4º. A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Permite o novo CPC, com isso, que as próprias partes, em nítido – e incentivado – negócio processual, estabeleçam de modo diverso a distribuição legal (art. 373, *caput*, do CPC), conforme suas conveniências e interesses, o que gerará consequências diretas no resultado final do processo, por óbvio. É verdade que o próprio ordenamento processual prevê exceções, a saber: direitos indisponíveis e quando houver dificuldade excessiva para o exercício do direito.

O novo CPC vai além. Em evidente esforço ao estímulo do protagonismo das partes, estabeleceu-se que essa distribuição convencional (operada pelas partes) poderá ocorrer antes mesmo de existir processo judicial, ou seja, poderá ocorrer, por exemplo, por meio de um contrato.

Sobre essa “nova” possibilidade, vale a crítica de Robson Renault Godinho (*apud* DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 122):

A doutrina não prestigia a distribuição convencional do ônus da prova, embora se empolgue com a distribuição judicial do ônus da prova, como se verá adiante. Tem razão Robson Renault Godinho quando manifesta o seu estranhamento quanto ao fato de que “praticamente não se vê a referência à participação das partes na fixação da disciplina concreta de seus encargos. O autor enxerga aí um sintoma da negligência com que se vem tratando a questão da autonomia privada no processo, especialmente em matéria probatória, em cujo regulamento se pode ver um dispositivo que expressamente prevê a possibilidade de as partes, convencionalmente, promoverem uma distribuição do ônus da prova de modo distinto daquele previsto na lei. Ele continua: “Realmente, é sintomático que se identifique a insuficiência das regras abstratas de distribuição do ônus da prova, escrevam-se laudas sobre a necessidade de uma ‘teoria dinâmica’ da carga probatória, prevejam-se modificações legislativas nesse sentido, decisões sufraguem a teoria e prossiga um silêncio – que em certo modo é eloquente - sobre a autonomia das partes para

regulação da matéria, inclusive em conjunto com o juiz e, se for o caso, o membro do Ministério Público. Afigura-se sintomático que se pleiteie a dinamização do ônus da prova e se ignore a possibilidade de as partes disciplinarem os respectivos encargos”.

Portanto, percebe-se que o CPC, além de incorporar a teoria dinâmica do ônus da prova, incrementou-a, delegando também às partes essa possibilidade, desde que observadas as excepcionalidades já mencionadas.

Trata-se de negócio jurídico similar à cláusula de eleição convencional de foro, que deve ser pactuado em harmonia com as disposições gerais aplicáveis aos negócios em geral, quais sejam: agentes capazes e legítimos, objeto lícito e forma admitida ou não defesa em lei (MACEDO, 2013, p. 83).

Diante do que foi exposto e introduzido no novo CPC, cumpre perquirir quais são as regras aplicáveis ao processo do trabalho.

3.4 Nova Sistemática do Novo CPC e o Processo do Trabalho

Pelo que foi exposto e diante da tranquila corrente jurisprudencial sobre o assunto, percebe-se que a redistribuição do ônus da prova pelo juiz continuará sendo possível, fortificada agora com a previsão legal (art. 373, *caput*, do CPC, aplicado subsidiariamente). Objetiva-se, acima de tudo, efetivar o pleno e o justo acesso à justiça, sobretudo porque não se ignora a disparidade de posição econômica e social dos sujeitos envolvidos na grande parte das lides trabalhistas (empregado e empregador), tudo autorizado, também, pela liberdade de condução do processo pelo juiz, que sopesará a necessidade, ou não, na adoção da redistribuição dos encargos (arts. 765 e 852-D, ambos da CLT).

A propósito, o Fórum Permanente de Processualistas Civis editou o Enunciado nº 302, segundo o qual

Aplica-se o art. 373, §§ 1º e 2º, ao processo do trabalho, autorizando a distribuição dinâmica do ônus da prova diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade da parte de cumprir o seu encargo probatório, ou, ainda, à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário. O juiz poderá, assim, atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que de forma fundamentada,

preferencialmente antes da instrução e necessariamente antes da sentença, permitindo à parte se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. (Grupo: Impacto do CPC no processo do trabalho)

Também a 1ª Jornada sobre o Novo Código de Processo Civil, ocorrida no TRT da 18ª Região, discutiu a aplicabilidade do art. 373, § 1º, do CPC ao processo do trabalho, sob a seguinte proposta formalizada:

PRINCÍPIO DA APTIDÃO PARA A PROVA. APLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. O artigo 373, § 1º, do Novo CPC, aplica-se ao processo trabalhista, de forma supletiva, por ser compatível com os princípios norteadores do processo laboral.

Todavia, a proposta, em que pese aprovada em comissão, foi rejeitada na deliberação plenária, motivo pelo qual não chegou a se transformar em enunciado.

De outro lado, no que concerne à redistribuição convencional, atenção redobrada é merecida.

A redistribuição citada (promovida pelas partes) deve ser vista com ressalvas no processo do trabalho, porquanto pode, em princípio, não existir a compatibilidade exigida pelo art. 769 da CLT.

Em que pese já registrado ao longo dessa articulação, é preciso sempre relembrar a inexistência, em regra, da simetria entre os sujeitos na relação de trabalho, sobretudo na relação de emprego. É comum que os polos processuais sejam frequentados pelo empregado, de um lado, e empregador, de outro, não sendo incomum que este, durante o contrato de trabalho, possua maior poder de barganha e de convencimento se cotejado com aquele.

Diante da falta de paridade isonômica, não seria crível, com a devida vênia, que se possibilitasse aos contratantes (empregado e empregador), durante a relação de emprego, convencionar sobre o ônus da prova em ação trabalhista a ser eventualmente proposta. Por decorrência lógica, a liberdade e a autonomia contratuais, princípios caros do direito civil, traria repercussões negativas à tutela da parte vulnerável (empregado). Não seria demais pressupor “variadas formas de delegar ao empregado diversos ônus probatórios”.

Cogita-se, a título de ilustração, a possibilidade de se

convencionar que, caso o empregado seja dispensado motivadamente (“por justa causa”) e quisesse discutir o rompimento do contrato em juízo, haveria de comprovar o não cometimento da falta grave.

A conclusão pela impossibilidade de aplicar os §§ 3º e 4º do art. 373 do CPC ao processo do trabalho parece inarredável, e o motivo é bastante simples: a liberdade contratual levada a cabo entre partes materialmente desiguais leva a resultados potencialmente injustos. Tomam relevo os princípios de direito material do trabalho, a fim de vedar essas “contratações sobre ônus da prova”, notadamente o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas.

Guardada a duvidosa inconstitucionalidade de que se reveste (violação dos princípios da separação dos poderes e da inércia da jurisdição, competência exclusiva da União para legislar sobre direito processual - CF, art. 22, inc. I -, e usurpação da competência do juiz natural), o TST mencionou quais os dispositivos do CPC seriam aplicáveis ao processo do trabalho, expungindo qualquer dúvida sobre a redistribuição convencional do ônus da prova, conforme art. 2º, VII, da Instrução Normativa nº 39³¹, *in verbis*:

Art. 2º. Sem prejuízo de outros, não se aplicam ao Processo do Trabalho, em razão de inexistência de omissão ou por incompatibilidade, os seguintes preceitos do Código de Processo Civil: [...]

VII - art. 373, §§ 3º e 4º (distribuição diversa do ônus da prova por convenção das partes)

No momento da redação dessa articulação, a Instrução Normativa nº 39 do TST encontra-se em discussão no STF, tendo em vista a provocação da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho – Anamatra, por meio da ADI nº 5516. Contudo, esse fato não desnatura o “sentir inicial” da Corte maior do Judiciário Trabalhista sobre o assunto, o qual parece ser o mais adequado neste efêmero período de vigência do novo CPC.

Nesse passo, se o argumento jurídico utilizado para o afastamento

³¹ Resolução nº 203, de 15.03.16, que “Edita a Instrução Normativa nº 39, que dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva”.

da redistribuição convencional seria a proteção dirigida ao trabalhador, já que, vulnerável, não se pode deixar de levantar questão oportuna: a aparente vedação da aplicação do art. 373, §§ 3º e 4º (redistribuição convencional do ônus da prova), alcança o direito coletivo do trabalho (dissídios coletivos)?

À primeira vista se poderia concluir que, ainda que o direito coletivo do trabalho não suponha, via de regra, vulnerabilidade de uma das partes, o bem tutelado continua sendo de ordem pública, portanto indisponível e irrenunciável. Não por outro motivo se mitiga a autonomia contratual privada, senão o de estabelecer, na feliz expressão de Godinho (2016, p. 122), um patamar civilizatório mínimo, aquém do qual não têm as partes livre disposição, ainda que por negociação coletiva (v. g., as regras de segurança e medicina do trabalho, conforme Súmula nº 437 do TST³²).

Todavia, a discussão sobre os limites da negociação no direito coletivo do trabalho foi objeto de análise pelo STF, em 30 de abril de 2015, nos autos do Recurso Extraordinário nº 590.415, quando se analisou a possibilidade ou não de quitação geral do contrato de trabalho por meio de plano de demissão incentivada, elaborado por acordo coletivo de trabalho. No caso, o STF deliberou pela higidez do negociado, sob os

³²INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 I - Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não-concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração. II - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva. III - Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais. IV - Ultrapassada habitualmente a jornada de seis horas de trabalho, é devido o gozo do intervalo intrajornada mínimo de uma hora, obrigando o empregador a remunerar o período para descanso e alimentação não usufruído como extra, acrescido do respectivo adicional, na forma prevista no art. 71, caput e § 4º da CLT."

seguintes argumentos, que aqui cabem registrar:

É relevante, ainda, para a análise do presente caso, o princípio da lealdade na negociação coletiva. Segundo esse princípio os acordos devem ser negociados e cumpridos com boa-fé e transparência. Não se pode invocar o princípio tutelar, próprio do direito individual, para negar validade a certo dispositivo ou diploma objeto de negociação coletiva, uma vez que as partes são equivalentes, ao contrário do que ocorre no ramo individual. Quando os acordos resultantes de negociações coletivas são descumpridos ou anulados, as relações por eles reguladas são desestabilizadas e a confiança no mecanismo da negociação coletiva é sacrificada. (BRASÍLIA, 2015)

A *ratio decidendi* da Suprema Corte para cancelar o negociado foi não verificar a hipossuficiência apta a afastar a referida cláusula. Pelo contrário, segundo o STF, os empregados, quando assistidos pelo sindicato, assumem poder de barganha perante o poder econômico do empregador, motivo pelo qual não se verifica a mesma assimetria das relações individuais de trabalho apta a atrair os princípios do direito individual do trabalho.

352

Por conta disso, é possível inclinar-se no sentido de que o STF, ao julgar o RE nº 590.415, permite a possibilidade de se incluir, em norma coletiva, cláusula de nítido “negócio processual”, pelo qual se redistribuiria o ônus da prova pela conveniência dos sujeitos, na forma autorizada pelo art. 373, §§ 3º e 4º, do CPC.

Contudo, em princípio, nos inclinamos em sentido intermediário.

Apesar de reconhecer a simetria de posição entre os sujeitos no direito coletivo do trabalho, seria desarrazoado ignorar o bem jurídico afinal transacionado pela inversão do ônus da prova. Eventual cláusula de redistribuição convencional quando a matéria a ser futuramente – e eventualmente – discutida em juízo envolver regras de medicina e segurança do trabalho, parece-nos infensa ao ordenamento trabalhista, porquanto indisponível ao talante das partes.

Com efeito, temos consciência de que esse e outros assuntos ainda serão objeto de ampla discussão nos âmbitos judicial e acadêmico, sem perder de vista o desiderato do direito instrumental do trabalho:

fazer valer o direito material do trabalho, cujo princípio tuitivo é o que mais lhe dá destaque.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto apresentado neste sucinto trabalho, percebe-se que a distribuição legal (teoria estática) do ônus da prova permanece idêntica com a chegada do novo CPC, aplicando-se as disposições do art. 818 da CLT com os aperfeiçoamentos previstos no art. 373, *caput*, do novo código. No particular, prevê o legislador, de forma irreparável, um ônus a cada parte, de forma abstrata e genérica.

Outrossim, merece aplausos a incorporação, pela legislação processual civil, da distribuição dinâmica do ônus da prova (teoria das cargas dinâmicas), prática já adotada de forma tranquila pelo Judiciário Trabalhista. No particular, cabe ao juiz, na sua função de presidente do processo (art. 765 da CLT), remeter à parte o ônus da prova, a depender da sua facilidade ou dificuldade de demonstração no caso concreto.

Objetiva-se, com a distribuição dinâmica pelo juiz (arts. 765 e 852-D da CLT), o efetivo acesso à justiça de forma substancial, equiparando as partes à posição isonômica, fazendo valer o princípio de paridade das armas, daí por que compatível a regra do CPC ao processo do trabalho, *ex vi* do disposto no art. 769 da CLT.

De outro norte, porém, a redistribuição do ônus da prova convencional merece maior atenção, ao menos no processo do trabalho, tendo em vista a desigualdade substancial dos sujeitos presentes na ação trabalhista. Permitir, em princípio, a livre disposição do ônus da prova seria permitir, em tese, eventual abuso da parte mais forte sobre a parte vulnerável, em afronta aos princípios protetivos do direito do trabalho, conforme art. 7º do CPC, aplicado subsidiariamente ao processo do trabalho (art. 769 da CLT).

Portanto, a redistribuição pelas próprias partes merece acurada atenção e maior reflexão, uma vez que, ao menos em princípio, se enxerga incompatibilidade com o processo do trabalho e sua estrutura principiológica. Exceção se faz à aplicabilidade da convenção do ônus da prova quando se está diante do direito coletivo do trabalho, porquanto,

em tese, desaparecida a disparidade entre os sujeitos, salvo nos casos de normas de caráter indisponível (por exemplo, normas de medicina e segurança do trabalho).

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. A teoria dinâmica do ônus da prova. In: MIESSA, Élisson (Org.). **O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho**. Salvador: JusPODIVM, 2015. cap. 27, p. 443-465.

BAHIA. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. **Mandado de Segurança nº 0000469-03.2011.5.05.0000**. Relator: Suzana Maria Inácio Gomes. Salvador (BA), 28 de março de 2021. Disponível em: <<https://aplicacoes.trt5.jus.br/esamp//f/n/consultadocumentocon?id=10112030700698932147&municipio=1>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Embargos em Recurso de Revista nº 250000-70.2006.5.09.002212**. Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta. Brasília (DF), 13 de março de 2015. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=0250000&digitoTst=70&anoTst=2006&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0022&submit=Consultar>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DIDIER Jr., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil: processo de conhecimento**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MACÊDO, Lucas Buriel de. Revisitando o ônus da prova. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, v. 123, p. 70-86, 2013.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense, modelos de petições, recursos, sentenças e outros**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. **Recurso Ordinário nº 0010373-13.2014.5.01.0078**. Relatora: Claudia Regina Vianna Marques Barrozo. Rio de Janeiro (RJ), 23 de junho de 2016. Disponível em: <http://consultapje.trt1.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_tipo=2&p_grau=1&p_id=fT1Kc6hcDevfN5%2F5oMAy%2Bw%3D%3D&p_idpje=1cybCgHwZJQ%3D&p_num=1cybCgHwZJQ%3D&p_npag=x>. Acesso em: 12 jul. 2016.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2013.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**: sob a perspectiva do processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2015.