



DOCTRINA

AS PROVAS E ÔNUS DINÂMICO NO NCPC
E SEUS DESDOBRAMENTOS PARA O
PROCESSO DO TRABALHO

Francisco Ferreira Jorge Neto¹

Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante²

Introdução

Nesse estudo, nosso objetivo é discorrer sobre o instituto das provas e seu ônus probatório no sistema processual, procurando analisar as alterações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) e seus desdobramentos para o processo do trabalho.

1. Conceito e finalidade

O termo “prova”, originado do latim *pro-*
.....

¹ Francisco Ferreira Jorge Neto. Desembargador Federal do Trabalho (TRT 2ª Região). Professor convidado no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola Paulista de Direito. Mestre em Direito das Relações Sociais – Direito do Trabalho pela PUC/SP.

² Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante. Professor da Faculdade de Direito Mackenzie. Doutorando em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da USP. Professor Convidado no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* PUC/PR e outros diversos cursos. (Ex) Vice Coordenador Acadêmico do Curso de Pós-Graduação em Direito Material e Processual do Trabalho Damásio de Jesus. (Ex) Procurador Chefe no Município de Mauá. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Integração da América Latina pela Universidade de São Paulo (USP/PROLAM). Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas.

batio, o qual deriva do verbo *probare*, é aquilo que tem o condão de demonstrar a veracidade de algum fato ou autenticidade de alguma coisa.

Humberto Theodoro Júnior³ entende que há dois sentidos para o termo “prova”:

a) um objetivo, isto é, como o instrumento ou o meio hábil, para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia etc.); (b) e outro subjetivo, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado.

Assim, para o processo, a prova, como ensinava o grande João Monteiro, não é somente um fato processual, ‘mas ainda uma indução lógica, é um meio com que se estabelece a existência positiva ou negativa do fato probando, e é a própria certeza dessa existência’.

As provas, para Arruda Alvim⁴, consistem:

naqueles meios, definidos pelo Direito ou contidos por compreensão num sistema jurídico (v. arts. 332 e 366), como idôneos a convencer (prova como ‘resultado’) o juiz da ocorrência de determinados fatos, isto é, da verdade de determinados fatos, os quais vieram ao processo em decorrência de atividade, principalmente dos litigantes (prova como ‘atividade’).

Continua Arruda Alvim seus ensinamentos,⁵

a prova, entendida aqui como atividade probatória, diz respeito ao agir humano que, por definição, é finalístico; é, assim, uma atividade intencional. Todo aquele que prova, deseja obter um certo e determinado resultado; a convicção do juiz.

.....

³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 411.

⁴ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. v. 1. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, p. 436.

⁵ ALVIM, Arruda. Ob. cit., p. 443.

Assim, temos como claro que a prova consiste no meio idôneo destinado a convencer o julgador (destinatário da prova) da veracidade da alegação feita no processo.⁶

Tradicionalmente se afirma que o destinatário da prova é o juiz, contudo, em uma visão mais ampla e atual, podemos pensar que “os 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” (Enunciado 50, aprovado no Fórum Permanente de Processualistas Civis, Vitória, maio/2015).

2. Objeto da prova

Para o juslaboralista Manoel Antonio Teixeira Filho,⁷ o objeto da prova:

são os fatos (do latim *factum*, de *facere* = fazer, causar) narrados pelo autor, pelo réu ou por terceiros, que na técnica processual se referem aos acontecimentos jurídicos (fatos jurídicos naturais), ou atos jurídicos ou ilícitos (fatos jurídicos voluntários), originadores do conflito intersubjetivo de interesses. ... Em outro sentido, os fatos, se correlacionados com o direito, indicam o evento em si, ou seja, aquilo que realmente ocorreu ou se alega haver ocorrido; já o direito atine à norma ou ao princípio legal em que as partes fundamentam as suas pretensões. Aos litigantes incumbe demonstrar apenas a veracidade dos fatos articulados, a fim de que o Juiz faça incidir, concretamente, a regra jurídica apta para reger a espécie e, com isso, solver a controvérsia: da *mihi factum, dabo tibi ius* (dá-me o fato e te darei o direito) – proclama o vetusto aforismo latino, que constitui uma espécie de síntese feliz da própria função jurisdicional.

Assim, de forma breve, podemos dizer que o objeto da prova são os fatos em que se funda a ação ou a defesa (art. 332, CPC). Essa lógica é mantida no NCPC (art. 369).

.....

⁶ JORGE NETO, Francisco Ferreira. CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito Processual do Trabalho*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 648.

⁷ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A prova no processo do trabalho*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 1991, p. 27.

Na doutrina e no sistema positivado, a prova é necessária para a demonstração da verdade dos fatos:

(a) controvertidos – não havendo contestação aos fatos narrados na inicial (art. 302, CPC) (art. 341, NCPC), ao juiz caberá a simples aplicação do direito;

(b) relevantes – a prova é desnecessária para os fatos, os quais não possuem nenhuma importância para o julgamento da causa. Pelo seu poder instrutório (art. 765, CLT; art. 130, CPC; art. 370, NCPC), diante do caso concreto, o juiz efetuará a diferenciação entre os fatos relevantes e irrelevantes. Ao iniciar a instrução, o juiz, ouvidas as partes, fixará os pontos controvertidos sobre os quais incidirá a prova (art. 451, CPC; art. 357, II, III e IV, NCPC);

(c) determinados – na ação, como na resposta, as partes devem especificar e individualizar os fatos, como forma de propiciar o entendimento da pretensão deduzida em juízo, agilizando, assim, o direcionamento da atividade probatória.

Do ponto de vista legal, não dependem de prova os fatos (art. 334, I a IV, CPC; art. 374, I a IV, NCPC):

a) notórios – por exemplo: com os recortes de vários jornais juntados aos autos, a empresa alega o encerramento das suas atividades; o empregado nega o fato, invocando a sua transferência, com outro nome, para uma localidade diversa;

b) afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária. Ocorre a confissão, quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário (art. 348, CPC; art. 389, NCPC). Como não há controvérsia, não se tem a necessidade da respectiva prova. Exemplo: o empregado solicita as verbas rescisórias, invocando a dispensa imotivada; o empregador contesta a ação, confirmando a dispensa sem justa causa, contudo, alega o não pagamento por dificuldades econômicas;

c) admitidos, no processo, como incontroversos, sendo várias as suas modalidades: (1) admissão expressa ou tácita da parte contrária; (2) dedução extraída de um pronunciamento da parte contrária; (3) pela própria natureza. Por exemplo: o fato de que o empregado tem que ser pessoa física;

d) em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade – é o campo das presunções, as quais podem ser: (a) simples – originárias do raciocínio lógico do juiz; (b) legais – decorrentes de dispositivo legal. Não basta a simples alegação da presunção legal, para que a parte esteja isenta da prova. A presunção legal está fundada em

três elementos: (1) fato conhecido (fato base); (2) fato desconhecido; (3) nexo de causalidade. Portanto, quando se invoca a presunção legal, a parte interessada possui o encargo probatório quanto à demonstração do fato base, o qual é a essência da presunção do fato presumido (desconhecido). No processo trabalhista, como exemplos de presunção legal, temos: (a) na falta de acordo ou prova sobre condição essencial ao contrato verbal, devemos presumi-la existente (art. 447, CLT); à falta de prova ou inexistindo cláusula expressa a tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal (art. 456, parágrafo único).

3. Princípios que norteiam o instituto da prova

Como é de notório saber, o sistema positivado interage a todo o instante com os princípios processuais. Nesse aspecto, os princípios que informam a prova são:⁸

a) necessidade da prova – os fatos narrados devem ser comprovados para que o órgão jurisdicional possa admiti-los como verdadeiros. O ônus da prova incumbe: (1) ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; (2) ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, I e II, CPC; art. 373, I e II, NCPC);

b) concentração dos atos processuais – a coleta das provas, sempre que possível, se fará em uma única audiência (depoimentos pessoais e testemunhais);

c) unidade da prova – para cada causa de pedir e respectivo pedido, as provas devem ser apreciadas em seu conjunto, mesmo que esse seja constituído de diversos meios de prova (relatos pessoais, testemunhais, documentos etc.);

d) lealdade da prova, isto é, admitem-se somente os meios legais e moralmente legítimos para a prova da verdade dos fatos alegados na ação ou na defesa (art. 332, CPC; art. 369, NCPC; art. 5ª, LVI, CF). O juiz não deve admitir a litigância de má-fé (art. 17, CPC) (art. 80, NCPC), como também proferir sentença que obste objetivos escusos das partes (art. 129) (art. 142, NCPC);

e) contraditório – esse princípio é fundamental para a concretude do devido processo legal (art. 5ª, LV, CF). Como a prova é a demonstração da verdade dos fatos alegados em juízo, a parte contrária tem

.....

⁸ JORGE NETO, Francisco Ferreira. CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. Ob. cit., p. 651-653.

o direito de se opor aos meios probatórios produzidos ou pretendidos pelo outro litigante. Exemplos: (1) a intimação para a manifestação sobre os documentos juntados (arts. 372 e 398, CPC; art. 437, § 1º, NCPC); (2) contradita das testemunhas pelos motivos previstos em lei (arts. 829, CLT, e 414, § 1º, CPC; art. 457, § 1º, NCPC); (3) recusa do perito (art. 423, CPC) (art. 467, NCPC);

f) igualdade de oportunidade de prova – os litigantes têm assegurado a mesma oportunidade para o requerimento ou a produção de provas, sob pena de violação do princípio da igualdade de tratamento (art. 125, I, CPC; arts. 7º e 139, I, NCPC), gerando, assim, uma nulidade processual pela restrição ao amplo exercício do direito de defesa (art. 5º, LV, CF). Contudo, só haverá nulidade quando resultar do ato inquinado manifesto prejuízo (art. 794, CLT), a qual será declarada mediante provocação da parte, devendo ser arguida à primeira vez em que tiver de falar em audiência ou nos autos (art. 795, *caput*), sob pena de preclusão;

g) legalidade – a produção das provas não se subordina à vontade exclusiva das partes. A lei fixa alguns requisitos: (1) tempo – a prova deve ser produzida nos momentos processuais oportunos. Exemplo: os documentos devem ser juntados aos autos com a inicial ou a resposta (art. 396, CPC; art. 434, NCPC); (2) lugar – por excelência, as provas devem ser produzidas em audiência (arts. 845, CLT, e 336, CPC; art. 449, NCPC); (3) adequação – determinado fato fica condicionado a um meio específico de prova. Exemplos: o pagamento dos salários se faz pela exibição dos recibos de pagamento (art. 464, CLT); a necessidade da prova pericial técnica para fins de insalubridade ou periculosidade (art. 195, § 2º);

h) imediação – como sujeito da relação jurídica processual, o juiz é quem dirige a atividade probatória das partes ao indeferir ou colher as provas solicitadas, como também ao determinar as diligências necessárias ao esclarecimento dos fatos aduzidos em juízo (arts. 765, CLT, e 130, CPC; art. 370, NCPC). O princípio da oralidade é uma manifestação direta da imediação, já que, na audiência trabalhista, serão ouvidas as partes, as suas testemunhas, o perito e os assistentes técnicos (arts. 845 e 848, CLT);

i) obrigatoriedade – a prova não é só interesse das partes, mas também do Estado. O processo, como instrumento de justiça, é primordial para a solução dos conflitos de interesse. O juiz trabalhista tem ampla liberdade na condução e coleta das provas (art. 765). É importante ressaltar que a parte não tem a obrigação jurídica quanto à produção das

provas. De fato, o que incumbe à parte é o ônus objetivo de provar as alegações postas em juízo. A sentença, a qual rejeita um pedido, por falta de provas, não pode ser vista como uma sanção processual;

j) aquisição processual – uma vez produzida a prova, a mesma passa a integrar o processo, pouco importando quem a produziu. Nesse aspecto, aponta Luiz Rodrigues Wambier, Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini:⁹

Tanto que, como adiante se verá, não pode a parte seccionar a prova para aproveitar apenas à parcela que lhe interessa. A prova é um todo, e como um todo deve ser considerada. A questão da autoridade das provas toma relevo quando seu conteúdo é contrário ao interesse da parte. Como a prova pertence ao processo, ainda que venha em prejuízo à parte que a produziu, passa a integrar a relação jurídica processual, e seus efeitos se fazem sentir, cabendo ao juiz extrair as consequências do fato provado, pouco importando como a prova tenha chegado ao processo.

4. Prova do direito invocado

Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece (art. 3º, LINDB). Essa exigência é maior para o magistrado, o qual, na condição de operador do Direito, tem a obrigação de conhecer as normas que compõem o ordenamento jurídico. Mesmo diante da lacuna ou obscuridade da lei, o juiz não está isento de sentenciar ou despachar, devendo recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito (art. 126, CPC; art. 140, NCPC; art. 4º, LINDB).

Como regra, o direito invocado independe de prova (*ius allegatur, non probatur*). As partes têm a obrigação de narrar os fatos, cabendo ao juiz aplicar a respectiva norma jurídica (*da mihi factum dabo tibi ius*).

Porém, há exceções a essa regra:

(a) a parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, terá a incumbência de provar o teor e a vigência, se houver a determinação judicial (art. 337, CPC; art. 373, NCPC). Por

.....

⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 413-414.

exemplo, os costumes marítimos (art. 122, Lei 2.180/1954)¹⁰ e os usos e costumes no âmbito das relações de emprego¹¹;

(b) negócios jurídicos, como as sentenças normativas, acordos e convenções coletivas de trabalho, regulamento de empresa – quando se invoca direitos trabalhistas, com base nesses instrumentos normativos, a parte tem a obrigação de juntá-los, pois, não se pode exigir do juiz o pleno conhecimento das normas jurídicas aplicáveis ao âmbito de uma determinada categoria profissional, precipuamente, em face do seu elevado número;

(c) tratados e convenções internacionais – a princípio, por aplicação analógica do art. 337, do CPC (art. 373, NCPC), a parte deverá fazer a prova da vigência e do teor desses instrumentos, quando houver a determinação judicial, observadas as regras dos arts. 156 e 157, CPC (art. 192, NCPC), isto é, só poderá ser juntado aos autos documento redigido em língua estrangeira, quando acompanhado de versão em vernáculo, firmada por tradutor juramentado. Essa exigência é inaplicável quando os tratados e as convenções internacionais, observadas as regras constitucionais (aprovação pelo Congresso e o Decreto Presidencial), passam a ser normas integrantes do ordenamento jurídico nacional. Convém ser dito que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que tenham sido aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (art. 5º, § 3º, CF).

5. A dinâmica do ônus da prova

O termo “ônus” significa obrigação, dever, encargo de alguém ou de uma das partes. Assim, ônus da prova significa o dever da parte de fazer prova de suas alegações (*allegatio et non probatio, quasi non allegatio*).

Apesar disso, Arruda Alvim¹² deixa claro que os termos não se confundem, quando distingue ônus de obrigação e de dever:

.....

¹⁰ Artigo 122 – Por preceitos legais e reguladores da navegação entendem-se todas as disposições de convenções e tratados, leis, regulamentos e portarias, como também os usos e costumes, instruções, exigências e notificações das autoridades, sobre a utilização de embarcações, tripulação, navegação e atividades correlatas.

¹¹ Artigo 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.

¹² ALVIM, Arruda. Ob. cit., v. 2, p. 473.

A distinção que nos parece primordial é a de que a obrigação pede uma conduta cujo adimplemento ou cumprimento traz benefícios à parte que ocupa o outro polo da relação jurídica. Havendo omissão do obrigado, este será ou poderá ser coercitivamente obrigado pelo sujeito ativo. Já com relação ao ônus, o indivíduo que não o cumprir sofrerá, pura e simplesmente, via de regra, as consequências negativas do descumprimento que recairão sobre ele próprio. Aquela é essencialmente transitiva e o ônus só o é reflexamente. Outra distinção importante que cabe fazer entre ônus e obrigação é a circunstância de esta última ter um valor e poder, assim, ser convertida em pecúnia, o que não ocorre no que tange ao ônus. Há, ainda, uma terceira figura, a do dever (*stricto sensu*). Além de não ser conversível em pecúnia, tem como característica básica a 'perpetuidade', ao contrário do ônus e da obrigação que se esgotam com o seu cumprimento.

O NCPC, no título I (Das Normas Fundamentais e da Aplicação das Normas Processuais), no Capítulo I (Das Normas Fundamentais do Processo Civil), assegurou 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*" (art. 7º).

Além disso, o juiz está impedido de proferir decisão contra uma das partes, sem que ela seja previamente ouvida (art. 9º). E ainda o NCPC proíbe ao juiz 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 (art. 10).

Na dinâmica processual trabalhista, "*a prova das alegações incumbe à parte que as fizer*" (art. 818, CLT).

No processo civil, a incumbência do ônus da prova encontra-se delimitada no art. 333, CPC, o qual determina que o ônus probatório seja do: (a) requerente, em relação aos fatos constitutivos de seu direito; (b) requerido, quanto à prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da pretensão do requerente (atribuição fixa e legal do ônus probatório). O NCPC mantém essa regra (art. 373, I e II).

A fixação do ônus da prova, apesar da polêmica existente sobre o tema, nos parece ser regra procedimental (de instrução), de modo que

afasta a decisão surpresa. A 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou posição no sentido de se tratar de regra de julgamento (REsp. 802.832/MG – Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino – j. 13/4/2011 – Dje 21/9/2011)¹³. Em sentido contrário, destacamos a posição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, os quais consideram se tratar de regra de julgamento.¹⁴

O NCPC, até para se garantir os princípios do contraditório e da motivação das decisões e se evitar a “decisão surpresa”, estabelece que o magistrado, quando do saneamento e organização do processo (art. 357), deverá, entre outras questões, definir a distribuição do ônus da prova. Sobre tal questão, contribui Alexandre Freitas Câmara:¹⁵

Por força do princípio do contraditório, porém, impede a prolação de decisão-surpresa (art. 10), é absolutamente essencial que as partes saibam, de antemão, sobre quem recaem os ônus probatórios. Daí a importância do disposto no art. 373.

No Fórum Permanente de Processualistas Civis (Vitória, maio/2015), foi aprovado o Enunciado 108, no qual restou consagrado que, no processo do trabalho,

não se proferirá decisão contra uma das partes, sem que esta seja previamente ouvida e oportunizada a produção de prova, bem como não se pode decidir com base em causa de pedir ou fundamento de fato ou de direito a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes e a produção de prova, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício.

O Enunciado 6, aprovado no Seminário do Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil (ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira), consagra o entendimento que *“não constitui julgamento surpresa o lastreado em fundamentos jurídicos, ainda que diversos dos apresentados pelas partes, desde que embasados em provas submetidas ao contraditório.”*

¹³ Nesse sentido, são as lições de Alexandre Freitas Câmara (*O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 229).

¹⁴ NERY JUNIOR, Nelson Nery Junior; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 994.

¹⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Ob. cit.*, p. 230.

6. A prova produzida *ex officio*

No processo, o magistrado sensível e atuante não pode manter-se distante da real necessidade das partes e do objetivo maior do processo, a busca da justiça e da verdade real, bem como da obrigação do Estado em prestar a tutela jurisdicional, preservando as relações sociais, evitando situações onde as partes procuram fazer justiça pelas próprias mãos. Com isso, o juiz poderá determinar a realização de provas que julgar necessárias à instrução do processo (art. 765, CLT; art. 130, CPC; art. 370, NCPC). Essa permissão legal não deve suprir o ônus da prova das partes, mas tão somente produzir novas provas, a fim de auxiliar o julgador na avaliação das provas que já se encontram nos autos.

7. A convenção das partes sobre o ônus da prova

A convenção sobre o ônus da prova é o acordo extrajudicial, no qual os contratantes estabelecem os critérios a serem observados, quando uma das partes vier a ingressar em juízo contra a outra, com o propósito de solução de um conflito de interesses originário do negócio jurídico que as vincula.

É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: (a) recair sobre direito indisponível da parte; (b) tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito (art. 333, parágrafo único, I e II, CPC; art. 373, § 3º, NCPC).

Pelo Enunciado 37, aprovado no Seminário do Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil (ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira),

são nulas, por ilicitude do objeto, as convenções processuais que violem as garantias constitucionais do processo, tais como as que: a) autorizem o uso de prova ilícita; b) limitem a publicidade do processo para além das hipóteses expressamente previstas em lei; c) modifiquem o regime de competência absoluta; e d) dispensem o dever de motivação.

Essa convenção é inaplicável ao processo trabalhista: (a) não se pode admitir esse ajuste na vigência do contrato individual de trabalho, precisamente, pela sujeição do empregado ao poder diretivo do empregador (posição de vulnerabilidade); (b) o acentuado aspecto inquisitivo do processo do trabalho e intervencionismo estatal, onde o magistrado

possui a plena liberdade de condução da atividade jurisdicional, notadamente, para determinar as diligências necessárias para o esclarecimento do litígio trabalhista (art. 765, CLT).

8. Inversão do ônus da prova

Por decorrência direta dos seus poderes instrutórios (art. 130, CPC; art. 370, NCPC; art. 765, CLT), o magistrado há de ter uma atuação intensa na produção das provas, as quais irão embasar, no momento adequado (= sentença), a formação da sua convicção na prolação da prestação jurisdicional. Para tanto, quando for necessário, pode e deve inverter a sequência originária do encargo probatório, mantendo, assim, a efetiva justiça na distribuição do ônus da prova.

Sobre o tema, Luiz Eduardo Boaventura Pacífico¹⁶ ensina:

No entanto, uma doutrina autorizadíssima tem sustentado a possibilidade de investigação probatória oficial sem se apegar à necessidade de o autor provar os fatos constitutivos e o réu, os extintivos, modificativos e impeditivos. Também o juiz pode determinar a produção de provas, sem que isso importe no desvirtuamento do ônus da prova ou no desequilíbrio entre as partes. Essa posição encara o ônus da prova sob o prisma objetivo, como regra de julgamento a ser utilizada pelo juiz no momento de julgar, sem que haja nenhuma contradição entre os arts. 130 e 333 do CPC.

No sistema jurídico brasileiro, qual deve ser o critério adotado pelo magistrado para justificar, no caso concreto, a inversão do ônus da prova?

Doutrinariamente, identificamos três correntes: (a) a existência de uma presunção em favor de quem, originariamente, teria o encargo; (b) a aplicação subsidiária do art. 6º, VIII, CDC, dada verossimilhança da alegação do trabalhador ou a sua hipossuficiência; (c) quem seja a parte mais apta, no caso concreto, a se desincumbir do encargo probatório (carga dinâmica quanto ao ônus da prova).

O novo regramento processual civil adota a distribuição dinâmica do ônus da prova (art. 373, §§ 1º e 2º), nos casos previstos em lei (inversão *ope legis* do ônus da prova) ou diante de peculiaridades da causa,

.....

¹⁶ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 144.

relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso em despacho saneador (art. 357, III) (inversão *ope iudicis* do ônus), desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. Deve ser ressaltado que a decisão não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Com isso, a partir do caso concreto, o ônus de provar pode ser atribuído de maneira dinâmica, com o objetivo de atender a paridade de armas entre os litigantes e às especificidades do direito material afirmado em juiz.¹⁷ E, com isso, diante de um caso concreto,

pode-se afigurar insuficiente, para promover o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, uma regulação fixa do ônus da prova, em que se reparte prévia, abstrata e aprioristicamente o encargo de provar.”¹⁸

Do ponto de vista processual, dois elementos são necessários na inversão do ônus da prova: uma decisão motivada e a oportunidade de provar, sem que a decisão possa ensejar uma *probatio diabolica* reversa. Assim, “*deve-se ter claro que a redistribuição do ônus da prova não pode se dar em sentença. Isso contraria a garantia do contraditório como não-surpresa.*”¹⁹

No tocante ao ônus da prova, a 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho (2007), no tocante à responsabilidade civil pelo acidente de trabalho, elaborou dois enunciados:

Enunciado 41 – Cabe a inversão do ônus da prova em favor da vítima nas ações indenizatórias por acidente de trabalho.

Enunciado 42 – Presume-se a ocorrência de acidente de trabalho, mesmo sem a emissão da CAT – Comunicação de Acidente de Trabalho, quando houver nexo técnico epidemiológico conforme art. 21-A da Lei n. 8.213/91.

Em certa medida, na jurisprudência consolidada do TST, vamos en-

.....

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 395.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme et al. *Ob. cit.*, p. 395.

¹⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Ob. cit.*, p. 233.

contrar a aplicação da teoria da carga dinâmica da prova nos casos em que o empregador deixa de apresentar os controles de jornada de trabalho em 1ª audiência, independentemente de determinação judicial (Súmula 338), e na ocorrência de dispensa imotivada de empregado portador do vírus HIV ou de doença grave (Súmula 443, TST, OJ 142, SDI-II).

Além disso, no dia-a-dia dos Tribunais, é comum a discussão judicial quanto à existência ou não da relação jurídica de trabalho nos moldes da CLT.

Em muitos casos, o suposto empregador reconhece a prestação de serviços, contudo, nega a existência dos requisitos da relação de emprego (art. 3º, CLT). Com isso, atraiu para si o ônus da prova²⁰.

Além disso, no âmbito dos TRTs, pelo princípio da aptidão da prova, se atribui à Administração Pública o ônus de provar que fiscalizou o cumprimento da legislação trabalhista em caso de terceirização – inexistência de culpa (Súm. 331, V, TST).

Conclusão

Após discorrermos sobre alguns aspectos do instituto da prova no sistema processual anterior e no NCPC, procuramos delinear seus principais reflexos no processo do trabalho.

Dentre os principais pontos, concluímos que a convenção das partes sobre a prova (art. 333, parágrafo único, I e II, CPC; art. 373, § 3º, NCPC) é inaplicável ao processo do trabalho, face às peculiaridades da relação de direito material, na qual o empregado está em uma posição de vulnerabilidade no contrato de trabalho. Além disso, não nos parece possível restringir, até mesmo pelo intervencionismo estatal, a plena liberdade de condução da atividade jurisdicional do juiz para determinar as diligências necessárias para o esclarecimento do litígio trabalhista.

No que tange à atuação do magistrado, o regramento processual civil se conjuga em perfeita harmonia com o processual trabalhista em permitir a realização de provas *ex officio*, com o intuito da busca da verdade real e uma prestação jurisdicional adequada e efetiva.

Por fim, a doutrina e jurisprudência do processo do trabalho vêm aprimorando as teorias sobre a inversão do ônus da prova, sendo que o novo regramento processual civil terá grande valia e aplicabilidade no dia-a-dia da Justiça do Trabalho, como verificamos nas situações de

.....

²⁰ TRT – 2ª R. – 14ª T. – RO 0002168-77.2013.5.02.0053 – Rel. Francisco Ferreira Jorge Neto; TRT – 2ª R. – RO 01364000320095020009 – Rel. Maria Isabel Cueva Moraes.

dispensa discriminatória, de ausência de controles de jornada, de reconhecimento do vínculo empregatício e da responsabilidade indireta da Administração Pública nos casos de terceirização.