

O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO NO CONTEXTO REFORMA TRABALHISTA

João Humberto Cesário

1 BREVE ITINERÁRIO LEGISLATIVO DO ÔNUS DA PROVA

O artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, na sua redação original, ditava que a prova das alegações incumbia à parte que as fizesse.

Diante da sua laconicidade, tal preceito na prática não passava de letra morta, razão pela qual ainda ao tempo do Código de Processo Civil de 1973 os juslaboralistas passaram a aplicar o artigo 333 da lei em questão no Processo do Trabalho, para compreenderem, em síntese, que ao autor incumbia a prova do fato constitutivo do seu direito, ao passo que ao réu se impunha comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

O tempo passou e também o artigo 333 do CPC/1973 se tornou obsoleto, principalmente em função das indagações jurídicas advindas da naturalização forense das técnicas de distribuição dinâmica do ônus da prova, razão pela qual o Código de Processo

Civil de 2015 passou a tratar da matéria de modo mais minucioso, fazendo-o no seu artigo 373, para deixar claro, entre outras disposições, que nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, o juiz pode atribuir o ônus da prova de modo diverso daquele estaticamente previsto na legislação, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído¹.

Finalmente, rendendo-se à superioridade técnica da disposição processual civil, a lei nº 13.467-2017 modificou a redação

1 Importa notar, por relevante, que o Enunciado nº 37 do Fórum Permanente de Processualistas do Trabalho, antes mesmo de a Reforma Trabalhista trazer consigo qualquer novidade sobre o tema, já dizia o seguinte: É aplicável ao processo do trabalho a distribuição dinâmica do ônus da prova, prevista no artigo 373, § 1º, do CPC, fixada pelo juiz em decisão fundamentada, com posterior oportunidade à parte afetada de produzir a prova.



João Humberto Cesário

Pós-doutorando em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso. Doutor em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo. Mestre em Direito Agroambiental pela Universidade Federal de Mato Grosso. Professor titular da Escola Superior da Magistratura Trabalhista de Mato Grosso. Autor de livros jurídicos. Juiz do Trabalho.

do artigo 818 da CLT, para de modo quase idêntico ao artigo 373 do CPC/2015, ditar que:

Art. 818. O ônus da prova incumbe:
I - ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
II - ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante.
§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.
§ 2º A decisão referida no § 1º deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido.
§ 3º A decisão referida no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Percebe-se, de tudo o quanto foi dito até aqui, que a rigor a nova redação do artigo 818 da CLT não carrega consigo nenhuma grande novidade legislativa em relação ao ônus da prova. Mesmo assim, compreendemos que a reforma trabalhista coloca à nossa frente uma excelente oportunidade de pôr em debate uma série de questões que ainda não estão suficientemente claras sobre o assunto. É o que faremos a seguir.

2 SIGNIFICADO: ÔNUS SUBJETIVO E ÔNUS OBJETIVO

No campo jurídico, a primeira noção a se dominar no que diz respeito à palavra ônus, é a do seu significado de encargo e não propriamente de dever. Assim, do mesmo modo que o réu não tem o dever de contestar a ação em face de si proposta, devendo assumir, porém, a consequência da sua revelia, a parte não possui propriamente a obrigação de produzir provas, necessitando tolerar, entretanto, o resultado da sua omissão.

Na realidade, a questão é ainda mais complexa, já que o litigante, subjetivamente falando, deve suportar o resultado da sua displicência probatória e, objetivamente argumentando, deve se resignar com o resultado da prova de interesse do adversário que tenha inadvertidamente produzido. Pode-se concluir, portanto, que o ônus da prova detém aspectos omissivos e comissivos, podendo ser encarado tanto pelo seu prisma subjetivo, quanto pela sua angulação objetiva.

Dito de modo mais claro, o ônus subjetivo da prova se destina aos contendores, na medida em que antecipa os fatos relevantes e controvertidos que cada um deles deverá comprovar. Por outro lado, o ônus objetivo da prova se liga à atividade do magistrado, que apreciará as provas produzidas nos autos, independentemente de qual dos litigantes a tenha fabricado.

O CPC/1973 não tratava com clareza do ônus objetivo da prova, que, assim, era objeto de análise apenas doutrinária e jurisprudencial. Tal falha foi corrigida no CPC/2015, na medida em que o artigo 371 deste último diploma estabelece, com tintas

fortes, que o juiz apreciará a prova constante dos autos, “independentemente do sujeito que a tiver promovido” (tratando, assim, do ônus objetivo), cabendo-lhe indicar na decisão as razões da formação do seu convencimento. Quanto ao ônus subjetivo da prova, pelo menos na perspectiva estática ele está distribuído, como já visto na parte introdutória do presente estudo, nos artigos 818 da CLT e 373, I e II, do CPC/2015.

3 DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA DO ÔNUS DA PROVA

Na perspectiva estática, atualmente, seja em função do disposto na CLT ou no CPC, ao autor se impõe provar o fato constitutivo do seu direito e ao réu incumbe demonstrar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito daquele primeiro.

Fato constitutivo do direito do autor, como se sabe, é aquele que, uma vez provado, a princípio garantirá a ele o êxito na demanda. Fato impeditivo do direito do autor, por sua vez, será aquela circunstância especial, em regra de origem legal, capaz de deduzir efeitos do fato constitutivo. Fato extintivo, de outra senda, é aquele que extermina um direito preexistente. Fato modificativo, finalmente, é o evento que permuta as consequências jurídicas do fato constitutivo do direito do autor².

Imagine-se, pois, que o autor se diga ex empregado de uma empresa, postulando, em consequência, a anotação da sua CTPS. Em defesa o réu nega a condição de empregado do trabalhador, cingindo-se a asseverar que

2 Vide, para aprofundamento das definições, inclusive com fatis exemplificação, CESÁRIO, João Humberto. Provas no processo do trabalho: de acordo com o novo código de processo civil. Cuiabá: JHC, 2015, p. 110 et seq.

ele jamais prestara a seu favor qualquer tipo de serviço. Nessa situação hipotética o ônus da prova incumbiria ao trabalhador, na medida em que este alegara como fundamento do seu direito a condição de empregado da empresa, sendo certo que esta última se restringira a negar o fato, eximindo-se de trazer à tona qualquer outro que fosse impeditivo, extintivo ou modificativo do pretense direito obreiro.

Situação diferente seria se o trabalhador continuasse a se dizer empregado da empresa, mas o empresário, admitindo a prestação de trabalho, negasse a sua condição jurídica de empregado, argumentando, para tanto, que o obreiro teria meramente trabalhado na condição de autônomo, jamais recebendo ordens, não estando adstrito ao requisito da pessoalidade. Nesse caso o reclamado teria admitido pelo menos em parte o fato constitutivo do direito do autor, qual seja, a prestação de serviços, mas a ele teria somado outro de natureza impeditiva, consistente na execução autônoma de serviços, razão pela qual o ônus da prova a ele pertenceria.

Conceba-se, por outra vertente, que determinado empregado ajuíze ação trabalhista fundada na ocorrência de acidente de trabalho, por via da qual persiga indenização por danos materiais, morais e estéticos. Se o empregador se limitar a negar a ocorrência do infortúnio, o objeto da prova será o acontecimento em si considerado, competindo o ônus da prova ao reclamante, por ser este o fato constitutivo do seu direito. De outro tanto, se o empregador admitir a existência do evento, mas alegar que ele foi gerado por culpa exclusiva da vítima, esta - a culpa exclusiva da vítima - passará a ser o objeto da prova, razão pela qual o encargo probatório incumbirá ao reclamado que fundou

sua defesa em fato impeditivo do direito almejado na primígena.

Avente-se, ademais, que certo empregado tenha ajuizado reclamação para pleitear equiparação salarial, apontando como paradigma um colega de trabalho (artigo 461, *caput*, da CLT). Nesta conjuntura, se o empregador arrimar sua defesa na alegação de que os respectivos trabalhos - do reclamante e do paradigma - não tinham o mesmo valor (§ 1º do artigo 461 da CLT), atrairá para si a carga probante, vez que terá verberado fato impeditivo do direito do autor (S. 6, VIII, do TST).

Idealize-se, por fim, que o empregado assevere na inicial que foi imotivadamente dispensado, mas não recebeu as verbas rescisórias de direito, postulando-as na sequência. Em resposta, a vindicada reconhece a dispensa, mas alega que ela se deu por justa causa (artigo 482, “a”, da CLT), motivo pelo qual não faz jus às rescisórias postuladas. Em tal hipótese, a contestação, lastreada que estava em fato impeditivo do direito do autor, acabou por dirigir à reclamada o ônus da prova.

Os exemplos, por suposto, são inesgotáveis. O fundamental é que o juslaboralista apreenda meticulosamente os conceitos de fato constitutivo, impeditivo, extintivo e modificativo do direito do autor, para que caso a caso se guie com segurança sobre o tema.

4 DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA: O PRINCÍPIO DA APTIDÃO PARA A PROVA E A INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO NO PROCESSO DO TRABALHO

É fundamental saber que relativamente à distribuição do ônus da prova a legislação de

regência a princípio traça diretrizes estáticas para a orientação dos atores processuais. Porém, a atenuação dessas diretivas rígidas, fundada no princípio da aptidão para a prova, vem a cada dia ganhando destaque no Poder Judiciário, tendo atingido com o advento do CPC de 2015 e a CLT reformada de 2017 o seu apogeu legislativo.

Ao contrário do que se possa imaginar, o princípio da aptidão para a prova, do qual decorre a técnica de inversão do encargo probatório, não se trata de tema novo na doutrina. Transcrevemos, para comprovar o asseverado, a lição do processualista italiano Francesco Carnelutti, extraída da sua clássica obra Sistema de Direito Processual Civil:

“Quando a parte se encontrar em condições de poder (materialmente) facilitar a prova, basta para assegurar a disponibilidade da mesma ao juiz, a constituição de um ônus, de tal forma que se não fornecer a prova, o juiz pode ou deve entender contrária à verdade e, da mesma forma, desestimular a afirmação da parte que não a proporcionar, e, correlativamente, entender conforme a verdade, e por isso acolhê-la, à afirmação oposta. A lesão do interesse da parte (interesse em litígio) ameaçada dessa forma atua como estímulo eficaz para a produção da prova. Além disso, a consequência se deduz assim da inatividade da parte fundamenta-se sobre a experiência, e a sentença que se adapta a ela tem maiores possibilidades de ser justa, porque se apesar do estímulo de seu interesse a parte não proporcionar a prova, isto, de acordo com a experiência, dá ensejo para entender que a prova teria sido resolvida em

prejuízo seu.”³

Dessarte, numa perspectiva menos dogmática e mais racional, o Juiz do Trabalho podia em algumas situações emblemáticas, mesmo ao tempo do CPC/1973, atribuir o ônus da prova àquela parte que estivesse em melhores condições de produzi-la, independentemente do balizamento rígido dos vetustos artigos 818 da CLT e 333 do CPC/1973.

Àquele tempo, nem mesmo os positivistas estritos poderiam refutar a óbvia conveniência de adoção pretoriana da conduta em questão. Ocorre que o artigo 6º, VIII, do CDC, elencava (e continua elencando) como um dos direitos básicos do Consumidor 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, fosse verossímil a alegação ou quando fosse ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Naquela ocasião, a questão que importava ser enfrentada era a da aplicabilidade, ou não, da mencionada regra no âmbito do Processo do Trabalho. A resposta era trivial, já que existia quanto ao tema uma notória lacuna axiológica na processualística laboral, que podia e devia ser colmatada pela disposição consumerista.

À guisa de argumentação, ainda que o artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor não existisse ou não pudesse ser aplicado no âmbito processual trabalhista, o princípio da aptidão para a prova com o seu consectário da inversão do encargo probatório poderia ser reverenciado pelo Juiz do Trabalho

por força do disposto no artigo 5º, XXXV, da CRFB, que preconiza o direito de todos terem acesso não apenas formal, mas sobretudo substancial ao Poder Judiciário. Colhemos, a propósito, as notáveis palavras de Eduardo Cambi, que embora não tenham sido escritas com os olhos pousados na realidade trabalhista, calham justas à hipótese:

“O legislador brasileiro, com auxílio do juiz, tem se valido desta técnica, tal como prevê o artigo 6º, VIII, do CDC. Entretanto, essa técnica pode ser utilizada pelo juiz, desde que haja critérios para estabelecer uma discriminação justa, mesmo na ausência de uma lei que expressamente consagre a inversão do ônus da prova, por se tratar de um modo de concretização do princípio constitucional da isonomia, em sentido substancial, e de efetivação da garantia constitucional do contraditório.”⁴

Trazendo a discussão para o presente, podemos dizer que todas essas conclusões ganham indisfarçável reforço legislativo quando percebemos que o CPC/2015 encampou expressamente no seu interior, mais especificamente nos §§ 1º e 2º do seu artigo 373, o postulado da distribuição dinâmica do ônus da prova. Além disso, como já visto, para não deixar margem a dúvidas, a lei nº 13.467-2017 reformou a CLT, para, no pertinente, adotar a visão civilista. Aceita, seja legal ou doutrinariamente, a incidência da inversão probatória no Processo do Trabalho,

3 CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. Vol. II. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 556 e 557.

4 CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 134.

resta assentar as condições básicas do seu aproveitamento.

Iniciando a resposta para o tema proposto, o artigo 6º, VIII, do CDC esclarece que para a inversão do ônus da prova o juiz deverá, segundo as regras ordinárias de experiências, tomar a alegação da parte por verossímil ou enquadrá-la como hipossuficiente.

Na esteira de tal disposição, tanto o § 1º do artigo 373 do CPC/2015, quanto o § 1º do artigo 818 da CLT, estatuem que nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo (previsto estaticamente nos artigos 373, I e II, do CPC/2015 e 818, I e II, da CLT) ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. Sobreleva realçar, por importante, que de acordo com o § 2º do artigo 373 do CPC/2015 e com o § 3º do artigo 818 da CLT, a decisão de inversão não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Assim é que da combinação sinérgica dos artigos 6º, VIII do CDC, 373, §§ 1º e 2º do CPC/2015 e 818, §§ 1º e 3º da CLT, estão fincadas as balizas para a correta adoção pretoriana da técnica processual em estudo, que serão de agora em diante estudadas em tópicos apartados para fins pedagógicos.

4.1 A ALEGAÇÃO DA PARTE QUE A PRINCÍPIO RESPONDE ESTATICAMENTE PELO ÔNUS DE PROVAR DEVERÁ SER VEROSSÍMIL OU ELA DEVERÁ SER TIDA POR HIPOSSUFICIENTE

De acordo com o disposto no artigo 6º, VIII, do CDC, como já visto, para que o ônus da prova seja invertido, o juiz deverá, segundo as regras ordinárias de experiências, tomar a alegação da parte por verossímil ou enquadrá-la como hipossuficiente. É de se discutir, nesse contexto, o que se deve entender por regras ordinárias de experiências, verossimilhança e hipossuficiência.

Segundo o artigo 375 do CPC/2015 o juiz aplicará, no exercício das suas funções jurisdicionais, as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial. Tal preceito não passa da tradução legal da antiga máxima de que o ordinário se presume e o extraordinário se comprova.

As regras da experiência comum povoam a cabeça do julgador, que, com o correr dos tempos, estribado na sua experiência pessoal e profissional, adquire uma percepção bastante sensível e apurada da maneira como os fatos do cotidiano trabalhista se desenrolam.

Já as regras da experiência técnica, muito embora a rigor não se insiram no universo cognitivo do julgador, geralmente formado somente em direito, podem ser apreendidas pela repetição de casos corriqueiros como aqueles relativos a insalubridade, periculosidade ou redução da capacidade laborativa do trabalhador, ressalvada, sempre, a colaboração de um perito da área, cuja

atividade será imprescindível para que a causa seja adequadamente solucionada. Sintetizando, quando a matéria depender de prova técnica, o fundamental para o desate do imbróglio será a realização de perícia, podendo as máximas da experiência técnica apreendidas pelo magistrado no exercício da sua profissão ser utilizadas concomitantemente, até mesmo para fins de inversão do ônus da prova.

De sua vez, a verossimilhança deve considerar, entre outros requisitos: a) o valor do bem jurídico ameaçado de lesão; b) a dificuldade de se provar a alegação; c) a credibilidade, de acordo com as regras de experiência, da alegação⁵.

Por óbvio, a verossimilhança não deve se assentar em um juízo absoluto de verdade, até porque este é impossível de ser alcançado na sua máxima complexidade, ainda que em procedimento de cognição exauriente. Aliás, se a verossimilhança é um elemento de inversão do ônus da prova, é porque ela não se mostra plena enquanto critério de verdade. Deve provir, portanto, da confiabilidade da arguição, lastreada, no mais das vezes, nas máximas da experiência, subministradas pelo que ordinariamente acontece.

A hipossuficiência, ao contrário do que possa parecer à primeira vista, não se trata de um conceito propriamente econômico, sendo relativo, no contexto probatório, à fragilidade probante daquele a quem incumbiria, a princípio, dar a prova em juízo. Não podemos fechar os olhos, entretanto, para o fato de que não raro a hipossuficiência econômica

afetará a capacidade comprobatória do agente, que reprimido pelas vicissitudes financeiras experimentadas ao longo da vida, nem sempre possuirá condições de carrear a juízo um acervo consistente de provas.

Percebe-se, nessa perspectiva, que a inversão do ônus da prova é uma técnica capaz de dar vida ao princípio da paridade de armas probatórias no interior do processo. Não é por outra razão, aliás, que o professor Eduardo Cambi esclarece que *“a inversão do ônus da prova é uma técnica que visa proteger (...) a parte que, na relação jurídica substancial, está em posição de desigualdade, sendo a parte mais vulnerável (v.g., nas relações de trabalho subordinado)”*⁶, sendo certo, porém, que ela *“não se restringe aos aspectos econômicos, mas também devem ser ponderados alguns fatores, tais como acesso às informações, grau de escolaridade, poder de associação e posição social”*⁷.

4.2 A PROVA DAQUELE QUE DETÉM ESTATICAMENTE O ÔNUS PROBATÓRIO DEVE SER DE DIFÍCIL PRODUÇÃO, AO PASSO QUE A PROVA DA PARTE CONTRÁRIA DEVE SER VEICULAÇÃO MAIS SIMPLES

Aqui há de se enfatizar, trazendo o debate desde logo para o campo do Processo do Trabalho, que a utilização da inversão do ônus da prova na processualística laboral baseia-se, no mais das vezes, na constatação de que o empregador, em virtude de deter na relação de emprego os poderes de direção e de fiscalização, possui a obrigação de previamente

5 Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de processo civil comentado artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 271.

6 CAMBI, Eduardo. Curso de direito probatório. Curitiba: Juruá, 2014, p.169

7 CAMBI, Eduardo. Ibid. p.174.

constituir provas do desvencilhamento das obrigações laborais a que esteja jungido.

Assim, não é raro que ocorram situações no cotidiano forense trabalhista que a prova a princípio atribuível ao empregado seja de difícil, improvável ou mesmo impossível (*probatio diabolica*), ao passo que a contraprova do empregador é de fácil realização, na medida em que ele possui em suas mãos o chamado poder empregatício, que se divide em poder diretivo, poder regulamentar, poder fiscalizatório, poder disciplinar e poder de documentação. Em situações que tais, não há dúvida de que a técnica da inversão probatória deve ser utilizada pelo julgador.

Devidamente apresentadas essas imprescindíveis premissas, é chegado o momento de trazer a lume alguns exemplos jurisprudenciais de inversão do ônus da prova no Processo do Trabalho. Dois dos mais eloquentes deles estão catalogados nos incisos I e III da Súmula 338 do TST, a saber:

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.

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.

No primeiro caso, ainda que o réu se restrinja a negar o fato constitutivo do direito

do autor, qual seja, a jornada por ele alegada na petição inicial, não se preocupando em esgrimir outro que seja impeditivo, extintivo ou modificativo do interesse obreiro, deixando de trazer para os autos, caso mantenha mais de dez empregados, os cartões de ponto alusivos à jornada praticada pelo trabalhador, o ônus da prova lhe será dirigido por inversão típica.

Consoante pontuado pouco atrás, a utilização da técnica de repartição dinâmica do ônus da prova no Processo do Trabalho geralmente se baseia nos poderes de direção e de fiscalização que o Direito do Trabalho atribui ao empregador, situação essa que lhe impõe a obrigação a preconstituir provas, principalmente em uma situação dessa natureza, na qual o seu dever está expresso § 2º do artigo 74 da CLT. Desse modo, diante da notória aptidão do reclamado para a produção da prova, o encargo probatório ser-lhe-á direcionado, prevalecendo, caso dele não se desincumba, a jornada articulada na primígena (desde que ela, naturalmente, seja verossímil, consoante exige o artigo 6º, VIII, do CDC).

Já na segunda hipótese, a jurisprudência parte da premissa de que um cartão de ponto contendo anotação invariável de jornada não se mostra digno de credibilidade, vez que as máximas da experiência, subministradas pelo que ordinariamente acontece, eloquentemente indicam que tais anotações sejam fraudulentas, apenas se prestando a sobreporem formas à realidade, em manifesta afronta a um dos mais reverenciados princípios de Direito Material do Trabalho.

Imagine-se, por outro lado, o caso de um trabalhador que depois de trabalhar anos a fio em uma mina de extração de amianto, se veja acometido por neoplasia maligna no

pulmão. Em uma situação como essa, não há como se pensar de modo diferente, a não ser para se compreender, inclusive com fulcro no artigo 21-A da Lei 8.213-9, que existe um nexo técnico epidemiológico, constatável por simples simbiose estatística, entre o trabalho realizado e o agravo experimentado.

Em assim sendo, uma eventual alegação contida na petição inicial de que o câncer foi desenvolvido por causa da atividade desenvolvida na mina de amianto, por ser absolutamente verossímil, conduz à inexorável inversão do ônus da prova, competindo ao empregador, que explora um setor econômico de risco inescandível, o qual inclusive já devastou cidades inteiras na Europa⁸, o ônus de provar, por exemplo, que o trabalhador era um consumidor inveterado de tabaco ou, por via de prova pericial, um tanto mais sofisticada é bem verdade, que havia predisposição genética do empregado para o desenvolvimento da enfermidade. Nesse sentido, embora tratando de outra doença, a jurisprudência da Seção de Dissídios Individuais 1 do Tribunal Superior do Trabalho, que mesmo longa merece reprodução integral devido a sua riqueza de detalhes:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR PELOS DANOS MORAIS DECORRENTES DE DOENÇA OCUPACIONAL PROFISSIONAL DIAGNOSTICADA COMO LER/DORT DE QUE FOI VÍTIMA A EMPREGADA QUANDO DESENVOLVIA A ATIVIDADE DE DIGITADORA – CULPA PRESUMIDA – INDENIZAÇÃO. As doenças ocupacionais são as enfermidades

ocasionadas pela execução do trabalho, “seja pela atividade em si, seja pelas condições ambientais”. No Brasil, o legislador equiparou, para fins de proteção ao trabalho, a doença ocupacional ao acidente do trabalho. Nos termos do artigo 20 da Lei nº 8.213/91, as doenças ocupacionais, são subdivididas em doenças profissionais e doenças do trabalho. Da leitura do referido diploma legal, extrai-se que as doenças profissionais são enfermidades próprias de algumas atividades, peculiares a determinadas profissões, e são reconhecidas como tais pela Previdência Social. Decorrem do risco da atividade, ou seja, da própria função exercida pelo empregado. As doenças do trabalho, por sua vez, são aquelas que podem ser adquiridas ou desencadeadas pelas condições ocupacionais inadequadas em que o trabalho é realizado, expondo o trabalhador a agentes nocivos. Tais doenças não são próprias de determinadas atividades profissionais, mas são consideradas como acidentes do trabalho em virtude da equiparação feita pela lei. Na hipótese dos autos, é incontroverso que a autora, que exercia a atividade de digitadora, foi acometida por doença ocupacional do grupo LER/DORT. A partir dos conceitos legais estabelecidos no artigo 20 da Lei nº 8.213/91, a doutrina vem atrelando a LER/DORT ao conceito de doença profissional quando afirma que essas doenças são “afecções, perturbações funcionais, lesões agudas ou crônicas de quem podem se vitimar os trabalhadores, por força da atividade, de um trabalho ou profissão”. No caso vertente, portanto, o que se está examinando é a responsabilidade do empregador em hipótese em que o empregado apresenta lesões crônicas em decorrência de doença classificada

⁸ Indicamos a leitura de ROSSI, Giampiero. A lã da salamandra: a verdadeira história da catástrofe do amianto em Casale Monferrato. São Paulo: Instituto José Luís e Rosa Sundermann, 2010.

como LER/DORT, resultante do exercício da atividade profissional. É certo que a obrigação de indenizar os danos morais e/ou materiais causados por doenças do trabalho surge para o empregador quando presentes os pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam: o dano causado ao empregado, o ato culposo ou doloso praticado pelo empregador e o nexo causal da ocorrência com o trabalho. Desse modo, a indenização devida pelo empregador em casos de doença profissional pressupõe sempre a sua conduta dolosa ou culposa por violação de dever imposto por lei ou descumprimento de um dever genérico ou um dever jurídico ou obrigação socialmente exigível e esperada, fundando-se a responsabilidade no artigo 927 do Código Civil. Todavia, no caso dos autos, não foi delineado o quadro fático preciso, quanto à ocorrência ou não de efetiva prática ilícita causadora do dano, atendo-se o Tribunal Regional a considerar a possibilidade de reconhecer-se a responsabilidade objetiva. Em contrapartida, entendo ser possível presumir-se a culpa do empregador no presente caso, eis que o quadro fático autoriza o entendimento de que existe uma presunção de culpa do empregador, advinda do fato de que o exercício da função desempenhada pelo empregado originou a doença profissional, já que evidenciada a exposição do empregado a serviços repetitivos e contínuos quando do desempenho de suas funções (digitação de documentos). De acordo com a teoria da presunção de culpa, inverte-se o ônus da prova em favor da vítima, presumindo-se a culpa do empregador no evento danoso, salvo prova em sentido contrário. No caso, desse ônus o reclamado não se desincumbiu,

porquanto não produziu qualquer prova que demonstrasse que ele proporcionou ao empregado condições seguras de trabalho, já que ele tem como obrigação cumprir as normas relativas à saúde do trabalhador, bem como fiscalizar se o desempenho de suas funções estão, na prática, obedecendo a essas orientações. Assim, restando caracterizados o dano, o nexo de causalidade e a culpa do empregador, permanece o dever de reparação moral. Recurso de embargos conhecido e desprovido.⁹

Pense-se, outrossim, na hipótese em que um empregado portador de doença grave, geradora de estigma ou preconceito, como, v.g., a AIDS, seja dispensado injustificadamente do trabalho e pleiteie a reintegração no emprego. Nesse caso, de acordo com a Súmula 443 do TST, a dispensa presume-se discriminatória. Logo, por ser manifestamente verossímil, o empregado não está obrigado a comprovar o fato constitutivo capaz de justificar o seu retorno ao trabalho, impondo-se, de tal arte, a inversão do ônus da prova, a fim de que o empregador elida a presunção relativa existente no caso, demonstrando, por exemplo, que a dispensa não foi arbitrária, tendo na realidade se fundado em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro (aplicação analógica do artigo 165 da CLT).

Refleta-se, finalmente, sobre uma situação mais que corriqueira na Justiça do Trabalho, na qual se discute se o empregado necessita de vale-transporte para se deslocar da residência até o local de realização do trabalho.

9 TST - E-RR 80500-83.2007.5.04.0030, Ac. SDI-1 - Rel. Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho - Red. Min. Renato de Lacerda Paiva – Publicado em 17/05/2013.

Compreendia-se, ao tempo da OJ 215 da SDI-1 do TST, que era do empregado, por ser fato constitutivo do seu direito, o ônus de comprovar a satisfação dos requisitos indispensáveis à obtenção do benefício em questão.

Nada obstante, o fato é que a SBDI I do TST cancelou o aludido verbete na data de 25.04.2011, demonstrando, com tal comportamento, que incide à espécie a técnica da inversão do ônus da prova. Ocorre que como já vimos, o ordinário se presume e o extraordinário se comprova. Não há dúvidas, à luz do antedito apotegma, que principalmente nos grandes centros urbanos, a regra geral é que o empregado necessita do vale-transporte, sendo exceção a sua desnecessidade. Nesse diapasão, é absolutamente normal que a prova deva ser dada pelo empregador, que por via de tecnologias simples e acessíveis como o *google maps*, pode demonstrar com facilidade, por exemplo, que o empregado morava tão perto do emprego, que poderia ir andando até o trabalho. Nesse sentido, a súmula nº 460 não mais deixa margem para dúvidas, ao enunciar expressamente 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.

Inúmeros outros exemplos poderiam ser apresentados. O fundamental nessa matéria, entretanto, é que o juslaboralista tenha em mente que a técnica de inversão do ônus da prova almeja transportar o processo do campo da igualdade formal para o da isonomia substancial, protegendo no plano prático, em honra dos princípios do contraditório e da paridade de armas probatórias, o interesse daquele que teria especial dificuldade em

provar o seu direito.

4.3 DA INVERSÃO NÃO PODE RESULTAR UMA PROVA IMPOSSÍVEL OU EXCESSIVAMENTE DIFÍCIL PARA A PARTE (*PROBATIO DIABOLICA*)

Como já vimos, para que haja a inversão do ônus da prova, são necessários os seguintes requisitos: a) a alegação da parte que responde estaticamente pelo ônus de provar deverá ser verossímil ou ela deverá ser tida por hipossuficiente; b) a prova daquele que detém estaticamente o ônus probatório deve ser de difícil produção, enquanto que a prova da parte contrária deve ser veiculação mais simples.

Por corolário desta última regra, resta claro que até mesmo em virtude do princípio da paridade de armas probatórias, da inversão não poderá resultar um ônus diabólico para aquele a quem se atribuir dinamicamente o encargo de provar. É justamente por isso que o § 2º do artigo 373 do CPC/2015 bem como o § 3º do artigo 818 da CLT, ambos laborando no terreno de manifesta obviedade, se preocuparam em estatuir que a decisão de inversão do ônus da prova não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Imagine-se a seguinte hipótese, mais que corriqueira na Justiça do Trabalho, na qual o autor alega a percepção de salário não contabilizado, postulando, em decorrência, os seus reflexos em horas extras, aviso prévio, 13º salários, férias + 1/3 e FGTS + 40%. Nesse caso, o Juiz do Trabalho se vê diante de uma situação paradoxal, já que ainda que a alegação da inicial seja verossímil (tendo em conta, por exemplo, os salários praticados no mercado) e que a prova do autor seja extremamente difícil (já que

aqueles que pagam salário marginal não deixam rastros contábeis, bancários ou testemunhais da prática), ele não poderá pura e simplesmente inverter o ônus da prova, já que se ele assim o fizesse, dirigiria uma prova diabólica ao réu, consistente no encargo de provar fato negativo (o não pagamento de salário 'por fora').

Nesse caso, o ônus da prova continuará sendo do autor, que por força da distribuição estática prevista nos artigos 373, I, do CPC/2015 e 818, I, da CLT, deverá comprovar o fato constitutivo do seu direito, qual seja, a percepção de salário não contabilizado. Vale adiantar, contudo, que o uma situação como essa abrirá margem para a incidência da técnica de redução do módulo da prova no Processo do Trabalho brasileiro, cujos pormenores estão apresentados no nosso livro *Provas no processo do trabalho: de acordo com o novo código de processo civil*¹⁰.

5 MOMENTO PROCESSUAL DA REPARTIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

É chegada a ocasião, uma vez explicadas as regras de distribuição estática e dinâmica do ônus da prova, de estudarmos um tema de altíssima indagação no direito processual, que diz respeito ao momento em que o juiz deve distribuir o encargo probatório; se durante a instrução ou no momento do julgamento.

Não há como negar que a distribuição do ônus da prova possui duplice escopo. Ao mesmo tempo em que é uma regra de instrução, sendo, pois, um indicativo aos litigantes quanto às provas que devam produzir, é também um sistema de julgamento, servindo como

ferramenta para que o magistrado decida, principalmente naqueles contextos em que não houve prova convincente. Mas a grande questão a ser agora respondida, como já enfatizado, é a do momento processual em que o juiz deverá se pronunciar sobre o tema.

O CPC/1973 não obrigava o julgador a orientar previamente os litigantes quanto às provas que pesavam sobre os seus ombros. Tanto é assim, que o artigo 451 do CPC/1973 se limitava a dizer que, ao iniciar a instrução, o magistrado, ouvidas as partes, deveria apenas fixar os pontos controvertidos sobre os quais a prova incidiria. Tal diretiva, naturalmente, se devia ao fato de que o CPC/1973 somente trabalhava com a perspectiva da distribuição estática do ônus da prova, sendo de se esperar que a parte assistida por advogado soubesse da prova que por imposição legal estava obrigada a dar.

Mesmo àquele tempo, a questão no nosso ponto de vista já era um tanto mais complexa¹¹, merecendo assim tratamento cuidadoso, vez que não é de hoje que a distribuição dinâmica vem se sobrepondo à repartição estática do encargo probatório. Já pensávamos desde então, que principalmente quando o juiz tomasse a iniciativa de inverter o ônus da prova, deveria alertar as partes no ato da audiência, inclusive fundamentando, ainda que de modo conciso, o seu ponto de vista (artigo 93, IX, da CRFB), de modo a prestigiar o mais amplo direito de defesa dos contendores.

Tal perspectiva, para o nosso júbilo, foi expressamente consagrada pelo CPC/2015, que preconiza no seu artigo 373, § 1º, parte final,

11 Vide, quanto ao afirmado, CESÁRIO, João Humberto. *Provas e recursos no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010, p.50 e 51.

10 CESÁRIO, João Humberto. Op. cit. p. 150 et seq.

que quando o juiz atribuir a prova de modo diverso do legalmente previsto, deverá fazê-lo por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído, fazendo-o, naturalmente, pela via da advertência prévia, evitando, assim, surpresas que somente se revelariam por ocasião da sentença¹².

Seguindo a diretriz civilista, a parte inicial do § 2º do artigo 818 da CLT, inserido no corpo do aludido diploma legal por força da lei nº 13.467-2017, revela-se capaz de espantar qualquer dúvida sobre o tema no Processo do Trabalho, já que a sua inteligência preconiza que a decisão de inversão deverá ser proferida antes da abertura da instrução.

Tal diretiva, contudo, será capaz de em alguma medida retardar a prestação jurisdicional trabalhista, vez que a parte final do prefalado § 2º do artigo 818 da CLT ressalva que, a requerimento do interessado, eventual inversão probatória implicará o adiamento da audiência, a fim de que o novo destinatário da prova, sem surpresas ou sobressaltos, se desvencilhe do encargo que passou a pesar sobre os seus ombros, podendo, com efeito, provar os fatos por qualquer meio em direito admitido.

Diante das peculiaridades do problema detectado no parágrafo anterior, que em última análise coloca em rota de colisão os princípios constitucionais do contraditório e do devido processo sem dilações excessivas, dele trataremos a seguir em tópico apartado.

12 Note-se, aliás, na dicção civilista até mesmo quando o juiz não inverte o ônus da prova, ele deve distribuí-lo previamente, na decisão de saneamento, consoante determina o artigo 357, III, do CPC/2015.

6 A PRODUÇÃO DE PROVAS NO CASO DE INVERSÃO DO ENCARGO PROBATÓRIO E O ADIAMENTO DA AUDIÊNCIA: POSSIBILIDADE DE HARMONIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Como já indicado no tópico precedente, o § 2º do artigo 818 da CLT estabelece que a inversão do ônus da prova, ocorrida dinamicamente antes da abertura da instrução, possibilitará que o interessado requeira o adiamento da audiência.

Tal disposição, obviamente, possui arrimo na vedação da surpresa, que é um princípio previsto genericamente no artigo 10 do CPC/2015 como norma fundamental do processo. Dito de outro modo, o aludido preceito almeja evitar que um litigante fique privado do contraditório e da ampla defesa, naquelas circunstâncias em que não tenha trazido uma prova para audiência, acreditando, de boa-fé, que estaticamente o encargo probatório pertencia à parte contrária.

Em que pese a correta intenção da regra enfocada, não é difícil imaginar que ela poderá ser usada como um poderoso mecanismo de procrastinação da prestação jurisdicional. Cumpre ao magistrado, com efeito, buscar uma solução de conformação do procedimento, que sem desprestigiar a vedação da surpresa, seja capaz de garantir, harmonicamente, o contraditório, a ampla defesa e a razoável duração do processo. Pelo menos duas soluções, na nossa visão, serão capazes de viabilizar o alcance do objetivo colimado.

Na primeira delas, por exemplo, principalmente nas ações de rito ordinário, onde comumente ocorre a fragmentação da audiência (ainda que ao arripio da literalidade do artigo 849 da CLT), poderá o magistrado,

em achando viável, inspirado no artigo 357, II e III, do CPC/2015, proferir após a réplica do autor uma breve decisão de saneamento e organização do processo, na qual, entre outras coisas, delimitará as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos, definindo, ademais, a distribuição do ônus da prova. Assim, uma vez intimadas as partes com a necessária antecedência da mencionada decisão, não poderiam elas requerer, senão desnudando a má-fé objetiva com que agiriam, a redesignação da sessão instrutória, sob a alegação de que teriam sido apanhadas de surpresa.

Por outro lado, caso o juiz venha a compreender que a prolação de um despacho saneador seja hábil a aumentar para além do razoável o serviço interno da sua secretaria, poderá adotar uma outra solução de contorno, como, por exemplo, a de cientificar as partes, já na expedição da notificação para a audiência, aquelas circunstâncias que imporiam a inversão do ônus da prova, como, por exemplo, as de há muito catalogadas na súmula 338 do Tribunal Superior do Trabalho. Tal estratégia, simples e eficiente, sem dúvida seria capaz de harmonizar os princípios do contraditório e do devido processo sem dilações indevidas.

7 SÍNTESES CONCLUSIVAS

Uma vez apresentado um trabalho, é sempre saudável veicularmos em tópicos algumas sínteses conclusivas:

- A redação original do artigo 818 da CLT, por ser extremamente lacônica, não disciplinava a contento o ônus da prova no Processo do Trabalho. Assim,

ao tempo do CPC/1973 era aplicado à processualística laboral o artigo 333 do mencionado código. Atualmente, diante da sua melhor construção, o artigo 373 do CP/2015 tem sido usado na jurisdição trabalhista. Atenta a tal fato, a legislação reformadora atribuiu nova redação ao artigo 818 da CLT, que, na sua essência, incorporou a disciplina normativa do artigo 373 do CPC/2015;

- O ônus subjetivo da prova se destina aos litigantes, antecipando os fatos relevantes e controvertidos que cada um deles deverá comprovar. Por outro lado, o ônus objetivo da prova se liga à atividade do magistrado, que apreciará as provas produzidas nos autos, independentemente de qual dos litigantes a tenha fabricado;

- Na perspectiva estática, o autor deve provar o fato constitutivo do seu direito, ao passo que o réu deve provar o fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do autor;

- Atualmente, tanto o § 1º do artigo 373 do CPC/2015, quanto o § 1º do artigo 818 da CLT (na redação reformada), estatuem que nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo (previsto estaticamente nos artigos 373, I e II, do CPC/2015 e 818, I e II, da CLT) ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir dinamicamente o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada;

- A decisão de inversão deverá ser

proferida antes da abertura da instrução, sendo certo, porém, que o § 2º do artigo 818 da CLT ressalva que, a requerimento do interessado, eventual inversão probatória implicará o adiamento da audiência, a fim de que o novo destinatário da prova, sem surpresas ou sobressaltos, se desvencilhe do encargo que passou a pesar sobre os seus ombros;

- Em que pese a correta intenção da regra enfocada, não é difícil imaginar que ela poderá ser usada como um mecanismo de procrastinação da prestação jurisdicional, cumprindo ao magistrado, com efeito, buscar uma solução de conformação do procedimento, que sem desprestigiar a vedação da surpresa, seja capaz de garantir, harmonicamente, o contraditório, a ampla defesa e a razoável duração do processo.

- Tais soluções adviriam, por exemplo, da prolação de um despacho saneador prévio, que, entre outras coisas, deliberaria sobre a distribuição do ônus da prova, de modo que as partes, uma vez intimadas, viriam para audiência sabendo, de antemão, sobre quais fatos deveriam provar. Caso o juiz entenda tal procedimento como contraproducente do ponto de vista da organização dos serviços da sua secretaria, poderia, alternativamente, cientificar as partes, já na expedição da notificação para a audiência, sobre aquelas circunstâncias que imporiam a inversão do ônus da prova.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMBI, Eduardo. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá, 2014.

_____. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Vol. II. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000.

CESÁRIO, João Humberto. *Provas e recursos no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

_____. *Provas no processo do trabalho: de acordo com o novo código de processo civil*. Cuiabá: JHC, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ROSSI, Giampiero. *A lã da salamandra: a verdadeira história da catástrofe do amianto em Casale Monferrato*. São Paulo: Instituto José Luís e Rosa Sundermann, 2010.

Publicado originalmente no livro “Direito Processual do Trabalho - Novos Rumos. Gilberto Carlos Maistro Junior; Juliane Dias Facó. Organizadores. Editora Foco; 1ª edição. 2019”.