

A FLEXIBILIZAÇÃO DO ÔNUS PROCESSUAL PELO PRINCÍPIO DA APTIDÃO DA PROVA

Bruna de Sá Araújo

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. CONTEXTUALIZANDO O ÔNUS DA PROVA. 2. ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO. 3. A FLEXIBILIZAÇÃO DO ÔNUS PROCESSUAL PELO PRINCÍPIO DA APTIDÃO DA PROVA. CONCLUSÕES. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

A distribuição do ônus da prova no processo civil e trabalhista seguiam de forma estática e abstrata em nosso ordenamento jurídico, malgrado as peculiaridades de cada caso concreto, segundo o CPC de 1973 e a CLT de 1943, respectivamente.

Assim, tanto autor quanto réu tinha por definidas suas matérias de prova, o que, em algumas situações, poderia beneficiar uma parte e prejudicar outra, pois, constituindo-se tarefa árdua para a parte que necessitava produzi-la, poderia com facilidade ser apresentada pela outra, que não tinha interesse

em sua existência jurídica por motivos lógicos.

Desde o início do século XIX, o jurista inglês Jeremy Bentham já manifestava a preocupação em se abrandar a disposição rígida de repartição dos encargos probatórios, visando atribuir a carga da prova àquela parte que pudesse produzi-la com menos inconvenientes. Esse pensamento, contudo, não foi acolhido pela legislação brasileira da época, vindo a ser sistematizado na Alemanha, no início do século XX e, no final do século passado, recepcionado na Argentina, onde é hoje largamente aceito pelos Tribunais com o nome de Doutrina de Las Cargas Probatorias Dinámicas (Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas)¹.

O Código de Processo Civil de 2015 rompeu com a regra tradicional de distribuição do ônus da prova, desenvolvida por Chiovenda, jurista italiano, baseada na posição processual

1 AMBRÓSIO, Graziela. A distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2013, p. 56.



Bruna de Sá Araújo

Advogada, especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo IPOG e pela Universidade Federal de Goiás (UFG), pós-graduanda em Direito Previdenciário pela Fasame Coordenadora do Núcleo de Direito do Trabalho do Instituto de Estudos Avançados em Direito (IEAD).

das partes (autor e réu) e na natureza dos fatos discutidos em juízo (constitutivos, modificativos, extintivos ou impeditivos), adequando esse encargo ao caso concreto, com vistas a uma prestação jurisdicional mais justa e adequada à situação ajuizada.

A jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho e de forma sumulada, o Tribunal Superior do Trabalho, davam indícios de pactuar com a teoria dinâmica do ônus da prova, razão pela qual o posicionamento do Poder Judiciário Trabalhista já caminhava para uma flexibilização do artigo 818 da CLT no Processo do Trabalho.

A prova judiciária é a demonstração da verossimilhança da existência de uma determinada realidade. Como todo direito sustenta-se em fatos, aquele que alega possuir um direito deve, antes de mais nada, demonstrar a existência dos fatos em que tal direito se alicerça. Desta forma, cada pretensão resistida deverá ser apreciada dentro do contexto probatório, consoante o princípio da distribuição do ônus da prova.

Em regra os documentos relativos à relação de emprego permanecem sob a guarda do empregador, haja vista que dele é o ônus de comprovar a maioria dos pedidos trabalhistas. Por conseguinte, atualmente não basta apenas cumprir a legislação trabalhista, ainda mais necessário é documentar o cumprimento fiel destes direitos.

O presente artigo demonstrará que a distribuição do ônus da prova no âmbito laboral evoluiu no decorrer do tempo, ainda que de forma lenta. Partindo de uma contextualização do ônus da prova segundo os principais doutrinadores da área, de forma mais específica abordará o ônus da prova no Processo do Trabalho, e, por fim, discorrerá

sobre a flexibilização do ônus processual pelo princípio da aptidão da prova.

1.CONTEXTUALIZANDO O ÔNUS DA PROVA

Conforme vaticina Nelson Nery Junior², a palavra do latim *onus* significa carga, fardo, peso, gravame. Não existe obrigação que corresponda ao descumprimento do ônus. O não atendimento do ônus de provar coloca a parte em desvantajosa posição para a obtenção do ganho de causa. A produção probatória, o tempo e a forma prescrita em lei são ônus da condição de parte.

Fredie Didier³ destaca que:

Ônus é o encargo cuja inobservância pode colocar o sujeito numa posição de desvantagem. Não é um dever e, por isso, não se pode exigir o seu cumprimento. Normalmente, o sujeito a quem se impõe o ônus tem interesse em observá-lo, justamente para evitar essa situação de desvantagem que pode advir de sua inobservância.

Por conseguinte, o ônus da prova é um encargo atribuído a um sujeito para demonstrar determinadas alegações de fato, sob pena de arcar com a situação de desvantagem advinda da não demonstração do fato.

Parte da doutrina classifica o ônus da prova em subjetivo e objetivo. O ônus da prova

2 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 7. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 614.

3 DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarna; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dosefeitos da tutela. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 106-107.

subjetivo pertence às partes, que tem o ônus de comprovar os fatos que alegam, segundo as regras de distribuição da prova. O ônus da prova objetivo é dirigido ao juiz, posto que se reporta ao raciocínio lógico do julgador no ato de decidir, analisando e valorando as provas.

Daniel Amorim Assumpção⁴ esclarece que são destinatários das regras probatórias as partes e o juiz. Às partes, na medida em que as orienta sobre o que lhes cabe comprovar, pois arcarão com as consequências da ausência ou insuficiência da demonstração dos fatos cuja prova lhes cabia. Por sua vez, também dirige-se ao juiz, pois o instituto é igualmente visto como uma regra de julgamento a ser aplicado pelo juiz no momento de proferir a sentença, quando a prova se mostre insuficiente ou inexistente.

2. ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

A redação originária do art. 818 da CLT estabelecia que “o ônus de provar as alegações incumbe à parte que as fizer”. Esta regra, que tem origem em 1943 e dada a sua excessiva simplicidade, cedeu lugar, não obstante a inexistência de omissão do texto consolidado, à aplicação sistemática do art. 373 do CPC, segundo o qual cabe ao autor a demonstração dos fatos constitutivos do seu direito e ao réu, a dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do alegado direito do autor⁵.

Segundo o art. 3º, VII, da Instrução Normativa n. 39/2016 do TST, que dispôs sobre

4 ASSUMPÇÃO, Daniel Amorim. Manual de direito processual civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 420.

5 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 731.

as normas do Novo CPC aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, aplica-se no Processo do Trabalho a distribuição dinâmica do ônus da prova pelo juiz, sendo vedada a aplicação dos parágrafos terceiro e quarto do mesmo artigo, que previa a inversão do ônus da prova por convenção das partes.

Todavia, a Lei n. 13.467/2017 também conhecida como Reforma Trabalhista, concedeu nova redação ao art. 818 da CLT, que passou a adotar a mesma sistemática do CPC/2015, assim como previu a aplicabilidade da denominada carga dinâmica do ônus da prova.

Com efeito, diversos juristas da Justiça do Trabalho já aplicavam a inversão do ônus da prova com fulcro no art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que apresenta dois grandes fundamentos para a possibilidade da inversão: quando for verossímil a alegação ou quando o autor for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência. Afinal, é exatamente o requisito da hipossuficiência (em regra econômica) do empregado perante seu empregador que autoriza o juiz do trabalho a adotar a inversão do *ônus probandi*.

São exemplos de inversão do ônus da prova, no Processo do Trabalho, os conflitos envolvendo insalubridade, periculosidade, doenças ocupacionais, entre outros. Nesses casos, o empregador possui maiores condições de provar que o ambiente de trabalho é salubre, não é perigoso, já que as Normas Regulamentadoras (NRs) do Ministério do Trabalho (MTb) 15 e 16 preconizam que as empresas que tenham um potencial ambiente de trabalho insalubre e/ou perigoso devem, obrigatoriamente, manter alguns laudos técnicos feitos por profissionais habilitados

da área, como, por exemplo, o PPP (Perfil Profissiográfico Previdenciário), o PPRA (Programa de Prevenção de Riscos Ambientais), o LTCAT (Laudo Técnico das Condições Ambientais de Trabalho), o PCMSO (Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional)⁶.

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho já dava indícios da admissão da inversão do ônus da prova nesta especializada. A Súmula 338, item III, dispõe que os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes (cartões de ponto britânicos) 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. Por sua vez, a Súmula 212 prevê que o ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

Leone Pereira⁷ também aponta que a inversão do ônus da prova encontra respaldo nos princípios do acesso à justiça (facilitação da colheita das provas), na proteção ao trabalhador hipossuficiente, na promoção da legislação trabalhista e social e na aptidão da prova.

Apesar de entendimentos contrários quanto ao momento processual para a inversão do ônus da prova, a linha majoritária entende que o momento processual adequado e correto para que o magistrado proceda a inversão do

ônus da prova é antes da audiência de instrução.

A CLT traz que a decisão fundamentada que determina a distribuição dinâmica do encargo probatório 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 (CLT, art. 818, § 2º), sendo certo que tal decisão não poderá gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil (CLT, art. 818, § 3º).

Leone⁸ ratifica esta linha de entendimento sob a justificativa de que a inversão do ônus da prova é exceção, e não a regra; que este momento processual evitaria surpresas no andamento dos atos processuais, respeitando os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa; e que a inversão do ônus da prova somente na sentença prejudica em muito a produção probatória por parte do reclamado.

3. A FLEXIBILIZAÇÃO DO ÔNUS PROCESSUAL PELO PRINCÍPIO DA APTIDÃO DA PROVA

A distribuição do ônus da prova leva em conta as possibilidades de cada litigante em demonstrar os fatos alegados, conjugados com o que se extrai da experiência e a observação do que ordinariamente acontece. A inversão do ônus da prova é cabível quando a posição processual de uma das partes for apenas defensiva em relação à outra, porque encontra dificuldades de agir em razão de alguma carência. Alegando o réu que a afirmação do autor não é verdadeira ou que carece de

6 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Curso de direito processual do trabalho. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 448.

7 PEREIRA, Leone. Manual de processo do trabalho. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 591.

8 Ibid., p. 592.

correção, atrairá para si o ônus de provar tais alegações. O juiz verificará, em cada caso, a qual das partes incumbia o ônus da prova, decidindo contra aquela sobre a qual recaía esse ônus (ônus objetivo) e dele não se desvencilhou. Pelo princípio da aptidão da prova, a parte dotada de maiores condições de produzir em juízo a prova exigida deve fazê-lo⁹.

Emília Simeão leciona que no processo vigora o princípio segundo o qual aquele que tiver melhores condições e/ou facilidades de produzir a prova deverá fazê-lo (princípio da aptidão da prova), independente de ser o autor ou o réu. Em se tratando de documentos relativos ao contrato de trabalho ou da relação de trabalho, o empregador ou tomador tem o dever legal de mantê-los em seus arquivos pelo prazo que a lei determina; o empregado e o prestador de serviços, não. Assim, quando demandado, é o empregador ou tomador quem deve trazê-los ao processo sempre que forem exigidos, pois tem melhores condições e facilidades para assim agir¹⁰.

Desta forma, não vigora mais na processualística trabalhista a máxima de que “a prova das alegações incumbe à parte que as fizer”. A distribuição do ônus da prova no âmbito laboral evoluiu no decorrer do tempo, preceitua o princípio da aptidão para a prova que deve produzi-la, não necessariamente, quem detenha o ônus segundo os ditames normativos pertinentes, mas a parte com melhores condições de esclarecer a verdade dos fatos em discussão.

9 SAKO, Emília Simeão Albino. A prova no processo do trabalho: os meios de prova e o ônus da prova nas relações de emprego e trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 28-39.

10 Ibid., p. 40-41.

Como, de regra, os documentos relativos à relação de emprego permanecem sob a guarda do empregador, dele é o ônus de comprovar a maioria dos pedidos trabalhistas. Assim, não basta apenas cumprir a legislação trabalhista pertinente, ainda mais importante é documentar o cumprimento fiel de todos os direitos trabalhistas dos empregados.

A redação do artigo 371 do CPC/2015 deixa claro que a prova pertence ao processo, e não à parte que a produz, ao dispor que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido”. Trata-se do princípio da aquisição processual, uma vez produzida a prova, esta pertencerá ao processo, pouco importando a parte que a produziu. Isso se justifica pela finalidade principal da prova, que é a formação do convencimento do magistrado¹¹.

Assim sendo, não se pode permitir que o empregador, detentor da documentação registrada durante o contrato de trabalho, selecione ou oculte elementos que lhe sejam desfavoráveis na elucidação das questões controvertidas.

No entanto, mister ressaltar que a regra não é absoluta, para a aplicação do princípio da aptidão para a prova, com a inversão do encargo probatório em desfavor do empregador, é indispensável que o trabalhador demonstre minimamente a verossimilhança de sua pretensão, afinal, a presunção de veracidade é relativa.

Caso contrário, seria inviável exigir-se da reclamada que, suprindo a total inércia do autor em comprovar o fato constitutivo do direito por ele alegado, produza prova que a ele beneficie.

11 PEREIRA, op. cit., p. 589.

Da interpretação efetiva do estabelecido no inciso LXIII do art. 5º da Constituição da República extrai-se que ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo (*Nemo tenetur se detegere*).

CONCLUSÃO

Demonstrou-se no presente artigo que o ônus da prova é um encargo atribuído a um sujeito para demonstrar determinadas alegações de fato, sob pena de arcar com a situação de desvantagem advinda da não demonstração do fato. Além disto, parte da doutrina classifica o ônus da prova em subjetivo (aquele que pertence às partes) e objetivo (dirigido ao magistrado).

Apesar de dispor sobre o ônus da prova no âmbito do Direito Processual do Trabalho, a redação originária do artigo 818 da CLT, datada de 1943, era simplista e não atingia o alcance necessário para a época presente, de modo que juristas aplicavam o artigo 373 do CPC de forma subsidiária, segundo o qual cabe ao autor a demonstração dos fatos constitutivos do seu direito, e ao réu, a dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do alegado direito do autor.

O Tribunal Superior do Trabalho embasou a aplicação do artigo em comento ao editar a Instrução Normativa nº 39/2016, entretanto, a Corte Superior barrou a possibilidade de inversão do ônus da prova por convenção das partes, considerando que tal regramento não compatibilizava com a regras protetivas que vigoram no Direito do Trabalho, material e processual.

Diversos juristas da Justiça do Trabalho já aplicavam a inversão do ônus da prova com

fulcro no art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), tendo em vista a condição hipossuficiente do empregado, assim como do consumidor.

Contudo, somente em 2017, com a vigência da Lei n. 13.467 também denominada de Reforma Trabalhista, que houve alteração no artigo 818 que trata do ônus da prova no âmbito desta especializada, replicando a literalidade do art. 373 do CPC/2015 e trazendo previsão expressa quanto à distribuição dinâmica do ônus da prova.

Desta maneira, ainda que de forma atrasada, a legislação sobre o ônus da prova no Processo do Trabalho evoluiu no decorrer do tempo para se adequar de forma mais justa às peculiaridades das relações de trabalho/emprego. A comprovação de fatos e direitos unicamente por parte de quem alega - geralmente o empregado - mina suas chances de obter êxito perante a Justiça do Trabalho, de modo que o princípio da aptidão da prova igualou uma relação que manifestamente é desigual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBRÓSIO, Graziela. **A distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013.

ASSUMPÇÃO, Daniel Amorim. **Manual de direito processual civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarna; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão,**

precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 7. ed. São Paulo: RT, 2003.

PEREIRA, Leone. **Manual de processo do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SAKO, Emília Simeão Albino. **A prova no processo do trabalho: os meios de prova e o ônus da prova nas relações de emprego e trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Curso de direito processual do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018.