

**A PROVA NO CPC DE 2015 E NO PROCESSO DO TRABALHO:
A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO E SEUS
QUESTIONAMENTOS***

***PROOF ON CPC 2015 AND LABOR PROCESS:
THE DISTRIBUTION OF THE EVIDENTIARY BURDEN AND THEIR
QUESTIONS***

Rosemary de Oliveira Pires
Ana Cláudia Barbosa Dias*****

RESUMO

O estudo objetiva identificar as alterações introduzidas pelo CPC de 2015, em relação ao de 1973, acerca da distribuição do ônus probatório e sua aplicabilidade no processo do trabalho. Para tanto, parte do conceito de prova e sua finalidade processual, passando para a definição de ônus probatório, com a classificação dos fatos jurídicos em constitutivos, modificativos e extintivos do direito, além de distinguir as teorias da distribuição estática e da distribuição dinâmica desse ônus. A partir dessa análise, e de como o CPC regula o ônus probatório bem como prevê a sua eventual inversão entre as partes do processo, o estudo passa à verificação dos questionamentos quanto aos limites de compatibilidade dessa regulação com o processo trabalhista previsto na CLT.

Palavras-chaves: CPC. CLT. Processo civil. Processo do trabalho. Prova judicial. Ônus probatório. Regras de distribuição e inversão.

SUMÁRIO

- 1 CONCEITOS INICIAIS: O PROCESSO, A PROVA JUDICIAL E OS FATOS JURÍDICOS**
- 2 O ÔNUS PROBATÓRIO: CONCEITO, SUJEITOS A QUEM SE DIRIGE E ORDEM DE DESENCARGO**
- 3 SISTEMAS DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO: ESTÁTICO E DINÂMICO**

* Artigo recebido em 17/10/2016 e aceito em 12/1/2017.

** Desembargadora do TRT 3ª Região. Mestre em Direito Civil e Doutora em Direito do Trabalho pela UFMG. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela PUCMinas. Professora de Direito Material e Processual do Trabalho nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito Milton Campos-MG.

*** Bacharel em Direito pela UFMG. Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Previdenciário pela PUCMinas. Advogada.

4 A COEXISTÊNCIA DOS SISTEMAS DE DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA E DINÂMICA NO PROCESSO DO TRABALHO: APLICAÇÃO LIMITADA DO CPC DE 2015

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS REFERÊNCIAS

1 CONCEITOS INICIAIS: O PROCESSO, A PROVA JUDICIAL E OS FATOS JURÍDICOS

Entre a tutela de um direito objetivado pela ordem jurídica e sua efetividade pela via jurisdicional há dois caminhos distintos e possíveis.

O primeiro se dá com a observância espontânea pela comunidade que, reconhecendo esse direito, garante seu exercício pelo titular, em conformidade com a norma jurídica que o criou.

O segundo, por ausente essa espontaneidade, faz-se com o reconhecimento e o cumprimento do direito pela via coativa, através do processo judicial promovido por aquele que se alega titular e denuncia a violação sofrida.

Poderíamos colocar, além deste último caminho de cumprimento contencioso, os chamados meios alternativos de solução dos conflitos, como a conciliação (que se faz no bojo do processo judicial), além da mediação e da arbitragem (estas realizadas fora dos órgãos jurisdicionais estatais).

Entretanto, limitado nosso objeto, só nos interessa neste estudo a solução de reconhecimento do direito que é promovida no processo judicial, por meio do provimento sentencial de mérito.

É pelo processo de jurisdição contenciosa, que nasce com a pretensão deduzida pelo autor e manifestamente resistida pelo réu por sua defesa apresentada, que se promove a marcha dos outros atos necessários à prolação da sentença, título que, vindo a confirmar o direito alegado, autoriza a execução forçada.

Nesse contexto, é a decisão definitiva de mérito que justifica a existência do processo - seu começo, meio e fim -, cuja efetividade afirmará não apenas o direito subjetivo que lhe é objeto, mas também o próprio ordenamento jurídico que o consagrou e, em última análise, confirmará o Estado Democrático de Direito, no qual toda essa ambiência se faz possível.

Mas, considerando que o processo pressupõe uma resistência que o justifica, a afirmação do direito não é feita senão após a verificação da titularidade e das circunstâncias que permitem e exigem seu cumprimento coativo, daí surgirem a necessidade e a importância da produção probatória.

Nas palavras de ALMEIDA,

[...] a tutela jurisdicional não constitui resultado automático da afirmação, em juízo, da titularidade de um direito, pressupondo a prévia confirmação da sua existência, o que, por sua vez, pressupõe a prova da ocorrência do

seu fato constitutivo. Com isso, sustenta-se que no processo é a prova que dá vida ao direito, constituindo, dessa forma, a sua alma.¹

As normas jurídicas regulam os fatos sociais, estabelecendo-lhes consequências e dando-lhes, com isso, a qualificação de fatos jurídicos.

Nas palavras de ALVES, a norma jurídica

[...] prevê, abstratamente, uma situação de fato [...] à qual atribui um efeito jurídico [...]. Essa situação de fato, que corresponde à hipótese prevista na norma jurídica, e da qual decorre o efeito jurídico, denomina-se fato jurídico em sentido amplo. Mas as normas jurídicas não preveem, abstratamente, apenas situações de fato de que emane o nascimento da relação jurídica, mas também as de que resulte a modificação ou a extinção de relações jurídicas. Em face disso, podemos conceituar o fato jurídico em sentido amplo como a situação de fato de que o direito objetivo faz decorrer efeito jurídico (isto é, o nascimento, a modificação ou a extinção de uma relação jurídica).²

Posta assim a norma jurídica, tem-se que o fato jurídico é indispensável à sua concretude, pois, a partir dele, será possível ao direito objetivo estabelecer o direito subjetivo que lhe é consequente:

O fato jurídico *lato sensu* é o elemento que dá origem aos direitos subjetivos, impulsionando a criação da relação jurídica, concretizando as normas jurídicas. Realmente, do direito objetivo não surgem diretamente os direitos subjetivos; é necessária uma força de propulsão ou causa, que se denomina “fato jurídico”.³

Desse modo, ao se falar em identificação do titular do direito subjetivo (ou da relação jurídica por ele regulada), há que se percorrer a apuração dos fatos que constituem esse direito, bem como os que o modificam, impedem ou o extinguem.

É a partir dessa necessidade apuratória que se constrói a tríade classificatória dos fatos em constitutivos, modificativos, impeditivos ou extintivos do direito e que, no processo, vai desaguar na distribuição entre as partes do

¹ ALMEIDA, Cleber Lúcio de. *A prova como direito humano e direito fundamental das partes do processo judicial*. Belo Horizonte, Tese de Doutorado. UFMG, 2011.p. 10.

² ALVES, José Carlos Moreira. Direito romano, p. 155-156, *apud* ALMEIDA, Cleber Lúcio de. *A prova como direito humano e direito fundamental das partes do processo judicial*. Belo Horizonte. Tese de Doutorado. UFMG, 2011.

³ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 555.

processo da incumbência de produção da prova a respeito de cada uma dessas quatro situações.

2 O ÔNUS PROBATÓRIO: CONCEITO, SUJEITOS A QUEM SE DIRIGE E ORDEM DE DESENCARGO

A essa incumbência das partes, no processo, de produzir a prova sobre os fatos que compõem o direito ou que o modificam, impedem ou extinguem, e de cujo desencargo implicará a vitória da pretensão do autor ou a vitória da resistência lançada pelo réu, denominamos ônus probatório.

Conceitua DIDIER JR.:

Ônus é o encargo cuja inobservância pode colocar o sujeito numa situação de desvantagem. Não é um dever e, por isso mesmo, 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 da sua inobservância. Ônus da prova é, pois, o encargo que se atribui a um sujeito para demonstração de determinadas alegações de fato.⁴

A doutrina divide o ônus da prova em duas dimensões relativamente aos sujeitos do processo a quem ele se destina, quais sejam, a subjetiva e a objetiva.

Sob o prisma subjetivo, o ônus da prova se dirige a quem será o responsável pela produção da prova, como contido na regra do art. 373 do CPC de 2015 (que repete, nesse particular, o art. 333 do CPC de 73), ao dispor que ao autor incumbe a prova do fato constitutivo do direito alegado, e ao réu cabe a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo desse direito.

O ônus da prova em sua dimensão objetiva, por sua vez, é regra destinada ao julgador: diante do acervo probatório ou mesmo da sua inexistência ou insuficiência, deverá o julgador indicar, quando da decisão, quem tinha o encargo de apresentar a prova e dele não se desincumbiu a contento, incidindo sobre tal sujeito (autor ou réu), ato contínuo, a desvantagem processual, que implicará a improcedência do pedido ou a rejeição do argumento defensivo.

Evidentemente que ambas as partes têm interesse em fornecer a prova de suas alegações: ao autor, porque o processo foi por ele instaurado, cabe, *a priori*, o encargo de demonstrar o fato jurídico que lhe garante o direito

⁴ DIDIER JR., Fredie. *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. p. 106-107.

subjetivo afirmado; e ao réu, sucessivamente, porque suas alegações defensivas também constituem, em última análise, uma afirmação, daí por que, nesse sentido, cabe-lhe a respectiva comprovação.

Quando um determinado fato é afirmado, cada uma das partes tem interesse em fornecer a prova dele, uma delas a da sua existência e a outra, a da sua inexistência; o interesse na prova do fato afirmado é, portanto, bilateral ou recíproco.

[...]

O princípio exposto traduz-se no chamado ônus da prova. Com efeito, a produção da prova de um fato torna-se um ônus para a parte que tem interesse na sua afirmação. Desse princípio, dá-nos uma formulação aproximada a conhecida fórmula *onus probandi ei incumbit cui dicit, non qui negat*, mas, para ser exata, nela há que retificar o *quit dicit* por *cui dicere prodest* e reciprocamente o *qui negat* por *cui dicere nocet* ou *qui negare prodest*.⁵

Essa afirmação do clássico processualista dá adequado sentido à regra contida no art. 818 da CLT (“A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.”), que sempre passou mal percebida em sua exatidão teórica, a ponto de os processualistas do trabalho optarem pela adoção da classificação contida nos incisos I e II do art. 333 do CPC de 73 e, agora, nos incisos I e II do art. 373 do CPC de 2015, porque sempre a entenderam como incompleta, assim justificando a aplicação subsidiária do diploma processual comum.

Extraímos da doutrina:

O referido art. 818 da CLT, no nosso entendimento, não é completo, e por si só é de difícil interpretação e também aplicabilidade prática, pois, como cada parte tem de comprovar o que alegou, ambas as partes têm o encargo probatório de todos os fatos que declinaram, tanto na inicial, como na contestação.

Além disso, o art. 818 consolidado não resolve situações de inexistência de prova no processo, ou de conflito entre as provas produzidas pelas partes.⁶

Discordamos da afirmação de que o referido artigo da CLT não estabelece regra completa pertinente ao ônus probatório. Ele a prevê, embora

⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito* (tradução Antônio Carlos Ferreira). São Paulo: LEJUS, 1999. p. 541-542.

⁶ SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho, de acordo com o novo CPC*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 694-695.

sob fórmula genérica, de modo a pulverizá-la a ambas as partes, estabelecendo para cada qual o ônus da comprovação de suas respectivas alegações.

Esse dispositivo, se bem aplicado, tem a vantagem de evitar a confusa distinção que, em doutrina e em jurisprudência, observa-se à profusão do que seja fato constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito, bastando, na simplicidade do processo do trabalho, que cada parte assuma o ônus probatório do que alegou.

Talvez o que merecesse maior atenção do intérprete ou do julgador fosse o fato de que o ônus probatório se movimenta ao longo do processo e esse movimento se inicia com o ônus do autor, pois este foi quem primeiramente apresentou uma alegação no processo. Se, na sequência, entretanto, o réu apresenta alegação que apenas se opõe à existência do fato alegado pelo autor, com este permanece o encargo; por outro lado, se o réu apresenta outro fato que, mais do que se opor à existência do fato alegado pelo autor, pode modificar, impedir ou extinguir o direito pretendido, passa o réu a assumir o encargo de sua demonstração.

Assim, apenas após formada a *litiscontestatio* é que se têm fixados o ônus probatório e seu responsável, sempre cabendo considerar que o encargo da prova do fato constitutivo, como dito, é dirigido ao autor da alegação originária, passando para o réu a prova dos fatos que ele apresentar em defesa que possam alterar ou suprimir o direito pretendido pelo autor.

Se a alegação do autor, por exemplo, é de que entre ele e o réu existiu uma relação de emprego (daí decorrendo os pedidos a ela corolários de anotação da CTPS, férias, FGTS, dentre outros) e nem mesmo a prestação de serviços é admitida pelo réu, o ônus da prova do labor realizado em benefício de outrem é do autor, pois que a defesa apenas negou a existência desse fato - o labor - que assim se apresenta como constitutivo do direito alegado na exordial.

Por outro lado, se o réu, em defesa, confirma o trabalho do autor em seu proveito, mas o afirma sob outra matiz contratual, como, por exemplo, pela via do contrato de empreitada, passa o defendente a assumir o encargo probatório de tal alegação, porque o trabalho por empreitada configura-se fato jurídico modificativo do direito alegado pelo autor.

Com isso, ao ônus probatório do fato constitutivo se sucede o ônus probatório do fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito alegado. A tal movimento denominamos, neste estudo, ordem de desencargo probatório.

3 SISTEMAS DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO: ESTÁTICO E DINÂMICO

Quanto à sua distribuição, divide-se o ônus da prova em dois sistemas: a) o estático, cujas regras são prévia e abstratamente definidas pelo legislador e b) o dinâmico, cujas regras são definidas diante de cada caso concreto,

objetivando-se que incida o ônus probante sobre a parte (autor ou réu) que detém melhores condições de produzir a prova e dele, pois, desincumbir-se do encargo.

O ônus estático é estabelecido pelo legislador previamente, por meio de regras gerais de fixação, as quais podem ser alteradas, em certos casos também definidos pela lei, por regras específicas, o que, em doutrina, é conhecido como inversão *ope legis*.

Na inversão *ope legis*, pois, a lei determina que, numa dada situação nela prevista, haverá uma distribuição do ônus da prova diferente do regramento estático geral.

A respeito, verificamos que parte da doutrina, considerando que essa previsão excepcional é estabelecida previamente pela lei, sequer a considera uma inversão, tomando-a, pois, como mera exceção à regra geral.

Nesse sentido, ensina NEVES:

Na realidade, nesses casos nem é precisamente correto falar-se em inversão porque na realidade o que se tem é uma regra legal específica em sentido contrário à regra legal genérica de distribuição do ônus da prova. Tanto assim que o juiz não inverterá o ônus da prova no caso concreto, limitando-se a aplicar a regra específica se no momento do julgamento lhe faltar prova para a formação de seu convencimento.⁷

Já o ônus dinâmico compreende tanto a distribuição definida por convenção das partes quanto a estabelecida pelo julgador, à luz de determinadas situações pertinentes às partes, daí por que se revela no caso concreto, ou seja, casuisticamente.

O CPC de 2015, assim como o fazia o CPC de 73, previu, em seu art. 373, incisos I e II, regra de distribuição estática do ônus da prova, ao estabelecer, abstratamente, que ao autor caberia provar os fatos constitutivos de seu direito (inciso I), incumbindo ao réu, lado outro, a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito afirmado pelo autor (inciso II).

Deu um passo adiante, entretanto, na adoção mais ampla do sistema de distribuição dinâmica do ônus probatório.

Isso porque, enquanto o CPC de 73 previa apenas a possibilidade de modificação da regra geral de fixação do ônus probatório através de convenção das partes (no parágrafo único do art. 333), o CPC de 2015 inovou, nos §§ 1º e 2º de seu art. 373, com a previsão permissiva de ordenação desses encargos pelo juiz à luz do caso concreto, situação que, segundo a doutrina, denota a forma dinâmica em seu mais elevado grau.

⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 659.

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

[...]

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Nesse sentido, com a positivação do ônus dinâmico da prova pelo novo CPC (art. 373, §§ 1º e 2o), passou a vigorar na legislação processual civil comum o chamado sistema híbrido de distribuição dos encargos probatórios.

De acordo com esse sistema, o legislador estabelece, abstratamente e *a priori*, quem assume o ônus probatório e, pois, quem arca com a falta ou insuficiência de sua realização (distribuição estática), embora permita que essa fixação seja alterada antecipadamente pelas partes ou pelo juiz, de acordo com o caso concreto (distribuição dinâmica), de modo que, nos dois sistemas, aquele que sofre o encargo não venha a ser surpreendido com sua sucumbência, garantindo-lhe, assim, a ampla defesa.

Diz NEVES:

[...] criou-se um sistema misto: existe abstratamente prevista em lei uma forma de distribuição, que poderá ser no caso concreto modificada pelo juiz. Diante da inércia do juiz, portanto, as regras de distribuição do ônus da prova no novo diploma processual continuarão a ser as mesmas do CPC/73.⁸

Essa inovação legislativa trazida pelo CPC de 2015 veio a incorporar tanto o posicionamento majoritário da doutrina que defendia essa forma de distribuição quanto a prática que já era adotada nos tribunais:

Mesmo antes da consagração legislativa, o Superior Tribunal de Justiça deu início à aplicação dessa forma dinâmica de distribuição do ônus da prova em ações civis por danos ambientais (Informativo 418/STJ, 2ª Turma, REsp 1.060.753/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. 1/12/2009, DJ 14/12/2009) e também na tutela do idoso, em respeito aos arts. 2º, 3º e 71 da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), no que asseguram aos litigantes maiores

⁸ *Idem*, p. 657.

de 60 anos facilidade na produção de provas e a efetivação desse direito (STJ, 1ª Turma, RMS 38.025/BA, rel. Min. Sérgio Kukina, j. 23/9/2014, DJe 1º/10/2014).⁹

Salientamos, nesse sentido, que a distribuição dinâmica do ônus probatório teve seu impulso no seio das ações consumeristas (inciso VIII do art. 6º do CDC), em que a hipossuficiência do autor (consumidor) e a verossimilhança do direito alegado justificavam a inversão por ordem judicial.

A positivação da teoria dinâmica do ônus da prova pelo CPC pôs fim, inclusive, à discussão noutros tempos existente a respeito do momento correto para sua aplicação pelo julgador, na medida em que, como retromencionado, determina que tal se faça por decisão fundamentada, oportunizando à parte seu desencargo probatório.

In verbis, preceitua o § 1º do art. 373:

Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Evidentemente que o descumprimento implicará prejuízo à parte sucumbente no encargo probatório assim estabelecido pelo juiz, daí decorrendo a nulidade de todos os atos que se seguirem, dentre os quais o próprio comando sentencial, provocando um retrocesso na marcha processual que deverá ser retomada desse ponto viciado.

4 A COEXISTÊNCIA DOS SISTEMAS DE DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA E DINÂMICA NO PROCESSO DO TRABALHO: APLICAÇÃO LIMITADA DO CPC DE 2015

A distribuição estática do ônus probatório definida nos incisos I e II do art. 373 do CPC de 2015, como já o era a do CPC de 73, é aplicável ao processo do trabalho, pois que compatível e supletiva ao art. 818 da CLT, na medida em que não há omissão, mas completude de regramento.

Referido entendimento há muito foi acolhido no âmbito jurisprudencial trabalhista, como se depreende do item VIII da Súmula n. 06 do TST: “É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial. (ex-Súmula n. 68 - RA 9/1977, DJ 11/2/1977).”

⁹ *Idem*.

Ainda sob a ótica aplicativa da teoria da distribuição estática, encontramos outros tantos exemplos da chamada inversão *ope legis* do ônus da prova no processo do trabalho, realizada *a priori* e de forma abstrata pelo legislador, mas em exceção à regra geral.

É o caso da prova da jornada de trabalho realizada, por exemplo, conforme se extrai do item I da Súmula n. 338 do C. TST:

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.

Também aqui poderíamos citar, como inversão *ope legis*, a hipótese de ao empregador caber a apresentação dos recibos salariais, pena de se considerar praticados os salários declinados na exordial.

Por sua vez, a teoria dinâmica, também à semelhança do que já ocorria no processo civil, vem sendo aplicada nos processos trabalhistas, conforme exemplifica LIMA:

[...] e) vale-transporte - O TST entendia que o ônus de provar a entrega dos documentos exigidos para a concessão desse benefício era do empregado, mas a OJ n. 215, da SDI-1, do TST, foi cancelada, razão pela qual o Juiz deverá verificar quem tem mais condições de produzir essa prova no caso concreto; f) depósitos de FGTS - a OJ n. 301, da SDI-1, do TST, que dizia ser do empregado o ônus de provar os depósitos de FGTS, quando a reclamada alegasse sua regularidade, também foi cancelada, razão pela qual o Juiz deverá realizar a distribuição dinâmica do ônus da prova, conforme o caso concreto [...].¹⁰

Aliás, até mesmo a previsão do CDC a respeito do tema era utilizada como fundamento para aplicação do ônus dinâmico na Justiça do Trabalho.

E assim, em prestígio ao sistema de distribuição dinâmica, vem a jurisprudência entendendo que o empregador, ao fornecer o transporte ao empregado, deve comprovar, em pedido relativo às *horas in itinere*, a existência de transporte público coletivo no trecho por ele servido, a compatibilidade de horários e, portanto, que o local de trabalho é de fácil acesso. Também, em casos de acidentes de trabalho ocorridos em transporte fornecido pela empresa,

¹⁰ LIMA, Leonardo Tibo Barbosa. *Lições de direito processual do trabalho: teoria e prática*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 249.

contra ela recai o encargo probatório de inexistência de culpa, pois que, como fornecedora do transporte, assume os riscos dele consequentes, de tal modo que deve comprovar a culpa exclusiva da vítima ou culpa concorrente do empregado e não impor ao reclamante a difícil comprovação de que houve falha no sistema do transporte fornecido, a cuja realidade não lhe é dado acesso.

Agora, com ainda mais vigor e fundamento normativo, ante a previsão expressa dos §§ 1º e 2º do art. 373 do CPC de 2015, poderá a teoria ser aplicada pelo magistrado do trabalho, permitindo-lhe estabelecer que o ônus de produzir determinada prova seja da parte que melhor tenha condições de obtê-la - o mais das vezes, o empregador, ante a inequívoca situação de hipossuficiência do empregado e do poder diretivo e disciplinar do empregador, além dos riscos que lhe cabem pela exploração do empreendimento empresarial.

A compatibilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova prevista no CPC de 2015 no processo do trabalho é referendada pela Instrução Normativa n. 39/2016 do TST:

Art. 3º Sem prejuízo de outros, aplicam-se ao Processo do Trabalho, em face de omissão e compatibilidade, os preceitos do Código de Processo Civil que regulam os seguintes temas:

[...]

VII - art. 373, §§ 1º e 2º (distribuição dinâmica do ônus da prova).

Todavia, não nos parece aplicável a previsão contida no § 3º do referido art. 373, como se antevê da omissão a respeito, contida no supracitado texto da Instrução Normativa n. 39 do TST, que menciona tão somente a aplicação dos §§ 1º e 2º.

Isso porque, também pelo mesmo motivo da inversão estabelecida pelo juiz, qual seja, a condição de hipossuficiência do empregado em relação ao empregador, torna-se inaceitável que, no campo extrajudicial, haja cláusula contratual prevendo inversão do ônus probatório em caso de futuros litígios, pois, claramente, o empregado estará premido pela necessidade de aderir à cláusula de tal nefasto teor, denotando patente vício de consentimento.

De igual modo, não vislumbramos factível, embora possível, convenção que, em processo já em curso, venha a alterar o ônus probatório estabelecido por lei ou passível de sua fixação pelo juiz em detrimento do obreiro. Isso porque, na maioria das vezes, o ônus pende contra o empregador, diante da aplicação do princípio protetor que transborda do direito material para o direito processual do trabalho. Nesse caso, proposta a convenção em detrimento do encargo dirigido ao empregador, caberá ao juiz recusar sua validade, pois evidenciada a renúncia a direito processual capaz de implicar, via oblíqua, a própria renúncia do direito material envolvido.

Defendendo a inaplicabilidade da norma processual que autoriza a convenção das partes em alteração do ônus probatório original, TEIXEIRA FILHO lança duplo argumento:

Duas são, fundamentalmente, as razões que sustentam o nosso entendimento. Em primeiro lugar, é necessário não se esquecer de que essa convenção pode ser feita extrajudicialmente (antes do processo), o que significa que admitir-se a sua incidência no processo do trabalho seria reconhecer, *ipso facto*, a possibilidade de ser feita na vigência do contrato de trabalho, ou seja, quando o trabalhador ainda se encontra formalmente subordinado ao comando volitivo do empregador em decorrência de um inerente estado de sujeição que se origina no exato momento em que o contrato é firmado. Assim sendo, é medida de extrema cautela e bom-senso repelir-se a aplicação da referida norma processual civil ao processo do trabalho. Em segundo lugar, o acentuado componente inquisitivo do processo do trabalho, articulado com o critério específico e cogente, contido no art. 818 da CLT, impede que as partes ajustem, entre si, critérios a respeito da distribuição do ônus da prova diversos - e acima de tudo conflitantes - do previsto no ordenamento processual trabalhista, ao qual repulsa, como vimos, a adoção subsidiária do próprio *caput* do art. 373 do CPC.¹¹

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O CPC de 2015 apresenta, no pertinente ao sistema de prova judicial, muitas alterações, dentre as quais destacamos, como objeto deste estudo, as que estabelecem a ampliação do sistema de distribuição do ônus probatório, como ali previsto no art. 373 e seus parágrafos.

Os incisos I e II apenas repetem a regra do sistema estático de distribuição que já era previsto no CPC de 73 e que, historicamente, sempre foi adotado nos processos do trabalho em caráter suplementar à regra própria e genérica contida no art. 818 da CLT.

A grande inovação reside na normatização do sistema de distribuição dinâmica da prova, pela via da sua fixação pelo julgador, na hipótese prevista nos §§ 1º e 2º do art. 373.

Feito o exame de sua compatibilidade seguindo a principiologia protetiva dedicada pelo processo do trabalho ao empregado hipossuficiente, concluímos que são plenamente aplicáveis tais disposições que, historicamente, já

¹¹ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho* (Lei n. 13.105, 16 de março de 2015). São Paulo: LTr, 2015. p. 503.

estavam sendo adotadas na jurisprudência, mas ressentiam de autorização legal para sua validação incontestada. A vantagem dessa positivação reside também na determinação de observância da ampla defesa, na medida em que estabelece a necessária oportunização de desincumbimento do ônus probatório pela parte envolvida nessa fixação judicial, de modo a não desrespeitar o devido processo legal.

Com o advento desse normativo, certamente ampliar-se-ão as hipóteses judiciais de fixação inversa do ônus probatório, em prol da realização da justiça no processo, na medida em que o instituto visa a resgatar o equilíbrio processual das partes, estabelecendo para cada qual encargo razoável de que possam se desincumbir.

Todavia, concluímos ser inaplicável a incidência do § 3º do mesmo art. 373, por igual fundamento, qual seja, a hipossuficiência do empregado é impeditiva de aceitação de convenção, extrajudicial ou judicial, que possa alterar o ônus probatório em desfavor do obreiro, pena de caracterização de renúncia ao próprio direito que possa dele ser titular.

ABSTRACT

The study aims to identify the changes introduced by the 2015 CPC, compared to the 1973 CPC, on the distribution of the evidentiary burden and their applicability in the labor process. Therefore, parts from the proof concept and its procedural order, moving to the definition of evidential burden, with the classification of legal facts constituting, impeding and extinctive of the right, besides distinguish the theories of static distribution and dynamic distribution of this onus. From this analysis, and how the CPC regulates the evidential burden as well as the possible inversion between parts of the process, the study passes to the verification of questions about the compatibility of that regulation limits with the labor process envisaged in the CLT.

Keywords: CPC. CLT. Civil lawsuit. Labor process. Forensic evidence. Burden evidential. Rules of distribution and reversal.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Cleber Lúcio de. *A prova como direito humano e direito fundamental das partes do processo judicial*. Belo Horizonte. Tese de Doutorado. UFMG, 2011.
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito* (tradução Antônio Carlos Ferreira). São Paulo: LEJUS, 1999.
- DIDIER JR., Fredie. *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.

- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LIMA, Leonardo Tibo Barbosa. *Lições de direito processual do trabalho: teoria e prática*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho, de acordo com o novo CPC*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2016.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho* (Lei n. 13.105, 16 de março de 2015). São Paulo: LTr, 2015.