

DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

Carlos Henrique Bezerra Leite

Letícia Durval Leite

Sumário: Introdução. 1. Novo conceito jurídico de prova. 2. Teorias sobre a distribuição do ônus da prova. 2.1. Teoria da distribuição estática do ônus da prova. 2.2. Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. da distribuição estática do ônus da prova. 3. Conteúdo da decisão que adota a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova à luz do princípio da proteção processual. 4. Jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho sobre inversão do ônus da prova. Conclusão. Referências.

Resumo

Esta pesquisa jurídica tem por objetivo analisar alguns aspectos processuais respeitantes à distribuição do ônus da prova nos domínios do direito processual do trabalho brasileiro. Faz-se a análise do novo conceito de prova para fins processuais. Examina-se a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova à luz do princípio da proteção processual.

Palavras-chave: Direito processual do trabalho. Ônus da prova. Teorias.

Carlos Henrique Bezerra Leite

Desembargador do Trabalho do TRT da 17ª Região (aposentado). Pós-Doutor (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-PT) Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Professor de Direitos Humanos Sociais e Metaindividuais do PPG Stricto Sensu (mestrado e doutorado) da FDV-Faculdade de Direito de Vitória. Professor de Direito Processual do Trabalho (FDV/ES). Ex-Procurador Regional do Ministério Público do Trabalho. Titular da Cadeira 44 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Advogado e Consultor Jurídico. chbezerraleite@gmail.com.

Letícia Durval Leite

Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (2017). Mestranda em Direito do Trabalho pelo Centro Universitário do Distrito Federal - UDF. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Sócia do escritório Prado & Leite Advocacia. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito do Trabalho, Direito Civil e Processos do Trabalho e Civil.

Abstract

This legal research aims to analyze some procedural aspects regarding the distribution of the burden of proof in the fields of Brazilian labor procedural law. An analysis of the new concept of evidence for procedural purposes is carried out. The theory of the dynamic distribution of the burden of proof is examined in the light of the principle of procedural protection.

Keywords

Procedural labor law. Burden of proof. Theories.

INTRODUÇÃO

O ônus da prova, sob o enfoque do direito processual, é um instituto jurídico segundo o qual as partes têm o ônus de provar os fatos narrados na petição inicial ou na peça de resistência (contestação), bem como os fatos que se sucederem no evoluir da relação processual.

O art. 818 da CLT estabelecia, em seu texto original, que “o ônus de provar as alegações incumbe à parte que as fizer”. Essa regra, que tem origem em 1943 e dada a sua excessiva simplicidade, cedeu lugar, não obstante a inexistência de lacuna do texto consolidado, à aplicação sistemática da lei processual civil, segundo a 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.

É importante salientar que a Lei n. 13.467/2017, também chamada de Lei da Reforma Trabalhista, dando nova redação ao art. 818 da CLT, passou a adotar, em termos, a sistemática do CPC.

Este estudo, portanto, tem por objetivo oferecer uma modesta contribuição para os seguintes problemas: o que se entende por distribuição estática ou dinâmica do ônus da prova? Como aplicar a distribuição dinâmica nos sítios do processo do trabalho? Qual o conteúdo da decisão que inverte o ônus da prova? É possível inverter o ônus da prova em desfavor do trabalhador? Será que a jurisprudência trabalhista especializada está se desincumbindo de bem aplicar a inversão do ônus da prova no processo laboral?

1 NOVO CONCEITO JURÍDICO DE PROVA

Há íntima relação entre prova e instrução probatória, pois, nas palavras de Liebman:

Chama-se de provas os meios que servem para dar conhecimento de um fato, e por isso a fornecer a demonstração e a formar a convicção da verdade do próprio fato; e chama-se instrução probatória a fase do processo dirigida a formar e colher as provas necessárias para essa finalidade.¹

Pode-se dizer, portanto, nessa perspectiva tradicional, isto é, do Estado Liberal, que a prova, nos domínios do direito processual, seria o meio lícito para demonstrar a veracidade ou não de determinado fato com a finalidade de convencer o juiz acerca da sua existência ou inexistência.

Sabe-se, porém, que no atual modelo constitucional do direito processual há uma nova proposta doutrinária para conceituar a prova fundada não mais na busca da verdade, e sim na argumentação dos sujeitos que participam do processo, isto é, “um meio retórico, indispensável ao debate jurídico”.²

Isso porque, na atual concepção de direito processual e sob o prisma do Estado Democrático de Direito, o processo deve ser visto como palco de discussões, figurando a tópica como o método de atuação do magistrado e dos outros participantes do processo. Logo, o objetivo da prova não é mais a reconstrução do fato, mas o convencimento do juiz e dos demais sujeitos do processo acerca da veracidade das alegações a respeito do fato.

De tal arte, seguindo as pegadas de Marinoni e Arenhart, pode-se dizer que “prova é todo meio retórico, regulado pela lei, dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo”.³

1 LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Tocantins: Intellectus, 2003. v. 2, p. 80.

2 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de conhecimento. 7. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2008. p. 258.

3 Op. cit., p. 264.

2 TEORIAS SOBRE A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

O art. 818, I e II, da CLT (antes ou depois da Lei da Reforma Trabalhista) consagra o critério da distribuição estática do ônus da prova, enquanto os §§ 1º, 2º e 3º do mesmo artigo dizem respeito ao critério da distribuição dinâmica do *onus probandi*.

2.1. TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA DO ÔNUS DA PROVA

O ônus da prova pode ser assim problematizado: quem deve provar? Em princípio, as partes têm o ônus de provar os fatos narrados na petição inicial ou na peça de resistência, bem como os que se sucederem no evoluir da relação processual.

Trata-se da adoção da tradicional (e legal) teoria da distribuição estática ou fixa do ônus da prova. Esta teoria “ocorre quando a legislação desde logo afirma, *a priori* e abstratamente, a quem cumpre provar determinada espécie de alegação”.⁴

Com efeito, o art. 818 da CLT estabelece textualmente que “o ônus de provar as alegações incumbe à parte que as fizer”. Essa 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 do art. 333 do CPC de 1973, *in verbis*:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

O CPC de 2015, em seu art. 373, manteve essa regra de distribuição estática do ônus da prova (incisos I e II), sendo certo que a Lei 13.467/2017 deu nova redação ao art. 818 da CLT, que modificou a regra simplista do texto original da Consolidação e introduziu o modelo do processo civil no tocante à distribuição estática do ônus da prova. É que se infere dos incisos I e II do *caput* do art. 818 da CLT:

4
Ididem, p. 258.

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.

2.2. TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

A jurisprudência trabalhista já vinha mitigando a rigidez da teoria da distribuição estática consubstanciada nos arts. 818 da CLT e 333 do CPC de 1973, passando a admitir a inversão do ônus da prova em algumas hipóteses, como a do registro britânico de horário para fins de comprovação de horas extras.

É o que se vê da Súmula n. 338, III, do TST, *in verbis*:

JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (...) 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.

Além disso, já vinha ganhando força no processo do trabalho a aplicação do CDC, que consagra, expressamente, o princípio da inversão do ônus da prova no seu art. 6º, VIII, *in verbis*:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...) VIII — a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Ora, é exatamente o requisito da hipossuficiência (geralmente econômica) do empregado perante seu empregador que já autorizaria o juiz do trabalho a adotar a inversão do *onus probandi*, razão pela qual já lembrava Carlos Alberto Reis de Paula, antes do CPC de 2015, que a:

inversão do ônus da prova está consagrada legalmente, sendo explicitado o critério para a sua aplicação. O interesse para o direito processual do trabalho está em que tem-se uma previsão legal, que pode ser invocada em subsidiariedade pelo juiz, valendo a orientação seguida

pelo legislador como uma referência relevante, a indicar o critério para a sua invocação, o que é perfeitamente factível se considerarmos, como sublinhado, a situação próxima entre o consumidor e o trabalhador.⁵

Por outro lado, parece-nos não haveria mais dúvida sobre o cabimento da teoria da inversão do ônus da prova nos domínios do direito processual do trabalho, não apenas pela aplicação analógica do art. 6º, VIII, do CDC como também pela autorização contida no art. 852-D da CLT, *in verbis*:

O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.

Poder-se-ia dizer que tal regra é específica do procedimento sumaríssimo. Todavia, entendemos que, em matéria de prova, não é o procedimento que vai impedir o juiz de dirigir o processo em busca da verdade real, levando em conta as dificuldades naturais que geralmente o empregado-reclamante enfrenta nas lides trabalhistas.

Creemos, portanto, que já seria analogicamente aplicável a regra do art. 852-D da CLT a qualquer procedimento do processo trabalhista, com apenas uma advertência: o princípio em tela só tem lugar quando não existirem outras provas nos autos suficientes à formação do convencimento do juiz acerca dos fatos alegados pelas partes.⁶

Com o advento do CPC de 2015 e da nova redação dada ao art. 818 da CLT, não há mais como rejeitar a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova nos sítios do processo do trabalho. E isso porque o critério clássico da distribuição estática do ônus da prova nos moldes do *caput* do art. 373 do CPC e do art. 818, I e II, da CLT pode, em alguns casos, tornar excessivamente difícil (ou impossível) a uma das partes o exercício do direito fundamental de efetivo acesso justo à justiça.

Daí a plena aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no

5 PAULA, Carlos Alberto Reis de. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 130.

6 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2014, p 675.

processo laboral, o que já era encampado por diversos autores argentinos⁷, sendo paulatinamente aceita por renomados doutrinadores brasileiros, dentre eles Alexandre Freitas Câmara⁸, para quem moderna doutrina tem afirmado a possibilidade de uma distribuição dinâmica do ônus da prova, por decisão judicial, cabendo ao magistrado atribuir ônus da prova à parte que, no caso concreto, revele ter melhores condições de a produzir.

Busca-se, por essa nova teoria, permitir que o juiz modifique a distribuição do ônus da prova quando verifique que este impõe a uma das partes o ônus da prova “diabólica” (isto é, a prova de difícil ou impossível produção).⁹

A nosso sentir, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova encontra fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), da igualdade formal e substancial das partes (CF, arts. 3º, III, 5º, caput), do acesso justo à Justiça (CF, art. 5º, XXXV), da lealdade, boa-fé e veracidade (CPC, arts. 77, 79, 80, 81 e 139) e da cooperação (CPC, arts. 378, 379, 386 e 396).

Nesse passo, é importante destacar que o CPC de 2015, em seu art. 373, § 1º, prevê expressamente que:

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.

O § 2º do mesmo art. 373 do CPC, no entanto, dispõe que a decisão que adotar a distribuição dinâmica do ônus da prova, “não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”.

Os §§ 1º e 3º do art. 818 da CLT, incluídos pela Lei da Reforma Trabalhista,

7 PEYRANO, Jorge W.; CHIAPPANI, Julio O. Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (Coords.). **Cargas probatorias dinámicas**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 13 e s.

8 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 1, p. 438-439.

9 CÂMARA, Alexandre Freitas, op. cit., p. 439.

dispõem que:

(...) § 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.

(...) § 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.

Vê-se, pois, que o legislador reformista da CLT adotou quase que literalmente os textos dos §§ 1º e 3º do art. 373 do CPC de 2015.

Não obstante a lei estabeleça que o juiz “poderá” atribuir o ônus da prova de modo diverso da regra geral prevista nos incisos I e II do art. 818 da CLT, parece-nos que não se trata de mera faculdade do órgão julgador, e sim de um “poder-dever”, isto é, se estiverem presentes quaisquer das condições previstas no § 1º do art. 818 da CLT, caberá proferir decisão interlocutória fundamentando os motivos da necessidade da inversão da distribuição do ônus probatório de acordo com as aptidões das partes.

A decisão fundamentada que determina a distribuição dinâmica do encargo probatório no processo do trabalho 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).

3 CONTEÚDO DA DECISÃO QUE ADOTA A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO PROCESSUAL AO TRABALHADOR

A adoção da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova só terá lugar quando houver determinação legal (v. g., art. 6º, VIII, do CDC) ou se, no caso concreto, o juiz verificar o alto grau de dificuldade ou mesmo de real impossibilidade de a parte se desincumbir do ônus de provar o fato constitutivo (autor) ou os fatos impeditivos,

modificativos ou extintivos (réu).

Além disso, a aplicação da teoria da distribuição dinâmica, que é uma regra de instrução da causa, pressupõe decisão fundamentada do juiz da qual conste expressamente:

a inviabilidade de produção da prova pela parte que teria, *a priori*, o ônus probatório (CLT, art. 818, I e II);
a atribuição do *onus probandi* à parte que tenha melhores condições de se desincumbir de tal ônus, ou seja, de suportá-lo;
a observância do contraditório, ou seja, as partes têm o direito de se manifestar em audiência ou na primeira vez que tiverem de falar nos autos sobre a decisão que distribuir dinamicamente o ônus da prova.

Acreditamos que no processo do trabalho há amplo espaço para a adoção da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, especialmente pelo fato de que nas demandas judiciais é justamente o empregador, e não o empregado, que se encontra em melhores condições de produzir a prova, razão pela qual a não adoção da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, em tais casos, pode inviabilizar a efetiva prestação jurisdicional justa.

Obtempera, a propósito, Manoel Antonio Teixeira Filho que:

Muitas vezes, uma das partes detém, naturalmente, os meios de prova (documentos, estatísticas internas, boletins de produção etc.). Neste caso, tudo sugere que se atribua a ela o encargo da prova, que, em princípio, era do adversário. Essas peculiaridades estão vinculadas 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.¹⁰

De outro lado, a exemplo do que ocorre nas relações de consumo, a distribuição dinâmica (ou inversão) do ônus da prova não poderá, à luz do princípio da proteção processual¹¹, ser atribuída ao trabalhador (ou ao consumidor), ainda que este figure

10 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O processo do trabalho e a reforma trabalhista**: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017, p. 120.

11 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 21. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023, p. 511.

como réu na demanda.

Demais disso, a relação processual trabalhista é, em regra, estabelecida entre partes materialmente desiguais, razão pela qual nos parece que inverter-se o *onus probandi* em desfavor do trabalhador implicará violação aos princípios da correção das desigualdades sociais (CF, art. 3º, III), da dignidade da pessoa humana que trabalha em proveito alheio, da razoabilidade e da proporcionalidade (CPC, art. 8º) e da vedação do retrocesso social, porquanto o *caput* do art. 7º da CF (progressividade do sistema normativo de proteção aos trabalhadores) também se aplica aos direitos processuais dos trabalhadores urbanos e rurais, e não apenas aos seus direitos materiais.

No entanto, em se tratando de demandas que não sejam oriundas da relação de emprego (ou de outra modalidade de relação de trabalho subordinado), ou quando figurarem pessoas jurídicas nos polos ativo e passivo do processo, a inversão do ônus da prova poderá ser atribuída a qualquer das partes.

Caso o processo esteja tramitando no Tribunal, dispõe o art. 932, I, do CPC subsidiariamente aplicado ao processo do trabalho, que compete ao relator “dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova”, sendo certo que, nos termos do § 3º do art. 838 do mesmo Código, se for reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência, que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, decidindo-se o recurso após a conclusão da instrução. Caso o relator não determine tal diligência, poderá fazê-lo o órgão colegiado competente para julgamento do recurso (CPC, art. 938, § 4º).

4 JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS REGIONAIS DO TRABALHO E DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO SOBRE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Como já salientamos em linhas transatas, a jurisprudência trabalhista já vinha evoluindo no sentido de aplicar a inversão do ônus da prova antes mesmo do CPC de 2015 e do novel texto do art. 818 da CLT, com redação dada pela Lei 13.467/2017.

Um dos clássicos exemplos de distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho está previsto na Súmula 338 do TST, em especial nos itens I e III, quanto à ausência de juntada dos registros de ponto aos autos ou no caso de apresentação de controle com registro britânico de horário para fins de comprovação de

horas extras, respectivamente. Em ambos os casos, em regra, presume-se verdadeira a jornada indicada pelo reclamante na petição inicial, invertendo-se o ônus da prova em desfavor da empresa ré, que deverá provar os horários de entrada e saída do autor.

Ademais, a discussão sobre a inversão do ônus da prova sempre esteve em voga na jurisprudência trabalhista, a exemplo da temática da responsabilização do ente público em caso de terceirização de serviços. A maioria das Turmas do Tribunal Superior do Trabalho, e inclusive a Subseção de Dissídios Individuais I (no julgamento do E-RR-925-07.2016.5.05.0281, em 12/12/2019), tem entendido que – apesar de o Supremo Tribunal Federal ter fixado a tese no Tema 246 de Repercussão Geral no sentido de que “o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao poder público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93” – o ônus da prova da efetiva fiscalização dos contratos de terceirização dos serviços é do ente público¹².

Ocorre que a 1ª e a 2ª Turma do STF têm reiteradamente cassado decisões do Tribunal Superior do Trabalho que reconhecem a responsabilidade subsidiária da administração pública por inversão do ônus da prova em favor do empregado quanto à fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa terceirizada. A título de exemplo, ao apreciar a Reclamação 40.137, a 1ª Turma do STF assentou que “a leitura do acórdão paradigma revela que os votos que compuseram a corrente majoritária no julgamento do RE 760.931 (Tema 246 da sistemática da repercussão geral) assentaram ser incompatível com reconhecimento da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 o entendimento de que a culpa do ente administrativo seria presumida e, conseqüentemente, afastaram a possibilidade de inversão do ônus probatório na hipótese “ (Red. Min. Luiz Fux, DJe de 12/08/2020).

Outro exemplo de distribuição dinâmica do ônus da prova na Justiça do Trabalho ocorre em pedidos de diferenças de gratificação de produção: quando a empresa ré não apresenta documentos que comprovem a apuração mensal dos resultados obtidos pelo empregado, de acordo com as regras pré-estabelecidas para pagamento

12 A questão pende de análise do Plenário do Supremo Tribunal Federal após ter sido reconhecida a repercussão geral do tema tratado no RE 1298647 (Tema 1118).

da gratificação por produção, é correta a decisão que inverte o ônus da prova em desfavor da empresa ré, pois torna-se impossível para o autor comprovar os resultados obtidos durante o contrato de trabalho (TST-Ag-AIRR-1001456-63.2018.5.02.0613, 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 17/03/2023).

No tocante ao tema “acidente do trabalho”, a jurisprudência trabalhista tem avançado em admitir a inversão do ônus da prova em favor da vítima nas ações indenizatórias por acidente do trabalho, o que inclusive foi adotado no Enunciado 41 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho realizada pela ANAMATRA em Brasília, bem como em tese fixada no XIV Congresso Nacional de Magistrados da Justiça do Trabalho. A rigor, nesses dois fóruns foi defendida a adoção da teoria da culpa presumida em favor da vítima do acidente de trabalho, pois é do empregador a obrigação de adotar todas as medidas de segurança necessárias para evitar a ocorrência do infortúnio. Nesse sentido, aliás, vem caminhando a jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho (TRT da 3.ª R., RO 0000399-59.2014.5.03.0089, DEJT 24/08/2018, Rel. Des. Sebastião Geraldo de Oliveira).

A inversão do ônus da prova também vem sendo admitida pela jurisprudência especializada nos casos de dispensa de “empregado portador de doença grave que cause estigma ou preconceito”, consoante enunciado da Súmula 443 do TST. Nesse caso, cabe à empresa ré comprovar que a dispensa não se deu em razão de motivos discriminatórios (TST-Ag-E-ED-ARR-11595-12.2014.5.15.0018, SBDI-1, Rel. Min. Claudio Mascarenhas Brandao, DEJT 01/02/2023; TRT 12ª R., RO 0000843-08.2013.5.12.0015, Rel. Des. Gisele Pereira Alexandrino, DEJT 13/03/2015)..

Em caso de dispensa de empregado após ter ajuizado reclamação trabalhista em face do empregador, alguns tribunais também admitem a inversão do ônus da prova para atribuir ao réu o encargo de demonstrar que a dispensa não se deu por represália ao exercício do direito de ação, principalmente quando se trata de trabalhador que estava empregado há muitos anos (TRT 6ª R., RO 0000061-24.2017.5.06.0016, Red. Des. Gisane Barbosa de Araújo, j. 18/03/2021).

A Justiça do Trabalho vem autorizando, ainda, a inversão do ônus da prova em caso de alegação pelo empregado de ter sofrido assédio sexual, tendo em vista que a prova da ocorrência do assédio sexual é de difícil (ou impossível) produção, principalmente porque em regra é praticado às escondidas, longe da presença de

outras pessoas (TRT 17ª R., RO 00257-2013-141-17-00-5, Rel. Des. Jailson Pereira da Silva, DEJT 15/04/2014).

Por fim, outro exemplo de inversão do ônus da prova admitida pela jurisprudência trabalhista é o da comprovação da boa-fé do terceiro adquirente em casos de alegação de fraude à execução: em regra, a teor da Súmula 375 do STJ, os Tribunais Trabalhistas entendem que o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova da má-fé do terceiro adquirente. Dessa forma, inexistente o registro da penhora, inverte-se o ônus da prova em desfavor do credor, que passa a ter o encargo de comprovar que o terceiro adquirente tinha conhecimento da existência de ação de execução capaz de levar o alienante à insolvência (TRT 4ª R., AP 00200991520205040305, Seção Especializada em Execução, j. 13/05/2022; TRT 7ª R., AP 02310005119995070001, Rel. Des. Regina Glauca Cavalcante Nepomuceno, DEJT 10/03/2015).

CONCLUSÃO

Respondendo sinteticamente às perguntas formuladas na introdução, apresentamos as principais conclusões da presente pesquisa.

No atual modelo constitucional do direito processual há uma nova proposta doutrinária para conceituar a prova fundada não mais na busca da verdade, e sim na argumentação dos sujeitos que participam do processo.

Em princípio, pela Teoria da Distribuição Estática, as partes têm o ônus de provar os fatos narrados na petição inicial ou na peça de resistência, bem como os fatos que se sucederem no evolover da relação processual.

A Teoria da Distribuição Dinâmica do ônus da prova já vinha sendo aplicada timidamente pelos tribunais trabalhistas antes mesmo da previsão expressa no CPC de 2015, muito embora já houvesse suporte jurídico para a adoção da regra do inciso VIII do art. 6º do CDC, que considera direito básico 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, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”.

Com o advento da Lei 13.467/2017, que deu nova redação ao art. 818 da CLT e lhe acrescentou os §§ 1º, 2º e 3º, não há mais lacuna da legislação processual trabalhista a respeito da aplicação da distribuição dinâmica (inversão do) ônus da prova.

Entendemos que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova encontra fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), na correção das desigualdades sociais (CF, arts. 3º, III, 5º, *caput*), do acesso justo à Justiça (CF, art. 5º, XXXV), da lealdade, boa-fé e veracidade (CPC, arts. 77, 79, 80, 81 e 139) e da cooperação (CPC, arts. 378, 379, 386 e 396).

Não obstante a lei estabeleça que o juiz “poderá” atribuir o ônus da prova de modo diverso da regra geral prevista nos incisos I e II do art. 818 da CLT, parece-nos que não se trata de mera faculdade do órgão julgador, e sim de um “poder-dever”, isto é, se estiverem presentes quaisquer das condições previstas no § 1º do art. 818 da CLT, caberá proferir decisão interlocutória fundamentando os motivos da necessidade da inversão da distribuição do ônus probatório de acordo com as aptidões das partes.

A exemplo do que ocorre nas relações de consumo, a distribuição dinâmica (ou inversão) do ônus da prova não poderá, à luz do princípio da proteção processual, ser atribuída ao trabalhador (ou ao consumidor), ainda que este figure como réu na demanda.

Em se tratando de demandas que não sejam oriundas da relação de emprego (ou de outra modalidade de relação de trabalho subordinado), ou quando figurarem pessoas jurídicas nos polos ativo e passivo do processo, a inversão do ônus da prova poderá ser atribuída a qualquer das partes.

No processo do trabalho há, pois, amplo espaço para a adoção da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, especialmente pelo fato de que nas demandas judiciais é justamente o empregador, e não o empregado, que se encontra em melhores condições de produzir a prova, razão pela qual é possível asseverar que a jurisprudência especializada ainda é tímida na temática em questão.

REFERÊNCIAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. V. 1. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

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

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2014; 21 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. V. 2. Tocantins: Intelectus, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

PEYRANO, Jorge W.; CHIAPPANI, Julio O. Lineamientos de las cargas probatorias dinamicas. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (coords.). **Cargas probatorias dinamicas**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 13 et seq.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O processo do trabalho e a reforma trabalhista: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.