

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

1.

Alexandre Montenegro de Sousa ²

Marcelo de Barros Dantas ³

Resumo: O estudo aprecia a literatura e os dispositivos legais existentes no Brasil, caracterizando-se como uma pesquisa bibliográfica. Desenvolvida baseada na doutrina, jurisprudências e legislação brasileira aborda os seguintes pontos: Pesquisa e estudo relativo à prova e ao ônus da prova no processo do trabalho. Por método utiliza a pesquisa bibliográfica. Enfoca o artigo 818 da CLT e a inversão da prova. Objetiva destacar posições doutrinárias e fomentar o debate. Analisa o arcabouço teórico da prova e do ônus da prova na teoria geral do processo. Indica os sistemas de valoração da prova. Aponta as peculiaridades do processo de trabalho comparado ao processo civil. Analisa os princípios informativos do direito e processo do trabalho. Compara as correntes de interpretação do artigo 818 da Consolidação das Leis trabalhistas (CLT) em paralelo ao artigo 333 do Código de Processo Civil, autorizada pelo artigo 769 da CLT. A inversão do ônus da prova é característica do processo laboral.

Palavras-chave: Prova. Ônus da prova. Inversão do ônus da prova. Direito do trabalho. Art. 818 CLT.

Abstract

The study assesses the literature and the legal provisions existing in Brazil, is characterized as a literature search. Developed based on the doctrine, jurisprudence and Brazilian legislation covers the following points: Research and study on the evidence and the burden of proof on the labor process. By using the literature method. Focuses on the article 818 of CLT and the reversal of proof. Aims to highlight doctrinal positions and stimulating debate. Examines the theoretical framework of proof and the burden of proof in the general theory of the process. Indicates the standard of proof systems. It points out the peculiarities of the work process compared to the civil procedure. Analyze the principles of law and information work process. Compares the current interpretation of Article 818 of the Consolidation of Labor Laws (CLT) in parallel to Article 333 of the Code of Civil Procedure, authorized by Article 769 of the Labor Code. Reversing the burden of proof is characteristic of the work process.

Keywords: Proof. Burden of proof. Reversal of burden of proof. Labour law. Article 818 CLT.

¹ Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de **Bacharel em Direito** da FARN.

² Acadêmico do curso de direito da FARN e Empresário.
e-mail: ale_montenegrosousa@hotmail.com

³ Prof. Titular do curso de graduação de direito da FARN.

1 INTRODUÇÃO

Todo indivíduo que vai a juízo, seja para desempenhar o direito de atuação ou o de defesa, tem por obrigação proporcionar os baldrames de fato e de direito que justificam sua respectiva pretensão.

De tal modo, a inicial e a defesa precisam apresentar as provas que as partes (Autor e Réu) planejam evidenciar a verdade de suas argüições.

Cada litigante é consciencioso, dessa forma, de que o resultado a ele favorável do pleito (ou do contra pleito) estará sujeito, na maioria das vezes, de seu sucesso na produção de provas conexas ao(s) fato(s) arrazoados(s) como base do direito do qual assegura ser possuidor.

Com o fito de ensartar considerações relevantes à análise do tema proposto, cuja ciência é condição precedente ao desenvolvimento coeso subsequente, há que se discorrer preliminarmente a respeito da prova, em conceitos fundamentais. Portanto, este artigo observa de uma forma breve a natureza jurídica, as características e os sistemas valorativos da prova.

Para que se entenda o foco principal do trabalho, será tratado o tema ônus da prova no que tange aos seus critérios e as utilidades dessa repartição.

É oportuno mencionar que na seara trabalhista, o reclamante e reclamado procuram o aparato judicial a fim de demonstrar suas razões e pretensões com a responsabilidade de desonerar-se concomitantemente das provas imprescindíveis, à similaridade do que acontece com as partes no processo civil.

Nesse contexto, do direito do trabalho possui características próprias, se confrontado com outras áreas. Desse mesmo modo o direito processual do trabalho que possui com aquele, forte equivalência e desempenho instrumental.

A constituição teórica pertinente ao *onus probandi* ampliou-se nos termos da teoria geral do processo, por isso, analisa-se sucintamente aqui sua estrutura geral, acerca das teorias referentes à classificação do ônus da prova e a natureza dos eventos a serem comprovados.

Ainda, ressalta-se a respeito das peculiaridades do tema em sede da disciplina do Direito Processual Trabalhista, ponderando a interpretação do artigo 818 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), bem como analisando a possibilidade da inversão do ônus da prova como característica desse ramo do processo.

A finalidade total deste trabalho é expor a polêmica doutrinária que causa o assunto em comento, com o fim de acender a discussão a respeito da temática entre os estudiosos do tema.

2 DA PROVA

Preliminarmente ao estudo do ônus da prova, um dos estudos mais polêmicos do Direito, há que ser introduzido o estudo a respeito das provas, com análise de seus significados etimológico e vulgar; de seu conceito jurídico e suas características; uma concisa análise da sua natureza jurídica, bem como uma exposição de seus sistemas valorativos.

2.1 Noções preliminares

2.1.1 Acepções do termo

Prova sobrevém do verbo latino *probare*, que em nosso idioma significa determinar a verdade, patentear, verificar, testemunhar, demonstrar.

Entretanto, em termo técnico, provar é evidenciar de alguma forma a fidúcia de um fato ou a verdade de uma declaração. Ainda, em outras palavras, provar é convencer alguma pessoa sobre determinada ocorrência. Provar é persuadir o juiz sobre os fatos da causa.

Nesse seguimento, no processo, a prova tem por elemento os fatos da demanda e trata-se de uma reconstituição dos episódios ocorridos perante o juiz, que é o recebedor da prova. Portanto, o fato que não conseguir ser evidenciado é fato que não existe.

2.1.2 Finalidade e destinatário

O objetivo da prova é demonstrar a verdade real ou a concepção da convicção do juiz referente aos fatos da causa. Assim, o destinatário imediato da prova é o juiz, que necessita para julgar ser convencido da veracidade das alegações. O destinatário mediato, portanto, é o processo ou, em derradeira apreciação, terceiros que possam ter interesse nos conseqüência da demanda.

É cabível afirmar, como bem preceitua Sérgio Pinto Martins, que no processo do trabalho, assim como ocorre no processo civil, domina o livre convencimento do exame da prova, ou o princípio da persuasão racional da prova. É possível observar tal idéia no artigo 131 do Código de Processo Civil (CPC):

Art. 131. *O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.*

Dessa mesma maneira, será este artigo utilizado no processo do trabalho, tendo o juiz a liberdade para ponderar as provas, com apenas a responsabilidade de fundamentar na sentença os ensejos que lhe foram capazes de convencer.

2.1.3 Meios legais e princípios que regem a prova

A prova deve ser colhida de acordo com as normas insculpidas na legislação pertinente. Ou como diz Theodoro Júnior, “a convicção do juiz deve ser estabelecida segundo meios ou instrumentos reconhecidos pelos direito como idôneos, isto é, conforme as provas juridicamente admissíveis”.

Estabelece o art. 332 do CPC subsidiariamente aposto ao processo trabalhista, assim como o art. 769 da CLT, que todos os meios de prova legais e os moralmente autênticos, são aptos para comprovar a veracidade dos fatos, em que se constitua a ação ou a defesa.

Nesse contexto, o que se trata é referente às espécies de provas que devem ser prestadas em juízo, entre as quais o depoimento pessoal das partes, a oitiva de testemunhas, a apresentação de documentos, a perícia e a inspeção judicial.

Fica oportuno frisar que no direito processual brasileiro, não há dominação de uma prova sobre a outra, sendo apreciada em seu conjunto e julgada pelo juiz segundo seu livre convencimento, como bem já foi mencionado, desde que motivado.

Convém ressaltar que o depoimento pessoal é de imperante importância e deve ser demandado nas petições iniciais do autor e do réu sob pena de confissão, haja vista que é considerada a soberana das provas.

Parece conveniente dizer que há, como meio de estudo e de entendimento deste tema, ainda, princípios que rege a prova, como ensina Sérgio Pinto Martins, como a Unidade da prova, a Lealdade da prova, Oportunidade da prova, Imediação, Legalidade, Contraditório, Necessidade da prova, Disponibilidade, Obrigatoriedade, dentre outras.

Seguindo esta linha, é importante que se tenha conhecimento dos princípios da prova para que se possa entendê-las. É relevante saber que, de acordo com o princípio da necessidade da prova, não satisfaz perpetrar arguições em juízo, é preciso que a parte comprove as suas alegações. O que não está presente no processo não tem existência jurídica. Contudo, ninguém será compelido a produzir provas contra si mesmo.

Nessa perspectiva o princípio da unidade da prova demonstra que esta deverá ser analisada em conjunto, globalmente, de forma a não ser apreciada de forma isolada. As provas necessitam ser feitas, segundo o inciso LVI do art. 5^a da Constituição Federal (CF), com licitude, como também aduz o inciso II do art. 14 do CPC.

Por fim, O princípio do Contraditório diz que oferecida uma prova perante o juiz, à parte contrária tem o direito de se manifestar a respeito dela, como assegura o inciso LV do art. 5^o da CF. Já o inciso II do mesmo artigo preceitua sobre a legalidade, garantindo, em consonância com as provas, o contraditório e a ampla defesa.

2.1.4 Sistema de valoração das provas

Como já citado anteriormente, a prova se destina ao convencimento do julgador. Este, contudo, não pode dispor da prova a sua vontade sem analisar o sistema de valoração previsto em lei.

Miguel Reale realizou um estudo doutrinário e comparativo, em Filosofia do Direito, no qual traz a distinção quantos as atividades de avaliar e valorar, que vale ser exposto:

[...] Valorar não é avaliar. Valorar é ver as coisas sob prisma de valor. Quando se compra um quadro, não se valora, mas se avalia. Em tal caso, compara-se um objeto com outros. Valorar, ao contrário, pode ser a mera contemplação de algo, sem cotejos ou confrontos, em sua singularidade sob prisma de valor. O crítico de arte valora um quadro ou uma estátua, porque os compreende sob prismas valorativos, em seu sentido ou significado. O negociante avalia o quadro, depois valora-lo. Valorar e avaliar são, portanto, palavras de sentidos distintos, embora complementares.

A existência de sistemas valorativos das provas acolhe até à expectativa das partes que, pelo princípio do contraditório, têm o direito de ter suas provas e alegações acuradamente consideradas e ponderadas, sob pena de infringência ao referido preceito informativo.

No direito processual já houve outros sistemas de valoração da prova no decorrer do tempo: do critério legal, da livre convicção e da persuasão reacional.

Pelo sistema do critério legal o juiz analisava a prova obedecendo a uma hierarquia, assim como respeito a critérios de “tarifação” destas, de tal forma que a sentença era prolatada de maneira quase que automatizada. O juiz não tinha liberdade nesse processo, haja vista que estava constricto ao formalismo das leis em detrimento da verdade.

Já no sistema do livre convencimento, em contrapartida ao supramencionado, o juiz tinha a faculdade inclusive de julgar contra as provas constantes nos autos, ou seja, sua decisão e seu convencimento eram imperantes.

O último sistema, o de persuasão racional, o juiz julga fornecendo ao conhecimento das partes os motivos pelos quais se convenceu daquela forma, seguindo os dados existentes no processo. O que não é presente no processo não é tido como prova para julgamento do magistrado, não está no ordenamento jurídico, como preceitua a parêmia latina: *quod non est in actis, non est in mundo*.

Nesse contexto, pode-se, atualmente, encontrar o sistema de persuasão racional, também chamado de sistema do livre convencimento motivado, é aduzido no artigo 131 do CPC, verbis: “O juiz apreciará, livremente, a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias

constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Contudo, esse último sistema, não se refere à apreciação da prova com integral liberdade, tendo em conta que o julgador terá sempre a lei para tomar como base, ou seja, para orientar-se. Além disso, deve o magistrado expor a justificativa de suas decisões por força de obedecer a constitucionalidade, conforme demonstra o inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal, que ensina:

Art. 93. IX- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público e a informação; (grifo acrescido pelo autor do artigo).

3 TEORIAS SOBRE A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Todas as teorias existentes seguramente foram de ampla utilidade no processo evolutivo, já que, mesmo não sendo corretas em seu conjunto, sucessivamente importaram nos íntimos dos doutrinadores subseqüentes, e cooperaram para se atingir o estágio contemporâneo do adágio científico.

Analisando as teorias antigas, por exemplo, se pode citar múltiplos aspectos que são interessantes e, que até hoje, em alguma medida, servem de base à constituição doutrinária.

Para Bentham, *apud* Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, em seu livro Estudo de direito dos processos (Op. Cit. P. 84), a incumbência da prova deveria ser cominada a quem, dos litigantes, pudesse satisfazê-lo com menos inconvenientes.

Em Webber observa-se a idéia do *princípio da normalidade*: segundo sua teoria, para fundamentar um direito, bastaria a prova de suas conições essenciais. A presença das

condições gerais seria presumida, pelo que a respectiva ausência deveria ser provada pelo réu. Chiovenda e Betti também adotaram esse princípio.

Gianturco constituiu que o egoísmo é que motiva a atividade probatória. Dessa maneira, encarregaria o ônus da prova àquele que ansiasse receber benefício da prova resultante. Apontou como verdadeira a lei do *mínimo esforço* e asseverou, sem se esquivar ao princípio da normalidade (ainda que a ele tenha se avesso antes), que podendo se dar um fato de maneira “normal” e “excepcional”, diante da deficiência da prova da excepcionalidade, seria dispensável a prova da normalidade.

Já Demogue estabeleceu seu ensinamento no princípio da normalidade e na ciência de que a responsabilidade pelas provas caberia ao litigante que pudesse desempenhá-la com inferior incômodo. Faz distinção entre obrigações de resultado e de meio, o que trouxe influência a distribuição do ônus da prova.

Na teorização recente, encontramos com imensa repercussão os trabalhos de *Chiovenda e Carnelutti*.

Pacífico teceu em estudo recente das teorias referidas. Esclarece que na distribuição do *ônus probandi* para *Chiovenda* (1965 e 1969), importaria considerar o *princípio da igualdade das partes*. O encargo de provar se distribuiria entre as partes, de modo que se deixaria por conta de cada uma delas demonstrar os fatos que tem *interesse* sejam pelo juiz tidos como verdadeiros. O seu critério central, então, é o interesse pela prova.

Carnelutti criticou a teoria de Chiovenda, afirmando que o interesse à prova é bilateral. Já “a distribuição do ônus da prova deve ocorrer tendo em vista o interesse à afirmação, este sim unilateral, portanto cada parte somente tem interesse em afirmar os fatos constituintes de sua pretensão”. É citado o autor italiano, Francesco Carnelutti em seu livro *Sistema di diritto processuale civile*, na página 424: “Tem o ônus de provar quem tem o interesse em afirmar; portanto, quem propõe a ação tem o ônus de provar os fatos constitutivos; e quem propõe a exceção tem o ônus de provar os atos extintivos e as condições imperativas ou modificativas.

Também consideramos mencionar Betti, que em substituição ao *interesse da afirmação*, sustentou o critério, do *ônus da afirmação*. Ao ônus da demanda (ação e exceção) se coordena o ônus da afirmação, ao qual, por sua vez, se coordena o ônus da prova.

Betti ainda contribuiu para sua teoria com a discriminação da natureza dos fatos (ou circunstâncias) considerando sua importância para nascimento, a modificação ou a extinção da relação jurídica deduzida (fatos constitutivos, circunstâncias impeditivas, fatos modificativos ou extintivos).

É de se dizer, porém, que nem sempre caberá ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito, como também, nem sempre ao réu importará a demonstração dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Em uma ação de anulação de contrato fundada na ocorrência de coação, por exemplo, o que o autor cuidará de provar será exatamente *o fato impeditivo* da validade do contrato, qual seja a ausência de manifestação de sua livre vontade no momento da contratação.

Vemos claramente, diante dessa análise, que os fatos não comportam uma classificação rígida (fato A é constitutivo, não impeditivo; fato B é modificativo, não constitutivo), já que o enquadramento de cada fato é relativo, dependendo da relação jurídica quanto ao qual é considerado.

No mesmo exemplo citado o fato indicado como impeditivo da validade do contrato pode ser tornado como constitutivo do direito do autor a demandar em busca da dissolução do contrato viciado.

Essas são algumas das críticas à teoria da distribuição do ônus da prova que se funda na natureza dos fatos, conforme indica Pacífico.

Abstraído dessas considerações, o nosso Código de Processo Civil claramente distribuiu o *ônus probandi* considerando a posição das partes e a natureza dos fatos, reunindo partes das teorias de Carnelutti e de Chiovenda, conforme se vê do teor do seu artigo 333.

Por fim, Rosemberg e Micheli salientaram que as regras de distribuição do ônus da prova são regras práticas de julgamento para o juiz, ante a deficiência probatória quanto à algum fato (aspecto objetivo do ônus da prova).

4 O ÔNUS DA PROVA

4.1 NA TEORIA GERAL DO PROCESSO

Já foi percebido que não é apenas desta época a tentativa de unir as teorias e os princípios aplicáveis a todos os ramos do processo em um conjunto único, cujo conhecimento deve ser prévio ao aprofundamento em cada um daqueles. O bom entendimento da teoria geral promoverá uma facilidade, certamente, a compreensão dos aspectos característicos do objeto deste estudo dentro do direito processual do trabalho.

Mesmo com essa prerrogativa, compreende-se que o fato de princípios comuns permearem os diferentes ramos do processo, em seu tronco comum, não lhes retira respectivamente a autonomia, que se funda na instrumentalidade do direito processual, o qual é influenciado pelas peculiaridades do direito material que visa tutelar.

Diante dessas considerações, fica pertinente observar as exposições doutrinárias de Jorge Castello:

Assim, é evidente que p direito processual do trabalho deve atentar para as causas e finalidades (valores) próprias do direito objetivo do trabalho. Mas, sempre condicionado e sem perder de vista a unidade metodológica ou de raciocínio, os grandes princípios, os grandes conceitos, os grandes esquemas lógico e os escopos (e valores fundamentais da sociedade, ou do direito objetivo como um todo a estes relacionados) que permeiam e determinam o modo de ser da atividade jurisdicional indicados pela teoria geral do direito processual.

Há outros pressupostos teóricos importantes da teoria geral do processo para as considerações do presente trabalho, e dos quais já se entende como verdadeiros.

O Estado, por meio do processo e, portanto, através do empenho privado dos litigantes, tem a finalidade de desempenhar desígnios que lhes são próprios, quais sejam o social (propendendo à pacificação social), o político (a conservação do domínio do ordenamento jurídico vigente) e o jurídico (a ação efetiva da ambição da lei). Essa visão publicística do processo, então, remove a ação do núcleo do sistema processual, substituindo-a pela jurisdição.

Compete a cada componente da lide, a prova das arguições de fato que confirmar como princípio genérico e sujeito a exceções, como se verá adiante. À incumbência referida se dá a denominação de *ônus*, que é oriundo do latim *onus, eris*, sendo conceituado por obrigação, encargo, carga.

Entretanto, não há que confundir *ônus* da prova com *obrigação* em seu sentido jurídico, haja vista que não se estabelece para com terceiro, e nem com *dever*, visto que perante de seu inadimplemento não se comina sanção ao onerado, tecnicamente ponderada, mas com encargo teoricamente necessário e dirigido para o sucesso na demanda.

A alacridade desse *ônus* constitui *competência* atribuída à parte, não podendo a parte adversa, ou mesmo o juiz, a priori, obrigá-la tanto; apenas terá que arrostar com as consequências de sua casual inércia.

O *onus probandi*, então, está ligado densamente ao interesse e à necessidade da parte em ver provados os fatos alegados em juízo.

É pertinente dizer que a doutrina, divide o *ônus* em perfeito e imperfeito. Pelo *ônus* perfeito entende-se aquele cuja parte não se desincumbiu e lhe trouxe consequências jurídicas prejudiciais. Já pelo *ônus* imperfeito, entende-se, inclusive com a leitura de Manoel Teixeira Filho, em sua doutrina “A prova no processo do trabalho”, que não havendo prova a parte não perde a demanda, já que a parte ex-adversa produziu prova contra si, fazendo com que aquele que tinha o *ônus* da prova ganhasse a demanda mesmo sem ter provado os fatos alegados.

Portanto, o *ônus* da prova não é uma obrigação ou um dever de provar e sim uma necessidade, frise-se, de provar para vencer a lide.

4.2 NO DIREITO TRABALHISTA

Como já bem conceituado, a prova é o organismo pelo qual o magistrado procura segurança para determinar a veracidade dos fatos que deram causa a lide, e sobre os quais finalizará sua atividade cognitiva. Assim idealizada de acordo com grande parte da doutrina processual, na seara do direito trabalhista ela se torna núcleo de vivas contendas quando a abordagem refere-se à maneira combinada de distribuição do *onus probandi* entre as partes.

Em regra geral a repartição do *ônus* da prova em assunto trabalhista é regulamentada pelo artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho. De acordo com o ponto de vista do citado dispositivo, cada litigante tem o dever de comprovar suas alegações.

Percebe-se que o direito trabalhista é baseado em eficiência limitada se observarmos que a prova tem a papel de aferir verdade às alegações sustidas pelas partes e que nem sempre essa estará à disposição do trabalhador, assim, outros elementos são postos a disposição do juiz, de forma acessória, com a escopo de inteirar essa deficiência do regramento específico.

4.2.1 O artigo 818 da CLT e a aplicação subsidiária do artigo 333 do Código de Processo Civil

Como já é notório observar, em face das considerações anteriores, o ônus da prova no processo do trabalho é assunto por demais polêmico, sobre o qual não se tornaram assentes os doutrinadores. Natural que assim seja, já que em Direito, essencialmente dialético, sempre ocorrerão pensamentos divergentes.

A discussão envolve os artigos 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e o artigo 333 do Código de Processo Civil, este em face do que se dispõe o artigo 769 Celetário: “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”.

Convém, portanto, transcrever ambos os dispositivos de lei para melhor entendimento.

Aduz o artigo 818 da CLT: “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer”.

A distribuição do ônus da prova faz jus à particular cautela, tendo em vista que acoplada a princípios característicos e por compor a obrigação da atividade probatória dos litigantes, componente essencial para a persuasão do julgador.

No âmbito do direito processual do trabalho a efetivação do artigo 333 do CPC apenas é acolhida em modo subsidiário. O juiz do trabalho deve concentrar frente ao caso real a norma fundada pelo artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho.

No direito processual brasileiro, em regra, o ônus da prova incumbe a quem afirma. O autor necessita evidenciar a existência dos fatos que protegem a suas aspirações. É essa a disciplina esculpida no artigo 333 do Código de Processo Civil:

Art. 333.

I – 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.

Ainda que o dispositivo que agrega o Código de Processo Civil seja claramente mais conclusivo em seu texto, o artigo 769 da CLT define que sua aplicação na esfera do direito processual do trabalho unicamente possa acontecer em maneira subsidiária.

Nada obstante, é expressiva na teoria a idéia que trata da aplicação subsidiária do art. 333 do CPC haja vista que o assunto é tratado de modo pouco aprofundado pela legislação trabalhista. Deste modo, quem ingressa com a ação tem a responsabilidade de demonstrar prova constitutiva de seu direito e o acusado fica responsável em originar nos autos prova de fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito.

4.2.2 Da observância dos princípios do direito do trabalho na distribuição do ônus da prova

O direito processual do trabalho tem aplicação própria e a classificação do ônus probante entre as partes determina como requisito fundamental a avaliação do acontecimento real e o direcionamento da especialidade legislativa norteadas pelos princípios do direito do trabalho.

No momento em que a matéria processual civil, em regra, tem como propriedade correspondência de posição entre litigantes, um entendimento auxiliado pelo Princípio da Igualdade, no direito processual do trabalho a orientação será fornecida pelo Princípio da Proteção, que tem a finalidade de atribuir ao empregado, comumente hipossuficiente, a tutela de seus direitos.

De acordo com o entendimento de SARAIVA (2008.p.40):

“Princípio de proteção, em verdade, insere-se na estrutura do direito do trabalho como forma de impedir a exploração do capital sobre o trabalho humano, possibilitando a melhoria das condições devida dos trabalhadores, e permitindo o bem-estar social dos obreiros.”

O princípio da proteção, supramencionado, pode ser desmembrado em diferentes três, sendo eles:

O Princípio in dúbio pro operário, cujo juízo é de que ante a existência de mais de uma interpretação sobre normas laborais o intérprete carecerá escolher pela mais benéfica ao empregado. À respeito da aplicação do princípio do in dúbio pro misero no processo do trabalho, ainda que admita que a legislação trabalhista tenha amodo protetivo em benefício do empregado, Manoel Antônio Teixeira Filho assevera: “Decidir em favor do empregado – apenas porque empregado o é – é uma atitude piedosa, de favor, que se ressentir de qualquer lastro de juridicidade.”

É oportuno frisar que, apesar do exposto, o princípio in dúbio pro operário não se destina a sede de direito processual do trabalho, devendo imperar a idéia prevista pelos artigos 818, CLT e 333, CPC. De tal modo, o autor permanece pela prova constituída de seu direito e o réu pela prova de fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito.

O Princípio da aplicação de normas mais favoráveis, como a própria denominação explica, regula o aproveitamento da regra mais adequada ao obreiro, independente de sua posição hierárquica.

Por fim, o Princípio da condição mais benéfica, define que as condições mais proveitosas do contrato de trabalho dominarão mesmo em caso de norma superveniente.

O julgador, se abalizando no princípio da adequação, preceituado pelo artigo 8º, parágrafo único da CLT, bem como amparado pelo artigo 769, também da CLT, conferida a carência da matéria prevista pelo artigo 818, da CLT, que se manifesta simplista perante o caso concreto, terá que aplicar o previsto pelo artigo 333 do CPC.

Com o fito de resolver o caso concreto em sede de justiça do trabalho, a autoridade judiciária precisará notar, além disso, o Princípio da melhor aptidão para a prova, que dirá que será possuidor do ônus da prova quem ficar mais capaz a comprová-la ante ao juiz.

O menor poderio do trabalhador no campo do direito processual do trabalho não se sintetiza a um ponto econômico ou financeiro, mas sim a um modo de comprovação. Isso que dizer que, quando o obreiro tiver ampla dificuldade na apresentação de prova e, ao mesmo

tempo, o empregador tenha melhores elementos para realizá-la, este terá a responsabilidade de evidenciar o fato.

Nesse passo, no caso de uma dos litigantes possuir maior competência para a prova, a ação processual em seara de direito de trabalho vai ordenar a sua produção de quem tem mais condições de apontar a verdade dos acontecimentos, muito embora isso acarrete a juntada de documentos, inteirando a inércia da parte que elegeu somente negar o episódio que deu margem ao argüido.

Da mesma maneira, é relevante o princípio da prova pré-constituída na distribuição do ônus da prova. De acordo com o regulamento, se atribui o ônus da prova para quem deixou de observar as formalidades legais. Para melhor ficar claro, observa-se o Enunciado 338 do TST:

“338. Jornada Registro. Ônus da prova – Nova redação – 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.”

Seguindo esse contexto, a exposição de registros de horário das empresas que computam mais de dez empregados, no transcorrer de uma reclamação trabalhista que trate sobre horário adicional, não deve mais ser dependente de decisão judicial. Sendo assim, a não percepção pelo empregador pode acarretar presunção relativa do horário declarado na inicial.

Deste modo a pessoa que emprega deve ter em mãos todos os documentos referentes ao contrato de trabalho de seus subordinados sob imposição da legislação trabalhista.

4.2.3 Ônus subjetivo e objetivo da prova

Assim como já foi citado anteriormente, quando se observou sobre a base para a distribuição do ônus da prova, este pode ser analisado quanto às partes e quanto ao juiz, ou em outras palavras, subjetiva e objetivamente.

Em relação aos litigantes, o ônus da prova subjetivo versa em averiguar quem, dentre as partes, deveria fazer a prova dos fatos argüidos, visando alcançar o êxito na demanda, quanto a determinada pretensão.

Em questão de orientação, toma-se como base a condução da instrução probatória de cada um.

Pode lhes ser benéfico, até mesmo, para impedir que façam prova do interesse da parte contrária. É corretamente admissível que, no desejo de se expor mais documentada e hábil a provar suas alegações, um litigante demonstre no processo provas que se apliquem à pretensão da outra parte.

Nesse contexto, tendo sido produzida, a prova é congregada ao conjunto probatório, em função do chamado *princípio da apropriação*, ou da *aquisição processual*, não implicando quem a constituiu, podendo, dessa maneira, quadrar a qualquer um dos litigantes.

Em contrapartida o ônus objetivo refere-se ao julgador que irá verificar a prova constante dos autos, independentemente de quem tenha o ônus da prova.

Não é presunção de exame da conduta de cada uma das partes, como que premiando quem trabalhou bem e castigando quem pouco se empenhou.

Assim, em um primeiro momento, o juiz avaliará a união das provas em geral, sem pesar a produção de cada parte, assim como do ônus intrínseco a cada uma. Constatará, nesse passo, o que ficou ou não provado, e em decorrência, aferirá provimento à aspiração cujo pressuposto fático (e de direito) fora devidamente evidenciado.

Somente quando não localize a prova satisfatória dos fatos, é que se empregará o julgador das normas de distribuição do ônus da prova, como critério apontador da distribuição, do mesmo modo, dos danos daí procedentes.

4.3 NO PROCESSO DO TRABALHO

Tendo estudado o lineamento teórico geral que baseia a prova e de seu ônus na teoria geral do processo cabe revisar a matéria na disciplina de direito do trabalho. É com atenção às particularidades e desígnios do direito processual laboral que o interprete carece avaliar as regras de direito positivadas, com a conseqüência de se escapar à idéia especial que individualiza essa parte de processo.

Dessa forma, cabe analisar os aspectos que distinguem o direito do processo trabalho dos outros ramos do processo.

Acerca do tema, Nascimento mostra traços diferenciadores entre o direito processual do laboral e o processual comum, quanto à jurisdição, à ação e ao processo. Afirma como peculiaridades distintivas referente ao processo do trabalho, as subseqüentes, notadas na Justiça do trabalho.

Relativamente à jurisdição, o exercício da função normativa - nos dissídios coletivos de trabalho – assim como a existência de composição paritária, o que não mais é vivente, tendo em vista ao aniquilamento da figura do juiz classista.

Referente à ação, indica que são individuais e coletivas, havendo entre as primeiras as que são de cumprimento, cujo fim é o de atuar uma sentença normativa descumprida.

Quanto ao processo, a existência de linguagem própria (reclamante e reclamado, requerente e requerido, suscitante e suscitado, dissídio individual e coletivo), uma maior concentração dos atos em audiência e a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, o arquivamento do processo ante a ausência do reclamante à audiência, a maior busca pela conciliação, o fato da contestação ser verbal na lei (e acrescentam-se as razões finais), o menos número de testemunhas por parte (três) a inversão do ônus da prova, a sentença individual e coletiva ou normativa, e a possibilidade do início da execução por ato do juiz.

4.3.1 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA DO DIREITO PROCESSUAL TRABALHISTA

Acerca do supracitado, nota-se que o direito processual do trabalho não se diferencia tanto do processo civil e do processo penal. A instrução probatória é o andamento processual que desperta a cautela de todos os abarcados no processo, haja vista que é indispensável para a formação da persuasão do julgador.

No entanto, a efetivação da instrução probatória acontece de maneira particular, defendida não exclusivamente pelas leis trabalhistas, mas inclusive pelos princípios inerentes ao direito laboral. Isso é apontado evidenciadamente pela jurisprudência, quando demonstra a característica de defesa constante no direito material e processual, levando em consideração que o obreiro, visto como hipossuficiente, conta com o amortecimento das normas relativas ao ônus da prova, invertendo-o quanto ao fato distintivo quando sua constatação ficar irrealizável perante a situação de subordinação.

Assim, a criação de ufanias *iuris tantum* forma significativa estrutura para integrar a variedade de elementos a disposição do juiz para assessorar na distribuição do ônus da prova. O Enunciado 212 do TST demonstra vividamente o seu efeito, como se pode perceber:

“Ônus da Prova – Término do contrato de Trabalho – Princípio da Continuidade - 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.”

A favor da verdade se faz necessário observar que as regras da distribuição do ônus da prova podem acarretar certas vezes determinados danos e iniquidades. Podemos citar como meio de exemplificação ocasiões nas quais o obreiro não poderia juntar os subsídios imprescindíveis para evidenciar os fatos característicos de seu direito meramente porque estes se deparam em domínio do empregador.

Dessa forma, aglomera-se a disciplina dos artigos 818 da CLT e 333 do CPC, incluindo os princípios peculiares do direito laboral e das presunções *iuris tantum* a hipótese de inverter ônus da prova. Esse mecanismo é oriundo do Código de defesa do consumidor, encontrado no artigo 6º, VII, veja:

Art. 6º. *São direitos básicos do consumidor:*

VII – 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 ele for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias discriminados em seu texto.

Ainda que o *caput* do artigo 6º. Do CDC fale em consumidor e o inciso VIII minute processo civil, o juízo atual traz a idéia de que esse texto importe reserva à aplicação deste organismo a categoria social e rito processual distinto daqueles descritos em sua redação.

Relevante destacar que as normas que podem ser aplicadas de forma secundárias no direito laboral não estão discriminadas exclusivamente no Código Civil e no Código de Processo Civil. De forma subsidiária pode-se constatar que se encontram também nos artigos 8º e 769 da CLT, de tal modo que o magistrado possa emanar a distribuição do ônus da prova da maneira mais correta relacionada ao caso concreto.

Nesse seguimento, observa-se que a atenção dos requisitos para a inversão do ônus da prova na seara do direito do trabalho são cumulativos, haja vista que a hipossuficiência do trabalhador é conjecturada e será cogente a verossimilhança nos casos por ele afirmados como essenciais de seu direito.

Por isso, o julgador pode corresponder ao caráter tutelar do direito do trabalho, apartar a pretensa ocorrência do princípio da auto-responsabilidade das partes, e sobrepor na compleição de argumento admissível apresentado pelo obreiro, a inversão do ônus da prova, de maneira a assegurar ascendente eficácia à dinâmica processual eliminando a falha vivente na legislação particular.

Para que melhor seja o entendimento, veja o exemplo nos seguintes enunciado e orientação jurisprudencial:

Enunciado 338: *REGISTRO DE HORÁRIO – INVERSÃO – ÔNUS DA PROVA. “A omissão injustificada da empresa de cumprir determinação judicial de apresentação dos registros de horário, importa em presunção de veracidade da jornada de trabalho alegada na inicial, a qual pode ser elidida por prova em contrário”.*

OJ 306: *HORAS EXTRAS. ÔNUS DA PROVA. REGISTRO INVARIÁVEL - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída invariáveis são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo o horário da inicial se dele não se desincumbir.*

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A natureza jurídica da prova é processual, por isso que é designada à formação da convicção do julgador quanto às alegações de fato expendidas em Juízo, objetivando a obtenção da maior probabilidade de sua verdade ou fidedignidade. Esta é a sua intenção; as arguições fáticas são seu objeto; o magistrado, o seu destinatário; e deve ser procedida segundo os meios legais existentes.

Lembra-se que se provam os casos importantes, conexos (ambas as peculiaridades ponderadas em relação à aspiração levada a julgamento) e controvertidos.

No sistema de valoração das provas empregado no Código de Processo Civil brasileiro (artigo 131) é o da *persuasão racional*, ou do *livre convencimento motivado*, o qual pode ser localizado no cume evolutivo dos ressaltados (do critério legal e do livre convencimento).

Pode-se dizer que o ônus da prova tem sua constituição teórica edificada na teoria geral do processo.

Assim, ônus denota encargo, não se misturando com obrigação e nem com dever. Ao ônus de provar corresponde à capacidade conferida à parte (e necessidade) de formar o

processo com informações comprobatórias da verdade de suas arguições, propendendo conseguir sucesso na demanda.

É importante renovar o entendimento de que o Código de Processo Civil adotou teoria que pondera a posição das partes no processo e a natureza dos fatos (constitutivos, impeditivos, extintivos e modificativos) como critérios para a distribuição do ônus da prova (artigo 333).

Em sequência do já avaliado, observa-se que ônus da prova subjetivo relaciona-se com a carga cominada a cada litigante, já o ônus objetivo refere-se à atividade de investigação do conjunto probatório, dimanada pelo julgador. A proveitosa utilização dos critérios de distribuição do ônus da prova, maior que servir de norte às partes, é se prestar como preceito de julgamento, a ser usada pelo magistrado perante a irresolução resultante de instrução processual deficitária ou imperfeita.

A intenção da formação doutrinária atual é na acepção da extensão dos poderes instrutórios do juiz, marcadamente na esfera do processo do laboral, no qual se nota exacerbadas notas de processo inquisitivo.

O direito processual é instrumental em relação do direito material, ou seja, destina-se à atuação deste, além do alcance dos seus escopos político, social e jurídico. Há princípios comuns aos diferentes ramos do processo, o que não lhes retira respectivamente a autonomia, que se funda na instrumentalidade do direito processual, marcado que é pelas particularidades do direito material que visa tutelar.

O processo de trabalho guarda características próprias em relação ao processo civil. O que se diferencia verdadeiramente, porém, é a especificidade analisada no direito material que o primeiro tende à atuar (o qual possui evidentes finalidades tutelares do trabalho, assim como de amparo dos interesses sociais e dos empregados), dado o caráter instrumental do processo, e os princípios que os balizam.

Sobre a discussão dos estudiosos acerca da interpretação do artigo 818 da CLT conclui-se que se reparte em três linhas de pensamento. A primeira ressalta que é precisa a aplicação secundária do artigo 333 do CPC ao processo do trabalho. A segunda corrente aduz que a aplicação privativa do artigo 818 da CLT depende da adequada interpretação pelo

operador do Direito. Porquanto, a terceira pondera que são idênticos os domínios expostos nos dois artigos.

Nesse contexto, todas as arguições em defesa das correntes citadas serão consideradas válidas, desde que o aplicador da regra tenha clara em sua atuação o entendimento da orientação do direito do trabalho, e por consequência do direito processual do trabalho, com ênfase para os respectivos princípios informativos, percebendo especialmente que a desigualdade material existente entre o empregado e empregador deverá gerar consequências na seara processual, pelo que não há de reger o processo do trabalho o *princípio da igualdade das partes* da mesma forma que o processo civil.

A inversão do ônus da prova terá espaço no processo laboral sempre que se confirmam as condições de aplicação dos princípios da *aptidão* para a produção da prova (quanto ao empregador), o *in dubio pro operário*, aliado ao da *adaptação*, e ainda o da *preconstituição da prova*.

Apreciando as normas de distribuição do ônus da prova, regras de julgamento, o momento de sua inversão continua centrado na decisão.

Como percebido, o objeto abordado é abstruso e dá causa à maiores aprofundamentos e estudo. Não havia a anseio de esgotá-lo, porém, considera-se acertado o objetivo, com a exibição das várias correntes doutrinárias quanto aos temas mais polêmicos e ao esclarecimento da importância do tema no desenvolvimento do processo, seja do ponto de vista das partes, seja do prisma do julgador.

REFERÊNCIAS

CINTRA, A.; GRINOVER, A.; DINAMARCO, C.; **Teoria Geral do Processo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil: Volume III**. 2. ed. São Paulo. Malheiros, 2002.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Teoria Geral da Prova: Apontamentos**. 5. ed. Salvador: Edições JusPodium, 2005.

HUMBERT, Georges Louis Hage. Inversão do ônus da prova no CDC: momento processual e adequação aos princípios constitucionais e processuais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 257, 21 mar. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4939>>. Acesso em: 20 out. 2011.

MARQUES, Heloisa Pinto. A prova no Processo do Trabalho. Revista Ciência Jurídica. Belo Horizonte, n 14, 1999.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. **Julgamento e ônus da prova: Temas de Direito Processual**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

SARAIVA, Renato. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **A prova no processo do trabalho**. 3ª edição. São Paulo: LTr, 1986, p. 84-87.