

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO E DO TRABALHO**

Karine Neves

**O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO E A REFORMA
TRABALHISTA (LEI N. 13.467/2017)**

**Porto Alegre
2018**

Karine Neves

**O ÔNUS DA PROVA DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO E A REFORMA
TRABALHISTA (LEI N. 13.467/2017)**

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Me. Francisco Rossal de Araújo

**Porto Alegre
2018**

Karine Neves

**O ônus da prova no processo do trabalho e a reforma trabalhista (Lei n.
13.467/2017)**

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em 11 de dezembro de 2018.

Conceito final:

BANCA EXAMINADORA:

Professor Mestre Francisco Rossal de Araújo (orientador)
Instituição: Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Doutor Leandro do Amaral Dorneles
Instituição: Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Doutor Glênio José Wasserstein Hekman
Instituição: Universidade Federal do Rio Grande do Sul

RESUMO

Com a Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017), alteraram-se diversos artigos da Consolidação das Leis do Trabalho, tanto no que se refere ao Direito Material, quanto ao Processual. Em matéria processual, o artigo 818 da CLT, que trata sobre o ônus probatório, foi alterado devido o entendimento de que a antiga redação não mais supria as necessidades do processo na atualidade, uma vez que ultrapassada, pois somente previa que aquele que fizesse as alegações deveria prová-las. Por conseguinte, o legislador trabalhista entendeu por adequado transpor ao texto da Consolidação das Leis do Trabalho as disposições sobre o ônus da prova, constantes no Código de Processo Civil, excetuando-se a disposição que trata sobre a convenção entre as partes acerca da distribuição probatória. Este trabalho tem por objetivo o estudo acerca do instituto do ônus da prova no Processo do Trabalho, em especial sobre as alterações decorrentes da Reforma Trabalhista, utilizando-se de pesquisa doutrinária e jurisprudencial acerca do tema. Para tanto, no primeiro momento, analisa-se a prova no Processo do Trabalho, discorrendo-se acerca do conceito, objeto, princípios probatórios, bem como os meios de prova admitidos em juízo. Posteriormente, aborda-se o ônus da prova, adentrando-se à análise de seu conceito e sua dinamização, a qual é técnica processual utilizada a fim de garantir a ampla efetivação dos direitos fundamentais, tais como o direito de acesso à justiça, à prova e à igualdade, uma vez que possibilita que a prova seja produzida por aquele que tenha aptidão para tanto. E, por fim, trata-se especificamente sobre as alterações e os reflexos na distribuição do ônus probatório no Processo do Trabalho, decorrentes da alteração do artigo 818, da CLT, introduzida pela Lei 13.467/2017.

Palavras-chave: Ônus da prova. Prova. Processo do Trabalho. Reforma Trabalhista.

ABSTRACT

With the Labor Reform (Law 13.467/2017), several articles of the Consolidation of Labor Laws suffered changes, including both articles of substantive law and those of procedural law. In procedural matters, Article 818 of the CLT, which deals with the probative burden, has been amended due to the understanding that the old wording no longer suited the needs of the process in the present time, since it exceeded, since it only foresaw that the just one that made the allegations should prove them. Therefore, the labor legislature considered it appropriate to transpose to the text of the CLT the provisions on the burden of proof in the Code of Civil Procedure, excepting the agreement between the parties on the evidentiary distribution. This study aims to study the institute of burden of proof in the Labor Process, in particular on the changes arising from the Labor Reform, using doctrinal and jurisprudential research on the subject. For that, in the first moment, the proof is analyzed in the Labor Process, discussing the concept, object, probative principles, as well as the means of evidence admitted in court. After that, the burden of proof is addressed, entering into the analysis of its concept and its dynamisation, which is a procedural technique used in order to guarantee the broad fundamental rights, such as the right of access to justice, proof and equality, since it enables the proof to be produced by the one who has the capacity to produce it. Finally, it deals specifically with the changes and reflections on the distribution of the burden of proof in the Labor Process, resulting from the amendment of article 818 of the CLT, introduced by Law 13.467/2018.

Keywords: Burden of proof. Proof. Labor Process. Labor Reform.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

CF/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CPC – Código de Processo Civil vigente (Lei 13.105, de 16 de março de 2015)

IN – Instrução Normativa

OJ – Orientação Jurisprudencial

TST – Tribunal Superior do Trabalho

§ - Parágrafo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO	11
2.1 CONCEITO	12
2.1.1 A prova como direito fundamental	14
2.2 OBJETO DA PROVA.....	16
2.3 DOS PRINCÍPIOS PROBATÓRIOS	17
2.3.1 Necessidade da prova	18
2.3.2 Unidade da prova.....	19
2.3.3 Lealdade ou probidade da prova	19
2.3.4 Contradição	20
2.3.5 Igualdade de oportunidade de prova	21
2.3.6 Legalidade	22
2.3.7 Imediação	23
2.3.8 Obrigatoriedade da prova	24
2.3.9 Oralidade	25
2.3.10 Aquisição processual da prova	25
2.3.11 Convencimento motivado do juiz	26
2.3.12 Busca da verdade real	27
2.3.13 <i>In dubio pro misero</i>	27
2.4 DOS MEIOS	29
2.4.1 Prova documental	30
2.4.2 Interrogatório e Depoimento pessoal	32
2.4.3 Prova testemunhal	34
2.4.5 Prova Pericial.....	37
2.4.6 Inspeção Judicial	41
2.4.7 Prova Emprestada	43
3 ÔNUS DA PROVA.....	46
3.1 CONCEITO	47
3.1.2 Do ônus da prova e o fato negativo	49
3.1.2 Da distribuição do ônus da prova.....	50
3.1.3 Inversão do ônus da prova	53
3.1.4 Teoria da carga dinâmica	58
3.2 INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 39/2016 – TST	61
4 ÔNUS DA PROVA E A REFORMA TRABALHISTA (LEI N. 13.467/17)	63
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	70
REFERÊNCIAS.....	72

1 INTRODUÇÃO

Pelo processo, o Estado presta a tutela jurisdicional, dizendo o direito às partes litigantes, as quais procuram garantir as suas pretensões de direito material. Para tanto, para que as partes tenham o reconhecimento de seu direito, a prova é essencial, pois meras alegações não são suficientes para que o juiz possa decidir a causa.

A prova é de fundamental importância para o processo, pois possui a finalidade de transportar a realidade externa dos fatos ocorridos, reconstituindo-os, para que sejam conhecidos pelo juiz, servindo como base para o debate entre as partes litigantes e para a formação do convencimento do julgador.

Entretanto, não há a necessidade de provar todos os fatos, mas somente aqueles que possuem relação direta com o objeto da demanda, ou seja, os fatos pertinentes, os relevantes, os controvertidos, os não notórios e os não presumidos de forma absoluta.

A produção probatória desenvolvida pelas partes nem sempre obtém êxito em demonstrar a realidade dos fatos ocorridos, pois no ato de transportar a realidade para o processo podem ocorrer falhas e, conseqüentemente, a prova, pode não cumprir com o propósito a que se destina, sendo insuficiente ou, até mesmo, inexistente.

À vista disso, a ciência do direito processual desenvolveu mecanismos para que o magistrado não se furte de decidir a causa nas situações em que não tiver alcançado um grau de certeza suficiente para decidir o litígio.

O ônus da prova é o instituto de maior importância à teoria das provas, que constitui regra direcionada às partes, estabelecendo quem deve provar o que, e direcionada ao juiz, quando não há a certeza necessária para proferir a decisão, em razão de as provas produzidas nos autos se mostrarem insuficientes para o esclarecimento dos fatos discutidos na reclamatória.

Torna-se necessário para o julgamento da demanda, porque o juiz, em razão de ter a obrigação de proferir uma decisão, por ser vedado o *non liquet*, ou seja, o julgador não pode se eximir de julgar a causa alegando falta de provas,

atribui a uma das partes a consequência advinda da falta ou insuficiência de provas nos autos.

No Processo do Trabalho, utilizam-se as regras processuais constantes no Código de Processo Civil (CPC), sempre que forem compatíveis, de forma subsidiária e supletiva, conforme artigos 15¹, do CPC, e 769², da CLT.

As regras de distribuição do ônus da prova, no processo trabalhista, estão estabelecidas no artigo 818 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), havendo recente alteração no respectivo dispositivo, no ano de 2017, pela Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista).

A Reforma Trabalhista introduziu muitas modificações em matéria de direito material e, também, em matéria de direito processual, incluindo-se alterações em matéria de ônus da prova, reproduzindo no texto da CLT a regra contida no artigo 373 do Código de Processo Civil, que é subsidiário ao Processo do Trabalho.

A antiga redação do artigo 818 da CLT foi alterada devido o entendimento de que a regra contida estava ultrapassada, pois não atendia às necessidades do processo da atualidade, e não estava em consonância com o princípio da aptidão para a prova.³

Não obstante, a regra de distribuição do ônus da prova, feita no Processo Civil, parte do pressuposto de igualdade material entre os litigantes, diferentemente do Processo do Trabalho, em que as partes, por serem, na maioria das vezes, empregador e empregado, são desiguais, e isso se reflete no processo.

Em razão de todo o exposto, evidencia-se a importância do estudo acerca do ônus da prova, tendo em vista a necessidade de produção de provas pelas partes e a obrigatoriedade da decisão pelo juiz.

¹ Art. 15 - Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

² Art. 769 - 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.

³ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **O processo do trabalho e a reforma trabalhista**: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei n. 13.467/2017. São Paulo: Ltr, 2017. p. 112.

Este trabalho tem por objetivo principal identificar as alterações introduzidas no texto da CLT, pela Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), acerca do ônus da prova no Processo do Trabalho, e se houve repercussão efetiva na forma de utilização desse instituto.

Porém, inicialmente, será estudado acerca do instituto da prova no processo, mediante análise doutrinária e jurisprudencial, pois essa incursão se faz necessária, uma vez que a prova é parte essencial para o entendimento sobre o ônus probatório, tendo em vista que as partes dela necessitam para confirmarem suas alegações e o julgador necessita da prova para a formação de seu convencimento.

O primeiro capítulo deste trabalho consiste na apresentação do conceito de prova, seu objeto, os meios de prova admitidos e os princípios que regem as provas no processo trabalhista.

No segundo capítulo, analisa-se o ônus da prova (em seu aspecto geral), abordando-se o conceito, a distribuição estática, assim como a dinamização, e a inversão do ônus da prova, a qual não está positivada na CLT, no entanto, é instituto oriundo do Processo Civil, que se aplica ao Processo do Trabalho em razão de a doutrina e a jurisprudência entenderem ser compatível com os princípios norteadores deste ramo do direito.

E, por fim, no terceiro capítulo, tema principal, aborda-se, especificamente, as alterações decorrentes da Reforma Trabalhista sobre o instituto do ônus da prova, verificando-se se as alterações obtiveram a repercussão pretendida pelo legislador, quando da modificação do artigo 818, da CLT, no Processo do Trabalho.

2 DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

O autor ao ingressar com uma reclamatória trabalhista afirma fatos que, na contestação, o réu responde afirmando novos fatos como tese para a defesa de seu interesse, e o juiz, ao analisar as alegações, irá decidir a causa de maneira a distribuir o direito entre as partes, tentando fazer com que haja uma justa composição do litígio.⁴

Para que a justa composição seja possível, é necessário que as partes forneçam provas de suas alegações, pois o julgador necessita de subsídios para decidir de acordo com a verdade real, uma vez que simples alegações de fatos pelas partes não são suficientes para que haja o convencimento acerca de qual dos litigantes está com a razão.

A prova tem fundamental importância para o processo, porque constitui complemento às alegações das partes, mostrando-se necessária à formação da convicção do juiz e, conseqüentemente, a uma decisão justa⁵.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) não trata a matéria probatória de forma sistemática, existindo omissão sobre determinados aspectos. Em razão dessa deficiência no texto normativo, o operador do direito precisa fazer uso das normas do Processo Civil, como fonte subsidiária e supletiva, para suprir as lacunas do texto legal, desde que haja compatibilidade com este ramo do Direito, observando-se o disposto no artigo 769, da CLT.⁶

O presente capítulo consiste na definição da prova, abordando-se seu conceito e seu objeto, os princípios que norteiam a matéria probatória no Processo do Trabalho, bem como os meios de prova que são admitidos em juízo.

⁴ CURY, Augusto Jorge. Decisão sobre o ônus da prova: o momento adequado à sua inversão judicial. **Revista de Processo**. vol. 277. São Paulo: Ed. RT, março 2018, p. 81

⁵ CURY, *loc. cit.*

⁶ BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de direito processual do trabalho**. 16. ed. 2018. São Paulo. Saraiva. p. 772.

2.1 CONCEITO

O conceito de prova, segundo Manoel Antônio Teixeira Filho⁷, “é a demonstração, segundo as normas legais específicas, da verdade dos fatos relevantes e controvertidos no processo”.

A demonstração dos fatos por meio de prova é essencial, porque contribui na formação do convencimento do juiz a respeito da veracidade das alegações das partes, tendo em vista que, somente por meio das provas, o juiz poderá reconstituir os fatos e, com isso, definir o destino da relação jurídico-processual. Por meio da prova, procura-se chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento da causa.

Como todo direito se origina de um fato, não há como afirmar a existência de um direito sem a afirmação ou reconhecimento de que, naquele caso, ocorreram os fatos a que a lei substancial associa como consequência à formação do direito.⁸

Segundo Carlos Henrique Bezerra Leite⁹, o vocábulo prova pode ser empregado com diversas acepções. O autor destaca o vocábulo “prova” no sentido de meio de prova, ou seja, o modo pelo qual a parte evidencia os fatos narrados em Juízo; e no sentido de convencimento do juiz, quando há a constatação de que o fato foi provado em razão do convencimento que o julgador manifesta sobre a sua existência ou sua inexistência.

Nesse sentido, Fredie Didier Jr.¹⁰ afirma que o vocábulo “prova”, além das acepções referidas por Bezerra Leite, é empregado para designar o ato de prova, ou seja, a atividade probatória, tendo em vista que aquele que alega determinado fato, cabe a ele fazer prova desse fato, ou seja, fornecer os meios que demonstrem sua alegação.

⁷ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **A prova no processo do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 35.

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. p. 203.

⁹ BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de direito processual do trabalho**. 16. ed. 2018. São Paulo. Saraiva. p. 773.

¹⁰ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. p. 312.

No entanto, diverge Manoel Antônio Teixeira Filho¹¹ do sentido empregado ao vocábulo “prova” como “meio de prova”, pois acredita que prova é resultado e não meio. Para o autor, a prova, sozinha, não constitui prova do fato a que se refere, haja vista ser necessária a apreciação judicial. Da apreciação do magistrado, revela-se o resultado que tal meio produziu, conforme tenha eficácia para tanto.

Assim, se a prova não fosse o resultado, mas sim um meio de prova, não haveria a necessidade de o juiz apreciar e valorar as provas produzidas nos autos, tendo em vista que bastaria à parte apenas apresentar a prova para confirmar o alegado.¹²

Segundo Alexandre Freitas Câmara¹³, autor de obras acerca do direito processual comum, o termo prova pode ser empregado em dois sentidos, quais sejam, subjetivo e objetivo.

O sentido subjetivo denota ser a prova o convencimento de alguém a respeito da veracidade de uma alegação, ou seja, é a percepção subjetiva da prova. Todavia, o sentido objetivo da prova diz respeito a qualquer elemento trazido ao processo com a finalidade de demonstrar que a afirmação é verdadeira, ou seja, é um dado objetivo, tem-se, como exemplo, o documento que é juntado aos autos a fim de demonstrar que uma alegação é verdadeira.

Em princípio, a prova somente é necessária caso haja controvérsia acerca da ocorrência de um fato ou acerca da sua inoccorrência. O fato a ser provado deve ser relevante e pertinente ao esclarecimento dos fatos controversos, ou seja, que possa influir na convicção do julgador.¹⁴

A prova, além de convencer, tem como finalidade estreitar e nortear a formação do convencimento do julgador, tendo em vista que este não pode decidir contra a prova existente nos autos, sob pena de nulidade da sentença.¹⁵

¹¹ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **A prova no processo do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 34.

¹² TEIXEIRA FILHO, *loc. cit.*

¹³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 223-224.

¹⁴ TEIXEIRA FILHO, *loc. cit.*

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 250.

2.1.1 A prova como direito fundamental

A prova constitui garantia fundamental processual assegurada pela Constituição Federal de 1988. A prova, como garantia fundamental, é um meio que a parte possui a fim de demonstrar a veracidade das afirmações em relação aos fatos relevantes para o julgamento.

O direito à prova é reconhecido de forma expressa no artigo 5º, LV, da CF de 1988¹⁶, e também é direito reconhecido de forma implícita, tendo em vista as garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.¹⁷

Trata-se de direito indispensável ao reconhecimento da dignidade humana, considerando-se que a prova possibilita o reconhecimento do direito e, conseqüentemente, possibilita o seu pleno gozo pela parte; da liberdade; do acesso à justiça; do processo justo; da não admissão da prova ilícita; da democracia processual, no sentido de que as partes têm o direito de participar da formação dos elementos necessários à convicção do julgador; da justa solução dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário; da efetividade da jurisdição e do processo e ao procedimento.¹⁸

Fredie Didier¹⁹ afirma que “a efetividade do direito à prova significa o reconhecimento da máxima potencialidade possível ao instrumento probatório”. É um direito que permite às partes amplas oportunidades de demonstrar os fatos alegados na inicial ou na contestação, podendo influir, assim, no convencimento do julgador.

Contudo, o direito à prova não é pleno, pois pode haver limitação em razão da legitimidade dos meios utilizados para obtenção da prova, uma vez que o

¹⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

¹⁷ ALMEIDA, Cléber Lúcio de. **Elementos da teoria geral da prova: A prova como direito humano e fundamental das partes e do processo judicial**. São Paulo: LTr, 2103. p. 173-174.

¹⁸ ALMEIDA, *loc. cit.*

¹⁹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. p. 212.

Código de Processo Civil, em seu artigo 369²⁰, assevera que são meios de prova admissíveis os legais e os moralmente legítimos, os quais são aqueles que não atentem contra a moral e os bons costumes.²¹

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, LVI²², veda as provas obtidas por meios ilícitos e, em razão dessa vedação, pode ocorrer colisão de direitos fundamentais. Entretanto, situações em que a parte obtém prova do fato alegado por meio ilícito, quando esse constituir o único meio disponível, defende-se pela doutrina a aplicação do princípio da proporcionalidade para a solução do conflito de direitos.²³

Segundo Fredie Didier Jr.²⁴, a admissibilidade da prova ilícita deve ser vista como uma excepcionalidade, sendo necessário o atendimento de alguns critérios para a sua admissão. Destacam-se os critérios da imprescindibilidade, aplicável quando não seja possível a utilização de outro meio de prova ou, quando, existente outro meio lícito, esse se mostrar extremamente gravoso para a parte; e o da proporcionalidade, aplicável quando o bem da vida objeto a ser tutelado se mostrar mais digno de proteção que o bem da vida violado pela ilicitude da prova.

Portanto, o juiz ao apreciar a prova obtida por meio ilícito deve ter cautela, pois admitindo esse tipo de prova pode proceder à violação de um direito fundamental da parte contrária, pois há, no caso, colisão de direitos, demonstrando-se, nessas situações, a necessidade de o juiz agir com proporcionalidade, a fim de que seja concedida a adequada proteção ao direito a ser tutelado.

²⁰ Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

²¹ SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**: de acordo com a reforma trabalhista. 13. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 691.

²² Art. 5º, LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

²³ DIDIER JR., *op. cit.*, p. 215.

²⁴ *Ibidem*, p. 220.

O direito à prova constitui liberdade de acesso às fontes e meios, conforme disposto em lei, mas não pode ser utilizado como uma via que descaracterize o processo justo.²⁵

2.2 OBJETO DA PROVA

O objeto da prova, em princípio, são os fatos, uma vez que o direito não é objeto de prova, considerando-se que há presunção legal de que o juiz conhece o direito, ou seja, conhece as normas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro.²⁶

Excepcionalmente, o direito deverá ser provado nos casos elencados no artigo 376, do CPC²⁷, sendo esse artigo aplicável ao Processo do Trabalho, por força do artigo 769, da CLT²⁸. O juiz, se assim entender no caso concreto, pode determinar que a parte prove o teor e a vigência do direito objeto da alegação.²⁹

O objeto da prova é o que se pretende demonstrar em juízo e o que é passível de demonstração no processo, ou seja, são todos os fatos relevantes e controvertidos para o deslinde do feito e que exijam comprovação.

Em razão de o conceito de prova, atualmente, estar voltado à argumentação dos sujeitos do processo e não mais vinculado à ideia da busca da verdade real³⁰, Marinoni, Arenhart e Mitidiero³¹ defendem que o objeto da prova, em verdade, são as afirmações sobre os fatos e, não, os fatos em si, uma vez que a prova não se destina a qualificar se um fato é verdadeiro ou falso, uma vez que o fato existe ou não existe.

²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. p. 213.

²⁶ BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de direito processual do trabalho**. 16. ed. 2018. São Paulo. Saraiva. p. 796.

²⁷ Art. 376. A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar.

²⁸ Art. 769 - 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.

²⁹ Para Bezerra Leite, no Processo do Trabalho, o juiz pode determinar que a parte prove o teor e a vigência não apenas das espécies normativas referidas no artigo 376, do CPC, mas também de acordos coletivos, convenções coletivas, regulamentos de empresas, sentenças normativas e Direito comparado, que invocar como fundamento jurídico. (BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de direito processual do trabalho**. 16. ed. 2018. São Paulo. Saraiva. p. 797).

³⁰ BEZERRA LEITE, *op. cit.*, p. 792.

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 265.

Os fatos a serem provados são aqueles que estão relacionados com a solução da lide (relevantes e controvertidos) e que sobre eles haja controvérsia, ou seja, afirmados por uma parte e contestados pela parte contrária.

No artigo 374, do CPC³², há a relação dos fatos que não dependem de prova, quais sejam: os fatos notórios, ou seja, aqueles fatos de conhecimento comum de determinado grupo social; os afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; os admitidos no processo como incontroversos, ou seja, fatos que não foram contestados; os em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Segundo afirma Mauro Schiavi³³, “a presunção não é propriamente um meio de prova, mas um raciocínio lógico por meio do qual, a partir da existência de determinadas coisas ou situações pela reiteração de suas ocorrências, se passa a acreditar na existência de outras”. A presunção pode ser absoluta (*jure et de jure*) ou relativa (*juris tantum*). Esta admite prova em contrário, aquela, não admite prova em contrário.

Para o autor, no Direito material do Trabalho, não há espaço para presunções absolutas, em razão do princípio da primazia da verdade real, que rege esse ramo do Direito.³⁴

2.3 DOS PRINCÍPIOS PROBATÓRIOS

Neste tópico, apresentam-se os princípios que norteiam a prova no Processo do Trabalho, os quais constituem diretrizes fundamentais para a aplicação das normas processuais ao caso concreto.

Segundo Amauri Mascaro do Nascimento³⁵, os princípios probatórios são os seguintes: o princípio da necessidade da prova, o princípio da unidade da prova, o princípio da lealdade ou probidade da prova, o princípio da contradição,

³² Art. 374. Não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos no processo como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

³³ SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**: de acordo com a reforma trabalhista. 13. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 698.

³⁴ *Ibidem*, p. 698.

³⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sonia Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 637.

o princípio da igualdade de oportunidade de prova, o princípio da legalidade, o princípio da imediação e o princípio da obrigatoriedade da prova.

Além desses, há outros princípios com especial destaque na doutrina³⁶, tais como o princípio da oralidade, o princípio da aquisição processual da prova, o princípio do convencimento motivado e o princípio da busca da verdade real. Carlos Henrique Bezerra Leite³⁷ aponta, também, como princípio aplicável ao Processo do Trabalho, o *in dubio pro misero*, mas sua aplicação não é aceita pacificamente pela doutrina.

2.3.1 Necessidade da prova

A prova é necessária para que os fatos narrados em juízo sejam admitidos como verdadeiros, uma vez que meras alegações não são suficientes para a demonstração da verdade ou da inverdade dos fatos postos em questão.³⁸

O juiz, ao proferir a decisão, deve analisar a prova produzida nos autos, de forma a subsidiar seu convencimento, pois não lhe é permitido decidir com base, apenas, no seu conhecimento pessoal, em razão de a prova ser a base e a fonte da sentença.³⁹

Teixeira Filho ensina que “a necessidade está em que o juiz não pode se deixar impressionar com meras alegações expendidas pelas partes, exigindo-lhe a lei que decida, que forme sua convicção, com apoio na prova produzida nos autos”.⁴⁰

Conforme se observa, é fundamental que as alegações sejam provadas, pois, caso contrário, os fatos alegados e não provados não devem ser

³⁶ SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**: de acordo com a reforma trabalhista. 13. ed. São Paulo: LTr, 2018. p.702-709.

³⁷ BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de direito processual do trabalho**. 16. ed. 2018. São Paulo. Saraiva.

³⁸ *Ibidem*, p. 776.

³⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sonia Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 637.

⁴⁰ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **A prova no processo do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 60-61.

considerados para o embasamento da decisão do julgador, dado que o que não consta no processo não existe para a jurisdição.⁴¹

2.3.2 Unidade da prova

Também conhecido como princípio da comunhão da prova, a unidade da prova, segundo Manoel Antônio Teixeira Filho⁴², impõe que as provas produzidas nos autos sejam analisadas como um todo, em seu conjunto, não devendo ser analisadas de forma isolada, embora sejam constituídas de diversas modalidades.⁴³

O juiz da causa, quando da verificação das provas, deve analisar as provas no todo, globalmente, tendo em vista que não é relevante para a decisão, verificar qual das partes produziu cada prova no processo, em razão de, para o convencimento do julgador, caber, apenas, a análise do conjunto probatório, independentemente de quem o produziu.

A apreciação das provas pelo seu conjunto não significa decidir favoravelmente, ou seja, exclusivamente, a uma das partes, pois pode ocorrer de a decisão acolher parte dos pedidos do autor e parte dos pedidos do réu, tendo em vista que, como característica, as reclamações trabalhistas, em geral, possuem inúmeros pedidos.⁴⁴

2.3.3 Lealdade ou probidade da prova

A decisão judicial deve estar apoiada na vontade da lei sem que haja vícios decorrentes de falsas realidades, uma vez que é interesse geral que a verdade dos fatos seja encontrada, sem vícios.⁴⁵

⁴¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sonia Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 637.

⁴² *Ibidem*, p. 61-62.

⁴³ O conjunto probatório pode ser formado por prova documental, pericial, testemunhal, etc., como será visto posteriormente, no presente trabalho.

⁴⁴ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **A prova no processo do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 62.

⁴⁵ NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 637.

Para tanto, as partes devem agir de acordo com a boa-fé⁴⁶, de forma a colaborar para que a realidade dos fatos não seja distorcida no processo, pois a prova, tal como o processo em geral, tem um fim ético.

Agir com boa-fé significa transportar para o processo regras morais, éticas e sociais, com o propósito de moralizar as condutas humanas, garantindo-se a livre disputa entre os litigantes.⁴⁷

O princípio da lealdade visa resguardar a respeitabilidade do Poder Judiciário e as decisões por ele proferidas, o qual tem destaque nos artigos 378⁴⁸ e 379⁴⁹, do CPC, que são aplicáveis ao Processo do Trabalho, por força do artigo 769, da CLT, e tem a finalidade de nortear a atuação dos sujeitos do processo.⁵⁰

Aquele que altera a verdade dos fatos, de forma intencional ou faz uso do processo com intuito de conseguir objetivo ilegal, a lei o considera como litigante de má-fé⁵¹, impondo punição para a conduta mal-intencionada, a fim de evitar que o processo seja utilizado para a prática de ato simulado ou para conseguir fim defeso em lei.⁵²

2.3.4 Contradição

Decorrente do princípio do contraditório, o princípio da contradição estabelece que, à parte contrária, sempre será oportunizado o conhecimento das

⁴⁶ Art. 5º, do CPC. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

⁴⁷ ARAÚJO, André Luiz Maluf de. A boa-fé processual, conceito, deveres de veracidade, colaboração e reflexões. **Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**. ano VII, n. 33, julho-dezembro de 2016. p. 39-64.

⁴⁸ Art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

⁴⁹ Art. 379. Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte: I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado; II - colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária; III - praticar o ato que lhe for determinado.

⁵⁰ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **A prova no processo do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 62.

⁵¹ Art. 80, do CPC - Considera-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidente manifestamente infundado; VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

⁵² Art. 142, do CPC - Convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé.

provas produzidas nos autos, podendo discuti-la e impugná-la, sempre que achar necessário, estabelecendo-se, assim, o contraditório.

Esse é direito da parte, constitucionalmente garantido, previsto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988⁵³. Portanto, da prova produzida por uma parte, tem a parte contrária o direito de impugná-la, devendo, necessariamente, ser intimada para manifestar-se a respeito.

Não obstante, a contradição não se resume à impugnação da prova produzida ou que se vai produzir; pode a parte, inclusive, realizar a contraprova, com o que estará não somente eliminando a prova elaborada pelo oponente, mas constituindo outra, que a substitui opostamente.⁵⁴

2.3.5 Igualdade de oportunidade de prova

Também conhecido como princípio da paridade de armas, garante às partes idêntica oportunidade para a produção de provas no processo.⁵⁵

O não respeito a esse princípio, pode ensejar, se houver manifesto prejuízo à parte a quem não se concedeu a mesma oportunidade, a nulidade do processo, em razão da restrição do direito de defesa.⁵⁶

A nulidade pode ser relativa ou absoluta. Quando se tratar de nulidade relativa, as partes devem argui-la na primeira oportunidade em que tiverem de falar nos autos, caso contrário, o ato nulo se convalida, tornando-se hábil à produção dos efeitos que a lei prevê. A nulidade processual será relativa, quando se puder suprir a falta ou repetir-se o ato, não será declarada.⁵⁷

Nos casos de nulidade absoluta, as partes podem alegar em qualquer tempo ou grau de jurisdição, devendo ser declarada *ex officio*.

⁵³ Art. 5º, LV, da CF/88 - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

⁵⁴ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **A prova no processo do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 63.

⁵⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sonia Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 637.

⁵⁶ TEIXEIRA FILHO, *op. cit.*, p. 64.

⁵⁷ Art. 795, da CLT - As nulidades não serão declaradas senão mediante provocação das partes, as quais deverão argüi-las à primeira vez em que tiverem de falar em audiência ou nos autos.

O artigo 795, da CLT, dispõe que as nulidades somente serão declaradas mediante provocação das partes, sendo necessária a arguição na primeira oportunidade em que tiverem de falar nos autos.

A aplicação desse dispositivo não se refere ao sentido amplo das nulidades, em razão da possibilidade de arguição da nulidade absoluta, que pode ser declarada a qualquer tempo, mas sim às anulabilidades e às nulidades relativas, as quais são pronunciadas somente nos casos em que não se puder repetir o ato, quando não houver a possibilidade de suprir a sua falta ou quando for arguida pela parte que lhe deu causa.⁵⁸

A produção de provas, como um direito, para ser bem observado, deve ser oportunizada a ambas as partes, de forma igualitária, uma vez que a sua não observância caracteriza restrição ao direito de defesa.

2.3.6 Legalidade

Quando da produção das provas, as partes devem observar determinados requisitos previstos em lei, pois não é um direito que possa ser exercido de qualquer maneira pelas partes, não sendo admissível toda e qualquer prova no processo.⁵⁹

O artigo 369, do CPC, aplicável ao Processo do Trabalho, assegura às partes “o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.

Nessa seara, as provas obtidas por meios ilícitos são vedadas pela Constituição Federal, conforme artigo 5º, LVI, pois é uma forma de garantir os direitos fundamentais do cidadão, bem como se trata de garantia ao devido processo legal e à dignidade do processo.

⁵⁸ Art. 796, CLT - A nulidade não será pronunciada: a) quando for possível suprir-se a falta ou repetir-se o ato; b) quando argüida por quem lhe tiver dado causa.

⁵⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sonia Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 637.

No entanto, a doutrina e a jurisprudência têm flexibilizado o comando constitucional de que as provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis ao processo, havendo entendimento no sentido de que, desde que seu conteúdo seja lícito, a prova pode ser utilizada, mesmo que obtida por meio ilícito, prestigiando-se, assim, o caráter publicista do processo, o acesso à justiça e a busca da verdade real.⁶⁰

Essa flexibilização da norma constitucional se dá devido à aplicação do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, uma vez que, na interpretação de uma norma jurídica, devem ser equilibrados os interesses e direitos que estão sendo discutidos no processo, de modo a dar-se a solução concreta mais justa.⁶¹

Segundo Mauro Schiavi, a aplicação da regra da proporcionalidade, para admissão de prova obtida por meio ilícito, é necessária, pois nenhuma regra processual é absoluta, devendo ser ponderada quando se está diante de outro direito fundamental.

Para tanto, o juiz do trabalho deve analisar se é pertinente a admissão da prova ilícita, se não há outros meios lícitos para obtenção da prova, avaliando-se o custo-benefício, tendo em vista que, ao admitir a prova, pode violar o direito fundamental da parte contrária.⁶²

2.3.7 Imediação

O princípio da imediação estabelece um contato pessoal e imediato do juiz com os meios de prova, manifestando-se, com mais evidência, quando do interrogatório das partes e na inquirição das testemunhas.

Preconiza, esse princípio, que os meios probantes devem estar mais próximos da percepção sensorial do juiz. Segundo Amauri Mascaro Nascimento⁶³, o princípio da imediação consiste na intervenção direta do juiz na instrução probatória.

⁶⁰ SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**: de acordo com a reforma. 13. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 745-746.

⁶¹ *Ibidem*, p. 746-747.

⁶² *Ibidem*, p. 750-751.

⁶³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sonia Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 637.

No Processo do Trabalho, por ser fundamentado na oralidade, o princípio da imediação é bastante presente.

A imediação possui previsão no artigo 848, da CLT⁶⁴, quando faculta ao juiz interrogar as partes de ofício; e no artigo 852-D, da CLT⁶⁵, correspondente ao procedimento sumaríssimo, quando confere ao juiz ampla liberdade para determinar as provas a serem produzidas.⁶⁶

2.3.8 Obrigatoriedade da prova

Amauri Mascaro Nascimento⁶⁷ afirma que, nos casos em que a prova é de interesse não só das partes, mas também do Estado, estas poderiam ser compelidas pelo juiz a apresentar no processo determinada prova, podendo sofrer sanção em caso de omissão.

Para Teixeira Filho⁶⁸, não há sanção processual para aqueles que não apresentam provas de suas alegações, uma vez que não há a ocorrência de inadimplemento de uma obrigação, sendo equivocado afirmar que uma sentença de improcedência seria uma sanção decorrente da não produção de provas nos autos.

A prova não é um elemento obrigatório, tendo em vista que constitui ônus da parte, que pode se desincumbir ou não, dependendo do interesse em ver admitida a pretensão, entretanto, da sua falta, advêm consequências, que podem ser desfavoráveis à parte que deixou de produzir a prova.⁶⁹

O princípio da obrigatoriedade da prova faz sentido quando aplicado no âmbito das partes e não do processo, pois a prova dos fatos alegados é um

⁶⁴ Art. 848 - Terminada a defesa, seguir-se-á a instrução do processo, podendo o presidente, *ex officio* ou a requerimento de qualquer juiz temporário, interrogar os litigantes.

⁶⁵ Art. 852-D. 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.

⁶⁶ BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de direito processual do trabalho**. 16. ed. 2018. São Paulo. Saraiva. p. 785.

⁶⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sonia Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 637.

⁶⁸ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **A prova no processo do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 66.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 97.

encargo atribuído às partes, ou seja, é interesse da própria parte provar os fatos em que se funda o seu direito, uma vez que o juiz julga de acordo com as provas constantes dos autos e, no caso de falta de provas, utilizará as regras de distribuição do encargo probatório.

Portanto, se a parte possui interesse que seu direito seja reconhecido, deve provar suas alegações, logo, nesse sentido, a prova se torna obrigatória.

2.3.9 Oralidade

O princípio da oralidade tem como objetivo fazer com que seja colhida a prova e julgada a causa pelo juiz que a colheu.⁷⁰

Princípio próprio do Direito Processual Civil, tendo maior destaque no Processo do Trabalho em razão de ser procedimento caracterizado pelo maior contato pessoal do juiz com as partes.⁷¹

É um princípio que constitui um conjunto de regras destinados a simplificar o procedimento, priorizando a palavra, com um significativo aumento dos poderes do juiz na direção do processo, imprimindo maior celeridade ao procedimento.⁷²

A oralidade tem como subprincípios o princípio da identidade física do juiz, o princípio da concentração e o princípio da imediatidade ou imediação do juiz na colheita da prova.⁷³

2.3.10 Aquisição processual da prova

Desse princípio, decorre que as provas não pertencem às partes, mas sim ao processo, independentemente de quem as produziu e independentemente de quem detinha o ônus de provar, pois são analisadas pelo Juízo em seu conjunto. O artigo 371, do CPC, é expresso nesse sentido:

⁷⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado**. 10. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 392.

⁷¹ SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**: de acordo com a reforma trabalhista. 13. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 703.

⁷² SCHIAVI, *loc. cit.*

⁷³ O princípio da identidade física do juiz diz respeito às melhores condições de proferir uma sentença justa e que fosse o reflexo da realidade, o juiz que colheu diretamente a prova. Do princípio da concentração se depreende que a instrução probatória deve se desenvolver em audiência única. E o princípio da imediação do juiz na colheita da prova, refere-se ao contato pessoal e imediato do juiz com os meios de prova.

Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

A aquisição processual significa que as provas juntadas aos autos não podem mais ser retiradas ou desentranhadas, salvo em situações legalmente autorizadas, porque, ao serem juntadas, são adquiridas pelos autos.⁷⁴

As provas, quando inseridas no processo, produzem resultados comuns às partes, mas isso não exclui a aplicação das regras de distribuição do ônus da prova quando o juiz verificar que são insuficientes para a formação de seu convencimento, uma vez que o ônus da prova não determina quem deve produzir a prova, mas quem assume o risco pela sua não produção.⁷⁵

2.3.11 Convencimento motivado do juiz

Também conhecido como persuasão racional, esse princípio impõe ao julgador que, ao proferir uma decisão, firme seu convencimento pautado nas provas dos autos, apresentando os motivos de sua convicção.⁷⁶

O ato de fundamentar as decisões é dever a ser cumprido, pois não é permitido, ao julgador, proferir uma decisão conforme sua livre convicção, pois a sentença deve estar pautada nas provas produzidas nos autos, devendo constar as razões de fato e as razões de direito que o levaram a decidir em determinado sentido.⁷⁷

O dever de fundamentar está disposto no inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal de 1988.

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

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 à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

⁷⁴ BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de direito processual do trabalho**. 16. ed. 2018. São Paulo. Saraiva. p. 789.

⁷⁵ CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006. p. 319-320.

⁷⁶ SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho: de acordo com a reforma trabalhista**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 705.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 102.

A obrigatoriedade de fundamentar a decisão atribui maior credibilidade ao processo, permitindo que as partes entendam os motivos que levaram o juiz a concluir em determinado sentido. Isso também possibilita a interposição de recurso, com lançamento de argumentos baseados na fundamentação da decisão recorrida.

2.3.12 Busca da verdade real

Com base nesse princípio, o juiz deve sempre buscar a verdade real ou que, a decisão, esteja mais próxima da realidade possível.

A verdade real decorre dos fatos que realmente acontecem na vida, ou seja, a verdade em si, que é diferente da verdade formal, predominante no âmbito do processo civil, em que corresponde aos elementos constantes dos autos, como resultado das provas produzidas pelos sujeitos do processo.⁷⁸

2.3.13 *In dubio pro misero*

Esse princípio tem aplicação em benefício do empregado, que é, geralmente, o autor da ação, nas situações em que o julgador tiver dúvidas sobre a interpretação de determinada prova.⁷⁹

Não é pacífico na doutrina a adoção da aplicação do princípio no âmbito do Processo do Trabalho, uma vez que há regras específicas para a distribuição probatória nas situações em que não há provas nos autos ou essas são insuficientes, devendo o juiz decidir contra quem detinha o ônus da prova.

Segundo Manoel Teixeira Filho, a compensação da desigualdade que há entre os litigantes não pode ser outorgada pelo julgador, por meio de critérios subjetivos e casuísticos, mas sim por leis processuais adequadas.⁸⁰

⁷⁸ BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de direito processual do trabalho**. 16. ed. 2018. São Paulo. Saraiva. p. 118.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 790.

⁸⁰ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **A prova no processo do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 123-124.

Mauro Schiavi⁸¹ defende a aplicação do princípio *in dubio pro misero* somente nas situações em que o juiz do trabalho não obtém êxito em encontrar a melhor prova, utilizando-se das regras de experiência, da intuição, de indícios e de presunções. Ou seja, a aplicabilidade do princípio somente seria possível quando se esgotassem todos os meios possíveis de se encontrar a melhor prova.

Para o autor, o critério utilizado pelo juiz para a valoração da prova deve ser o discricionário, aplicando-se o critério que entender correto, não podendo a doutrina e a jurisprudência estabelecer critérios específicos para nortear o juiz quando estiver diante de dúvida sobre qual a melhor prova.

A jurisprudência predominante é no sentido da inaplicabilidade do princípio *in dubio pro misero* ao Processo do Trabalho, em razão de ser um princípio de aplicação restrita no âmbito do direito material e, também, porque demonstra indício de parcialidade na atividade do julgador.⁸²

⁸¹ SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**: de acordo com a reforma trabalhista. 13. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 738-739.

⁸² RECURSO ORDINÁRIO. INEXISTÊNCIA DE PROVA DO NEXO ETIOLÓGICO e DA INCAPACIDADE LABORAL. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO MISERO NO ÂMBITO PROCESSUAL. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. Compreendeu-se, *in casu*, que o laudo produzido nos Autos da Ação acidentária tombada sob o n. 201511402123 e em curso na 14 Vara Cível desta capital, não deve servir neste Feito como elemento dotado de força probatória, porquanto, não participando a Recorrida do mencionado Processo, não pôde, de acordo com os ditames do contraditório e da ampla defesa, atuar e colaborar na produção daquela prova técnica. De mais a mais, ainda que fosse o caso de considerar o laudo produzido naquele Feito, vê-se que o documento de Id e2bb9d9, da lavra da perita médica Tereza Cristina Silveira Rollemberg Gomes, não contando com a transcrição das questões formuladas pelo Juízo e pelas Partes, mas tão somente com as respostas - tão lacônicas quanto o conteúdo da conclusão do laudo - não permite que o Juízo possa dele se servir como meio de convicção. Convém salientar, ademais, apenas por amor ao debate, que o evocado princípio do *in dubio pro misero* tem sua aplicação restrita ao âmbito do direito material, conforme entendimento corrente na jurisprudência. Dito isso e observando-se que a Obreira não se desincumbiu de seu ônus probatório, porquanto não logrou apresentar elementos de convicção aptos a desconstruir as conclusões do laudo pericial produzido nestes Autos, que tanto afastou a alegada relação de causalidade entre trabalho e as patologias, quanto reconheceu preservada a capacidade laboral da Autora, é de se reconhecer inatacável a Sentença proferida pelo Juízo de piso, mantendo-se, por conseguinte, a improcedência dos Pedidos contidos na Reclamação. Recurso Ordinário a que se nega provimento. (SERGIPE. Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região. TRT-20. 00000445320165200009, Relator: JOSENILDO DOS SANTOS CARVALHO, Data de Publicação: 12/12/2017.).

DIFERENÇAS SALARIAIS. PISO NORMATIVO. PRINCÍPIO "IN DUBIO PRO OPERARIO". INAPLICABILIDADE. O reclamante não apontou os valores que entendia serem devidos, ainda que por amostragem, não indicou as cláusulas infringidas, tampouco trouxe aos autos os aludidos instrumentos normativos. Inaplicável o princípio "*in dubio pro operario*" no âmbito da análise probatória, sob pena de inadmissível parcialidade da atividade judicante. Recurso do reclamante ao qual se nega provimento. (SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. TRT-2 - RO: 23094820115020 SP 00023094820115020027 A28, Relator: SERGIO ROBERTO RODRIGUES, Data de Julgamento: 06/08/2013, 11ª TURMA, Data de Publicação: 13/08/2013.)

Há autores que entendem que o princípio é perfeitamente aplicável ao processo trabalhista, tendo em vista que o processo é uma extensão do direito material, pois é por meio deste que se concretizam os direitos materiais pretendidos pelo empregado. No processo, o empregado ainda mantém a vulnerabilidade que o caracteriza, portanto, é necessário que haja uma proteção para o empregado, sendo justificável a aplicação do princípio também nas relações processuais.⁸³

2.4 DOS MEIOS

São considerados meios de prova, as técnicas utilizadas pelos operadores do direito para extrair prova de determinada fonte.⁸⁴

A Consolidação das Leis do Trabalho não tem uma previsão sistemática dos meios de prova admissíveis no Processo do Trabalho, mas faz referência ao interrogatório das partes, à confissão, à prova documental, à prova testemunhal e à prova pericial. Quanto à inspeção judicial, não faz qualquer referência à essa modalidade de prova, mas é aplicável ao Processo do Trabalho, uma vez que o juiz detém autorização legal para determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento dos fatos.⁸⁵

Dessa forma, em razão da omissão ou da falta de normatização do texto da CLT, necessitam as partes se utilizarem das disposições sobre meios de prova no Código de Processo Civil. Conforme o artigo 369 do CPC, dispositivo aplicável ao Processo do Trabalho, “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.

⁸³ BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de direito processual do trabalho**. 16. ed. 2018. São Paulo. Saraiva. p. 118.

⁸⁴ Fonte de prova consiste em coisas, pessoas, fenômenos, etc.

⁸⁵ Art. 765, da CLT - Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

Segundo Manoel Antônio Teixeira Filho⁸⁶, as partes devem ter cautela na aplicação das disposições do procedimento cível, porque há a presunção de que as partes são equivalentes, ou seja, há igualdade formal entre elas, diferentemente do Direito do Trabalho, que consagra a desigualdade real das partes, e, por consequência, reflete-se no Processo do Trabalho.

2.4.1 Prova documental

Manoel Antônio Teixeira Filho descreve a prova documental como o “todo (a) meio (b) idôneo e (c) moralmente legítimo, capaz de comprovar, (d) materialmente, a existência de um fato”.⁸⁷

A Consolidação das Leis do Trabalho contém poucas disposições acerca prova documental, razão por que se aplica ao Processo do Trabalho a Seção VIII do CPC ⁸⁸.

Segundo Mascaro Nascimento⁸⁹, a prova documental pode apresentar vantagens e desvantagens, pois tanto pode trazer maior segurança, quanto à existência do fato que reproduz, quanto pode ser uma falsa atestação de ato não correspondente com a verdade.

Nas relações trabalhistas, dificilmente o empregado possui algum documento referente à relação de emprego, pois, como regra geral, os documentos ficam na posse do empregador, pois tem o dever de documentação da relação contratual. Logo, ao analisar os documentos, o julgador deve ter cautela, observando-se os princípios da primazia da realidade e da razoabilidade.

A prova do ato ou do fato pode ser representada não apenas por documento na forma escrita, mas, também, na forma gráfica, como ocorre com os desenhos, com as plantas de construções e etc. Portanto, não se deve afirmar que o documento é algo que contenha escritos, uma vez que são admissíveis como

⁸⁶ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **A prova no processo do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 81.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 260.

⁸⁸ Da prova documental – artigos 405 a 441.

⁸⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sonia Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 665.

prova documental as fotografias e outras peças, tais como filmagens, por exemplo.

Os documentos deverão acompanhar a petição inicial (artigo 787, da CLT), no caso do autor, e a contestação (artigo 434, do CPC), no caso do réu, podendo os documentos ser públicos ou particulares, pré-constituídos ou casuais (sem destinação específica para prova processual).

Entretanto, entende-se que é possível juntar documentos aos autos até o término da instrução processual, uma vez que, enquanto não encerrada a instrução, a audiência ainda está em andamento, é o que se interpreta do artigo 845, da CLT⁹⁰.

Mauro Schiavi concorda e afirma que esse entendimento decorre dos princípios do acesso efetivo e real à Justiça do Trabalho, a uma ordem jurídica justa e, também, em razão do princípio busca da verdade real que rege o Processo do Trabalho.⁹¹

Na fase recursal, conforme Súmula 8 do TST, a juntada de documentos só é admitida excepcionalmente, observando-se, também nessa fase, o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Súmula nº 8 do TST
JUNTADA DE DOCUMENTO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003
A juntada de documentos na fase recursal só se justifica quando provado o justo impedimento para sua oportuna apresentação ou se referir a fato posterior à sentença.⁹²

À parte contra quem foi produzido o documento é permitido suscitar o incidente de falsidade, podendo ser de natureza material ou ideológica, esta quando há inverdade no conteúdo e aquela a sua deformação formal.

A CLT não trata dessa questão, impondo-se a aplicação do disposto no Código de Processo Civil, conforme segue:

⁹⁰ Art. 845. O reclamante e o reclamado comparecerão à audiência acompanhados das suas testemunhas, apresentando, nessa ocasião, as demais provas.

⁹¹ SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**: de acordo com a reforma trabalhista. 13. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 779.

⁹² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 8. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_1_50.html#SUM-8>. Acesso em 21 jun. 2018.

Art. 430. A falsidade deve ser suscitada na contestação, na réplica ou no prazo de 15 (quinze) dias, contado a partir da intimação da juntada do documento aos autos. Parágrafo único. Uma vez arguida, a falsidade será resolvida como questão incidental, salvo se a parte requerer que o juiz a decida como questão principal, nos termos do inciso II do art. 19.

Quando da aplicação desse dispositivo ao Processo do Trabalho, deve-se adequá-lo às suas peculiaridades. Concede-se o prazo de 10 dias para arguição de falsidade e, caso haja o incidente, a parte que juntou os documentos será intimada para, também, no prazo de 10 dias contestar a arguição.

Após os prazos, o juiz determina a perícia grafodocumentoscópica, salvo se quem juntou o documento se dispuser a retirá-lo e a parte contrária concordar com o desentranhamento.⁹³

2.4.2 Interrogatório e Depoimento pessoal

Enquanto o interrogatório é sempre determinado de ofício pelo juiz, o depoimento pode, além disso, ser requerido pela parte adversa.⁹⁴

O interrogatório, instrumento pelo qual a parte esclarece ao juiz os fatos da causa, pode ser determinado em qualquer fase do processo e ser renovado quantas vezes for necessário ao julgador; e o depoimento só pode ser colhido na audiência de instrução e julgamento.

Segundo a doutrina, o interrogatório não é uma modalidade de prova, em razão de não ter por finalidade a obtenção da confissão da parte, mas um meio pelo qual o juiz firma sua convicção sobre os fatos relevantes e pertinentes à causa.⁹⁵

Nelson Nery Júnior⁹⁶ destaca que “durante o interrogatório, pode sobrevir a confissão da parte, mas não é da essência do interrogatório, como o é do

⁹³ GIGLIO, Wagner. **Direito processual do trabalho**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 200.

⁹⁴ Art. 848, da CLT. Terminada a defesa, seguir-se-á a instrução do processo, podendo o presidente, *ex officio* ou a requerimento de qualquer juiz temporário, interrogar os litigantes. Art. 385, do CPC. Cabe à parte requerer o depoimento pessoal da outra parte, a fim de que esta seja interrogada na audiência de instrução e julgamento, sem prejuízo do poder do juiz de ordená-lo de ofício.

⁹⁵ SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**: de acordo com a reforma trabalhista. 13. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 756.

⁹⁶ NERY JUNIOR, Nelson *et al.* **Código de processo Civil comentado**. 10. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 623.

depoimento pessoal, a obtenção da confissão. Por causa disso, nada obsta que as partes, indistintamente, façam reperguntas aos interrogados”.

O depoimento pessoal é meio de prova que se destina, além de esclarecimentos sobre fatos da causa, à obtenção da confissão⁹⁷ da parte contrária, ou seja, quando a parte admite fatos que são contrários ao seu interesse e favoráveis à outra parte. A confissão se dá quando há a aceitação dos fatos apontados pela parte adversa como verdadeiros pela parte depoente.

No depoimento pessoal, mesmo que seja esse o intuito, a confissão nem sempre ocorre, podendo-se ter depoimento pessoal sem haver confissão.

A distinção fundamental entre o interrogatório e o depoimento pessoal é a finalidade de ambos, tendo em vista que no interrogatório busca-se obter das partes certos esclarecimentos, ao juiz, sobre os fatos da causa, e no depoimento pessoal, embora busque-se também esclarecimentos, tem como principal objetivo a confissão real da parte contrária.

A confissão real, aquela feita de forma expressa, goza de presunção absoluta, sendo indivisível, ou seja, a parte contrária não pode aceitá-la no tópico que a beneficiar e rejeitá-la no que lhe for desfavorável.⁹⁸

Manoel Antônio Teixeira Filho⁹⁹ argumenta que, em determinadas situações é possível a divisibilidade da confissão, principalmente no Processo do Trabalho, onde a variedade de pedidos em uma reclamatória é bastante acentuada. Nesse sentido, a indivisibilidade da confissão se justifica no Processo Civil, pois, comumente, a causa de pedir e o pedido são únicos, e não no Processo do Trabalho, em que as iniciais trabalhistas contêm diferentes pedidos, podendo a parte confessar em relação a um pedido e não em relação aos demais.

⁹⁷ Segundo definição legal, há confissão, judicial ou extrajudicial, quando a parte admite a verdade de fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário. (Art. 389, do CPC)

⁹⁸ Art. 395, do CPC. A confissão é, em regra, indivisível, não podendo a parte que a quiser invocar como prova aceitá-la no tópico que a beneficiar e rejeitá-la no que lhe for desfavorável, porém cindir-se-á quando o confitente a ela aduzir fatos novos, capazes de constituir fundamento de defesa de direito material ou de reconvenção.

⁹⁹ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **A prova no processo do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 260.

A confissão, em regra, é irretratável, podendo ser revogada somente em casos de vício de consentimento¹⁰⁰, mediante ação anulatória ou ação rescisória.

2.4.3 Prova testemunhal

O ato de testemunhar em Juízo consiste em prestar informações, por meio de pessoa isenta com relação às partes, que não é parte no processo, acerca de fatos com conhecimento próprio.

A prova testemunhal é um tanto desacreditada, em razão de sua vulnerabilidade, uma vez que depende da realidade captada por meio das percepções sensoriais do ser humano, podendo não ser a correta, pois, muitas vezes, há distorções da realidade no depoimento, de forma intencional ou não intencional.¹⁰¹

Segundo Dinamarco, “a experiência mostra, ainda, que as palavras proferidas pela testemunha ao juiz nem sempre são suficientemente claras e nem sempre trazem ao espírito deste a correta representação da ideia que ela pretende transmitir”.¹⁰²

Não obstante, no âmbito trabalhista, a prova testemunhal é o meio de prova mais utilizado, sendo, não raro, o único meio de prova que a parte dispõe.

Em razão da característica da vulnerabilidade, o juiz do trabalho, quando da colheita do depoimento, deve dar especial atenção, considerando-se que deve avaliar se a versão da testemunha é compatível com a versão dos fatos declinados pela parte que a arrolou.

A prova testemunhal é meio de prova sempre admissível, salvo se os fatos já foram provados por documento, por confissão da parte ou que somente por documento ou por exame pericial puderem ser provados. No Processo do Trabalho, quando houver arguição de adicionais de periculosidade e

¹⁰⁰ São vícios de consentimento: erro, dolo e coação.

¹⁰¹ SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**: de acordo com a reforma trabalhista. 13. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 787.

¹⁰² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros. v. III, p. 601.

insalubridade e comprovação de pagamento de salários não se admite prova testemunhal.¹⁰³

A testemunha é a pessoa física chamada a cooperar com a Justiça. Em seu depoimento, deve informar ao juiz os fatos e circunstâncias de interesse para a causa, dos quais tenha conhecimento. Qualquer pessoa que esteja no pleno exercício de sua capacidade civil e que, não sendo impedida ou suspeita pode prestar depoimento como testemunha.¹⁰⁴

Casos acerca de incapacidade, impedimento e suspeição de testemunhas, aplica-se as disposições contidas no Código de Processo Civil, artigo 447¹⁰⁵, em razão de a matéria ser disciplinada de forma incompleta pela CLT.

No Processo do Trabalho, admite-se, em regra, que cada parte indique apenas três testemunhas, salvo no caso de inquérito judicial para apuração de falta grave, número que pode ser elevado a seis, por cada parte. Nas ações submetidas ao procedimento sumaríssimo, são permitidas até duas testemunhas.¹⁰⁶

Tem-se admitido a dilação do número limite de testemunhas fixado em lei quando, havendo mais de um réu e seus interesses forem conflituosos, o juiz

¹⁰³ A CLT prevê a realização de perícia técnica para a classificação e caracterização de insalubridade ou periculosidade, conforme disposição do artigo 196.

¹⁰⁴ Art. 829, da CLT. A testemunha que for parente até o terceiro grau civil, amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes, não prestará compromisso, e seu depoimento valerá como simples informação.

¹⁰⁵ Art. 447. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas. § 1º São incapazes: I - o interdito por enfermidade ou deficiência mental; II - o que, acometido por enfermidade ou retardamento mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los, ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções; III - o que tiver menos de 16 (dezesesseis) anos; IV - o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam. § 2º São impedidos: I - o cônjuge, o companheiro, o ascendente e o descendente em qualquer grau e o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito; II - o que é parte na causa; III - o que intervém em nome de uma parte, como o tutor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros que assistam ou tenham assistido as partes. § 3º São suspeitos: I - o inimigo da parte ou o seu amigo íntimo; II - o que tiver interesse no litígio. § 4º Sendo necessário, pode o juiz admitir o depoimento das testemunhas menores, impedidas ou suspeitas. § 5º Os depoimentos referidos no § 4º serão prestados independentemente de compromisso, e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer.

¹⁰⁶ Art. 821 - Cada uma das partes não poderá indicar mais de 3 (três) testemunhas, salvo quando se tratar de inquérito, caso em que esse número poderá ser elevado a 6 (seis). Art. 852-H, § 2º. As testemunhas, até o máximo de duas para cada parte, comparecerão à audiência de instrução e julgamento independentemente de intimação.

entender que, para seu melhor convencimento e para melhor esclarecimento dos fatos, seja necessária a oitiva de outras testemunhas além do limite legal.¹⁰⁷

Assim, como o juiz pode ouvir testemunhas além do número fixado em lei, pode, também, não inquirir todas as testemunhas arroladas pelas partes se não achar necessário, pois não há obrigatoriedade, uma vez que, para a decisão, será considerada a qualidade do depoimento e não a quantidade de testemunhas.

Destaca-se que a lei não concede às partes o direito de inquirição de todas as testemunhas levadas a Juízo, pois somente concede o direito de indicar um número limite de testemunhas, cabendo ao juiz, se achar necessário à instrução processual, ouvir todas ou somente algumas das testemunhas arroladas.¹⁰⁸

Diferentemente do Processo Civil, no âmbito trabalhista não há rol de testemunhas, podendo as partes comparecerem à audiência acompanhadas de suas testemunhas, independentemente de intimação. Caso a testemunha não compareça espontaneamente, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a sua intimação.¹⁰⁹

Nas situações de não comparecimento da testemunha em audiência, alguns magistrados determinam, sob pena de preclusão do direito, que a parte comprove o convite feito à testemunha antes de determinar sua intimação.

Esse entendimento, predominante na jurisprudência, decorre da aplicação analógica do artigo 852-H, §3º¹¹⁰, da CLT, referente ao procedimento sumaríssimo, uma vez que, no rito ordinário, não há norma legal que imponha às partes a comprovação da intimação das testemunhas que pretenda ouvir.

¹⁰⁷ BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de direito processual do trabalho**. 16. ed. 2018. São Paulo. Saraiva. p. 824.

¹⁰⁸ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **A prova no processo do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 323.

¹⁰⁹ Art. 825, da CLT. As testemunhas comparecerão a audiência independentemente de notificação ou intimação. Parágrafo único. As que não comparecerem serão intimadas, *ex officio* ou a requerimento da parte, ficando sujeitas a condução coercitiva, além das penalidades do art. 730, caso, sem motivo justificado, não atendam à intimação.

¹¹⁰ Art. 852-H. Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, ainda que não requeridas previamente. § 3º Só será deferida intimação de testemunha que, comprovadamente convidada, deixar de comparecer. Não comparecendo a testemunha intimada, o juiz poderá determinar sua imediata condução coercitiva.

Para Carlos Henrique Bezerra Leite¹¹¹, nas reclamações sob o rito ordinário, bastaria a simples afirmação da parte para que o juiz determinasse a intimação da testemunha ausente, pois entende não ser aplicável, por analogia, norma restritiva de direito, visto que é uma exigência legal para as causas sob o rito sumaríssimo.

A CLT não disciplina a hipótese de substituição de testemunhas, dado que não há rol de testemunhas no Processo do Trabalho. Em regra, as testemunhas comparecem independentemente de notificação, mas se o advogado declina o nome das testemunhas, requerendo que o Juízo as notifique, há um rol apresentado.

Nessa situação, Mauro Schiavi¹¹² entende ser aplicável o artigo 451¹¹³, do CPC, posto que a CLT não disciplina tal situação. Para o autor, somente poderia a parte substituir a testemunha arrolada nos casos de falecimento, enfermidade e quando não for encontrada.

Com entendimento diverso, Bezerra Leite acredita não haver óbice para que as partes substituam suas testemunhas, uma vez que a legislação trabalhista não exige a apresentação de um rol de testemunhas.¹¹⁴

2.4.5 Prova Pericial

A prova pericial é determinada quando os fatos alegados pelas partes dependerem de conhecimentos técnicos ou científicos, pois mesmo que o juiz tenha esses conhecimentos sobre a matéria objeto da perícia, não lhe é permitido agir como perito, sendo necessário nomear *expert* para que o auxilie, conforme determinação legal.¹¹⁵

¹¹¹ BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de direito processual do trabalho**. 16. ed. 2018. São Paulo. Saraiva. p. 824.

¹¹² SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**: de acordo com a reforma trabalhista. 13. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 803-804.

¹¹³ Art. 451. Depois de apresentado o rol de que tratam os §§ 4º e 5º do art. 357, a parte só pode substituir a testemunha: I - que falecer; II - que, por enfermidade, não estiver em condições de depor; III - que, tendo mudado de residência ou de local de trabalho, não for encontrada.

¹¹⁴ BEZERRA LEITE, *op. cit.*, p. 825.

¹¹⁵ Art. 156, do CPC. O juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico.

Moacyr Amaral Santos¹¹⁶ ensina que “os peritos funcionam, pois, como auxiliares do juiz, que é quem lhes atribui a função de bem fielmente verificar as coisas e os fatos e lhes transmitir, por meio de parecer, o relato de suas observações ou as conclusões que das mesmas extraírem. Como auxiliares do juiz e para funcionarem no processo, os peritos cumprirão leal e honradamente a sua função”.

Como auxiliar do Juízo, o perito, pessoa habilitada ao exercício da função, contribui com a sua cognição técnica para o descobrimento da verdade, suprindo o desconhecimento a respeito de certos fatos de natureza técnica ou científica, por parte do julgador.

O perito fica alheio aos resultados do processo e não participa do resultado da demanda, haja vista que contribui, apenas, com a elaboração do material de conhecimento necessário para que o juiz profira a decisão sobre a matéria objeto da perícia.

A produção da prova pericial pode ser requerida pela parte ou determinada de ofício pelo juiz. Em se tratando de pagamento de adicionais de insalubridade e de periculosidade, o juiz é obrigado a determinar a realização da prova pericial, ainda que o reclamado seja revel e confesso quanto à matéria de fato.¹¹⁷

Nesse sentido, é importante ressaltar que pela Orientação Jurisprudencial n. 278 da SBDI-1¹¹⁸, permite-se que o julgador utilize outros meios de prova, quando da impossibilidade de realização da perícia para apuração de insalubridade como, por exemplo, na hipótese de o estabelecimento não estar mais em funcionamento.

Ao analisar os autos, verificada a necessidade de realização de perícia, o juiz nomeará perito de sua confiança, com conhecimento técnico sobre a questão,

¹¹⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de direito processual civil**. v. 2, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 473.

¹¹⁷ BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de direito processual do trabalho**. 16. ed. 2018. São Paulo. Saraiva. p. 837.

¹¹⁸ ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PERÍCIA. LOCAL DE TRABALHO DESATIVADO (DJ 11.08.2003). A realização de perícia é obrigatória para a verificação de insalubridade. Quando não for possível sua realização, como em caso de fechamento da empresa, poderá o julgador utilizar-se de outros meios de prova. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial n. 278. Disponível em : <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_261.htm#TEMA278>. Acesso em: 28 jun. 2018).

fixando-lhe prazo razoável para a conclusão e a entrega do laudo. O laudo apresentado pelo perito conterá parecer acerca dos fatos verificados e interpretados tecnicamente.

O perito nomeado pelo juiz estará sob compromisso, devendo cumprir o ofício que lhe foi designado com diligência e presteza e de forma imparcial.

As partes podem invocar contra o perito as exceções de suspeição e impedimento previstas na CLT.

Querendo, as partes nomearão assistente técnico para acompanhar os trabalhos periciais, o qual é remunerado pela parte que o nomeou, devendo entregar o laudo no mesmo prazo fixado ao perito nomeado pelo juiz, sob pena de preclusão.¹¹⁹

Haverá o indeferimento da prova pericial nas hipóteses elencadas no §1º do artigo 464 do CPC, quando a prova do fato não depender de conhecimento especial técnico; quando for desnecessária em vista de outras provas produzidas nos autos e quando a verificação for impraticável.

Com base no laudo, o juiz apreciará os fatos, formando seu convencimento. É de se destacar que o juiz não fica vinculado às conclusões periciais, podendo formar sua convicção com base em outros fatos ou elementos provados nos autos.¹²⁰

Nesse sentido, infere-se que, pelo fato de o juiz não estar adstrito às conclusões periciais, permite-se às partes que produzam prova contrária acerca dos elementos fáticos que compuseram a conclusão pericial.¹²¹

¹¹⁹ Súmula nº 341 do TST. HONORÁRIOS DO ASSISTENTE TÉCNICO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. A indicação do perito assistente é faculdade da parte, a qual deve responder pelos respectivos honorários, ainda que vencedora no objeto da perícia. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 341. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-341>. Acesso em: 29 jun. de 2018.

¹²⁰ Art. 479, do CPC. O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito.

¹²¹ ALMEIDA, Cleber Lúcio de. **Direito Processual do trabalho**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. P. 833-834.

São três as modalidades de prova pericial previstas em lei, conforme artigo 464, do Código de Processo Civil, aplicável ao Processo do Trabalho, quais sejam: exame, vistoria e avaliação.

Das espécies de perícia, o exame é mais frequente no processo trabalhista, consistindo na inspeção de pessoas, coisas móveis e semoventes. Citam-se, como exemplos de exame, as perícias médicas para apuração de doença ocupacional ou aferição de eventual redução da capacidade laborativa, e a perícia grafotécnica, para verificação de autenticidade de documentos.

A vistoria consiste na inspeção de imóveis ou determinados lugares, tendo-se, como exemplo, as perícias para verificação de insalubridade e de periculosidade em que o perito faz a vistoria no local de trabalho do empregado.

A avaliação consiste no exame pericial destinado a estimar valor a determinadas coisas, bens ou obrigações. Também é incluída pela doutrina no conceito de avaliação a perícia contábil no Processo do Trabalho, que consiste na verificação, à vista dos documentos dos autos, da correção do pagamento das parcelas trabalhistas ou na verificação dos cálculos de liquidação.¹²²

Caso haja necessidade, o juiz determinará a realização de uma segunda perícia, que terá por objeto os mesmos fatos sobre os quais recaiu a primeira, com a finalidade corrigir eventual omissão ou inexatidão dos resultados obtidos na primeira perícia.¹²³

Frisa-se que a segunda perícia não descartará a primeira, podendo o juiz formar sua convicção com os elementos constantes nos autos, tendo em vista que a segunda perícia se destina a cuidar de insuficiência e não de invalidade da perícia.¹²⁴

Em relação aos honorários do perito, diante da alteração dada pela Lei 13.467/17 (Reforma Trabalhista), a responsabilidade pelo pagamento é da parte

¹²² SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**: de acordo com a reforma trabalhista. 13. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 815.

¹²³ Art. 480, do CPC. O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida.

¹²⁴ Art. 480, do CPC. § 1º A segunda perícia tem por objeto os mesmos fatos sobre os quais recaiu a primeira e destina-se a corrigir eventual omissão ou inexatidão dos resultados a que esta conduziu. § 3º A segunda perícia não substitui a primeira, cabendo ao juiz apreciar o valor de uma e de outra.

sucumbente, mesmo que seja beneficiária da justiça gratuita, conforme disposição do artigo 790-B, da CLT.¹²⁵

2.4.6 Inspeção Judicial

Manoel Antônio Teixeira Filho¹²⁶ conceitua a inspeção judicial como “o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, por sua iniciativa ou por requerimento da parte, e com o objetivo de buscar esclarecimentos acerca de fatos relevantes para a decisão da causa, examina, diretamente, em juízo ou no local em que se encontrem, pessoas ou coisas, utilizando-se para isso de suas percepções sensoriais comuns”.

Humberto Theodoro Jr¹²⁷ define inspeção judicial como “o meio de prova que consiste na percepção sensorial direta do juiz sobre qualidades ou circunstâncias corpóreas de pessoas ou coisas relacionadas com litígio”.

A inspeção judicial permite a evidência física do fato ou da coisa, por meio de uma percepção decorrente do contato imediato, não se confundindo com o exame pericial, pois a inspeção judicial é o reconhecimento feito pelo próprio juiz, não se exigindo conhecimentos científicos ou técnicos para tanto.

Amauri Mascaró Nascimento¹²⁸ destaca, como características da inspeção judicial, a atividade física e intelectual para a verificação de fatos, devendo ser realizada por um funcionário judicial e, excepcionalmente, quando autorizada por lei, por um funcionário de polícia; a natureza jurídica de prova, que é direta do fato inspecionado ou examinado, e a pessoal, uma vez que chega ao processo mediante um ato humano. É considerada uma prova crítica ou lógica, porque não é a representação da coisa ou do fato inspecionado, mas a sua assunção direta pelo juiz.

¹²⁵ Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita.

¹²⁶ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **A prova no processo do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 367.

¹²⁷ THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. 1. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1278.

¹²⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaró; NASCIMENTO, Sonia Mascaró. **Curso de direito processual do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 679.

A CLT é omissa a respeito da inspeção judicial, mas, em razão de o juiz possuir ampla liberdade para determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento dos fatos, conforme autorização do artigo 765 da CLT, é meio de prova, oriundo do Processo Civil, aplicável ao Processo do Trabalho, haja vista mostrar-se compatível com o princípio da busca da verdade real.¹²⁹

A inspeção judicial pode ser determinada de ofício ou a requerimento das partes¹³⁰, sendo uma faculdade do juiz a sua determinação. É considerada uma faculdade do juiz, uma vez que somente a determina quando entender necessária para melhor verificação ou interpretação dos fatos e quando a coisa a ser inspecionada não puder ser apresentada em Juízo, sem consideráveis despesas ou grandes dificuldades.¹³¹

Determinada a inspeção, o juiz designará dia, hora e local para sua realização, intimando as partes para que possam, se quiserem, acompanhá-la. As partes têm o direito de assistir ao ato, prestando inclusive esclarecimentos e formulando observações que interessem à causa.¹³²

Como meio de prova que é, deve ser observado o princípio do contraditório e da ampla defesa, sob pena de nulidade do processo.

Mauro Schiavi¹³³ entende que, para que seja respeitado o contraditório, não é necessário que este seja prévio, pois cabe ao juiz, à luz dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e efetividade, avaliar o custo-benefício em postergá-lo.

No âmbito trabalhista, dificilmente a inspeção judicial tem eficácia se as partes forem previamente avisadas. Em razão disso, juízes adotam a postura de intimar as partes sobre a realização da inspeção judicial momentos antes da

¹²⁹ BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de direito processual do trabalho**. 16. ed. 2018. São Paulo. Saraiva. p. 847.

¹³⁰ Art. 481, do CPC. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa.

¹³¹ Art. 483, do CPC. O juiz irá ao local onde se encontre a pessoa ou a coisa quando: I - julgar necessário para a melhor verificação ou interpretação dos fatos que deva observar; II - a coisa não puder ser apresentada em juízo sem consideráveis despesas ou graves dificuldades; III - determinar a reconstrução dos fatos.

¹³² Art. 483. Parágrafo único, do CPC. As partes têm sempre direito a assistir à inspeção, prestando esclarecimentos e fazendo observações que considerem de interesse para a causa.

¹³³ SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho: De acordo com a reforma trabalhista**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 828.

diligência a fim de impedir que a parte altere o local a ser inspecionado, frustrando, com isso, o propósito da diligência.¹³⁴

Nesse sentido, para que seja resguardado o elemento surpresa e, ao mesmo tempo, seja garantido o contraditório das partes, a jurisprudência tem adotado a solução de dar ciência às partes momentos antes da realização da inspeção.¹³⁵

Concluída a diligência, o juiz mandará lavrar auto circunstanciado, mencionando nele tudo quanto for útil para o julgamento da causa¹³⁶, cuidando, todavia, para não lançar as suas conclusões sobre os fatos, tendo em vista que é na sentença que deverá, o juízo, apreciar e avaliar o auto de inspeção, com o objetivo de formar a sua convicção jurídica sobre a questão.

2.4.7 Prova Emprestada

A prova emprestada consiste no aproveitamento do material probatório produzido em outro processo, mesmo que a prova tenha sido colhida nas esferas criminal ou cível. Entretanto, não são as meras cópias de documentos existentes em outros autos, pois somente as provas constituídas, ou seja, aquelas elaboradas na instrução processual, são suscetíveis de autêntico empréstimo.¹³⁷

A prova utilizada como emprestada comumente são as provas produzidas oralmente no processo, ou seja, aquelas produzidas, por princípio, em audiência, na presença do juiz (depoimentos das partes, inquirição de testemunhas, etc.).¹³⁸

A Consolidação das Leis do Trabalho nada dispõe sobre a prova emprestada, não obstante, tal meio de prova se mostra compatível com o

¹³⁴ SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho: De acordo com a reforma trabalhista**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 828.

¹³⁵ PISCO, Claudia de Abreu Lima. **Princípios gerais no processo do trabalho**. Niterói: Impetus, 2010. p. 29-30.

¹³⁶ Art. 484, do CPC. Concluída a diligência, o juiz mandará lavrar auto circunstanciado, mencionando nele tudo quanto for útil ao julgamento da causa.

¹³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. vol. III. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 97.

¹³⁸ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **A prova no processo do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 83.

Processo Trabalhista, uma vez que esse meio de prova propicia o acesso real do trabalhador à Justiça, à efetividade processual e à busca da verdade real.¹³⁹

No Processo do Trabalho, a utilização de prova emprestada ocorre, comumente, nas situações em que o local de trabalho estiver desativado ou se alterarem as condições ambientais desse local, mas também ocorre pelo depoimento pessoal e depoimento de testemunhas produzidos em processo anterior, quando a prova oral não puder ou não for necessária ser renovada no processo atual.¹⁴⁰

Mauro Schiavi¹⁴¹ defende que a produção ou renovação da prova no processo atual, quando possível, sempre deve ser deferida, utilizando-se de prova emprestada somente nos casos de impossibilidade ou excessiva dificuldade de se produzir prova no processo atual.

A doutrina e a jurisprudência fixam como requisitos para que a prova emprestada seja admitida no processo e conserve sua eficácia inicial, que tenha sido colhida no processo judicial entre as mesmas partes, ou uma das partes e um terceiro; que tenham sido, na produção da prova, observadas as formalidades estabelecidas em lei, principalmente o contraditório; e que o fato probando seja idêntico.¹⁴²

Para Mauro Schiavi¹⁴³, na utilização da prova emprestada, deve-se observar a existência de apenas dois requisitos, quais sejam: que no processo anterior a prova tenha sido colhida com as formalidades legais, observado o contraditório, e que o fato probando seja idêntico ou se relacione, diretamente, com os fatos discutidos no processo atual. Pois entende que não há a necessidade de que, no processo anterior, figurem as mesmas partes ou uma das partes e um terceiro, uma vez que essa questão se trata de valoração da prova (art. 371 do CPC), e não de admissibilidade da prova emprestada.

¹³⁹ SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**: de acordo com a reforma trabalhista. 13. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 711.

¹⁴⁰ SCHIAVI, *loc. cit.*

¹⁴¹ SCHIAVI, *loc. cit.*

¹⁴² SCHIAVI, *op. cit.*, p. 714

¹⁴³ SCHIAVI, *loc. cit.*

Conforme o artigo 372, do CPC¹⁴⁴, a admissão da prova emprestada no processo é uma faculdade conferida ao juiz. Desse artigo, extrai-se que não há a necessidade de aceitação das partes pela admissão da prova emprestada.

Admitida a prova emprestada, essa deverá ser submetida a novo contraditório, podendo haver impugnação pelas partes, sendo seu valor probatório avaliado pelo Juiz no caso concreto, independentemente de quem a produziu.

A prova emprestada de inquérito policial pode ser admitida, desde que seja renovada no Juízo trabalhista, sob o crivo do contraditório, considerando-se que a prova colhida no inquérito policial não observa o contraditório.¹⁴⁵

Há autores que afirmam que a prova emprestada, uma vez trasladada, adquire a natureza de prova documental, ou seja, deve ser avaliada como documento fosse. Nesse sentido, é a opinião de Renato Saraiva¹⁴⁶, que afirma que “a prova emprestada será inserida no processo como mera prova documental, devendo ser utilizada apenas excepcionalmente, uma vez que, em regra, as provas devem ser produzidas no mesmo juízo onde ocorre a demanda”.

Há, também, o entendimento por parte da doutrina que a prova emprestada, uma vez trasladada, conserva a mesma natureza jurídica com que foi produzida no processo anterior, ou seja, por exemplo, se a prova é testemunhal, será trasladada como prova testemunhal, e não como um mero documento, uma vez que se trata, apenas, de um meio de transporte da prova emprestada ao processo.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

¹⁴⁵ SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho: De acordo com o novo CPC, Reforma Trabalhista – Lei n. 13.467/2017 e a MP. n. 808/2017**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 713.

¹⁴⁶ SARAIVA, Renato. **Curso de direito processual do trabalho**. 4. ed. São Paulo: Método, 2007. p. 375.

¹⁴⁷ SCHIAVI, *op. cit.* p. 716.

3 ÔNUS DA PROVA

O ônus da prova é instrumento utilizado pelo julgador, que se destina a indicar um percurso para a solução da controvérsia, quando as provas produzidas constantes nos autos não oferecem segurança para a decisão. Do mesmo modo, assegura o equilíbrio entre as partes, atribuindo-lhes regras de conduta em relação à produção probatória.¹⁴⁸

As regras do ônus da prova foram instituídas no texto legal para que não se deixe ao arbítrio do juiz a decisão sobre os fundamentos da demanda, funcionando no controle da atuação jurisdicional, pois conduz a um resultado determinado, independentemente das contingências do processo, resguardando-se, assim, a segurança jurídica.¹⁴⁹

No Processo do Trabalho, a distribuição igualitária das regras do ônus da prova nem sempre atende às necessidades do processo, tendo em vista que sobrecarrega o empregado, que não possui as mesmas condições e facilidades do empregador.

Em razão dessa disparidade, foram instituídas ao processo trabalhista as regras de inversão e distribuição dinâmica do ônus da prova, oriundas do Processo Civil, com o intuito de direcionar a produção da prova àquele que tenha melhores condições.¹⁵⁰

Neste capítulo, aborda-se o conceito de ônus da prova, de forma geral, o ônus da prova em relação ao fato negativo, bem como sua distribuição entre os litigantes (art.818, *caput*, da CLT), e a inversão e a dinamização (art.818, §2º, da CLT), da carga probatória.

¹⁴⁸ PAULA, Carlos Alberto Reis de. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 22.

¹⁴⁹ JAKUTIS, Paulo Sérgio. **O ônus da prova no processo protetivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017. p. 94-95.

¹⁵⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sonia Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 643.

3.1 CONCEITO

O ônus da prova, conforme Cândido Rangel Dinamarco¹⁵¹, é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, a fim de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo. É uma responsabilidade que a parte possui com a finalidade de dar sustentação aos fatos narrados.

Segundo conceituação de Pontes de Miranda¹⁵² “o ônus é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos; satisfazer é do interesse do próprio onerado. Não há sujeição do onerado; ele escolhe entre satisfazer, ou não ter a tutela do próprio interesse. Por onde se vê como a teoria do ônus da prova diz respeito, de perto, à pretensão à tutela jurídica”.

Dos conceitos acima expostos, depreende-se que o ônus probatório não é um dever, mas um encargo, uma vez que é interesse da parte ver demonstrada a sua pretensão. O *onus probandi* se vincula ao interesse que a parte possui em ver provados os fatos narrados em juízo, pois, dele não se desincumbindo, corre o risco de não ter acolhida a sua pretensão.

Nesse sentido, Fredie Didier Jr., Paula Braga e Rafael Oliveira¹⁵³ pontuam que, ônus é o encargo cuja inobservância pode colocar o sujeito em uma situação de desvantagem. Não é um dever e, por isso mesmo, não se pode exigir o seu cumprimento, mas, comumente, o sujeito a quem se impõe o ônus tem interesse em observá-lo, justamente para evitar a situação de desvantagem que pode advir da omissão na produção de provas.

Rui Portanova¹⁵⁴ ensina que o ônus é em relação a si mesmo, diferentemente da obrigação e do dever, uma vez que há relação entre duas pessoas. O dever é em relação a alguém, assim como a obrigação, implica o dever do sujeito passivo com o sujeito ativo. Em relação ao ônus da prova, não

¹⁵¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. vol III. 6 ed. Malheiros Editores. p. 260.

¹⁵² MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. IV, p. 322.

¹⁵³ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **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. v. 2, p. 106-107.

¹⁵⁴ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 213.

há um compromisso com o outro, uma vez que o interesse em ver provados os fatos é da própria parte que os arguiu.

O ônus indica uma conduta da parte com relação à interesse próprio, sendo facultativa e não havendo qualquer sujeição para o seu descumprimento. Não é dever, portanto, a sua inobservância não está adstrita a algum tipo de sanção, mas apenas à possibilidade de não ter reconhecido o seu direito em juízo por falta ou insuficiência de provas nos autos.¹⁵⁵

A doutrina aborda ônus da prova sob a perspectiva subjetiva e sob a perspectiva objetiva.¹⁵⁶

Na perspectiva subjetiva as regras de ônus da prova são normas de distribuição dirigidas às partes. Nesse sentido, são determinados os encargos probatórios de cada parte, estabelecendo-se prévia e abstratamente a quem cabe o ônus de provar determinadas alegações de fato. Assim, as partes litigam com a ciência de suas atribuições em matéria probatória.¹⁵⁷

A distribuição do ônus probatório, prevista em lei, tem relação com o devido processo legal, assim como com os ditames da segurança jurídica e da não surpresa.

Sob a perspectiva objetiva, identificam-se as regras sobre o ônus da prova como regras de julgamento, dirigidas ao magistrado. Nesse sentido, as regras subsidiam a decisão do julgador como parâmetro objetivo para imputar as consequências do descumprimento do ônus da prova pela parte incumbida do ônus de provar.

Entretanto, Teixeira Filho dissente dessa posição, pois argumenta que o ônus da prova em relação às partes é objetivo, uma vez que as regras de distribuição estão previstas em lei, relacionando-se à distribuição da carga

¹⁵⁵ CURY, Jorge Augusto. Decisão sobre o ônus da prova: o momento adequado à sua inversão judicial. In: ALVIM, Teresa Arruda. **Revista de processo**. ano 43. ed. 277. Revista dos Tribunais: 2018. p. 80.

¹⁵⁶ SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**: de acordo com a reforma trabalhista. 13. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 717.

¹⁵⁷ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol.2. 18ª ed. Salvador: Jus Podium 2016. p. 110.

probatória e não ao magistrado. Não obstante, o fato de a distribuição probatória se destinar às partes, não se conclui que a perspectiva seja subjetiva.¹⁵⁸

Ônus da prova é regra de instrução, uma vez que atua no direcionamento das partes na atividade probatória, e, também, é regra de julgamento, na medida em que, diante da insuficiência ou da inexistência de provas nos autos, ou seja, *non liquet* em matéria de fato, deve o juiz do trabalho julgar de acordo com a melhor prova, independentemente da parte que a produziu.

O ônus define uma faculdade concedida à parte de produzir a prova dos fatos alegados em benefício próprio, com a finalidade de contribuir para a formação do convencimento judicial, de modo que o descumprimento desse ônus aumenta o risco de provimento desfavorável, ao passo que a sua adequada desincumbência amplia as chances de um julgamento favorável.¹⁵⁹

3.1.2 Do ônus da prova e o fato negativo

A doutrina e a jurisprudência sustentam que o fato negativo pode ser objeto de prova, tendo em vista que toda negação possui, implicitamente, uma afirmação.¹⁶⁰

As negações de fato podem ser formais ou substanciais. São formais quando se nega um fato e se admite outro em seu lugar; são substanciais quando se nega um fato de forma indefinida.¹⁶¹

Segundo Carlos Reis de Paula, a impossibilidade de provar um fato negativo se dá porque este fato se mostra indefinido, ou seja, somente há a possibilidade de provar a negativa de um fato quando, em verdade, mostrar-se como afirmação de um outro fato, portanto, o ônus da prova é atraído para aquele que nega o fato admitindo outro em seu lugar.¹⁶²

¹⁵⁸ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **O processo do trabalho e a reforma trabalhista**: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017, p. 115.

¹⁵⁹ CURY, Jorge Augusto. Decisão sobre o ônus da prova: o momento adequado à sua inversão judicial. In: ALVIM, Teresa Arruda. **Revista de processo**. ano 43. ed. 277. Revista dos Tribunais: 2018. p. 84.

¹⁶⁰ SCHIAVI, Mauro. **Provas no processo do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 98.

¹⁶¹ PAULA, Carlos Alberto Reis de. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 82

¹⁶² PAULA, Carlos Alberto Reis de. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 79-80.

Exemplo de prova do fato negativo é a atribuição ao empregador do encargo de provar, quando negar o despedimento, que o rompimento do contrato de trabalho se deu por iniciativa do trabalhador, conforme se verifica na Súmula 212, do TST.

Súmula nº 212 do TST
DESPEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003
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.¹⁶³

3.1.2 Da distribuição do ônus da prova

A necessidade da distribuição probatória entre os litigantes decorre da possibilidade de o julgador atribuir, a uma das partes, as consequências da insuficiência ou inexistência probatória, tendo em vista que o julgador não pode se furtar de decidir a causa.¹⁶⁴

A distribuição do ônus da prova é fixada pelo legislador, como regra geral, pelo juiz ou por convenção das partes.

A regra geral da distribuição probatória está prevista no artigo 818, I e II, da CLT, que tem origem do Processo Civil, e diz o seguinte: “o ônus da prova incumbe ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito, e ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante”.

O legislador processual civil adotou a teoria de Chiovenda e Carnelutti, para quem, quando determinada pessoa opõe uma pretensão em juízo, deve provar os fatos que a sustentam, assim como a quem opõe uma exceção a esse direito postulado, deve provar os fatos de que resultam.¹⁶⁵

¹⁶³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 212. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-212>. Acesso em: 4 set. 2018.

¹⁶⁴ MAIOR, Jorge Souto. Ônus da prova no processo do trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, ano 26, n.99, julho-setembro de 2000, p. 43.

¹⁶⁵ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **A prova no processo do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 99.

A distribuição do ônus probatório no Processo Civil foi procedida dessa forma, em razão de o pressuposto de igualdade formal caracterizar os litigantes do processo, conseqüentemente os colocando em um plano de isonomia jurídica. No Processo do Trabalho, é a desigualdade real das partes que prevalece, uma vez que o autor, na maioria das vezes, o empregado, possui desvantagem econômica e também jurídica.¹⁶⁶

O legislador trabalhista estabelece, de forma estática e abstrata, quem arca com a falta da prova nos autos, uma vez que as regras que distribuem o ônus da prova são regras destinadas à aplicação aos fatos que não foram provados, devendo o juiz se preocupar com as regras legais de distribuição do ônus da prova somente no momento da elaboração da sentença.

Verificando-se que determinado fato não foi provado, o juiz terá de imputar a alguma das partes a consequência desfavorável da falta de prova daquele fato. Se o fato não provado era constitutivo, atribui ao autor as consequências dessa lacuna probatória. Se o juiz verificar que a prova faltante é de fato impeditivo, modificativo ou extintivo, é o réu quem suportará as consequências de tal omissão.¹⁶⁷

Portanto, as regras probatórias são destinadas tanto para o órgão jurisdicional, quanto para as partes, na medida em que as orientam sobre o que precisam provar. As regras do ônus da prova podem ser alteradas, em determinadas circunstâncias, pelo juiz ou, atendidos certos requisitos, por convenção das partes.

No Processo do Trabalho, a distribuição do ônus probatório por convenção das partes não tem aplicação, tendo em vista as peculiaridades deste ramo do direito e a dificuldade probatória que apresenta o reclamante. Todavia, há o entendimento de que, quando benéfica ao trabalhador, diante da sua maior dificuldade em fazer prova das alegações, é permitida sua utilização.¹⁶⁸

¹⁶⁶ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **A prova no processo do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 99.

¹⁶⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Revista de Processo**. São Paulo: Conferência: O Juiz e a prova. v. 9, nº 35, p. 181.

¹⁶⁸ SARAIVA, Renato; MANFREDINI, Aryanna. O ônus da prova no novo CPC e suas repercussões no processo do trabalho. In: BEZERRA LEITE, Carlos Henrique (Org.). **Novo CPC: repercussões no processo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 111-125.

Na seara processual trabalhista, segundo o Professor Francisco Rossal de Araújo¹⁶⁹, as regras de ônus da prova estão, substancialmente, localizadas no direito material, tendo-se como exemplos as provas de fatos extintivos da obrigação, quais sejam, as obrigações de guardar recibo (art. 464, da CLT) e as obrigações de registro de horário (art. 74, da CLT).

Nesse sentido, antes de adentrar-se à distribuição probatória, prevista no artigo 818 da CLT, devem ser exigidos das partes o cumprimento dos deveres ligados à prova, os quais estão estabelecidos no direito material, uma vez que, somente quando ultrapassada essa fase, haverá a necessidade de aplicação da distribuição do ônus probatório.¹⁷⁰

Como visto, as regras de distribuição do ônus da prova foram elaboradas de forma prévia e abstrata, isto é, as regras de distribuição são estáticas, pois não se leva em consideração as peculiaridades do caso concreto. Portanto, a distribuição probatória se torna, muitas vezes, um procedimento injusto, sendo impassível às necessidades do direito a ser tutelado.¹⁷¹

Em vista disso, foram instituídas, pelo direito brasileiro, regras de inversão e distribuição dinâmica do ônus probatório, a fim de tutelar o direito à prova, o qual é garantido constitucionalmente. Essas regras diferenciadas são aplicadas nas situações em que o juiz verifica a impossibilidade ou excessiva dificuldade da parte que possui o encargo em produzir a prova, atribuindo o ônus àquele que tenha melhores condições de produzir a prova.

Salienta-se que, quando da distribuição diversa do ônus da prova, a parte que suporta o redirecionamento da carga probatória não está na incumbência de provar o fato constitutivo do adversário, uma vez que deve provar o fato indicado, por determinação do Juízo, para fins de esclarecimentos.¹⁷²

¹⁶⁹ ARAÚJO, Francisco Rossal de. **O novo CPC e o processo do trabalho: a instrução normativa n. 39/2016**. São Paulo: LTr, 2017. p. 62.

¹⁷⁰ SEVERO, Valdete Souto. Dever e o ônus da prova no direito do trabalho : o que muda com a "reforma" trabalhista. **Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista**. São Paulo : Expressão Popular, 2017. p. 557.

¹⁷¹ MAIOR, Jorge Souto. Ônus da prova no processo do trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, ano 26, n.99, julho-setembro de 2000, p. 45-46.

¹⁷² ARAÚJO, *loc. cit.*

3.1.3 Inversão do ônus da prova

Como exposto no presente trabalho, segundo a regra geral de distribuição do ônus da prova, a chamada regra estática, o reclamante deve provar os fatos constitutivos do seu direito, e o reclamado, os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

A inversão probatória é regra que tem grande relevância no processo trabalhista, uma vez que o estado de hipossuficiência do empregado reclamante o impede, muitas vezes, de produzir comprovação de suas alegações, ou quando a prova é excessivamente onerosa para ele, podendo inviabilizar a efetividade do direito postulado.

A inversão do ônus da prova se dá de forma legal ou judicial¹⁷³ e convencional. O modelo convencional de inversão do ônus da prova, que consiste na alteração das regras de distribuição do ônus da prova a cargo das partes, não é aplicável no Processo do Trabalho.

A forma legal se caracteriza quando a lei, em abstrato e sem a exigência de análise pelo juiz do caso concreto, afasta de uma determinada situação a aplicação da regra geral de distribuição do ônus da prova.¹⁷⁴ E a inversão judicial tem aplicação quando a lei, expressamente, permite ao juiz que distribua o ônus da prova de modo diverso da regra geral, consistindo, portanto, na distribuição feita pelo juiz de forma casuística que, mediante análise fundamentada, inverte-se o ônus da prova.¹⁷⁵

Destaca-se que a inversão judicial do ônus da prova é regra decorrente do direito processual comum, mais precisamente derivada do Código de Defesa do Consumidor, que foi criada frente à necessidade de combater a desigualdade que há entre as partes no processo (consumidor e fornecedor/fabricante), havendo a facilitação da defesa dos direitos da parte mais vulnerável.

¹⁷³ A inversão judicial do ônus da prova está prevista no artigo 6º, VIII, da Lei nº 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor.

¹⁷⁴ CURY, Jorge Augusto. Decisão sobre o ônus da prova: o momento adequado à sua inversão judicial. **Revista de processo**. ano 43. vol. 277. Revista dos Tribunais: 2018. p. 90.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 90.

Esse instituto se aplica ao Processo do Trabalho, em razão da compatibilidade com os princípios que regem este ramo do direito e pelo fato de haver, na lide trabalhista, uma disparidade de forças econômicas entre os litigantes, assim como há nas relações de consumo.¹⁷⁶

Trata-se de flexibilização da regra geral de distribuição do ônus da prova, ou seja, é a transferência do encargo probatório de uma parte para outra, ou seja, o ônus que pertencia ao autor é transferido para o réu ou quando pertencia ao réu é transferido ao autor.

Por exemplo, se ao autor era incumbido o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito, ele será transferido ao réu, que deverá (se for de seu interesse, tendo em vista que se desincumbir de um ônus não é uma obrigação imposta a qualquer das partes) fazer a prova da inexistência do fato constitutivo do direito do autor, ou seja, terá de produzir a contraprova dos fatos alegados pelo autor.¹⁷⁷

Cita-se como exemplo de inversão do ônus probatório, a Súmula 338, do Tribunal Superior do Trabalho, que se estabelece o ônus da prova com relação a registro de horários do empregado.

JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 234 e 306 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

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. (ex-Súmula nº 338 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex-OJ nº 234 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

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. (ex-OJ nº 306 da SBDI-1- DJ 11.08.2003).¹⁷⁸

A CLT é omissa em relação à inversão do ônus da prova, utilizando-se, o processo trabalhista, do disposto no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do

¹⁷⁶ JAKUTIS, Paulo Sérgio. **O ônus da prova no processo protetivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017. p. 94-95.

¹⁷⁷ CURY, *op. cit.*, p. 88.

¹⁷⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 338. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-338>. Acesso em: 19 set. 2018.

Consumidor (Lei nº 8.078/1990), onde estabelece requisitos e limites à efetivação, que dispõe o seguinte:

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 experiências.

Conforme o dispositivo citado, para que haja a inversão do ônus da prova, é fundamental que esteja presente o requisito da hipossuficiência (geralmente econômica) ou o requisito da verossimilhança das alegações do autor, não havendo necessidade de que os dois requisitos estejam presentes para que ocorra a inversão desse ônus.

Entretanto, entende-se não ser possível a inversão do ônus da prova quando não tiver verossimilhança nas alegações do autor, mesmo que esteja presente o requisito da hipossuficiência, uma vez que não é razoável beneficiar a parte que não demonstra veracidade em suas alegações.¹⁷⁹

Ao juiz cabe, considerando as regras ordinárias de experiência, apreciar se a alegação é verossímil ou se a parte requerente é hipossuficiente. Em relação à hipossuficiência, ao juiz cabe decidir se, mesmo percebendo ganhos acima de dois salários mínimos, o reclamante tem condições ou não de arcar com os custos do processo, pois se trata de medida que se faz necessária para que se evitem situações que afrontem o bom senso e agridam o princípio da razoabilidade.¹⁸⁰

Mauro Schiavi¹⁸¹ destaca que, além dos requisitos da hipossuficiência e da verossimilhança, existe, ainda, outro requisito a ser observado, qual seja, a faculdade do juiz, uma vez que, independentemente do requerimento das partes, a inversão do ônus da prova pode ser realizada de ofício.

Portanto, a inversão do ônus da prova somente se torna necessária quando não houver prova nos autos, ou seja, as partes não se desincumbiram do encargo probatório que lhes competia (*non liquet*), pois, caso as tenham se desincumbido

¹⁷⁹ MEIRELES, Edilton. Inversão do ônus da prova no processo trabalhista. **Revista Juris Plenum**, Caxias do Sul-RS: Plenum, v. 2, 2005, p. 45.

¹⁸⁰ MEIRELES, *loc. cit.*

¹⁸¹ SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho: De acordo com o novo CPC, Reforma Trabalhista – Lei n. 13.467/2107 e a MP. n. 808/2017**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 722.

do ônus da prova, não haverá o *non liquet* e, conseqüentemente, o juiz julgará de acordo com as provas e o seu livre convencimento.

Acerca do momento processual da inversão do ônus da prova, não havia uniformidade na doutrina e na jurisprudência, tendo em vista que a lei não disciplinava a questão.

Conforme entendimento de Mauro Schiavi¹⁸², “o momento em que o juiz deve inverter o ônus da prova é antes do início da audiência de instrução, em decisão fundamentada, a fim de que a parte contra qual o ônus da prova fora invertido não seja surpreendida e possa se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído, durante o momento processual oportuno”.

Nesse sentido, Cesar Pereira da Silva Machado Jr.¹⁸³ destaca que “a colheita das provas trabalhistas é feita na audiência e este é o local e momento ideal para o juiz verificar a existência de qualquer circunstância que leva à inversão do ônus probatório, razão pela qual deverá manifestar-se a respeito nesta oportunidade, de forma expressa, na forma do artigo 93, IX, da CF”.

Em sentido contrário, parte da doutrina entendia que tal inversão deveria ocorrer na sentença, tendo em vista que as regras de distribuição do ônus da prova são regras de juízo e orientam o juiz, a respeito da solução a ser dada à causa, tendo em vista que somente após a instrução do feito, no momento da valoração das provas, o juiz pode afirmar se existe ou não situação de *non liquet*, momento em que verifica quem detinha o ônus de produzir a prova e não a produziu, sendo o caso ou não, conseqüentemente, de inversão do ônus da prova.¹⁸⁴

Além disso, entende que o art. 6^a, VIII, do CDC não exige expresse pronunciamento sobre quem compete provar, nem há obrigação para que o juiz declare de forma expressa invertido o ônus da prova antes do julgamento, pois, caso contrário, estaria procedendo ao prejulgamento da causa, o que

¹⁸² SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho: De acordo com o novo CPC, Reforma Trabalhista – Lei n. 13.467/2107 e a MP. n. 808/2017**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 723.

¹⁸³ MACHADO JR., César P. S. **O ônus da prova no processo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001, p. 156.

¹⁸⁴ WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 494.

inadmissível. Em razão disso, há o entendimento por parte da doutrina que as partes devem ter o conhecimento da lei, portanto, não podem alegar seu desconhecimento.¹⁸⁵

Carlos Henrique Bezerra Leite¹⁸⁶ afirma que, como regra de julgamento que é, a inversão do ônus da prova pode se dar no momento de proferir a sentença, cabendo ao magistrado fundamentar sua decisão a respeito de quem era o encargo probatório, devendo informar, inclusive, o porquê de ter invertido tal ônus, em observância aos princípios da fundamentação das decisões judiciais, do devido processo legal e da ampla defesa.

Para o autor, a declaração da inversão do ônus da prova pode ocorrer, inclusive, em grau de recurso, na instância ordinária, ou seja, no Tribunal Regional do Trabalho.

Diferentemente do entendimento acima exposto, em recentes julgados, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tem sido no sentido de admitir que a inversão do ônus da prova é regra de instrução e não de julgamento, razão por que deve ser aplicada, preferencialmente, na fase de saneamento do processo ou, se em outro momento, que seja assegurada à parte a oportunidade de se desincumbir do encargo.¹⁸⁷

Não obstante, o §2º do artigo 373, do CPC, assim como o §2º do artigo 818¹⁸⁸, da CLT, deram fim a essa discussão, tendo em vista que a solução foi

¹⁸⁵ SAKO, Emília Simeão Albino. **A prova no processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 31.

¹⁸⁶ BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de direito processual do trabalho**. 16. ed. 2018. São Paulo. Saraiva. p. 813.

¹⁸⁷ AGRADO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. HOSPITAL E MÉDICO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ERRO MÉDICO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE INSTRUÇÃO. PRECEDENTES DESTA CORTE. NÃO PROVIMENTO. 1. A análise da controvérsia quanto ao momento processual para inversão do ônus da prova prescinde de novo exame de provas e de fatos, razão pela qual não incide o óbice previsto na Súmula 7 desta Corte. 2. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que "a inversão 'ope judicis' do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas" (REsp 802.832/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, DJe de 21/9/2011). 3. Agravo interno ao qual se nega provimento. (STJ - AgInt no AREsp: 355628 RO 2013/0176931-8, Relator: Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), Data de Julgamento: 28/11/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/12/2017).

¹⁸⁸ Art. 818, §2º, da CLT. A decisão referida no § 1º deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido.

positivada, tratando o legislador de estabelecer que, invertido o ônus da prova, o juiz deverá oportunizar à parte a possibilidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. Nesse sentido, estabeleceu-se que o momento adequado para a inversão do ônus probatório deve ser efetuado antes da abertura da instrução processual, ou seja, em momento anterior à sentença.

O estabelecimento do momento adequado para a inversão do ônus probatório, pelo legislador, é uma forma de garantir o contraditório às partes, uma vez que há a garantia do amplo direito à produção de prova.

3.1.4 Teoria da carga dinâmica

Primeiramente, há de se destacar que a teoria da carga dinâmica do ônus da prova não se confunde com a inversão judicial do ônus da prova, embora semelhante, pois a inversão do ônus da prova pressupõe a presença de critérios previstos em lei, ou seja, a existência de uma regra fixada anteriormente para a distribuição probatória. Entretanto, a carga dinâmica se apoia no princípio da aptidão para a prova, não sendo o caso de análise se a alegação do fato é verossímil.¹⁸⁹

Segundo Cleber Lúcio de Almeida¹⁹⁰, “a dificuldade da prova resulta em dificuldade de exercício do direito assegurado pela ordem jurídica”.

Para tanto, a teoria da carga dinâmica do ônus da prova surgiu em razão da necessidade de propiciar uma tutela jurisdicional adequada às partes, uma vez que a regra estática se mostra insuficiente para aplicação a todos os casos, pois regula a distribuição probatória com igualdade formal.

Na distribuição dinâmica do ônus da prova, o magistrado, avaliando as peculiaridades do caso concreto, com base em máximas de experiência (art. 335 do CPC), determina quais fatos devem ser provados pelo demandante e pelo demandado.¹⁹¹

¹⁸⁹ SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**: de acordo com a reforma trabalhista. 13. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 726.

¹⁹⁰ ALMEIDA, Cleber Lúcio de. **Direito processual do trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 483.

¹⁹¹ CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006. p. 341.

A Teoria da Carga Dinâmica do ônus da prova é instrumento processual, desenvolvido pela doutrina, que tem por finalidade assegurar o exercício do direito pela parte que não tem condições de produzir a prova que está ao seu encargo.

O juiz quando utiliza da dinamização do ônus da prova, ao atribuir o encargo à parte que tenha aptidão para a produção da prova, está viabilizando o acesso à justiça e está, também, tutelando o direito da parte que tem razão, mas não apresenta condições de produzir a prova de fato constitutivo de seu direito.

A ideia central dessa teoria se rege pelo princípio da aptidão para a prova, ou seja, quem tiver melhores condições, possibilidade e capacidade para a produção da prova deve suportar o encargo, ignorando-se a sua posição, se autor ou réu, e a espécie dos fatos, se constitutivos, extintivos, modificativos ou impeditivos.¹⁹²

O magistrado, ao analisar o caso concreto, atribui o ônus da prova à parte que revele melhores condições de a produzir. Busca-se, com isso, 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, prova excessivamente difícil ou de impossível produção.¹⁹³

A presente teoria é uma forma encontrada pela doutrina, que foi positivada no texto da CLT, para que haja equilíbrio na relação e na situação de desigualdade entre os litigantes, uma vez que o processo trabalhista se caracteriza pela assimetria das partes, pois o empregador, na maioria das vezes, tem melhores condições de produzir determinadas provas.

Por essa razão, a decisão que adotar a dinamização do ônus da prova, não pode ocasionar situação em que a desincumbência do encargo pela parte contrária seja impossível ou excessivamente difícil.¹⁹⁴ Ou seja, mesmo que uma parte possua excessiva dificuldade em produzir a prova, não se pode dinamizar

¹⁹² AMBROSIO, Graziella. **A distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 53.

¹⁹³ CÂMARA, Alexandre de Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 1, p. 234.

¹⁹⁴ Art. 818, §3º, da CT. A decisão referida no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

o ônus se a outra parte, igualmente, não tiver condições de produzir a prova em contrário.

A referida técnica não substitui a regra geral de distribuição do ônus da prova, em razão de somente ter lugar quando a produção da prova se mostrar excessivamente difícil à parte estaticamente onerada, pois serve, apenas, para dar melhor solução a casos que teriam decisões e resultados manifestamente incapazes de produzir os efeitos pretendidos.

Desse modo, a distribuição dinâmica é exceção e somente se justifica quando a parte, a quem incumbiria o ônus de provar, não possui condições ou tenha dificuldades em produzir a prova, uma vez que visa equilibrar as forças na relação processual.¹⁹⁵

Parte da doutrina e da jurisprudência entende que a utilização dessa teoria acaba majorando, de forma excessiva, os poderes do magistrado na condução do processo, surpreendendo as partes, causando insegurança jurídica e dificuldades no exercício do contraditório.¹⁹⁶

Para que a sentença proferida seja justa e imparcial, cada caso deverá ser analisado de forma isolada pelo magistrado, ponderando-se as condições de cada parte quanto à produção probatória.

Anteriormente às alterações na CLT pela Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17), não havia previsão da possibilidade de dinamização do ônus probatório, mas, ainda assim, era aplicada ao Processo do Trabalho, devido à compatibilidade com os princípios que regem este ramo do direito, sobretudo pelo princípio do acesso do trabalhador à justiça.¹⁹⁷

Ao alterar o artigo 818, a Reforma Trabalhista instituiu a teoria da carga dinâmica em seu texto (§1º do artigo 818 da CLT). Diante da impossibilidade ou

¹⁹⁵ CÂMARA, Alexandre de Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 1, p. 234.

¹⁹⁶ SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho: de acordo com a reforma trabalhista**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 725.

¹⁹⁷ A teoria da carga dinâmica do ônus da prova, oriunda do processo civil, prevista no artigo 373, §1º, do CPC, já era aplicada ao processo do trabalho, por meio de permissão da Instrução Normativa nº 39/2016, elaborada pelo TST, de aplicação supletiva e subsidiária. Atualmente, devido às alterações advindas da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017, a CLT dispõe expressamente, em seu texto, sobre a dinamização do ônus probatório, conforme artigo 818, §1º, da CLT.

grande dificuldade que o trabalhador tenha em obter as provas necessárias, esse dispositivo faz com que haja amplo acesso à justiça.

Conforme o §2º do artigo 818 da CLT, o momento processual apropriado para a distribuição de modo diverso o ônus da prova, deve ser antes da abertura da instrução, por decisão fundamentada, podendo, a requerimento da parte, haver o adiamento da audiência para que a parte possa se desincumbir do ônus, podendo utilizar-se de qualquer meio de prova admitido em direito.¹⁹⁸

3.2 INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 39/2016 – TST

A Instrução Normativa nº 39/2016, foi editada pelo Tribunal Superior do Trabalho diante da necessidade de uniformização na jurisprudência da Justiça do Trabalho acerca de quais dispositivos do Novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor no ano de 2015, seriam aplicáveis ou inaplicáveis ao Processo do Trabalho, a fim de transmitir segurança jurídica, tendo em vista a previsão de aplicação subsidiária ou supletiva do procedimento comum ao Processo do Trabalho.¹⁹⁹

Em matéria de ônus da prova, o artigo 3º, VII, da Instrução Normativa nº 39/2016, dispõe o seguinte:

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).

A CLT, antes das alterações advindas pela Reforma Trabalhista, possuía um artigo específico sobre o ônus da prova, que era bastante simples e, para muitos, era ultrapassado, pois não contemplava de forma satisfatória as necessidades do processo trabalhista.

O TST entendeu que a antiga redação do artigo 818 era omissa em relação ao ônus probatório e decidiu orientar os magistrados que utilizassem, de forma sistemática, as regras de distribuição probatória, ônus estático e ônus dinâmico

¹⁹⁸ §2º do artigo 818 da CLT: A decisão referida no § 1º deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido.

¹⁹⁹ ARAÚJO, Francisco Rossal de. **O novo CPC e o processo do trabalho: a instrução normativa n. 39/2016**. São Paulo: LTr, 2017. p. 25.

(artigo 373, §§1º e 2º, do CPC), do Processo Civil, por ser compatível com os princípios que regem o Direito Processual do Trabalho.

O CPC disciplina o ônus da prova no artigo 373, com a seguinte redação:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

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

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

§ 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.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

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

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Pelo Código de Processo Civil, o ônus da prova pode ser estático, dinâmico ou negociado, entretanto, na Instrução Normativa, há disposição expressa pela não aplicação do ônus negociado, pois se entende não ser compatível com as normas de ordem pública que regem o Processo do Trabalho.²⁰⁰

Entretanto, quando não houver prejuízo ao trabalhador hipossuficiente, a doutrina entende ser aplicável a disposição sobre o ônus da prova convencional, em razão de o parágrafo único do artigo 190 do CPC²⁰¹ estabelecer um tipo de contenção à distribuição convencional do ônus da prova.

Nesse sentido, o juiz, ao analisar a convenção feita entre as partes, pode considerar aplicável nos casos em que estiver em consonância com os princípios que regem a matéria probatória.²⁰²

²⁰⁰ Art. 2º Sem prejuízo de outros, não se aplicam ao Processo do Trabalho, em razão de inexistência de omissão ou por incompatibilidade, os seguintes preceitos do Código de Processo Civil: VII - art. 373, §§ 3º e 4º (distribuição diversa do ônus da prova por convenção das partes).

²⁰¹ Parágrafo único, art. 190 do CPC - De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

²⁰² LISBÔA, Daniel; MUNHOZ, José Lucio (org.). **Reforma trabalhista comentada por juízes: artigo por artigo**. São Paulo; LTr, 2018. p. 413.

4 ÔNUS DA PROVA E A REFORMA TRABALHISTA (LEI N. 13.467/17)

A Reforma Trabalhista, Lei nº 13.467/2017, que entrou em vigor em novembro de 2017, instituiu mudanças significativas no texto da Consolidação das Leis do Trabalho, em direito material e, também, em matéria processual.

No âmbito processual, destaca-se a alteração dada à redação do artigo 818 da CLT, que estabelece a distribuição do ônus da prova. A alteração do referido artigo foi fundamentada na isonomia jurídica, ou seja, às partes deve ser dispensado tratamento igualitário, em relação à produção de provas no processo.

Seu texto original estabelecia que “o ônus de provar as alegações incumbe à parte que as fizer”, fazendo referência apenas à distribuição estática do ônus probatório.

Em razão de o texto ser muito simples e não ser suficiente para suprir as lacunas existentes em matéria de prova no Processo do Trabalho, o legislador trabalhista reproduziu a regra contida no artigo 373, do Código de Processo Civil, mesmo havendo entendimento, por parte da doutrina, que a redação original era suficiente para resolver qualquer questão atinente à distribuição do ônus probatório.²⁰³

A Lei nº 13.467/2017 adota a sistemática do Código de Processo Civil, em matéria de ônus da prova, nos seguintes termos:

Art. 818. O ônus da prova incumbe:

I - ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

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

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

§ 2º A decisão referida no § 1º deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido.

§ 3º A decisão referida no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

²⁰³ Valdete Souto Severo, juíza do trabalho do TRT4, autora de livros sobre Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, e Manoel Antônio Teixeira Filho entendem que a antiga redação do artigo 818, da CLT, que dizia “o ônus de provar as alegações incumbe à parte que as fizer”, era mais que o suficiente para resolver qualquer questão de distribuição do ônus da prova entre as partes litigantes.

Não obstante, a alteração do respectivo dispositivo foi bem recebida pelo jurisdicionado, uma vez que o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Instrução Normativa nº 39/2016, redigida antes da alteração da Reforma Trabalhista, entendia ser aplicável, ao Processo do Trabalho, o disposto no artigo 373, I e II, §§1º e 2º, do Código de Processo Civil, em matéria de ônus da prova, por entender que havia omissão no dispositivo da CLT e que o artigo do CPC supria as lacunas existentes em razão de ser compatível com os princípios que regem o Processo do Trabalho.

Outrossim, o TST, em várias súmulas²⁰⁴, repete a diferenciação entre os fatos constitutivos, modificativos, extintivos ou impeditivos. A título de exemplo, cita-se o item VII da Súmula 6, do TST²⁰⁵, que estabelece ser do empregador “o

²⁰⁴ Outras súmulas, que tratam sobre o ônus da prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo, são as seguintes: Súmula 212, do TST, que trata sobre o ônus da prova de comprovar o término do contrato de trabalho, que é do empregador, pois a continuidade da relação de emprego é presumida; Súmula 460, do TST, que trata sobre a comprovação, pelo empregador, que o empregado não satisfaz os requisitos para a concessão ou não do vale-transporte; Súmula 461, do TST, que estabelece ser do empregador o ônus da prova em relação à regularidade dos depósitos do FGTS, pois o pagamento caracteriza fato extintivo do direito do autor; Súmula 462, do TST, que, quando do reconhecimento da relação de emprego por meio judicial, esta não afasta a incidência da multa estabelecida no artigo 477, §8º, da CLT, sendo ônus do empregador comprovar que a mora no pagamento se deu por causa imputada ao empregado.

²⁰⁵ Súmula nº 6 do TST EQUIPARAÇÃO SALARIAL. ART. 461 DA CLT (redação do item VI alterada) – Res. 198/2015, republicada em razão de erro material – DEJT divulgado em 12, 15 e 16.06.2015

I - Para os fins previstos no § 2º do art. 461 da CLT, só é válido o quadro de pessoal organizado em carreira quando homologado pelo Ministério do Trabalho, excluindo-se, apenas, dessa exigência o quadro de carreira das entidades de direito público da administração direta, autárquica e fundacional aprovado por ato administrativo da autoridade competente. (ex-Súmula nº 06 – alterada pela Res. 104/2000, DJ 20.12.2000)

II - Para efeito de equiparação de salários em caso de trabalho igual, conta-se o tempo de serviço na função e não no emprego. (ex-Súmula nº 135 - RA 102/1982, DJ 11.10.1982 e DJ 15.10.1982)

III - A equiparação salarial só é possível se o empregado e o paradigma exercerem a mesma função, desempenhando as mesmas tarefas, não importando se os cargos têm, ou não, a mesma denominação. (ex-OJ da SBDI-1 nº 328 - DJ 09.12.2003)

IV - É desnecessário que, ao tempo da reclamação sobre equiparação salarial, reclamante e paradigma estejam a serviço do estabelecimento, desde que o pedido se relacione com situação pretérita. (ex-Súmula nº 22 - RA 57/1970, DO-GB 27.11.1970)

V - A cessão de empregados não exclui a equiparação salarial, embora exercida a função em órgão governamental estranho à cedente, se esta responde pelos salários do paradigma e do reclamante. (ex-Súmula nº 111 - RA 102/1980, DJ 25.09.1980)

VI - Presentes os pressupostos do art. 461 da CLT, é irrelevante a circunstância de que o desnível salarial tenha origem em decisão judicial que beneficiou o paradigma, exceto: a) se decorrente de vantagem pessoal ou de tese jurídica superada pela jurisprudência de Corte Superior; b) na hipótese de equiparação salarial em cadeia, suscitada em defesa, se o empregador produzir prova do alegado fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito à equiparação salarial em relação ao paradigma remoto, considerada irrelevante, para esse efeito, a existência de diferença de tempo de serviço na função superior a dois anos entre o reclamante e os empregados paradigmas componentes da cadeia equiparatória, à exceção do paradigma imediato.

ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial”.

Anteriormente às alterações no artigo 818, da CLT, havia controvérsia na doutrina acerca da necessidade ou não da aplicação do dispositivo do CPC para complementação do artigo da CLT, tendo em vista que este abordava apenas a distribuição estática do ônus da prova, atribuindo-o à parte que alegasse determinado fato.

Nesse sentido, Mauro Schiavi²⁰⁶ afirma que a antiga redação do artigo 818 não era completa, pois era difícil interpretação e de aplicabilidade prática, uma vez que cabia à cada parte comprovar o que alegasse e, conseqüentemente, ambas as partes teriam o encargo probatório de todos os fatos que declinassem, tanto na inicial quanto na contestação. Além do exposto, acreditava que o antigo texto não resolvia situações de inexistência de prova no processo, ou de conflito entre as provas produzidas pelas partes.

Manoel Antônio Teixeira Filho²⁰⁷ diverge do entendimento acima exposto, sustentando que a antiga redação não era omissa e que o artigo 373, do CPC, em verdade, colide com o antigo artigo 818. Para o autor, seria colidente pelo fato de o Processo Civil, na distribuição do ônus da prova entre os litigantes, partir do pressuposto de igualdade formal entre as partes, o que não ocorre no processo trabalhista, haja vista que nas relações de trabalho, diferentemente das relações

VII - Desde que atendidos os requisitos do art. 461 da CLT, é possível a equiparação salarial de trabalho intelectual, que pode ser avaliado por sua perfeição técnica, cuja aferição terá critérios objetivos. (ex-OJ da SBDI-1 nº 298 - DJ 11.08.2003)

VIII - É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial. (ex-Súmula nº 68 - RA 9/1977, DJ 11.02.1977)

IX - Na ação de equiparação salarial, a prescrição é parcial e só alcança as diferenças salariais vencidas no período de 5 (cinco) anos que precedeu o ajuizamento. (ex-Súmula nº 274 - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

X - O conceito de "mesma localidade" de que trata o art. 461 da CLT refere-se, em princípio, ao mesmo município, ou a municípios distintos que, comprovadamente, pertençam à mesma região metropolitana. (ex-OJ da SBDI-1 nº 252 - inserida em 13.03.2002). (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 6. Disponível em: < http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_1_50.html#SUM-6>. Acesso em: 27 de set. 2018).

²⁰⁶ SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho: De acordo com o novo CPC, Reforma Trabalhista – Lei n. 13.467/2017 e a MP. n. 808/2017**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 718.

²⁰⁷ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **O processo do trabalho e a reforma trabalhista**. São Paulo: LTr. 2017. p. 116.

civis, há a desigualdade entre as partes e, por conseguinte, se reflete no processo.

Nesse contexto, Giovanni Tesorieri assevera que “quando o dador de trabalho e o trabalhador assumem no processo as vestes formais de partes, não cessam por isso de ser o que sempre terão sido; a história das suas relações não se transforma numa outra história: é a mesma, que continua”.

Logo, por ser, a antiga redação do artigo 818, da CLT, vaga, possibilitava ao julgador que fizesse uma interpretação voltada às especificidades do caso concreto, realizando a distribuição probatória no Processo do Trabalho de forma mais condizente com as características da relação de direito material, atribuindo-se a prova àquele que tivesse maior aptidão para sua produção que, geralmente, está atribuída ao empregador.²⁰⁸

Todavia, a divergência em questão não mais persiste, uma vez que a modificação trazida pela Lei nº 13.467/17 põe fim a qualquer discussão nesse sentido, uma vez que o texto do artigo 818, da CLT, é expresso na distribuição do ônus probatório (estática e dinâmica) de cada um dos litigantes, unificando-se, assim, as regras do Processo Civil e do Processo Trabalhista.²⁰⁹

Além do ônus estático, que foi modificado, o texto da CLT passou a prever a dinamização do ônus da prova, ou seja, a possibilidade de alteração da regra estática, por decisão judicial, conforme as especificidades do caso concreto. Esse procedimento, que é previsto nos §§1º, 2º e 3º da CLT, é semelhante aquele previsto nos parágrafos do artigo 373, do CPC.

A regra geral de distribuição do ônus da prova é estabelecida no artigo 818, I e II, tratando-se de regra abstrata, pois são regras predefinidas, as quais não consideram a situação fática. Assim sendo, a norma atual detalha o ônus da prova de cada um dos litigantes, atribuindo-se ao reclamante o ônus de provar fato constitutivo de seu direito, e ao réu, o ônus da prova quanto aos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor.

²⁰⁸ MAIOR, Jorge Souto. Ônus da prova no processo do trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, ano 26, n.99, julho-setembro de 2000, p. 44-46.

²⁰⁹ LISBÔA, Daniel; MUNHOZ, José Lucio (org.). **Reforma trabalhista comentada por juízes: artigo por artigo**. São Paulo; LTr, 2018. p. 411.

Considera-se fato impeditivo aquele que obsta que o fato constitutivo do autor produza seus efeitos; fato modificativo, aquele que, em vez de negar o direito do autor, busca-se, tão somente, alterá-lo; e, por fim, o fato extintivo, aquele que retira a eficácia do fato constitutivo, ou seja, fulmina o direito pretendido pelo autor.²¹⁰

Conforme Fredie Didier Jr.²¹¹ ensina, a regra do ônus probatório “indica qual das partes deverá suportar as consequências negativas eventualmente advindas da ausência do cabo da atividade instrutória, de um determinado elemento de prova”.

Essa regra é importante para o processo, tendo em vista que, além de deixar evidente o que incumbe à cada parte provar, possibilita ao juiz que profira uma decisão mesmo naqueles casos em que as provas produzidas nos autos sejam insuficientes para revelar a verdade real.

Os parágrafos do artigo 818 regulamentam a distribuição dinâmica do ônus probatório. Trata-se de inovação incorporada ao texto da CLT, entretanto, a jurisprudência aplicava a dinamização do ônus da prova, mesmo antes da reforma do texto legal, sendo, inclusive, expressamente autorizada pelo artigo 3º, VII, da Instrução Normativa n. 39, do TST.²¹²

Essa norma é de suma importância para o processo trabalhista, em razão da dificuldade que o trabalhador hipossuficiente possui para produzir a prova necessária do fato alegado em Juízo. Com a dinamização do ônus da prova, o magistrado tem a possibilidade de alterar as regras de distribuição, diante das peculiaridades do caso concreto, atribuindo-se àquele que tenha aptidão para sua produção.

Portanto, o juiz, ao verificar que há uma excessiva dificuldade para uma das partes comprovar o fato alegado, poderá atribuir o encargo à parte contrária,

²¹⁰ LISBÔA, Daniel; MUNHOZ, José Lucio (org.). **Reforma trabalhista comentada por juízes: artigo por artigo**. São Paulo; LTr, 2018. p. 412.

²¹¹ DIDIER JR. Fredie, **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: Juspodvm, 2015. v. 2, p. 107.

²¹² 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).

desde que essa tenha a possibilidade de se desincumbir, pois o julgador não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo seja impossível ou excessivamente difícil.

Pode, também, haver a distribuição do ônus da prova de modo diverso, nos casos em que a parte, que não obtenha o encargo, possua maiores facilidades para produzir a prova do fato contrário, ou seja, o magistrado se utiliza do princípio da aptidão para a prova para proceder à distribuição de forma dinâmica do ônus da prova. Nessa situação, não há a necessidade de demonstrar a impossibilidade de produção da prova pela parte que possuía o encargo, mas, basta apenas, que a parte adversa possua maior facilidade na produção da prova.

O §2º do artigo 818 da CLT, introduzido ao texto legal, define o momento processual em que o juiz decide sobre a distribuição do ônus da prova de modo diverso. O referido parágrafo estabelece qual o momento adequado para tanto, qual seja, antes da abertura da instrução.

Antes de estar expresso no texto da CLT, havia discussão na doutrina sobre o momento em que o julgador deveria inverter o ônus probatório. Para alguns doutrinadores, a inversão do ônus da prova seria uma regra de julgamento, portanto, poderia se dar na própria sentença. No entanto, esse posicionamento acabava por ser contrário aos princípios do contraditório e da ampla defesa, em razão de não conceder à parte onerada a oportunidade de produzir a prova que lhe foi atribuída.²¹³

Para outros, as normas que disciplinam o ônus probatório não são regras de julgamento, mas sim regras para organização da atividade probatória das partes, ou seja, regras de procedimento. Deste modo, a decisão deveria ser proferida antes da abertura da instrução, havendo, com isso, a oportunidade do exercício do contraditório pela parte onerada.²¹⁴

Atualmente, essa divergência de entendimentos está resolvida, pois o texto da CLT indica o momento processual adequado para a distribuição diversa do

²¹³ SCHINESTCK, Clarissa Ribeiro. **A adoção da teoria dinâmica da prova pela reforma trabalhista.** p. 681-698.

²¹⁴ SCHINESTCK, *loc. cit.*

ônus probatório, qual seja, antes da abertura da instrução, incorporando no texto legal, dessa forma, a última corrente de pensamento.

O §3º, da CLT, estabelece que o juiz não pode alterar o ônus da prova quando o encargo seja impossível ou excessivamente difícil de ser desincumbido pela parte contrária. Nesse sentido, o juiz não deve aplicar a distribuição dinâmica do ônus da prova, em razão de a produção da prova ser impossível ou excessivamente difícil para ambas, entretanto, deve analisar qual das partes assumiu o risco da situação, submetendo-a à decisão desfavorável.²¹⁵

A nova dicção do artigo 818 deixa clara que as regras de dinamização do ônus probatório não são regras de julgamento, mas sim, regras de procedimento, uma vez que a decisão sobre a inversão do ônus probatório deve ser fundamentada e ser proferida antes da abertura da instrução ou em momento outro (antes do julgamento), em que a parte tenha a oportunidade de se desincumbir.²¹⁶

²¹⁵ LISBÔA, Daniel; MUNHOZ, José Lucio (org.). **Reforma trabalhista comentada por juízes: artigo por artigo**. São Paulo; LTr, 2018. p. 415-416.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 411-416.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prova é primordial e necessária para o processo, tendo em vista que subsidia a convicção do juiz acerca dos fatos alegados na demanda pelo autor e pelo réu, devendo, a prova, ser analisada em seu conjunto, pois não é relevante para o convencimento do juiz qual das partes a produziu.

O juiz, com base nas provas produzidas nos autos, deve sempre buscar a verdade real ou que, a decisão, esteja mais próxima da realidade.

Nesse contexto, verifica-se que as regras de distribuição do ônus da prova são de suma importância para o bem andamento da causa, uma vez que confere subsídios ao julgador para que profira uma decisão justa e equânime.

A Reforma Trabalhista introduziu ao texto da Consolidação das Leis do Trabalho regras oriundas do Código de Processo Civil acerca da distribuição do ônus da prova, quais sejam, regra estática e a distribuição dinâmica.

O artigo 818 da CLT mantém a distribuição do ônus da prova fundamentada na natureza do fato controvertido, mas permite a sua distribuição dinâmica pelo juiz, nos casos previstos em lei ou diante das peculiaridades do caso concreto, quando esse verificar a impossibilidade ou a excessiva dificuldade de a parte produzir a prova de que necessita.

A distribuição dinâmica do ônus da prova se aplica diante da constatação, pelo juiz, da impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprimento do encargo probatório, nos moldes fixados estaticamente pelo legislador; e quando houver maior facilidade de obtenção da prova de modo diverso.

Ademais, foi fixado o momento processual adequado para que essa dinamização do ônus probatório seja decretada pelo juiz, qual seja, antes de proferir a sentença, momento em que é possibilitado à parte, que recebeu o encargo, desincumbir-se desse ônus. Nesse sentido, constata-se pelo texto legal, que a inversão do ônus da prova se trata de regra de instrução, tendo em vista que orienta as partes na produção das provas necessárias às suas alegações.

Salienta-se que a decisão da distribuição dinâmica do ônus probatório deve ser fundamentada, diferentemente da decretação da inversão do ônus probatório,

haja vista que, somente, deve-se verificar se os requisitos estabelecidos na lei (vulnerabilidade ou verossimilhança nas alegações do autor) estão presentes no caso concreto.

Não obstante, para que haja a dinamização do ônus probatório, é necessário que a parte contrária tenha aptidão para produção da contraprova, caso contrário, serão utilizadas as regras estáticas de distribuição, uma vez que não se pode transferir a produção de prova impossível ou igualmente difícil para a outra parte.

Depreende-se do presente estudo, que a Reforma Trabalhista não trouxe inovação, de fato, sobre a distribuição probatória no Processo do Trabalho, uma vez que a doutrina e a jurisprudência aceitavam a aplicação das normas contidas no Processo Civil acerca da matéria. Nota-se que o legislador apenas transpôs o texto do CPC para a CLT, positivando tal regra ao processo trabalhista.

Dentre as alterações do artigo 818, destaca-se que a possibilidade de dinamização do ônus da prova no Processo do Trabalho foi fixada expressamente no texto da CLT, alteração essa bastante importante, pois se trata de instituto com o fim de equilibrar as desigualdades existentes entre as partes, garantindo-se o contraditório, a ampla defesa e a paridade de armas. Assim, deixa-se de haver divergência sobre a sua aplicação ao Processo do Trabalho.

Conclui-se, como ponto positivo, que as divergências acerca do momento processual para a decisão da distribuição probatória, de modo diverso, não mais subsistem, uma vez que há expressa previsão legal sobre o momento adequado para a inversão do ônus da prova, bem como para a sua dinamização.

Ponto importante, introduzido pela Reforma, é a expressa disposição no texto legal de que o juiz deverá oportunizar à parte, que foi atribuído o encargo, a possibilidade de se desincumbir, não mais havendo decisão surpresa sobre a inversão do ônus da prova, ou seja, garante-se às partes o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cléber Lúcio de. **Elementos da teoria geral da prova: A prova como direito humano e fundamental das partes e do processo judicial**. São Paulo: LTr, 2103.

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

ARAÚJO, André Luiz Maluf de. A boa-fé processual, conceito, deveres de veracidade, colaboração e reflexões. **Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**. ano VII, n. 33, julho-dezembro de 2016. p. 39-64.

ARAÚJO, Francisco Rossal de. **O novo CPC e o Processo do Trabalho; a instrução normativa n. 39/2016**: TST: referências legais, jurisprudenciais e comentários. São Paulo: LTr, 2017.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de direito processual do trabalho**. 16. ed. 2018. São Paulo. Saraiva.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 25 set. 2018.

_____. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Planalto. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em 24 out. 2018.

_____. **Código de Processo Civil**. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Planalto. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 25 set. 2018.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Planalto. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del5452.htm. Acesso em 18 out. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006.

CURY, Augusto Jorge. Decisão sobre o ônus da prova: o momento adequado à sua inversão judicial. **Revista de Processo**. vol. 277. p.81. São Paulo: Ed. RT, março 2018, p. 80-109.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol.2. 18ª ed. Salvador: Jus Podivm 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. 2. 12. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Civil**, vol III. 6. ed. São Paulo: Malheiros.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; PASQUALETO, Olivia de Quintana Figueiredo. O ônus da prova no processo do trabalho e a “reforma trabalhista” (Lei n. 13.467/2017). In: ROCHA, Cláudio Jannotti da; MELO, Raimundo Simão de (coord.). **Constitucionalismo, trabalho, seguridade social e as reformas trabalhista e previdenciária**. São Paulo: LTr, 2017. p. 467-473.

FINCATO, Denise Pires; KORPALISKI FILHO, Geraldo. A distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho: o novo CPC e a Instrução Normativa nº 39 do TST. **Revista Magister de Direito do Trabalho**. Porto Alegre, vol. 1, julho-agosto de 2004, p. 25-44.

GIGLIO, Wagner. **Direito processual do trabalho**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

Instrução Normativa n. 39/2016, Resolução 203/2016, aprovada em 15/3/2016 pelo pleno do TST. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>>. Acesso em 23/09/2018.

JAKUTIS, Paulo Sérgio. **O ônus da prova no processo protetivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017.

LISBÔA, Daniel; MUNHOZ, José Lucio (org.). **Reforma trabalhista comentada por juízes: artigo por artigo**. São Paulo; LTr, 2018.

MAIOR, Jorge Souto. Ônus da prova no processo do trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, ano 26, n.99, julho-setembro de 2000, p. 36-51.

MANHABUSCO, José Carlos; MANHABUSCO, Amanda Camargo. **(A) inversão do ônus da prova no processo do trabalho**: (teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova). 2. ed. São Paulo: LTr, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: RT, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 3. ed. São Paulo: RT, 2017.

MIRANDA. Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. IV. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 20. ed. São Paulo, 2014.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado**. 10. ed. São Paulo: RT, 2007.

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

PISCO, Claudia de Abreu Lima. **Princípios gerais no processo do trabalho**. Niterói: Impetus, 2010.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de direito processual civil**. v. 2, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

SARAIVA, Renato. **Curso de direito processual do trabalho**. 4. ed. São Paulo: Método, 2007.

SARAIVA, Renato. O ônus da prova no novo CPC e suas repercussões no Processo do Trabalho. In: BEZERRA LEITE, Carlos Henrique (org.). **Novo CPC: repercussões no processo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 111-123.

SCHIAVI, Mauro. **Provas no processo do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho: de acordo com a reforma trabalhista**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2018.

SEVERO, Valdete Souto. dever e o ônus da prova no direito do trabalho : o que muda com a "reforma" trabalhista. **Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista**. São Paulo : Expressão Popular, 2017. p. 549-558

SÚMULAS DO TST – Acesso às Súmulas nº. 219 e nº. 329. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **A prova no processo do trabalho** (de acordo com o novo CPC). 11. ed. São Paulo: LTr, 2017.

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

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**, vol. 1. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.