

# O INSTITUTO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

Débora Milo dos Santos Batista\*

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Ônus da prova 3. Da inversão do ônus da prova 4. Momento processual para a inversão do ônus da prova 5. Conclusão. Referências

RESUMO: O presente trabalho tem o escopo de traçar breves considerações acerca do instituto do ônus da prova no processo do trabalho. Para tanto, foi traçado um breve relato acerca da previsão do ônus da prova na Consolidação das Leis Trabalhistas, bem como a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, assim como do Código de Defesa do Consumidor ao processo do trabalho. Em que pese essas previsões legislativas, tem-se que o ônus da prova é distribuído com base no princípio da aptidão para a prova, onde esta é distribuída àquele que possui melhores condições de produzi-la. A inversão do ônus é um instituto muito importante a ser utilizado na prática forense, pois com ele se busca evitar julgamentos injustos. Buscou-se, ainda, com o presente trabalho colacionar as súmulas e jurisprudências acerca da matéria, que já é largamente utilizada na praxe forense.

PALAVRAS – CHAVE: Ônus da Prova. Inversão. Processo do Trabalho.

ABSTRACT: This paper aims to set brief considerations about the Burden of Proof Institute within the Labour Lawsuit. In order to do so, it was developed a short report about the expectation of the burden of proof in the Labour Laws Consolidation, as well as the supplementary application of the Code of Civil Procedure, and also de Consumer Protection Code to the labour lawsuit. To what concern these legislative predictions, it's understood that the burden of proof is distributed based on the proof suitability principle, where it's handled to the one which has the better conditions to produce it. The burden of proof reversal is a very important institute used in the forensic practice, due to the fact that it's used to help avoiding unfair trials. It was also aimed by this paper to collect summaries and jurisprudence about the subject, which is widely used in the forensic practice.

KEYWORDS: Burden of proof. Reversal. Labour lawsuit.

## 1. INTRODUÇÃO

O artigo 818 da Consolidação da Leis do Trabalho (CLT) prevê o ônus da prova no processo do trabalho: “O ônus das alegações incumbe à parte que as fizer.” Porém, de acordo

---

\* Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Previdenciário pela FIO - Faculdades Integradas de Ourinhos (2013). Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Dom Bosco (2008). Advogada.

com o preconizado no artigo 852-D, da CLT, “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”.

Assim, cabe ao juiz distribuir o ônus da prova e, invertê-los nas situações em que verificar ser tal providência necessária, para que se tenha um julgamento justo.

Nos termos do art. 6º, VIII, do CDC, 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 ordenadas de experiência.

Não resta dúvidas que mencionado dispositivo legal é aplicável ao processo do trabalho, eis que o empregado é, sem dúvida, considerado parte hipossuciente, possuindo, na maioria das vezes dificuldade em produzir determinada prova ou mesmo não possuir acesso a ela, razão pela qual, em atenção ao princípio da aptidão para a prova, inverte-se o ônus probatório, atribuindo o ônus probatório àquela parte com melhores condições de produzir a prova.

Dessa forma, se verá no presente trabalho vários exemplos em que se aplica a inversão do ônus da prova, como no caso da súmula 338 do TST (cartões de ponto com horários de entrada e saída uniformes), súmula 6 (equiparação salarial), OJ n. 301 da SDBI-1 do TST, dentre outros.

## 2. ÔNUS DA PROVA

O ônus da prova é um instituto muito importante, pois a prova é essencial para o deslinde do processo.

Para Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, na obra Teoria Geral do Processo “O ônus da prova consiste na necessidade de provar, em que se encontra cada uma das partes, para possivelmente vencer a causa. Objetivamente, contudo, uma vez produzida a prova, torna-se irrelevante indagar quem a produziu, sendo importante apenas verificar se os fatos relevantes foram cumpridamente provados (princípio da aquisição).”(2008, p. 376)

De acordo com Eduardo Arruda Alvim, em sua obra Direito Processual Civil: “Há ônus probatório, que, uma vez não atendido, deve acarretar consequências processuais negativas à parte que não a tiver observado, traduzidas na perda da oportunidade processual

de provar os fatos supostamente constitutivos da afirmação de direito contida na inicial (art. 333, I) ou na defesa apresentada (art. 333, II).” (ALVIM, 2012, p. 523)

É sabido que são necessários provar aqueles fatos pertinentes, relevantes e controvertidos dentro do processo e, de acordo com o disposto no artigo 334 do CPC não dependem de prova os fatos notórios; afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; aqueles fatos admitidos no processo como incontroversos; assim como aqueles fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Ainda com relação a prova, de acordo com o artigo 337 do CPC, a parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário terá que provar o teor e a vigência, quando o juiz assim determinar e, aplicando-se subsidiariamente esse artigo ao processo do trabalho, tem-se que a parte que alegar direito coletivo, por exemplo, precisa juntar cópia da convenção coletiva ou do acordo coletivo, ou, por exemplo, juntar regulamento de empresa para provar o seu teor.

Inicialmente cumpre salientar que o ônus da prova no processo do trabalho, está previsto no artigo 818 da CLT, que estabelece que a prova das alegações incumbe à parte que as fizer.

E esta é uma grande dificuldade no processo do trabalho, diante da informalidade de muitas relações empregatícias, de fraude de todas as espécies, da dificuldade de produção probatória por parte do empregado de violações de direitos veladas. (SARAIVA, 2010)

Em que pese previsão na CLT do instituto do ônus da prova, aplica-se subsidiariamente o art. 333 do Código de Processo Civil, que traz duas regras básicas:

1ª) ao autor incumbe a prova do fato constitutivo do seu direito.

2ª ) ao réu cabe a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do fato do autor.

Não obstante, é comum a distribuição, na prática forense, do ônus da prova, para que se evite julgamentos injustos. Confira a esse respeito trecho retirado do artigo de João Humberto Cesário:

Dito de outro modo, enquanto os artigos 818 da CLT e 333 do CPC disciplinam a distribuição estática do ônus da prova, a prática forense preconiza a repartição dinâmica do encargo probatório, para que por via dela se evitem julgamentos injustos, nos quais uma parte, não obstante possuir razão em uma contenda, veja inviabilizada a obtenção do bem da vida perseguido judicialmente em virtude da impossibilidade de produzir uma prova para ela difícil, improvável ou mesmo impossível (probatio diabólica), enquanto que a contraprova do seu adversário seria de tranquila veiculação. Ao contrário do que se possa imaginar, o princípio da aptidão para a prova, do qual decorre a técnica de inversão do encargo probatório, não se trata de tema novo na doutrina, valendo realçar, no pertinente, a lição de

César P.S. Machado Jr, que bebendo nas fontes de Carnellutti, afirma que o processualista italiano aludia "à conveniência de atribuir a prova à parte que esteja mais provavelmente em situação de dá-la." Dessarte, numa perspectiva menos dogmática e mais racional, o juiz deverá, em algumas situações emblemáticas, atribuir o ônus da prova àquela parte que esteja em melhores condições de produzi-la, independentemente do balizamento dos artigos 818 da CLT e 333 do CPC. (CESÁRIO, 2010)

Vale mencionar que em algumas hipóteses a jurisprudência trabalhista admite a inversão do ônus da prova, como, por exemplo:

a) Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes (cartões de ponto britânico) 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 inicial se dele não se desincumbir (Súmula 338, III, do TST).

b) O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negadas a prestação de serviços e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado (Súmula 212 TST).

A inversão do ônus da prova tem como objetivo facilitar o acesso do trabalhador à justiça trabalhista. Há a proteção ao trabalhador hipossuficiente, a promoção da legislação trabalhista e social, pois muitas vezes, o empregado tem grande dificuldade de produzir provas, pois a maioria delas encontra-se em poder do empregador.

A despeito disso, a doutrina vem defendendo a aplicação do princípio da aptidão da prova, onde o juiz está autorizado a inverter o ônus da prova, tendo em vista que a maior aptidão na formação do conjunto probatório é do empregador.

Dessa forma, cabe ao autor provar os fatos jurídicos narrados na petição inicial e, ao réu, os fatos alegados na sua contestação, porém, em razão da dificuldade ou da impossibilidade de uma das partes produzir a prova, o ônus é atribuído à outra, que tem melhores condições de produzi-la.

Carlos Henrique Bezerra Leite, em sua obra Curso de Direito Processual do Trabalho cita uma síntese acerca do ônus da prova, trazida por Heloisa Pinto Marques:

Quando o réu admite o fato alegado pelo autor, mas lhe opõe outro que lhe impeça os efeitos, estamos diante de fato impeditivo. Na hipótese do trabalho aos domingos, por exemplo, a reclamada, admitindo o trabalho aos domingos, alega que era compensado nas segundas-feiras. Neste caso cabe à reclamada demonstrar que havia folga naquele dia. Os fatos extintivos são aqueles opostos ao direito alegado, com condições de torná-lo inexigível. Acontece, por exemplo, quando a reclamada admite que o reclamante trabalhava aos domingos, sem compensação, mas aduz ter pago os valores devidos a este título. Competirá, pois, à reclamada demonstrar o pagamento. Por fim, fatos modificativos são aqueles que, sem negar os fatos alegados pelo autor, inserem modificação capaz de obstar efeitos desejados. É o

caso, por exemplo, da reclamada alegar que o reclamante trabalhava aos domingos no estabelecimento empresário, mas que nesses dias o trabalho era voluntário, com fins de benemerência, já que a empresa cedia os equipamentos e material para produzir alimentos para serem distribuídos para a comunidade e que não havia obrigatoriedade de comparecimento. Compete à reclamada sua demonstração. (LEITE, 2014, p.668/669)

Mencionado autor, traz em sua obra obra (p. 669) que “no que concerne à prova da existência da relação de emprego, por exemplo, compete ao reclamante provar a prestação de serviços ao suposto empregador. Se a reclamada, na defesa, admitir a prestação de serviços, mas alegar ter sido a relação jurídica diversa da empregatícia (por exemplo, relação de trabalho autônomo, eventual, cooperativo, de empreitada, de parceria, etc.), atrairá para si o ônus de provar a existência dessa relação de trabalho diversa da tutelada pelo direito do trabalho.”

E, ainda, colaciona várias jurisprudências acerca do tema:

RECURSO DE REVISTA. TRANSPORTE RODOVIÁRIO. LEI 7.290 /84 . ÔNUS DA PROVA. RELAÇÃO DE EMPREGO. CONFIGURAÇÃO. A recorrente admitiu a prestação de serviços do reclamante, contudo, sob as condições especiais previstas na Lei 7.290 /84, fato impeditivo do direito postulado. Portanto, cabia à empresa a prova a respeito, ônus do qual não teria se desvencilhado, no entendimento do Tribunal de origem. Tal conclusão, por sua vez, se mostra condizente com as premissas fáticas extraídas mediante cognição do acervo probatório dos autos, as quais, em especial, enfatizam a presença de subordinação jurídica na relação de trabalho em exame, a afastar, portanto, a alegada violação dos dispositivos legais indicados. Por outro lado, para se firmar eventual entendimento diverso daquele adotado pela decisão recorrida, imprescindível seria o reexame dos fatos da causa, vedado pela Súmula 126 do TST. Inespecíficos os julgados colacionados, porquanto não abordam as mesmas peculiaridades do caso em exame, notadamente os elementos fáticos que indicaram a presença de subordinação jurídica na relação de trabalho, o que afastou a alegada autonomia laboral do reclamante e , por consequência, a aplicação da Lei 7.290 /84. Incidência das Súmulas 23 e 296 do TST. Recurso de revista não conhecido. (TST RR159300-97.2008.5.03.0134 – Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, 6º T DEJT 10.05.2013).

RELAÇÃO DE EMPREGO. ONUS DA PROVA. FATO IMPEDITIVO DO DIREITO DA AUTORA. Negada a prestação de serviços incumbe a parte autora demonstrar a verificação dos pressupostos de caracterização da relação empregatícia, nos termos do art. 3 da CLT. A contrario sensu, admitida a prestação mas, sendo-lhe imputada natureza diversa da empregatícia inverte-se o onus probandi que passa a ser da reclamada nos termos do artigo 818, da CLT c/c inciso II, do artigo 333, do CPC" (TRT-1 R., 127320105010077, Rel. Des. Valmir De Araujo Carvalho, 2g T., DEJT 28/11/2012).

RECURSO ORDINARIO — PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS — RECONHECIMENTO PELO EMPREGADOR — ONUS DA PROVA QUANTO A RELAÇÃO DE EMPREGO. 1. Negada a existência de vínculo empregatício, mas reconhecida na própria defesa a prestação de serviços, é do demandado — o tomador — o onus de provar a ocorrência de relação de natureza distinta da alegada na exordial (artigo 333, II, CPC). Não se desincumbindo, este, do onus que lhe competia, mesmo porque a prova oral produzida favorável e indiscutível a demonstração dos requisitos previstos no artigo 3, da CLT, procedente é a ação na qual se postula o reconhecimento do contrato individual de trabalho. 2. Recurso

ordinário provido. (TRT-69 R., RO 0164700-31.2009. Rel. Des. Pedro Paulo Pereira Nóbrega, DO 05.10.2010).

No que tange, por exemplo, ao término do contrato de trabalho, o TST editou a a Súmula n. 212, que assim prescreve "O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despendimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade de emprego constitui presunção favorável ao empregado".

Existem, ainda, inúmeras previsões no processo do trabalho, sejam por meios de súmulas, ou orientações jurisprudenciais acerca da atribuição do ônus da prova quanto a outras matérias, quais sejam, equiparação salarial (Súmula nº 6, do TST); vale transporte (OJ n. 215 da SBD-1 do TST); diferenças devidas a título de FGTS (OJ n. 301 da SBDI-1 do TST, cancelada pela Resolução 175/2011), onde cabe ao empregador o ônus da prova.

Confira alguns julgados acerca destas outras hipóteses de inversão do ônus da prova:

EQUIPARAÇÃO SALARIAL. ÔNUS DA PROVA DO FATO IMPEDITIVO. HIPÓTESE. Segundo o Tribunal Regional a empresa reclamada negou que a reclamante tenha trabalhado nas mesmas condições do paradigma. Nessas circunstâncias atraiu o ônus de provar o fato impeditivo da equiparação salarial, hipótese de incidência do item VIII da Súmula 6, dessa Corte. Recurso de Revista de que se conhece e a que se dá provimento. (TST-RR 84700.2005.5.15.0103, Rel. Des. João Batista Brito Pereira, 5ª T., DEJT 02/09/2011).

"RECURSO DE REVISTA. FGTS. DIFERENÇAS. ÔNUS DA PROVA. Esta Corte Superior revisou e cancelou, por meio da Resolução 175/2011, a OJ 301/SDI-1, que dispunha: "FGTS. DIFERENÇAS. ÔNUS DA PROVA. LEI N. 8.036/90, ART. 17. Definido pelo reclamante o período no qual não houve depósito do FGTS, ou houve em valor inferior, alegada pela reclamada a inexistência de diferença nos recolhimentos de FGTS, atrai para si o ônus da prova, incumbindo-lhe, portanto, apresentar as guias respectivas, a fim de demonstrar o fato extintivo do direito do autor (art. 818 da CLT c/c art. 333, II, do CPC)". Adota-se, a partir de então, o entendimento de que é do empregador o ônus da prova da regularidade dos depósitos do FGTS, independentemente de o empregado delimitar o período no qual não teria havido o correto recolhimento. Como afirmado em decisões precedentes, este posicionamento se mostra em consonância com o princípio da aptidão para prova ou da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo o qual a prova deve ser produzida pela parte que a detém ou que a ela possui mais fácil acesso. Recurso de revista conhecido e provido" (TST-RR 133100-26.2006.5.02.0401, Rel. Des. conv. Flavio Portinho Sirangelo, j. 29/02/2012, 3ª T., DEJT 02.03.2012).

A súmula n. 338, do TST, em seu item III, traz que: 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 n. 306 da SBDI-1 – DJ 11.8.2003). Quanto a outros casos envolvendo horas extras, que não os casos previstos na

mencionada súmula, Carlos Henrique Bezerra Leite, traz que “a jurisprudência majoritária aponta no seguinte sentido”:

“(…) INTERVALO INTRAJORNADA. ÔNUS DA PROVA. HORAS EXTRAS. Negando a Reclamada em defesa a existência de prestação laboral durante o período reservado ao intervalo intrajornada, tese lançada na petição inicial, o ônus da prova estará vinculado ao sujeito ativo da relação processual dada a natureza construtiva do fato discutido (CLT art. 818 c/c o art. 333 I do CPC). No entanto se os controles de frequência oferecidos aludem em seus cabeçalhos a horários de intervalo incompatíveis com a jornada efetivamente cumprida, há que se compreender razoável, uma vez insustentável a tese defensiva, a inversão do ônus da prova, que passa a pertencer ao reclamado. Assim, correta a decisão regional que defere o pagamento do período remanescente do intervalo não fruído não existindo ofensa aos arts. 74 § 29 e 42 e 818 da CLT e art. 333 I do CPC Recurso conhecido e desprovido (TST RR 178/2001-492-05-00.3, Rel Des Convocado Douglas Alencar Rodrigues, 13 08 2009)

"HORAS EXTRAS. ÔNUS DA PROVA. O ônus da prova da jornada de trabalho alegada e delimitada na inicial é do autor da ação, pois esta representa fato constitutivo do direito as horas extras. O normal se presume, o excepcional deve ser comprovado por quem o invoca (CLT, arts. 787, 818 e 845 c/c. CPC, art. 333, I). O reclamante, em momento algum, apresentou elementos que demonstrassem horas extras laboradas e impagas. Deixou de apontar a existência de diferenças entre os cartões de ponto e os respectivos holleriths, e nem sequer requisitou perícia contábil para fixar o valor do crédito que entendia ter direito. MULTA DO ART. 477 DA CLT INDEVIDA - PAGAMENTO DAS RESCISÓRIAS TEMPESTIVO. O § 69 do art. 477 do texto consolidado deixa claro que o pagamento dos títulos e fatores decorrentes da rescisão contratual deve ser efetuado até a décimo dia, contado da data da notificação da dispensa (letra 'b' do mesmo). Constatada a tempestividade no pagamento das verbas rescisórias é indevida a multa de que trata o § 8 do art. 477 da CLT" (TRT 15 R., Proc. 6737/99, (29078/00), T2 T., Rel. Juiz Mauro Cesar Martins de Souza, DOESP 15.8.2000, P. 2).

Já quanto os fatos negativos, ainda é um tema bastante controverso na doutrina e jurisprudência, pois conforme leciona Carlos Henrique Bezerra Leite, “na verdade, toda negação contém, implicitamente, uma afirmação. Assim, por exemplo, ao alegar o empregador que não dispensou o empregado sem justa causa (negação do fato), estará aquele alegando, implicitamente (afirmação), que este abandonou o emprego ou se demitiu”. E, prossegue, trazendo várias jurisprudências acerca ônus da prova dos fatos negativos, as quais seguem:

DESCONTOS - DEVOLUÇÃO. Os descontos efetuados no salário do empregado a título de seguro em grupo e de associação de empregados não podem ser devolvidos, pois além de autorizados, proporcionaram maior tranquilidade e segurança ao obreiro durante o vínculo empregatício. Férias - ônus de provar. O ônus de provar a efetivo gozo das férias é do empregador, em face da impossibilidade de o empregado provar fato negativo (TST - RR 131215/1994 - 5 T - Rel. Min. Wagner Pimenta – DJU 10.2.1995 — p 02152).

**ÔNUS DA PROVA - DISTRIBUIÇÃO - EXEGESE DO ART. 818 DA CLT - FALTA GRAVE.** Força do disposto no art. 818, da CLT, o ônus da prova deve ser distribuído em razão das alegações fáticas apresentadas pelas partes em juízo e não apenas em razão da matéria discutida em litígio. No caso a empresa alegou apropriação indébita de um cheque que lhe pertencia, enquanto que o reclamante, em depoimento, confirmou ter ficado com o cheque, porém, argumentou que repassou para sua empregadora a valor correspondente em dinheiro. Em tal situação e do empregado a ônus de provar o repasse pecuniário, eis que tal fato foi por ele alegado e seria excludente da ilicitude. Não se mostra razoável atribuir a reclamada o ônus de provar a não ocorrência do repasse alegado seja porque quem alega deve provar seja porque seria impossível provar fato negativo e indeterminado (TRT 242 R - RO 1640/2000 - (474/2001) - Rel. Juiz Arnaury Rodrigues Pinto Junior - DJMS 21.3.2001 - p. 36/37).

**ACORDO - PAGAMENTO MEDIANTE CHEQUE - ADIMPLEMENTO.** Não há qualquer prova nos autos de que efetivamente o reclamante não tenha conseguido descontar no estabelecimento bancário o cheque recebido em pagamento do acordo estabelecido na peça de fl. 265. Ainda, a prova de tal fato - negativo - não é ônus do juízo ou do reclamado mas do próprio reclamante ora, e de sabença comum que cheque sem provisão de fundos recebe carimbo no estabelecimento bancário informando tal fato. Inexistente tal comunicação no cheque, não há como inverter a ordem processual para suprir faltas da parte" (TRT 17 R. —AP 951/1999 - (5654/2000) - Ret Juíza Maria de Lourdes Vandertel e Souza - DJES 3.7.2000).

**BANCÁRIO - CARGO DE CONFIANÇA NAO CONFIGURADO - ÔNUS DA PROVA.** O ônus de comprovar o exercício de cargo de confiança é do empregador que assim alega em Juízo, pois, a teor do art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, o Ônus da prova, no processo do trabalho, incumbe a quem alega. Atribuir ou transferir o encargo ao empregado é exigir-lhe prova de fato negativo, o que, no mais das vezes, se mostra impossível. Por constituirá a exceção a regra geral sobre a duração da jornada do banco o exercício de cargo de confiança bancária e fato impeditivo ao direito ao recebimento da sétima e oitava horas como extras sendo também sob a prisma do direito processual civil ônus do reclamado a prova do fato ex vi do art 333 It do Código de Processo Civil O fato de um determinado empregado exercer cargo mais elevado na escala hierárquica da agência não significa, necessariamente, que seja detentor da fidúcia a que se refere a art. 224, § 2, da CLT, pois esta pressupõe a existência de pessoal subordinado diretamente ao mesmo, isto é, que seja de fato comandado por esse empregado, circunstância que, todavia, não restou comprovada nos autos. Aliás, a expressão 'chefe de setor' pressupõe o exercício de chefia sobre um ou mais empregados desse setor, todavia, a exercício de cargo de confiança não pode se caracterizar por simples presunção sendo necessária prova cabal a respeito, não cabendo, portanto, invocar a Súmula 233 do TST, pois chefe tem que ser chefe mesmo, e não apenas rotulado como tal. Recurso do reclamante a que se dá provimento para reconhecer-se a direito a sétima e oitava horas como extras" (IRT 9LI R. - RO 14.893/97 - 59 T. - Ac. 14.734/98 - Rel. Juiz Antonio Lucia Zarantonello - DJPR 177 1998)

**PROVA - ÔNUS DA PROVA - Ônus da prova.** Despedimento do ato. A controvérsia sobre a existência ou inexistência do despedimento nem possui norma legal que imponha, como solução, o Ônus da prova ao empregador nem as regras da experiência comum da observação do que ordinariamente acontece (CPC, 335) indicam esse caminho; a imputação é comum as partes litigantes, autores e réus, o interesse na ruptura pode estar naqueles ou nestes Quanto a facilidade de obtenção de meios para conseguir elementos de prova, se de um lado o empregador possui mais recursos, por outro, é mais fácil preparar a prova do fato positivo do que a do negativo. Por isso, sem soluções simplórias a juiz tem que aguçar suas observações cotejar indícios (...) (TRT 2g R - AC. 02890078056 - 7a T. - Rel. Juiz Valentin Carrion - DOESP 085.1989).



PROVA - ÔNUS DA PROVA - JORNADA DE TRABALHO - ONUS DA PROVA. A prova da existência de um fato negativo se faz através da prova de um outro positivo. Assim alegando em contestação uma jornada diferente da declinada na inicial carreta para si a reclamada a ônus da prova desta alegação (TRT 274 R - AC 02950338741 - 71 T - Rel. Juiz Braz Jose Moltica - DOESP 31.8.1995).

### 3. DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

O instituto da inversão do ônus da prova veio na tentativa de se atribuir o ônus da prova àquele que tem melhores condições de produzi-la e, não àquele que alegou o fato. Visa, dessa forma, amenizar as desigualdades existentes entre as partes na relação processual, inclusive na trabalhista.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) consagra expressamente o princípio da inversão do ônus da prova, como se infere do seu art. 6, VIII, in verbis:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

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

Referido dispositivo é perfeitamente aplicável no processo do trabalho, assim como em poutros ramos do direito.

No caso do processo do trabalho, é notório que a parte mais fraca da relação é o empregado, pois este, na maioria das vezes não possui condição de provar os fatos que alega, seja porque depende da apresentação de documentos que se encontram em poder do empregador, seja pela dificuldade em produzir determinada prova, sendo que o empregador, com certeza, possui melhores condições de produzir a prova.

E, de acordo com o CDC, a inversão do ônus da prova se dá em dois casos, quais sejam, quando a critério do juiz for verossímil a alegação ou quando a parte for hipossuficiente.

No caso da relação trabalhista, preconiza Carlos Henrique Bezerra Leite em sua obra Curso de Direito Processual do Trabalho que “é exatamente o requisito da hipossuficiência (geralmente econômica) do empregado perante seu empregador que autoriza o juiz do trabalho a adotar a inversão do onus probandi”. (Leite, 2014, p. 674)

Confira trecho retirado do artigo de João Humberto Cesário acerca da aplicação do CDC ao processo do trabalho:

A questão a ser enfrentada, assim, é a da aplicabilidade, ou não, desta norma no âmbito do Processo do Trabalho. A resposta me parece trivial, já que existe quanto ao tema uma notória lacuna axiológica na processualística laboral, que pode e deve ser colmatada pela disposição consumerista. Quanto ao afirmado no parágrafo anterior, aliás, não custa destacar a Súmula 66 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, a dizer que "diante do atual estágio de desenvolvimento do processo comum e da necessidade de se conferir aplicabilidade à garantia constitucional da duração razoável do processo, os artigos 769 e 889 da CLT comportam interpretação conforme a Constituição Federal, permitindo a aplicação de normas processuais mais adequadas à efetivação do direito. Aplicação dos princípios da instrumentalidade, efetividade e não-retrocesso social". À guisa de argumentação, ainda que o artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor não existisse ou não pudesse ser aplicado no âmbito processual trabalhista, o princípio da aptidão para a prova com o seu consectário da inversão do encargo probatório poderiam ser reverenciados pelo Juiz do Trabalho. Colho, a propósito, as notáveis palavras de Eduardo Cambi: "O legislador brasileiro, com auxílio do juiz, tem se valido desta técnica, tal como prevê o artigo 6º, VIII, do CDC. Entretanto, essa técnica pode ser utilizada pelo juiz, desde que haja critérios para estabelecer uma discriminação justa, mesmo na ausência de uma lei que expressamente consagre a inversão do ônus da prova, por se tratar de um modo de concretização do princípio constitucional da isonomia, em sentido substancial, e de efetivação da garantia constitucional do contraditório." Aceita, seja legal ou doutrinariamente, a incidência da inversão do ônus da prova no Processo do Trabalho, resta assentar as condições básicas do seu aproveitamento. Assim, para que o ônus da prova seja invertido, o juiz deverá, segundo as regras ordinárias de experiências, tomar a alegação da parte por verossímil ou enquadrá-la como hipossuficiente e (artigo 6º, VIII, do CDC). É de se discutir, nesse contexto, o que se deve entender por regras ordinárias de experiências, verossimilhança e hipossuficiência. (CESÁRIO, 2010)

De acordo com ensinamento de Eduardo Arruda Alvim: "Resta indagar em que acepção terá o legislador utilizado a expressão *hipossuficiente*. Afigura-se nos que tal termo compreende não apenas a hipótese de hipossuficiência econômica, como também abrange a hipossuficiência de dados e informações. É uma situação concretamente agravada, pois o consumidor é, por definição, sempre vulnerável." (ALVIM, 2012, p. 525)

Porém, lição importantíssima é a trazida por Eduardo Arruda Alvim em sua obra e que deve observada quando o assunto é a inversão do ônus da prova.

Dessa forma, devemos ter presente que o juiz pode inverter o ônus da prova não apenas quando a questão a ser resolvida envolver relação de consumo, mas sempre que a solução o exigir. Percucientes as observações de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart: 'Há um grande equívoco em supor que o juiz apenas pode inverter o ônus da prova quando pode aplicar o CDC. O fato do art. 6º, VIII, do CDC afirmar expresamente que o consumidor tem direito à inversão do ônus da prova não significa que o juiz não possa assim proceder diante de outras situações de direito material (...). Ou seja, a inversão do ônus da prova é imperativo de bom senso quando ao autor é impossível, ou muito difícil, provar fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou muito mais fácil, provar a sua inexistência'. Por esta teoria, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, pode o magistrado afastar o rigor do disposto no art. 333 e determinar a produção da prova necessária à solução do litígio a quem tenha melhor possibilidade de produzi-la, uma que teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova, apesar de não estar expressamente prevista no Código de Processo Civil brasileiro, vem sendo admitida pela doutrina e pelos Tribunais, na busca de um processo efetivo e de um resultado justo. Aliás, explicam Fredie

Didier Jr, Paula Santo Braga e Rafael Oliveia: ‘Parece-nos que a concepção mais acertada sobre a distribuição do ônus da prova é essa última: a distribuição dinâmica do ônus da prova, segunda a qual a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto. Em outras palavras: prova quem pode. Esse posicionamento justifica-se nos princípios da adaptabilidade do procedimento às peculiaridades do caso concreto, da cooperação e da igualdade (...) Enfim, de acordo com essa teoria: i) o encargo não deve ser repartido prévia e abstratamente, mas, sim, casuisticamente; ii) sua distribuição não pode ser estática e inflexível, mas, sim, dinâmica; iii) pouco importa, na sua subdivisão, a posição assumida pela parte na causa (se autor ou réu); iv) não é relevante a natureza do fato probando – se constitutivo, modificativo ou extintivo do direito –, mas, sim, quem tem mais possibilidades de prová-lo. (ALVIM, 2012, p. 528/529)

A jurisprudência trabalhista mitigou a rigidez dos arts. 818 da CLT e 333 do CPC e, passou a admitir a inversão do ônus da prova em algumas hipóteses, como a do registro de horário para fins de comprovação de horas extras, já visto anteriormente e preconizado na súmula n. 338 do TST.

Veja o que traz o autor Rafael Teodoro acerca dessa súmula em trecho retirado de seu artigo “A inversão do ônus da prova no processo do trabalho:

Interpretando o enunciado acima, encontramos a ratio decidendi: haverá inversão do ônus da prova no processo laboral quando: (1) não houver a apresentação dos cartões de ponto de controle de frequência do empregado ao local de labor; e (2) os cartões de ponto assinalarem o “horário britânico”, que é o horário uniforme de registro de entrada e saída do local de trabalho. Em ambas as hipóteses, o enunciado ressalvou que a presunção de veracidade do horário de trabalho indicado pelo reclamante, que decorre da inversão do ônus da prova, pode ser afastada quando tiver havido produção de prova em contrário pela parte interessada. Logo, a presunção judicial veiculada pelo enunciado 338 da súmula do TST é relativa (*iuris tantum*). (TEODORO, 2014)

Nesse sentido confira a jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. HORAS EXTRAS. CARTOES DE PONTO. JORNADA SIMETRICA. INVERSAO DO ONUS DA PROVA. Configurada contrariedade a Súmula n. 338, III, do TST, dá-se provimento ao agravo de instrumento, para processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. CARTOES DE PONTO. JORNADA SIMETRICA. INVERSAO DO ÔNUS DA PROVA. Segundo a diretriz traçada na Súmula n. 338 do TST 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. Na hipótese dos autos a Corte de origem consignou a existência de uniformidade dos horários de entrada e saída na marcação dos cartões de ponto; contudo, imputado à reclamante o ônus da prova das prorrogações de horários alegadas na petição inicial, contrariando, portanto, a Súmula n. 338, do TST. Recurso de revista conhecido e provido" (TST-RR 1208/2002-061-02-40.0, 1ª T., Rel. Mim. Waldir Oliveira da Costa. Unânime, DJe 20.08.2009).

"RECURSO DE REVISTA —HORAS EXTRAS - CARTÕES DE PONTO - NÃO APRESENTAÇÃO INJUSTIFICADA - PERÍODO EM QUE APRESENTADO COM ANOTAÇÃO DE HORÁRIO INVARIÁVEL - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. 1. Nos termos da Súmula 338, I, do TST, 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. 2. De outro lado, o mesmo verbete, em seu item III, assenta entendimento no sentido de que os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se ônus probatório, relativo as horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir. 3. Assim, restando assentado pelo Regional que a Reclamada não apresentou os controles de jornada de um período e, quanto ao período em que eles foram apresentados, as marcações eram invariáveis, afirmando ainda que não foram produzidos outros elementos probatórios, impõe-se a reforma da decisão regional que considerou válido o horário marcado nos cartões de ponto, para condenar a Reclamada ao pagamento das horas extras no período em que não foi apresentado o controle invariável de ponto, conforme a jornada declinada na inicial pelos Reclamantes. Recurso de revista conhecido e provido" (TST-RR 33500-94.2006.5.02.0251, 7ª T., Rel. Mm. Maria Doralice Novaes, DEJT 10.06.2010).

E, em outros casos já vistos anteriormente, também é possível a inversão do ônus da prova, quais sejam, equiparação salarial (Súmula nº 6, do TST); vale transporte (OJ n. 215 da SBD-1 do TST); diferenças devidas a título de FGTS (OJ n. 301 da SBDI-1 do TST, cancelada pela Resolução 175/2011), onde cabe ao empregador o ônus da prova.

#### 4. MOMENTO PROCESSUAL PARA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Outro ponto a ser ressaltado no presente trabalho é o que envolve o momento em que deve se dar a inversão do ônus da prova.

Discorre Carlos Henrique Bezerra Leite em sua obra que :

Não há uniformidade doutrinária para responder a indagação. Para Kazuo Watanabe, tal inversão deve ocorrer na sentença, pois 'as regras de distribuição do ônus da prova são regras de juízo e orientam o Juiz, quando ha um non liquet em matéria de fato, a respeito da solução a ser dada a causa'. E corrobora 'somente após a instrução do feito, no momento da valoração das provas, caberá ao juiz habilitado afirmar se existe ou não situação de non liquet, sendo caso ou não, consequentemente de inversão do ônus da prova. Dizê-lo em momento anterior será o mesmo que proceder ao prejulgamento da causa, a que é de todo inadmissível" (LEITE, 2014, p. 676)

Eduardo Arruda Alvim em sua obra cita a opinião de José Roberto dos Santos Bedaque acerca do tema, confira:

As regras referentes à distribuição do ônus da prova devem ser levadas em conta pelo juiz apenas e tão somente no momento de decidir. São regras de julgamento, ou seja, destinam-se a fornecer ao julgador meios de proferir a decisão, quando os fatos não restarem suficientemente provados. Antes disso, não tem ele de se preocupar com as normas de distribuição do ônus da prova, podendo e devendo esgotar os

meios possíveis, a fim de proferir julgamento que retrate a realidade fática e represente a atuação da norma à situação apresentada em juízo. (ALVIM, 2012, p. 523)

Carlos Henrique Bezerra Leite preconiza em sua obra que

“De nossa parte, parece-nos que a norma contida no inciso VIII do art. 6º do CDC encerra regra de julgamento, como, aliás, vem entendendo o STJ, *in verbis*: “RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ART. 6º, VIII, DO CDC. REGRA DE JULGAMENTO. A inversão do onus da prova, prevista no Art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, é regra de julgamento. Ressalva do entendimento do Relator, no sentido de que tal solução não se compatibiliza com o devido processo legal” (STJ – Resp 949000/ES – 2007/0105071-8 – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª T., Dje 23.06.2008).

Outros doutrinadores, porém, entendem que o momento processual adequado para a inversão do ônus da prova seria o despacho saneador, momento em que o juiz fixa os pontos controvertidos, colocando o processo “em ordem”, determinando as providências de natureza probatória.

Filiam-se a esta corrente ilustres juristas, quais sejam: José Carlos Barbosa Moreira, Carlos Roberto Barbosa Moreira, Teresa Arruda Alvim, Humberto Theodoro Júnior e Luiz Antônio Rizzatto Nunes.

Confira trecho retirado da obra de Eduardo Arruda Alvim:

Parece-nos, assim, que é por ocasião do saneamento do processo que o juiz deve determinar as provas pertinentes, encerrando com ela a fase postulatória e inaugurando a fase instrutória. Parece ser evidente que, se não determinar, de forma clara e inequívoca, a inversão do ônus da prova nesse momento processual, não será possível fazê-lo posteriormente, pois isso criaria para aquele a quem é transferido o ônus probatório um elemento ‘surpresa’, em claro desrespeito ao princípio da segurança jurídica e ferindo de morte o princípio do devido processo legal, como já disse. (ALVIM, 2012, p. 527)

De todo o modo, pelos posicionamentos acima trazidos, tem-se que o momento em que se deve dar a inversão do ônus da prova ainda não é unânime na doutrina, dividindo opiniões acerca do melhor momento para que isso ocorra.

## 5. CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou as principais características do instituto processual do ônus da prova, dentro da doutrina e jurisprudência moderna. A escolha do tema se deu pela grande pertinência e atualidade, já que constantemente é enfrentado e aplicado na prática forense.

A inversão do ônus da prova possibilita que o processo do trabalho atinja sua função social, pois permite ao juiz distribuir a prova, atribuindo àquele que possuir maior facilidade de produzi-la o ônus de provar, em observância ao princípio da aptidão para a prova.

Dessa forma o presente trabalho abordou a problematização do ônus da prova, a inversão do ônus da prova, o ônus da prova do fato negativo, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao processo do trabalho, apresentando várias jurisprudências e enunciados dos tribunais relativos ao tema, assim como o momento em que se dar a inversão do ônus da prova.

Por fim, conclui-se que o instituto processual da inversão do ônus da prova é de extrema relevância, já que visa, acima de tudo, contribuir para um julgamento justo, pois impede que aquela parte que por qualquer razão tenha dificuldade em produzir determinada prova ou mesmo esteja impossibilitada de produzi-la por ser ela inacessível, não fique a mercê da sorte, atendendo, assim, ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. Direito Processual Civil. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CESÁRIO, João Humberto. O princípio da aptidão para a prova e a inversão do ônus probatório no processo do trabalho. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2435, 2 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14433>>. Acesso em: 2 ago. 2014.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 12. Ed. São Paulo: LTr, 2014

MARTINS, Sergio Pinto. Direito Processual do trabalho: doutrina e prática forense. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito Processual do Trabalho. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARAIVA, Renato. Curso de direito processual do trabalho. 7. ed. São Paulo: Método, 2012.

THEODORO Junior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TEODORO, Rafael. A inversão do ônus da prova no processo do trabalho: Comentários sobre o enunciado 338 da súmula de jurisprudência do TST. Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3883, 17 fev. 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/26626>. Acesso em: 2 ago. 2014.