

# ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

Natane Maira GARAGNANI<sup>1</sup>

## Resumo

O presente trabalho, centra-se no estudo e na análise da questão do ônus da prova e nos diferentes critérios utilizados para distribuição desse ônus entre os litigantes no direito processual do trabalho. Definir a quem cabe o ônus da prova no Processo do Trabalho tem sido uma questão bastante controvertida entre os doutrinadores e a jurisprudência. O presente trabalho analisa as três teorias existentes acerca dessa distribuição. A primeira teoria voltada à aplicação singular do art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo o qual o ônus da prova incumbe a parte que alegar; a segunda teoria cujo entendimento remete a aplicação subsidiária do art. 333 do CPC, segundo a qual o ônus incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito e, ao réu, quanto a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor; e a terceira e última teoria, a qual nos traz um critério de distribuição que vem superando os critérios utilizados pelas demais teorias frente a realidade do direito processual laboral, tal teoria baseia-se no princípio da aptidão para a prova, segundo o qual o ônus probatório incumbe a parte que detém melhores condições de produzir a prova.

**Palavras-chave:** Ônus. Distribuição. Direito Processual do Trabalho.

## Abstract

The present work focuses on the study and analysis of the issue of burden of proof and the different criteria used for the distribution of this burden between litigants procedural labor law. Set on whom does the burden of proof on Labor Process has been a very controversial issue among scholars and case law. This paper analyzes the three existing theories about this distribution. The first theory aimed at the singular application of art. 818 of the Consolidation of Labor Laws, whereby the onus of proof is on party alleging; the second theory whose understanding leads the subsidiary application of art. 333 of the CPC, according to which the burden rests with the author, as to the fact of its constitutive law, the defendant, as the existence of an impediment fact, amending or extinguishing of copyright; and the third and final theory, which gives us a criterion of distribution that has surpassed the criteria used by other theories face the reality of labor procedural law, such a theory is based on the principle of fitness to the test, according to which the burden probatory incumbent party holding the best position to produce the proof.

**Key words :** Lien. Distribution . Procedural Law of Labor.

## 1. INTRODUÇÃO

O direito de ação é um direito constitucionalmente garantido a todos os cidadãos brasileiros, previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Carta Magna, com o fim de se resolver judicialmente toda e qualquer forma de conflito. Dessa garantia constitucional provém o direito à prova.

Segundo os conceitos apresentados por boa parte da doutrina processual, no direito do trabalho, podemos conceituar a prova de uma forma geral como sendo o instrumento pelo qual o Juiz busca sustentação para definir a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou defesa, sobre os quais concluirá sua atividade, definindo o destino da relação jurídica processual.

Assim concebida, ela tem se tornado o centro de intensas discussões quando o assunto se refere a distribuição do “*onus probandi*” entre os litigantes.

A regra geral para a distribuição do ônus da prova em matéria trabalhista é disciplinada pelo art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo o qual, cada parte deve fazer prova de suas

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito, formanda na Faculdade do Norte Pioneiro FANORPI/UNIESP.

alegações. Porém, grande parte dos doutrinadores entendem que tal norma possui eficiência limitada, devendo ser utilizados outros instrumentos de forma subsidiária.

O presente trabalho tem por objetivo analisar a questão do ônus da prova no Direito processual do Trabalho, primeiramente, analisando o conceito da palavra ônus, e em seguida, explanando acerca das teorias que envolvem a distribuição desse ônus probatório no direito processual laboral, inclusive quanto aos critérios por ela utilizados.

## 2. CONCEITO DE ÔNUS DA PROVA

Para que possamos entender corretamente o real significado do termo “ônus” da prova, é indispensável fazermos antes uma distinção entre ônus, obrigação e dever.

Se analisarmos o sentido comum dessas palavras veremos que há uma grande proximidade entre elas, sendo que as três possuem sentido de imposição. Segundo o Pequeno Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa, a palavra obrigação significa preceito; dever; compromisso; a palavra dever quer dizer ter obrigação de; e a palavra ônus tem o significado de obrigação, dever pessoal, etc.

Porém, no sentido jurídico, as palavras ônus, obrigação e dever distinguem-se por apresentarem características diversas uma das outras.

De acordo com os ensinamentos de Carnelutti, há uma obrigação no âmbito jurídico, quando o não cumprimento do ato determinado traz como consequência uma sanção jurídica, seja uma pena ou uma execução, no entanto, quando o descumprimento do ato trouxer apenas a perda dos efeitos que aquele produziria, então estaremos na presença de um ônus (*apud* TEIXEIRA FILHO 2010, p. 93).

Pontes de Miranda, por sua vez, apresenta uma distinção clara entre ônus e dever. Destaca que quando há um dever, há uma relação jurídica entre dois sujeitos, onde um dos quais é o que deve. No caso do ônus, não há sujeição do onerado, ele é quem escolhe entre satisfazer ou não seu próprio interesse (*apud* TEIXEIRA FILHO 2010, p. 94).

Devis Echandia (*apud* SILVA e GOMES 2002, p. 299) complementa:

Deve-se, porém, fazer, desde logo, uma distinção preliminar entre *ônus* e *obrigação*. A parte a quem incumbe de produzir a prova não tem qualquer obrigação de fazê-lo. No sentido de que o não cumprimento dessa suposta obrigação pudesse ser considerada como uma conduta ilícita. Se não a produzir, sofrerá as desvantagens processuais decorrentes de sua omissão, embora não esteja obrigada, como é natural, a usufruir das vantagens processuais que o cumprimento desse encargo lhe traria. Não se trata, certamente, de uma obrigação porque não pode haver obrigação sem um dever correlato, e ninguém tem direito a que outrem faça prova de fatos que lhe digam respeito.

Assim também é o entendimento de Nelson Nery Junior, segundo o qual, o não atendimento do ônus da prova coloca a parte em desvantajosa posição na demanda, porém não existe obrigação que corresponda ao descumprimento do ônus (NERY JUNIOR 2010, p. 635).

Neste diapasão, João Batista Lopes (2002, p. 38) nos traz o seguinte exemplo:

No ônus, há a ideia de carga, e não de obrigação ou dever. Exemplos: a lei não impõe o dever ou a obrigação de arrolar testemunhas, requerer ou juntar documentos, mas se a parte deixar de fazê-lo quando necessário, correrá o risco de não ver demonstradas suas alegações.

Teixeira Filho (2010, p. 93/94) conclui:

Não há em rigor uma obrigação legal de provar, tão somente um ônus. Tanto é verdade que o ônus da prova não constitui uma obrigação, que, em certos casos, mesmo que a parte dele não tenha se desincumbido, poderá ter acolhida a sua pretensão, que tinha como pressuposto o fato que deixou de provar: isso poderia ocorrer, por exemplo, na hipótese de a parte contrária, inadvertidamente, produzir, em benefício da outra, a prova que a esta competia. Inexiste, também um dever de provar, seja em face da parte contrária, seja

perante o próprio juiz. Há, sim, mero ônus [...]. A *necessidade* de provar, pois, não emerge de uma *obrigação* ou de um *dever* processual das partes, se não que se vincula, diretamente, ao seu interesse em ver admitidos como verdadeiros, pela sentença, os fatos que constituem o pressuposto da pretensão [...].

Portanto, ônus, no sentido jurídico, difere de dever no que se refere ao interesse de seu cumprimento, e de obrigação no que se refere a consequência de seu descumprimento.

O ônus é em relação a si mesmo, não há relação entre dois sujeitos, refere-se a produção de um ato para satisfação de interesse próprio, enquanto que o dever está ligada a satisfação de um interesse alheio, inclusive a um interesse da sociedade, sempre haverá uma relação jurídica entre duas ou mais pessoas. Além disso, o litigante que possui o ônus da prova não está obrigado à produzi-la, e nem será punido com alguma espécie de sanção jurídica, como ocorre nos casos de descumprimento de obrigação, caso haja a inobservância desse ônus, sofrendo apenas as consequências processuais decorrentes de sua inércia.

Estabelecidas estas diferenciações, torna-se possível definir o real conceito do termo “ônus” da prova.

Segundo Gustavo Bregalda Neves e Kheyder Loyola (2011, p. 166/167) “Podemos conceituar ônus da prova como a conduta que se espera da parte, para que a verdade dos fatos alegados seja admitida pelo juiz e possa ele extrair daí as consequências jurídicas pertinentes ao caso.”

Para Sergio Pinto Martins (2011, p. 323) “*Onus probandi* é o encargo da parte provar em juízo suas alegações para o convencimento do juiz”.

Nas palavras de Amauri Mascaro Nascimento (2012, p. 623) o ônus da prova é definido da seguinte forma:

[...] ônus da prova é a responsabilidade atribuída à parte para produzir uma prova e que, uma vez não desempenhada satisfatoriamente, traz, como consequência, o não reconhecimento, pelo órgão jurisdicional, da existência do fato que a prova se destina a demonstrar.

Assim também leciona Nelson Nery Junior (2010, p. 635) destacando sobre a importância de se observar o ônus da prova, segundo o qual “O não atendimento do ônus de provar coloca a parte em desvantajosa posição para a obtenção do ganho da causa.”

Darlan Barroso (2007, p. 438/439):

Por ônus, contemplamos uma faculdade para a prática de um ato processual, e cuja inobservância poderá acarretar uma consequência processual, como regra, prejudicial a pretensão da parte.

Em suma, ônus da prova pode ser definido como a responsabilidade atribuída a uma das partes, para que esta produza determinada prova necessária para a formação da convicção do juiz com relação a sua pretensão na demanda, garantindo com isso a satisfação de seu próprio interesse, cujo a inobservância poderá acarretar a parte responsável, desvantagens processuais.

### **3. TEORIAS DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBANDI NO DIREITO LABORAL**

Cabe ressaltar, num primeiro momento, que somente será atribuída importância às regras sobre a distribuição do ônus da prova, nos casos em que as provas produzidas nos autos forem insuficientes ou não existirem, levando-se em conta que, presentes nos autos elementos probatórios suficientes, não há razão para o juiz se preocupar com a questão do ônus da prova, ou seja, por quem ela foi ou deveria ser produzida.

Assim expõe Alexandre Freitas Câmara (2010, p. 409):

[...] provados todos os fatos da causa, o juiz não dará qualquer aplicação às regras de distribuição do ônus da prova. Se, porém, a investigação probatória for negativa, ou seja, quando os fatos não estiverem integralmente provados, aí sim as regras de distribuição do ônus da prova produzirão seus regulares efeitos.

Nesse mesmo sentido tem sido o entendimento dos julgadores quando colocada em questão a aplicação do princípio do “*indubio pro misero*”.

Carlos Henrique Bezerra Leite (2012, p. 602) leciona no sentido de que a aplicação do princípio do *In dubio pro Misero* na fase probatória “consiste na possibilidade de o juiz, em caso de dúvida razoável, interpretar a prova em benefício do empregado, geralmente autor da ação trabalhista”.

A aplicação do referido princípio no âmbito do direito processual do trabalho não é aceito pacificamente pela jurisprudência, como se infere dos seguintes julgados citados por Bezerra Leite (2012, p. 602/603):

PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO MISERO*. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR. PRINCÍPIOS NÃO APLICÁVEIS AO PROCESSO DO TRABALHO, MAS SIM AO DIREITO MATERIAL DO TRABALHO. O princípio da proteção ao empregado rege o direito material do trabalho. A regra da aplicação da norma mais favorável significa que, caso haja uma pluralidade de normas aplicáveis a uma relação de trabalho específica, deve-se optar por aquela que seja mais favorável ao trabalhador. Neste mesmo sentido, independentemente de sua colocação na escala hierárquica das normas jurídicas, aplica-se, em cada caso, a que for mais favorável ao trabalhador. O processo do trabalho, a despeito de sua simplicidade, não se pauta pelo princípio da proteção ao trabalhador nem pelo princípio *in dubio pro misero*, mas segundo os princípios atinentes à teoria geral da prova. Na ausência de meios de prova, ou sua insuficiência, ou ainda se ocorrer a chamada ‘prova dividida’, a lide deve ser solucionada considerando-se a quem incumbia o ônus da prova quanto aos fatos alegados na petição inicial ou na contestação (art. 818 da CLT e art. 333 do CPC). [...] (TRT 9ª R., RO 04426-2007-021-09-00-9, 1ª T., Rel. Des. Edmilson Antônio de Lima, DJ 06.06.2008, grifo nosso).

DIFERENÇA SALARIAL – ÔNUS DA PROVA – INDEFERIMENTO. Alegando a Reclamante que exercia outra função, negada pela reclamada, o ônus da prova torna-se exclusivamente seu, não devendo ser aplicado o princípio do *in dubio pro misero*, em razão de não ser mais tolerado no Direito moderno. Não trazendo a reclamante prova documental ou testemunhal amparando sua pretensão, exclui-se da condenação o pleito de diferença salarial. Recurso provido parcialmente (TRT 13ª R. – RO 198/2001 – (62736) – Rel. Juiz Aloisio Rodrigues – DJPB 20.4.2001, grifo nosso)

Segundo esse entendimento, na justiça do trabalho, quando necessário, em razão da ausência ou insuficiência de provas, deve o julgador, orientar-se pela teoria da distribuição do ônus da prova.

O Processo do Trabalho, se comparado a outros ramos do direito, pode ser considerado uma disciplina recente no nosso ordenamento jurídico, razão pela qual, matérias de grande complexidade como a distribuição do ônus probatório, ainda que havendo a necessidade de regras claras, encontram grandes divergências entre os doutrinadores, não existindo um critério preciso para tal distribuição.

Analisando a doutrina moderna, verifica-se a existência de três correntes opostas acerca da distribuição do ônus da prova no direito processual do trabalho, conforme se passa a retratar no presente trabalho.

### 3.1 Teoria da Aplicação Subsidiária do artigo 333 do Código de Processo Civil

Embora a disciplina base, a respeito da distribuição do ônus probandi no direito processual do trabalho, esteja positivada no artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual estabelece em sua redação que cada parte deve fazer prova de suas alegações, é significativa na doutrina a presença do entendimento que remete a aplicação subsidiária do artigo 333 do Código de Processo Civil, segundo o qual: “O ônus da prova incumbe: I. ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu

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

Nesse sentido leciona Mauro Schiavi (2012, p.596):

Embora alguns autores defendam que o art. 818 da CLT basta por si mesmo no Processo do Trabalho acreditamos que a razão está com os que pensam ser aplicável ao Processo do Trabalho a regra do art. 333 do CPC conjugada com o art. 818 da CLT. Desse modo, no Processo do Trabalho, o reclamante tem o ônus de comprovar os fatos constitutivos do seu direito e o reclamado, os fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor.

Gustavo Bregalda Neves e Kheyder Loyola também são favoráveis a aplicação subsidiária do art. 333 do CPC, ostentando que o ônus da prova deve ser dividido pela posição processual que a parte assume na demanda: se assume o polo ativo, compete-lhe a prova dos fatos constitutivos do seu direito, os quais demonstrados levarão a procedência de seu pedido, mas, se assume o polo passivo, somente terá o ônus de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. (2011, p. 167)

Carlos Zangrando associado a esta teoria, nos traz o seguinte ensinamento (*apud* SCHIAVI 2012, p. 597):

[...] a única regra sobre ônus da prova prevista na CLT segue justamente aquela vetusta orientação individualista romana, determinando pura e simplesmente, que o ônus da prova nas alegações cabe à parte que as fizer (CLT, art. 818). Essa regra não é adequada ao Direito Processual moderno, devendo ser suplementada pelas modernas teorias e pela muito melhor elaborada regra presente no art. 333 do Código de Processo Civil.

Assim também leciona Carlos Henrique Bezerra Leite (2012, p. 611):

O art. 818 da CLT estabelece textualmente que “o ônus de provar as alegações incumbe à parte que as fizer”. Essa regra, que tem origem em 1943 e dada a sua excessiva simplicidade, cedeu lugar, não obstante a inexistência de omissão do texto consolidado, à aplicação sistemática do art. 333 do CPC, segundo o qual cabe ao autor a demonstração dos fatos constitutivos do seu direito e ao réu a dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos.

Valentin Carrion assevera no sentido de que seria motivo de grande insegurança se aceitássemos a afirmação iconoclasta dos jovens e inteligentes processualistas, que o art. 818 da CLT não é omissão, impedindo, por essa razão, a aplicação subsidiária do art. 333 do CPC (CARRION 2012, p. 719).

Mauro Schiavi (2012, p. 596) explana em sua doutrina acerca dos fundamentos apresentados pelos que aderem a esta teoria, da seguinte forma:

O referido art. 818 da CLT, no nosso entendimento, não é completo, e por si só é de difícil interpretação e também aplicabilidade prática, pois, como cada parte tem de comprovar o que alegou, ambas as partes têm o encargo probatório de todos os fatos que declinaram, tanto na inicial, como na contestação. Além disso, o artigo 818 consolidado não resolve situações de inexistência de prova no processo, ou de conflito entre as provas produzidas pelas partes. O juiz da atualidade, diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF) não pode furtar-se a julgar, alegando falta de prova nos autos, ou impossibilidade de saber qual foi a melhor prova.

Nesse mesmo sentido teor é o ensinamento de Valentin Carrion (2012, p. 718):

A regra de que o ônus pesa sobre quem alega é incompleta, simplista em excesso. O empregado que afirme não ter faltado ao serviço em certo dia terá de prová-lo? Se outro alegar, na petição inicial, que celebrou contato com a empresa e que esta foi representada no ato por preposto capaz e sem coação, deverá provar as três circunstâncias? É óbvio que não: 1) ao autor cabe o ônus da prova do fato constitutivo de seu direito; 2) ao réu, o da existência do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (CPC, art. 333).

Sergio Pinto Martins nos traz o seguinte exemplo: o reclamante faz uma alegação nos autos, sendo dele a prova dessa alegação, se o reclamado contesta apresentando outra alegação, o ônus da prova passaria a ser do reclamado, contudo, se o reclamante, na réplica, alegasse outro fato, então o ônus retornaria a ele. Assevera que se interpretássemos a regra do art. 818 da CLT ao pé da letra, haveria um entendimento elástico do que viria a ser o ônus da prova, chegando a situações inusitadas. Por essa razão, concorda que a orientação dada pelo art. 818 da CLT deve ser complementada pelo art. 333 do CPC (MARTINS 2012, p. 324).

Dessa forma, analisando o que foi exposto, podemos concluir que tais doutrinadores asseveram acerca da necessidade de aplicação do artigo 333 do CPC com a finalidade de suprir a carência do regramento específico, fundamentando que o artigo 818 da CLT é uma norma que possui eficiência limitada se partimos da premissa de que a prova tem a função de conferir veracidade aos argumentos sustentados pelos litigantes, não possuindo por si só capacidade de reger a distribuição do ônus da prova entre as partes, frente a realidade do direito processual do trabalho.

### 2.1.1 Fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos do direito

Apresentados os fundamentos dos que aderem a teoria da aplicação subsidiária do art. 333 do CPC, à distribuição do ônus da prova no direito Processual do Trabalho, mister se faz esclarecer, em que constituem os fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos de um direito.

Valentin Carrion (2012, p. 718) utilizando doutrinadores como Lopes da Costa e Chiovenda, nos apresenta uma interessante definição acerca dos fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos:

Fato constitutivo é o fato capaz de produzir o direito que a parte pleiteia; geralmente é formado por vários elementos; desse complexo é que surge o direito [...]. Os *fatos impeditivos* são as circunstâncias excepcionais que retiram todos ou alguns efeitos, porque sua ausência constitui uma anomalia, uma vez que costumam acompanhar os fatos constitutivos [...]. Os *fatos extintivos* são os que fazem desaparecer um direito que se reconhece preexistiu (satisfação da pretensão, pagamento, prescrição, renúncia ou transação). *Fato modificativo* é o que substitui alguns dos efeitos previstos por outros novos ou os alterou [...].

Em suma, explana Vicente Graco Filho (2012, p. 235):

Mas que são fatos constitutivos? São aqueles que, se provados, levam à consequência jurídica pretendida pelo autor. [...] Ao réu incumbe a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, ou seja, o fato que, a despeito da existência do fato constitutivo, tem, no plano do direito material, o poder de impedir, modificar ou extinguir o direito do autor.

Heloisa Pinto Marques (*apud* LEITE 2012, p. 611) nos traz exemplos claros, para definir os fatos que segundo o artigo 333 do CPC incumbe ao réu o ônus da prova:

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, 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 condição de torna-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 os 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 a reclamada sua demonstração.

Concluimos, portanto, que o fato constitutivo de um direito, o qual, segundo o art. 333 do CPC é de responsabilidade do autor a produção de sua prova, diz respeito ao fato capaz de gerar um direito ao autor. Já os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor, os quais o réu possui a responsabilidade de prová-los, podem ser definidos da seguinte forma: fatos impeditivos, são aqueles que de algum modo impedem, total ou parcialmente, os efeitos dos fatos constitutivos do direito do autor; os fatos modificativos, por sua vez, são aqueles que sem negar os fatos alegados pelo autor, substituem ou alteram os efeitos que estes produziram; por fim, os fatos extintivos, são aqueles que se opõem aos fatos alegados pelo autor, tornando improcedente seu pedido, e extinguindo a pretensão posta em juízo.

### 3.2 Teoria da Aplicação Singular do Artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho

Contrariando a teoria da aplicação subsidiária no Processo do Trabalho, das regras de distribuição do ônus da prova estabelecidas pelo art. 333 do Código de Processo Civil, parte dos doutrinadores afirmam que não existem fundamentos que possibilitem tal aplicação.

A regra geral para a distribuição do ônus da prova no direito processual do trabalho é disciplinada pelo artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho. De acordo com referido dispositivo, cada parte deve fazer prova de suas alegações. Vejamos, *in albis*: “Art. 818 da CLT: A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.”

Analizando a classe de doutrinadores que aderem a teoria da aplicação singular do artigo exposto, podemos destacar a doutrina de Manoel Antônio Teixeira Filho que ao tratar da distribuição do ônus da prova no Processo do Trabalho, assevera:

[...] o art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, desde que o interprete saiba captar, com fidelidade, o seu verdadeiro conteúdo ontológico, deve ser o único dispositivo legal a ser invocado para resolver os problemas relacionados ao ônus da prova no processo do trabalho, vedando-se desta forma, qualquer invocação supletiva do art. 333 do Código de Processo Civil, seja porque a Consolidação das Leis do Trabalho não é omissa, no particular, seja porque há manifesta incompatibilidade com o processo do trabalho. (2010, p. 100)

Segundo essa teoria a Consolidação das Leis do Trabalho em seu conteúdo nos traz no dispositivo 818 matéria exclusiva e capaz de orientar por si só a questão da distribuição do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho.

Como visto, os associados a essa teoria fundamentam sua posição no sentido de que a CLT não é omissa quanto a matéria em questão, nos trazendo com clareza em seu art. 818 que a cada parte cabe a prova de suas alegações, não havendo a necessidade de se falar em aplicação subsidiária do art. 333 do CPC.

Assevera ainda, Teixeira Filho, que ao dispor as regras sobre a distribuição do ônus da prova, o Código de Processo Civil busca a igualdade formal entre os litigantes, colocados em um plano de isonomia jurídica. O Processo do trabalho por sua vez, possui uma atitude anti-igualitária, sendo que o momento de produção das provas não está ligado somente aos problemas processuais, mas pertence a uma fase onde há um aumento na desigualdade do trabalhador. Afirma baseado nos ensinamentos de Giovanni Tesorierí, que no momento em que o empregador e o empregado assumem o papel de partes no processo, não deixam de ser o que sempre foram, devendo permanecer, na interpretação das normas processuais, a desigualdade real que antes já existia entre eles, conforme recomendam a lógica e a consciência jurídica. Partindo dessa premissa, estabelece, portanto, que tal dispositivo, não é compatível com as regras pertinentes ao processo do trabalho,

sendo essa mais uma razão para vedar a aplicação subsidiária do artigo 333 do CPC. (TEIXEIRA FILHO 2010, p.99).

Para defender tal posição, Teixeira Filho nos traz como exemplo, o pedido de horas extras. Alegando o autor que realizava trabalho em jornada extraordinária, não produziu provas quanto a isso, embora o réu tenha contestado, este não alegou nenhum fato que impedisse, modificasse ou extinguisse o direito do autor. Do ponto de vista do art. 333 do CPC o autor teria seu pedido rejeitado, por ter se desincumbido do ônus, uma vez que se trata de fato constitutivo do seu direito. Mas, se apreciada a matéria sob o ponto de vista do art. 818 da CLT, no momento em que o réu contestou, este atraiu para si o ônus probandi, visto que apresentou alegação relevante e substituta da anterior, e, se nesse caso o réu não se desincumbe desse encargo, ter-se-á como verdadeira a jornada de trabalho indicada na inicial (TEIXEIRA FILHO 2010, p. 97).

Esclarece, entretanto, que nesse caso não houve inversão do ônus da prova, mas sim, a aplicação do exato sentido da regra do art. 818 da CLT. Afirma ainda, que seria errôneo supor-se que, ao se atribuir ao réu a prova de que não houve jornada extraordinária, estar-se-ia exigindo a produção de prova negativa, afirmando que este não deve ser objeto de prova (FILHO 2010, p. 97).

A doutrina atual, assim como a de Bezerra Leite, tem admitido a prova de fato negativo, afirmando que não há na lei processual nada que contrarie a prova do fato negativo. Asseveram ainda, Bezerra Leite (2012, p. 613) que:

[...] toda negação contém, implicitamente, uma afirmação, pois, quando se atribui a um objeto determinado predicado, acaba-se por negar todos os demais predicados contrários ou diversos do mesmo objeto.

Em outras palavras, a prova de um fato negativo se faz por meio da prova de outro positivo. A prova, na hipótese, seria eminentemente positiva, pois ao réu negando a prestação de serviço extraordinário, caberia demonstrar que a jornada do autor sempre foi a ordinária, tal como a lei estabelece. (FILHO 2010, p. 97).

Baseiam-se, portanto, no disposto no artigo 769 da CLT o qual trata sobre a aplicação subsidiária do direito processual comum ao direito processual do trabalho. Segundo referido artigo, somente é permitido o princípio da subsidiariedade se houver omissão nas normas do direito processual do trabalho, e ainda, se o dispositivo subsidiário for compatível com essas normas, o que defendem não ser o caso. O dispositivo em apreço, *in verbis*:

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.

Ante aos fundamentos apresentados, nota-se que a aplicação subsidiária da lei civil acerca das regras de distribuição do ônus da prova no processo do trabalho, provoca inúmeros debates entre os doutrinadores, muito embora grande parte deles apresentam argumentos favoráveis a aplicação singular do art. 818 da CLT, acreditam na inexistência de qualquer omissão com relação a matéria debatida, afirmando que a regra de tal dispositivo por si só, desde de que o julgador a interprete de forma correta, ou seja, voltada para a natureza protetiva do processo do trabalho, é capaz de atender as necessidades especiais do direito processual laboral.

### 3.3 A Inversão do Ônus da Prova no Direito do Trabalho

Conforme visto até agora, a divisão do ônus da prova entre os litigantes se dá através das regras estabelecidas pelo artigo 818 da CLT por si só ou em união com o artigo 333 do CPC segundo alguns doutrinadores. No entanto, há a possibilidade, em determinadas situações, de o juiz inverter esse ônus, transferindo o encargo probatório que pertencia a uma parte para a parte contrária (SCHIAVI 2012, p. 599).

Apesar da CLT não apresentar em sua matéria dispositivo legal acerca da inversão do ônus da prova, tal regra possui grande pertinência no Processo do Trabalho, tendo em vista o estado de



hipossuficiência do empregado, impedindo-o muitas vezes de produzir provas para a comprovação de suas alegações em juízo (SCHIAVI 2012, p. 600).

Em razão dessa omissão da CLT, bem como da compatibilidade com os princípios que regem o Processo do Trabalho, são aplicadas de forma subsidiária, as regras estabelecidas pelo Código de Defesa do Consumidor.

Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco (apud SCHIAVI 2012, p. 600) a “inversão judicial do ônus da prova é a alteração do disposto em regras legais responsáveis pela distribuição deste, por decisão do juiz no momento de proferir a sentença de mérito”.

O art. 6º do CDC em seu inciso VIII, o qual dispõe sobre tal inversão, nos traz que são requisitos necessários para a inversão do ônus da prova, quais sejam: a faculdade do juiz, ou seja, a inversão do ônus da prova é uma faculdade do juiz que pode leva-la a efeito de ofício, independente de requerimento das partes; a hipossuficiência do reclamante, ou seja, quando este for economicamente debilitado; e, a verossimilhança da alegação, nesse caso, a alegação feita deve, no mínimo, apresentar aparência de verdade, é o momento em que o juiz analisa se há mais motivos para crer do que para não crer na veracidade do fato alegado pelo reclamante. Art. 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor, *in albis*:

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.

Não existe, no entanto, um momento disciplinado em lei, para a inversão do ônus da prova. Esta, poderá ser feita em diferentes momentos, tais como, antes da audiência de instrução, na própria sentença, ou até mesmo pelo Tribunal, segundo o seu livre convencimento, mas, tanto numa hipótese como na outra, sempre em decisão devidamente fundamentada e desde que assegurados o contraditório e ampla defesa. (SCHIAVI 2012, p. 602)

A inversão do ônus da prova, portanto, pode ocorrer em diferentes momentos no processo, sempre que o juiz analisando os requisitos necessários e verificando a inexistência ou a insuficiência das provas produzidas nos autos, entender necessária.

### 3.4 Teoria da Carga Dinâmica do Ônus da Prova

Apesar das regras de distribuição do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho estabelecidas pelo artigo 818 da CLT, e, das regras estabelecidas pelo art. 333 do CPC, admitidas por alguns doutrinadores de forma subsidiária ao processo do trabalho, a doutrina moderna vem defendendo a importância da existência de interpretações mais flexíveis com relação a esse ônus.

Diante da necessidade de se efetivar o acesso à ordem jurídica justa e assegurar a tutela do direito à parte que tem razão, mas não apresenta condições favoráveis de provar, a doutrina trouxe para o Direito Processual do Trabalho o que denomina-se de teoria da Carga Dinâmica do Ônus da Prova (SCHIAVI 2012, p. 603).

De acordo com essa teoria deve o magistrado, à luz das circunstâncias do caso concreto, baseado em critérios de justiça e razoabilidade e na aplicação dos primordiais princípios do direito laboral, em especial o princípio da aptidão para a prova, atribuir o encargo probatório ao litigante que possa desempenhá-lo com maior facilidade (SCHIAVI 2012, p. 603).

Segundo o princípio da aptidão para a prova, deve produzir a prova em juízo a parte dotada de melhores condições materiais ou técnicas e que detiver mais informações sobre determinado fato, ou seja, que tiver maior facilidade na sua demonstração, independente de ser autor ou réu (MARTINS 2012, p. 3220)

Trata-se, de um princípio voltado à outros princípios constitucionais, tais como o princípio da celeridade processual, da ampla defesa e da igualdade entre as partes, tendo em vista que, baseando-se neste princípio a prova será produzida pela parte que tiver maiores condições para tanto, independente de sua posição, tornando o processo mais célere e mais justo entre os litigantes.

A distribuição baseada em tal teoria, não se trata de livre vontade do magistrado, pois este deverá fundamentar, com argumentos jurídicos, a aplicação da carga dinâmica da produção da prova (SCHIAVI 2012, p. 603).

Neste mesmo sentido leciona Alexandre Freitas Câmara (2010, p. 490):

Do que até aqui se viu, fica fácil verificar que a lei processual brasileira opta por uma distribuição estática do ônus da prova. Não parece, porém, ser esta a melhor forma de sempre se distribuir o ônus probatório. Moderna doutrina tem afirmado a possibilidade de uma distribuição dinâmica do ônus da prova, por decisão judicial, cabendo ao magistrado atribuir o ônus da prova, a parte que no caso concreto, revele ter melhores condições de a produzir.

A presente teoria, porém, não deve ser confundida com a inversão do ônus da prova. Conforme já exposto, a inversão do ônus da prova pressupõe a presença dos critérios previstos em lei, quais sejam: a faculdade do juiz, a hipossuficiência do reclamante e a verossimilhança da alegação. Por outro lado, a carga dinâmica se assenta somente no princípio da aptidão do ônus da prova, não necessitando a presença de tais critérios.

Eduardo Cambi (*apud* SCHIAVI 2012, p. 604) destaca:

[...] não há na distribuição dinâmica do ônus da prova uma inversão nos moldes previstos no art. 6º, inc. VIII do CDC, porque só se poderia falar em inversão caso o ônus fosse estabelecido prévia e abstratamente. Não é o que acontece com a técnica de distribuição dinâmica, quando o magistrado, avaliando as peculiaridades do caso concreto, com base em máximas de experiência (art. 335 do CPC), irá determinar quais fatos devem ser provados pelo demandante e pelo demandado.

Portanto, no caso da inversão do ônus da prova, as regras de distribuição do ônus já estão definidas pelos artigos anteriormente expostos, cabendo ao juiz analisar os requisitos estabelecidos em lei para verificar se há a necessidade de se inverter o ônus de determinada prova entre os litigantes, sendo que a inversão acontece sempre em favor da parte hipossuficiente da demanda. No caso da aplicação da moderna teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, é o juiz quem vai determinar a forma de distribuição do ônus com base na aptidão que cada parte possui para produção das provas, ou seja, qual delas possa produzi-la com mais facilidade, não havendo a necessidade de se levar em consideração a hipossuficiência da parte nem mesmo de analisar se há verossimilhança na alegação do autor.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho elaborado realizou o estudo do instituto da prova no direito processual do trabalho, analisando-a em especial com relação a questão do ônus da prova.

Baseado em pesquisas doutrinárias, nos trouxe com clareza as diferentes teorias existentes acerca da distribuição do ônus no direito processual laboral.

Como pôde se perceber, a primeira teoria, chamada de Teoria da Aplicação singular do artigo 818 da CLT, como o próprio nome já diz, está voltada à aplicação singular do art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo o qual o ônus da prova incumbe a parte que alegar, para essa corrente tal artigo possui a capacidade de por si só reger a distribuição do ônus da prova no processo do trabalho não havendo a necessidade de se aplicar subsidiariamente as normas do processo comum.

Já para a segunda teoria, conhecida como Teoria da aplicação subsidiária do artigo 333 do CPC, as normas do direito do trabalho são omissas não dispondo sobre as regras necessárias para distribuição do ônus probatório no direito processual do trabalho, razão pela qual entendem ser necessária a aplicação do artigo 333 do CPC, baseada em tal artigo, para essa corrente o ônus incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito e, ao réu, quanto a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Por fim, tratou-se da Moderna Teoria da Distribuição Dinâmica do ônus da Prova, a qual nos traz um critério de distribuição que vem superando os critérios utilizados pelas demais teorias, baseada no princípio da aptidão para a prova, segundo o qual o ônus probatório incumbe a parte que detém melhores condições de produzir a prova.

Diante do presente trabalho pode-se observar uma importante evolução no direito processual, advinda de uma intensa busca pela aproximação entre a teoria processual e a realidade processual dos litigantes, visando garantir um ordenamento jurídico mais justo entre eles.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Darlan. **Manual de Direito Processual Civil**. 2ª ed. São Paulo: Monole, 2007.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho 9º Região**. Recurso Ordinário nº 04426-2007-021-09-00-9. Relator: Des. Edmilson Antônio de Lima. Publicado em 06/06/08. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca.html>>. Acesso em: 08/11/13

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho 13º Região**. Recurso Ordinário nº 198/2001. Relator: Juiz Aloísio Rodrigues. Publicado em 24/04/01. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca.html>>. Acesso em: 12/09/13

CAMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 20ª ed. São Paulo: Lumen Juris, 2010.

CARRION, Valentin. Atualizado por Eduardo Carrion. **Comentários a Consolidação das Leis do Trabalho**. 37ª ed. São Paulo: 2012.

GOMES, Fábio e Ovidio A. Baptista da Silva. **Teoria Geral do Processo Civil**. 3º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2012.

LOPES, João Batista. **A prova no Direito Processual Civil**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 33ª ed. São Paulo; Atlas, 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 27º ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES, Gustavo Bregalda e Kheyder Loyola. **Direito Processual Civil**. 1º ed. São Paulo: Rideel, 2011.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2012.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **A prova no Processo do Trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2010.