

ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

FERREIRA, P. B.

Bacharel em Direito FIO-Faculdades Integradas de Ourinhos

Resumo

O presente trabalho pretende analisar o “ônus da prova no processo do trabalho”. É bem verdade que no passado prova sequer existia prevalecia a lei do mais forte e logo depois a Igreja Católica passou a ditar as regras a respeito de prova. Hodiernamente prevalece no direito brasileiro o princípio do livre convencimento motivado do juiz. O estudo do tema desenvolveu-se a partir da análise do conceito de prova, apresenta qual o objeto da prova, a verificação de quais fatos independem de prova, demonstrar quais são os princípios probatórios, e principalmente a situação do ônus da prova no processo do trabalho.

Palavras Chave: Justiça do Trabalho; Ônus da Prova; Princípios; Processo do Trabalho.

1. INTRODUÇÃO

O trabalho, aqui desenvolvido, trata da prova, em especial ao ônus da prova no processo do trabalho que com o passar do tempo foi adquirindo novas características para melhor condução do processo, bem como para beneficiar a parte hipossuficiente da relação empregatícia.

É certo que, em tempos passados não existia prova, predominava a lei do mais forte e posteriormente a Igreja Apostólica Romana passou a estabelecer as regras probatórias.

O objetivo do trabalho concentra-se no estudo da prova, tendo como enfoque principal o ônus da prova na esfera trabalhista, onde se tomam como parâmetro as reflexões feitas sobre o assunto nos dias atuais.

Para melhor desenvolvimento do trabalho, se fez necessária análise sobre o conceito de prova, que pode ser entendido de diversas formas diferentes.

Os princípios probatórios foram de suma importância por serem instrumento de integração do ordenamento jurídico e suprir omissões legislativas.

De igual forma, fundamental se fez a análise referente ao objeto da prova, lembrando que existe divergência doutrinária a respeito do que as partes devem efetivamente provar em juízo.

2. CONCEITO DE PROVA

Em primeiro plano, não se pode perder de vista, que a prova, com o passar do tempo foi adquirindo novas características. Em verdade, tempos atrás nem sequer existiam, as questões pessoais eram resolvidas de acordo com a lei do mais forte. Em seguida, a Igreja Católica ditava as regras a respeito de prova. Hoje, vigora no ordenamento jurídico brasileiro o princípio do livre convencimento motivado, possuindo o juiz liberdade para formar sua convicção na apreciação das provas, devendo justificar seu raciocínio.

Vale lembrar que a prova tem obviamente, o intuito de demonstrar a veracidade de fatos, como também de direitos.

“Prova vem do latim probare. Em seu sentido comum significa exame, verificação, reconhecimento por experiência, demonstração” (MARTINS, 2005, p. 325).

De acordo com Eduardo Arruda Alvim:

A expressão prova pode ser compreendida em dois significados: um objetivo, abrangente dos meios destinados a convencer o juiz dos fatos relativos ao processo;

outro subjetivo, relativo à “convicção que as provas produzidas no processo geram no espírito do juiz quanto à existência ou inexistência dos fatos” (2012, p. 509).

Em verdade, na ciência do direito, as provas podem ocasionar fatos constitutivos de direito, inclusive, fatos impeditivos, extintivos e modificativos de direito, é o que explica o ilustre doutrinador Cleber Lúcio de Almeida:

O direito nasce de fatos que as normas jurídicas apontam como aptos e suficientes para o seu nascimento (fatos constitutivos de direito). Por outro lado, fatos existem, também definidos em lei, que impedem a constituição do direito ou resultam na modificação ou extinção (fato impeditivo, modificativo e extintivo de direito, respectivamente) (2008, p. 451).

Por outro lado, Carlos Henrique Bezerra Leite assinala que na ciência jurídica processual, prova, pode ser entendida em diversos sentidos:

Nos domínios da ciência jurídica processual, a palavra “prova” também pode ser empregada com diversas acepções. Às vezes, concerne à atuação das partes no processo com objetivo de evidenciar a existência de fato que pretendem demonstrar em juízo. Nesse sentido, utiliza-se expressão “produzir prova”. (...) prova também pode ser utilizada como “convencimento do juiz”, de acordo com os elementos constantes dos autos do processo. Nesse sentido, fala-se, por exemplo, que determinado fato restou provado em função do convencimento sobre a sua existência pelo juiz (2011, p. 573).

“(...) prova, nos domínios do direito processual seria o meio lícito para demonstrar a veracidade ou não de determinado fato com a finalidade de convencer o juiz acerca da sua existência ou inexistência” (LEITE, 2011, p. 573).

De acordo com Enrico Tullio Liebman, considera-se prova:

(...) os meios que servem para dar conhecimento de um fato, e por isso a fornecer a demonstração e a formar a convicção da verdade do próprio fato; e chama-se instrução probatória a fase do processo dirigida a formar e colher provas necessárias para essa finalidade (2003, p. 80).

Lúcio Rodrigues de Almeida acredita que:

Provar significa estabelecer a verdade. Chama-se de prova, em geral, qualquer processo da mente pelo qual se adquire a certeza sobre alguma coisa. Em linguagem jurídica, dentro dos limites do Direito Processual, prova é a demonstração da verdade dos fatos deduzidos em juízo (1995, p. 22).

A parte deve fazer prova dos fatos alegados, utilizando-se de todos os meios legais e moralmente legítimos. “(...) O art. 332 do CPC dispõe que são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou defesa, todos os meios legais que lhe formaram a convencimento sobre os fatos alegados pelas partes” (MARTINS, 2005, p. 451).

Hodiernamente, diante do direito processual “(...) o objetivo da prova não é mais de reconstrução do fato, mas o convencimento do juiz e dos demais sujeitos do processo acerca da veracidade das alegações a respeito do fato” (LEITE, 2011, p. 574).

De igual forma, Cleber Lúcio de Almeida leciona que, “às partes cumpre convencer o juiz da verdade do fato afirmando e esse convencimento do juiz é realizado por meio da prova daquele fato” (ALMEIDA, 2008, p. 451).

Tem-se como prova, a verificação de fatos alegados pelas partes no processo, devendo ser obtidas por meio lícito para demonstrar em juízo a veracidade dos fatos, buscando o convencimento do magistrado.

3. PRINCIPIOS PROBATÓRIOS

Em relação à prova, existem alguns princípios norteadores, a saber:

3.1. Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa

É bem verdade que o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, oferece a todos o direito ao contraditório e à ampla defesa:

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.

Trata-se de direito fundamental às partes, que terão o direito de se manifestarem no processo judicial e administrativo, podendo apresentar provas e impugna-las no momento processual adequado, é o que explica o doutrinador Carlos Henrique Bezerra Leite:

As partes têm o direito fundamental de se manifestarem reciprocamente sobre as provas apresentadas. Trata-se de um princípio constitucional explícito que deve ser observado em qualquer processo (CF, art. 5º, LV) judicial ou administrativo. As partes também devem ter igualdade de oportunidades para apresentarem suas provas nos momentos processuais próprios (2011, p. 574).

“Apresentada uma prova em juízo, a parte contrária tem o direito de sobre ela se manifestar, impugnando-a. Em qualquer processo judicial é assegurado o contraditório, inclusive pelo inciso LV do art. 5º da Constituição” (MARTINS, 2005, p. 326).

Como se pode verificar, é direito fundamental das partes que figuram no processo, a produção de provas, bem como a manifestação acerca delas.

A parte tem direito de participar da formação do convencimento do juiz, produzindo prova de suas alegações, participando da produção da prova oral e pericial, manifestando-se sobre documentos juntados aos autos, produzindo contraprova e criticando a prova produzida pela parte contrária ou por determinação judicial (ALMEIDA, 2008, p. 476).

Como se pode verificar, trata-se da participação as partes na formação do convencimento do juiz sobre determinados fatos alegados no processo.

3.2. Princípio da Necessidade da prova

De modo geral, de acordo com o princípio da necessidade da prova, as alegações devem ser provadas, pois a sentença terá como alicerce a provas produzidas no processo.

“Não basta fazer alegações em juízo. É preciso que a parte faça a prova de suas afirmações. Aquilo que não consta do processo não existe no mundo jurídico” (MARTINS, 2005, p. 325).

“As alegações das partes em juízo não são suficientes para demonstrar a verdade ou não de determinado fato. É necessário que a parte faça prova de suas alegações, pois os fatos não provados são inexistentes no processo” (LEITE, 2011, p. 575 – 576).

“Somente deve ser produzida a prova necessária à declaração ou defesa de direito” (ALMEIDA, 2008, p. 476).

É sobretudo importante frisar, que as partes devem provar todas as suas declarações, pois apenas afirmações não bastam para demonstrar a autenticidade ou não das alegações.

3.3. Princípio da unidade da prova

De acordo com o princípio da unidade da prova, as provas devem ser examinadas pelo juiz em conjunto, nunca de forma isolada.

“A prova deve ser examinada no seu conjunto, formando um todo unitário, em função do que não se deve apreciar a prova isoladamente” (LEITE, 2011, p. 577).

De igual forma, Sérgio Pinto Martins destaca o princípio da unidade da prova:

“A prova deve ser apreciada em seu conjunto, em sua unidade, globalmente, e não isoladamente” (MARTINS, 2005, p. 326).

“A prova deve ser apreciada em seu conjunto, cumprindo ao juiz apontar na decisão os motivos que o levaram a conferir valor a um meio de prova e negá-lo a outro” (ALMEIDA, 2008, p. 476).

Portanto, é de opinião inequívoca a importância do exame das provas conjuntamente e nunca isoladamente. Quando houver divergência entre as provas, o juiz deverá examiná-las, formando seu convencimento de forma motivada.

3.4. Princípio da proibição da prova obtida ilicitamente

É bem verdade que o art. 5º, inciso, LVI da Constituição Federal de 1988, proíbe expressamente, as provas processuais obtidas de forma ilícita:

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: LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Cumpra observar preliminarmente que a prova ilícita decorre de norma de direito material, ao passo que, são denominadas ilegítimas, a prova decorrente da violação a direito processual.

“É factível afirmar que a prova ilícita é aquela que implica violação de norma do direito material, uma vez que é obtida por meio de ato ilícito. Já as provas que decorrem de violação de norma processual são chamadas de ilegítimas” (LEITE, 2011, p. 577).

Para Cléber Lúcio de Almeida, “A inadmissibilidade da prova ilícita consiste na proibição de seu ingresso no processo e de o juiz, se ela ingressar no processo, considerá-la na formação de sua convicção sobre os fatos”. ALMEIDA 460.

Inobstante isso, é de se verificar, que nos dias atuais esse princípio vem sofrendo mitigação, levando-se em conta o princípio da proporcionalidade.

O princípio da proibição de prova ilícita vem sendo mitigado, em casos concretos, com base nos princípios da proporcionalidade (ou da razoabilidade), segundo o qual não se deve chegar ao extremo de negar validade a toda e qualquer prova obtida por meios ilícitos, como, por exemplo, uma gravação sub-reptícia utilizada por empregada que deseja fazer prova de que fora vítima de assédio sexual pelo

empregador ou superior hierárquico, sem o conhecimento deste (LEITE, 2011, p. 577-578).

O juiz poderá admitir a prova ilícita no processo para formação de sua convicção sobre os fatos alegados quando, não houver outros meios possíveis para demonstração da verdade.

“(…) a prova obtida por meios ilícitos somente deverá ser inadmitida quando existir à disposição da parte outro meio apto à demonstração da verdade do fato alegado (…)” (ALMEIDA, 2008, p. 462-463).

Cléber Lúcio de Almeida ensina que:

Diante da prova ilícita, o juiz, para a solução do caso concreto, deverá realizar a ponderação entre os fins das regras jurídicas ou os princípios em contradição, para definir o de maior peso, de forma a, agindo com temperança e prudência, fazer prevalecer a justiça da decisão sobre a segurança jurídica de quem ofende um direito alheio, como o autoriza a fazer o art. 852, I, §1º, da CLT e também o art. 3º, I, da Constituição Federal (…)” (2008, p. 463).

Como se pode perceber “Não pode ser admitida, contudo, a prova obtida por modo que agrida a dignidade humana, como é o caso da confissão seguida por meio de tortura física ou psicológica” (ALMEIDA, 2008, p. 464).

Em virtude dessas considerações, cumpre ratificar que a prova obtida de forma ilícita é proibida pela Constituição Federal, entretanto, hodiernamente vem sofrendo mitigação decorrente do princípio da razoabilidade e de acordo com cada caso concreto, podem ser autorizadas.

3.5. Princípio do Livre Convencimento

Tenha-se presente que, o ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio do livre convencimento, isto é, o juiz apreciará o valor das provas de forma livre, porém, deverá motivar seu raciocínio.

O ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio do livre convencimento, também chamado de princípio da persuasão racional. Esse princípio, na verdade, encerra a base de um sistema processual em que o juiz forma a sua convicção apreciando livremente o valor das provas dos autos. A liberdade de que goza o juiz não pode, porém, converter-se em arbítrio, sendo, antes, um dever motivar seu raciocínio (LEITE, 2011, p. 580).

Para Carlos Henrique Bezerra Leite:

O princípio do livre convencimento está consagrado expressamente no art. 131 do CPC, sendo certo que a CLT também o contempla implicitamente no art. 765, que confere ao juiz ampla liberdade na condução do processo, e no art. 832, que determina constar da sentença “a apreciação das provas” e “os fundamentos da decisão” (2011, p. 580).

“(…) o juiz atribui à prova produzida o valor e o grau que entenda ter para convencê-lo, devendo justificar o porque de sua convicção” (ALVIM, 2012, p. 510).

Dessa forma, o juiz possui liberdade para decidir-se sobre as provas, devendo fundamentar os motivos de seu convencimento.

3.6. Princípio da Oralidade

Vale ratificar, que o princípio da oralidade é adotado de forma a predominar sobre o princípio da forma escrita.

É correto afirmar que “(...) do princípio da oralidade decorrem consequências importantíssimas. Deveras, conquanto não se possa falar, hoje, em processo predominantemente oral” (ALVIM, 2012, p. 522).

“No processo do trabalho, as provas devem ser realizadas, preferencialmente, na audiência de instrução e julgamento, isto é, oralmente e na presença do juiz” (LEITE, 2011, p. 581).

O art. 845 da CLT faz menção a tal princípio: “O reclamante e o reclamado comparecerão à audiência acompanhados das suas testemunhas, apresentando, nessa ocasião, as demais provas”.

Neste sentido deve-se dizer que o princípio da oralidade, além de eficaz, torna mais simples o desenvolvimento do processo, além disso, o torna mais célere e barato.

3.7. Princípio da Imediação

A produção da prova deverá ocorrer perante o juiz, na audiência.

Como se pode perceber tal princípio “(...) estabelece que o juiz, como diretor do processo (CLT, art. 765), é quem colhe, direta e imediatamente, a prova” (LEITE, 2011, p. 582).

Cumpra ratificar que “as provas orais devem ser produzidas, em regra, na presença do juiz, possibilitando o seu contato com as partes e testemunhas (arts. 848 e 852-H da CLT)” (ALMEIDA, 2008, p. 476).

De acordo com Carlos Henrique Bezerra Leite:

No processo do trabalho, o princípio da imediação está previsto no art. 848 da CLT, que faculta ao juiz, de ofício, interrogar os litigantes, e no art. 852-D (procedimento sumaríssimo), que confere ao juiz ampla liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerando o ônus probatório de cada litigante, podendo, ainda, dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica (2011, p. 582).

Por tais razões, imprescindível se faz a presença do juiz para colheita de prova, tendo em vista ser ele o diretor do processo.

3.8. Princípio da Aquisição Processual

A Prova produzida, é adquirida pelo processo, não pertence à qualquer das partes.

Carlos Henrique Bezerra Leite explica que:

A prova produzida, independentemente de quem a produziu, é adquirida pelo processo, ou melhor, pelos autos, dele não podendo mais ser retirada ou desentranhada, salvo em situações previstas nos arts. 195, 392, parágrafo único, e 1.215, §1º, do CPC. Vale dizer que as provas não pertencem às partes, e sim ao processo ou, segundo alguns, ao juízo. Daí o princípio da aquisição processual da prova (2011, p. 584).

Como se pode verificar, “a prova participará da formação do convencimento do juiz independentemente da parte que a tenha produzido, mesmo que seja a parte por ela prejudicada. O juiz formará sua convicção a partir da verdade demonstrada nos autos, sem indagar sobre a parte responsável pela demonstração” (ALMEIDA, 2008, p. 476).

Em suma, é de opinião inequívoca que as provas não pertencem às partes que a produziram, e sim ao processo.

3.9. Princípio do In Dubio pro Misero

De acordo com o princípio do *in dubio pro misero*, quando o juiz estiver com dúvida, deverá interpretar a prova de forma a favorecer o empregado, por ser ele a parte mais fraca na relação processual.

Como se depreende, “consiste na possibilidade de o juiz, em caso de dúvida razoável, interpretar a prova em benefício do empregado, geralmente autor da ação trabalhista. Afinal, o caráter instrumental do processo não se confunde com sua forma” (LEITE, 2011, p. 585).

Não é mansa e pacífica a questão referente ao princípio do *In dubio pro misero*, a jurisprudência e alguns doutrinadores afirmam que tal princípio agride o princípio da igualdade ou da paridade de tratamento entre as partes.

É certo que “o princípio ora focalizado não é aceito pacificamente pela doutrina no âmbito do direito processual do trabalho, pois, neste, o juiz deve velar pelo tratamento igualitário às partes, orientando-se, em tal mister, pela teoria da distribuição no ônus da prova (LEITE, 2011, p. 586).

Em síntese, existe grande divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do princípio do *in dubio pro misero*, que busca proteger o empregado, isto é, a parte hipossuficiente da relação de emprego quando houver dúvida a respeito da prova.

4. OBJETO DA PROVA

Em primeiro lugar, é bem verdade que, todos os meios de prova previstos legalmente e também os moralmente legítimos, não sendo obtidas de forma ilícita serão considerados pelo juiz e aptos para provar a verdade dos fatos alegados pelas partes.

Mister se faz observar o entendimento do professor Eduardo Arruda Alvim:

Como regra geral, todo e qualquer meio de prova legalmente previsto, ou moralmente legítimo, é apto a provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa (art. 332). Assim, são meios de prova admitidos não apenas aqueles legalmente previstos (arts. 342-443), como também qualquer meio que se apresente como moralmente legítimo (2012, p. 514).

Não se pode olvidar que, não é mansa e pacífica a questão referente ao objeto da prova.

“Constituem objeto da prova os fatos relevantes, pertinentes e controvertidos”.

Parte da doutrina corrobora que as partes devem provar os fatos, cabendo ao magistrado conhecer o direito, quando convencido.

É o que preconiza Carlos Henrique Bezerra Leite:

Regra geral, apenas os fatos devem ser provados, pois a parte não é obrigada a provar direito, uma vez que o nosso sistema processual consagra o apotegma latino da *mihi factum, dabo tibi jus* (dá-me o fato, dar-te-ei o direito). Há, portanto, uma presunção legal de que o juiz conhece o direito (*jura novit curia*) e, por via de consequência, as normas que compõem o ordenamento jurídico (2011, p. 591).

“(...) a prova recai sobre os fatos alegados pelas partes. É da verdade desses fatos que o juiz deve ser convencido. O juiz deve ser convencido de que o fato ocorreu na forma narrada pela parte” (ALMEIDA, 2008, p. 455).

No mesmo sentido, Sergio Pinto Martins afirma que:

O juiz conhece o direito (*iura novit curia*), sendo que narrados os fatos, o juiz dará a direito (*narra mihi factum dabo tibi jus*). Assim, somente os fatos deverão ser provados em juízo, pois o direito é de conhecimento do magistrado. A prova deverá constar dos autos, pois o que deles não constar o juiz não terá obrigação de saber (*quod non est in actis non est in mundo*) (2005, p. 326).

Ao contrário disso, para alguns doutrinadores os fatos não necessitam ser provados e sim as afirmações. Deve-se, verificar se as afirmações coincidem com a verdade.

Segundo o professor, Santiago Sentis Melento:

Os fatos não se provam. Os fatos existem. O que se prova são as afirmações, que poderão a eles referir-se. A parte (...) formula afirmações; não leva ao juiz suas dúvidas, senão a segurança – real ou fictícia- sobre o que sabe; não pede o juiz que averigue, mas lhe diz o que averiguou para que o juiz constate, comprove, verifique (esta é a expressão exata), se as afirmações coincidem com a realidade (...). A prova é a verificação e a verificação há de referir-se a afirmações (*apud* ALMEIDA, 2008, p. 454).

Para Francesco Carnelutti:

A prova da afirmação acerca da existência de um fato se faz mediante o conhecimento do fato mesmo; o conhecimento não é a prova, mas dá a prova da afirmação. Nesse sentido, justo é reconhecer que o objeto da prova, não são os fatos, mas as afirmações, as quais não se conhecem, mas se comprovam, enquanto aqueles não se comprovam, mas se conhecem (*apud* ALMEIDA, 2008, p. 454).

Como se pode verificar, existe divergência doutrinária no que se refere ao objeto da prova. As partes devem provar fatos relevantes, pertinentes e controvertidos.

4.1. Fatos que Independem de Prova

É de ser revelado que somente os fatos devem ser provados em juízo, porém, determinados fatos dispensam prova para serem tidos como verídicos.

De acordo com o art. 334 do CPC: 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.

Carlos Henrique Bezerra Leite afirma que:

É notório o fato inerente à cultura mediana de determinado meio social no momento do julgamento da causa. É desnecessário provar, por exemplo, que em determinadas datas tradicionais, como Natal, Dia das Mães etc., há aumento das vendas, pois isso é um fato notório. O aumento das vendas, porém, não significa que o aumento da jornada também seja um fato notório. Assim, o aumento das vendas, nas referidas datas, não precisa ser comprovado. Já o aumento da jornada sim (2011, p. 592).

Como se depreende, os fatos tidos como notórios à todos, em especial a cultura mediana, no momento do julgamento da causa, não precisam ser provados para serem considerados verídicos.

“A notoriedade, a confissão, a incontrovérsia e a presunção legal permitem ao juiz tomar o fato alegado como verdadeiro, dispensando a parte de provar a sua veracidade, funcionando portanto, como excludentes da necessidade da prova” (ALMEIDA, 2008, p. 456).

Igualmente, não há necessidade de provar fatos confessados e incontroversos. Aliás, todo fato confessado, ou seja, alegado por uma parte e confirmado pela outra, é incontroverso; mas nem todo fato incontroverso é confesso. O fato incontroverso é aquele admitido no processo, independentemente de alegação ou confirmação das partes, como por exemplo, o interrogatório de uma testemunha ou a perda de um prazo (2011, p. 593).

Para Lúcio Rodrigues de Almeida, fatos incontroversos são “(...) aqueles sobre os quais não se estabelecem debates entre os litigantes; porque, pelo consentimento expresso ou pelo silêncio, são tidos como verdadeiros, se o contrário não resultar do conjunto das provas” (1995, p. 29).

Pelo exposto, cumpre ratificar que o fato notório deve ser de conhecimento geral, deve também estar revestido de publicidade, os fatos confessados, incontroversos e aqueles revestidos de presunção legal de veracidade ou existência, independem de prova. Trata-se de exceção à regra geral de que as partes devem provar os fatos alegados.

5. ÔNUS DA PROVA

Em primeiro lugar, é certo que, de acordo com o art. 818, da CLT, quem deverá fazer prova das alegações será a parte que as fizer.

“Art. 818 CLT. A prova das alegações incumbe à parte que as fizer”.

É bem verdade que, diante da simplicidade e omissão da art. 818, da CLT, deve-se aplicar conjuntamente o art. 333 do CPC.

Por tais razões, o ônus da prova incumbe ao autor, em relação à fato constitutivo do seu direito e ao réu quando houver fato impeditivo, modificativo ou extintivo de direito.

Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Em linha de princípio, as partes têm o ônus de provar os fatos jurídicos narrados na petição inicial ou na peça de resistência, bem como os que se sucederem no envolver da relação processual (LEITE, 2011, p. 594).

De igual forma leciona Cléber Lucio de Almeida:

As partes devem expor ao juiz os fatos que servem de fundamento para as suas pretensões, ou, dito de outra forma, os fatos que autorizam as consequências jurídicas que pretendem ser produzidas por força do provimento jurisdicional. As partes tem o ônus da afirmação. Contudo, às partes não basta, para que tenham acolhidas as suas pretensões, a simples alegação do fato que lhe serve de fundamento. Às partes cabe demonstrar a verdade dos fatos que alegam. As partes tem o ônus da prova (2008, p. 478).

Além desse fator, “a parte não tem obrigação de produzir a prova dos fatos que alega, mas a necessidade de fazê-lo, visto que a ausência da prova do fato alegado poderá comprometer o êxito da demanda” (ALMEIDA, 2008, p. 478).

É de se verificar os ensinamentos de Heloisa Pinto Marques:

Quando o réu admite o fato alegado pelo autor, mas lhe opõe outro que lhe impeça os efeitos, estamos diante de um 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 se 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 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 à reclamada sua demonstração (*apud* LEITE, 2011, p. 595).

Assinale ainda que, o juiz somente observará as regras relativas ao ônus da prova no momento em que for decidir. É o que ensina José Roberto dos Santos Bedaque:

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 apresentada em juízo (*apud* ALVIM, 2012, p. 523).

Não se pode olvidar que, de acordo com o art. 333 do CPC, se o réu nada alegar e existirem apenas fatos narrados pelo autor, não precisará provar nada. O réu deverá fazer prova quando alegar fatos impeditivos, modificativos e extintivos de direito. É o que leciona Eduardo Arruda Alvim “se o réu não alegar fato algum e apenas negar os fatos que tenham sido articulados pelo autor, o ônus da prova caberá ao autor. Se, porém, o réu alegar algum fato que seja capaz de alterar ou eliminar as consequências jurídicas dos fatos narrados pelo autor, será seu, o ônus de prová-los” (2012, p. 524).

Em se tratando de prova referente à relação de emprego, cabe ao reclamante provar que houve efetivamente a prestação de serviço.

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 (LEITE, 2011, p. 595).

É de se verificar que de acordo com a Súmula nº 212 do TST, em se tratando de término da relação empregatícia, o ônus da prova cabe ao empregador.

Súmula nº 212 do TST: 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.

Vale ratificar, que de acordo com a Súmula 16 do TST “Presume-se recebida a notificação 48 horas depois de sua regular postagem. O seu não recebimento ou a entrega após o decurso desse prazo constitui ônus da prova do destinatário”.

Assinale ainda que, a Súmula nº 6, VIII do TST estabelece que “É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo e extintivo da equiparação salarial”.

Conclui-se que, em regra a parte que fizer as alegações deverá fazer prova delas, porém, existem inúmeras exceções.

5.1. O Problema do Ônus da Prova do Fato Negativo

É de ser revelado que por muito tempo prevaleceu a regra de que quem negava os fatos, não precisaria prová-los. Em verdade, apenas a parte que alegava determinado fato deveria fazer prova.

Marcelo Abelha Rodrigues:

Durante muito tempo e sob influência do direito romano eram dispensados de prova, sob alegação de quem os deveria provar era quem os afirmava, e não quem os negava. Logo, a negativa da parte excluía dela o ônus de prová-los. Todavia, hodiernamente, este não é o alvitre com relação aos fatos negativos, já que prevalece a regra de que, se a negativa resulta de uma afirmação que se pretende obter por via de uma declaração negativa, impõe-se à parte que nega o ônus de prová-lo (*apud* LEITE, 2011, p. 597).

Nos dias atuais, a negativa dos fatos significa afirmação e a parte que o nega, deve prová-lo.

Na verdade, toda negação contém, implicitamente, uma afirmação, pois, quando de atribui a um objeto determinado predicado, acaba-se por negar todos os demais predicados contrários ou diversos do mesmo objeto. Assim, por exemplo, ao alegar o empregador que não dispensou o empregado sem justa causa (negação de fato), estará aquele alegando, implicitamente (afirmação), que este abandonou o emprego ou se demitiu (LEITE, 2011, p. 598).

Destarte, como se pode não é apenas a parte que faz alegações que as deve provar, quando a parte contrária nega as afirmações, impõe-se a ela o ônus da prova.

5.2. Inversão do ônus da Prova

Vale ratificar que em regra a parte que fizer as alegações deverá prova-las, a inversão do ônus da prova é exceção e tem como objetivo equilibrar a relação processual, fazendo com que as partes fiquem em igualdade.

É de ser revelado que “a inversão do ônus da prova constitui instrumento de facilitação da defesa de certos direitos em juízo e consiste em atribuir ônus da prova à parte que dele estaria dispensada à luz da regra geral fixada em lei” (ALMEIDA, 2008, p. 487).

De acordo com a doutrina majoritária, os empregados possuem direito à inversão do ônus da prova por analogia ao art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Vejamos:

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;

O consumidor possui como direito básico a facilitação da defesa de seus direitos, quando for ele hipossuficiente ou quando suas alegações forem verossímeis, diante disso, o juiz poderá inverter o ônus da prova.

O legislador foi claro ao definir os requisitos para inversão do ônus da prova “(...) a inversão poderá ocorrer quando o consumidor for hipossuficiente ou a sua alegação reverter-se de verossimilhança. O atendimento de apenas um desses requisitos autoriza a inversão do ônus da prova” (ALMEIDA, 2008, p. 487).

Como se depreende, “atualmente, parece-nos não haver mais dúvida sobre o cabimento da inversão do ônus da prova nos domínios do direito processual do trabalho, não apenas pela aplicação analógica do art. 6º, VIII, do CDC, mas também pela autorização contida no art. 852-D da CLT” (LEITE, 2008, p. 600).

De acordo com Armando Porras Lopes:

A teoria da inversão do ônus da prova está inspirada em altíssimos princípios de interesse social e a sociedade está interessada em que a classe trabalhadora, motor de toda a atividade produtora, seja tutelada pela lei, daí que coincide o conceito supremo do interesse social de inversão de prova, com a natureza especial do direito do trabalho (*apud* ALMEIDA, 2008, p. 488).

Para Carlos Alberto Reis de Paula:

Inversão do ônus da prova está consagrada legalmente, sendo explicitado o critério para a sua aplicação. O interesse para o direito processual do trabalho está em que tem-se uma previsão legal, que pode ser invocada em subsidiariedade pelo juiz, valendo a orientação seguida pelo legislador como uma referencia relevante, a indicar o critério para a sua invocação, o que é perfeitamente factível se considerarmos, como sublinhado, a situação próxima entre o consumidor e o trabalhador (*apud* LEITE, 2011, p. 601).

É bem verdade que, para doutrina não existem dúvidas com relação à aplicação do Código de Defesa do consumidor analogicamente à relação de emprego.

(...) analogicamente viável a aplicação da regra do art. 852-D da CLT a qualquer processo trabalhista, com apenas uma advertência: o princípio em tela só tem lugar quando não existirem outras provas nos autos suficientes à formação do convencimento do juiz acerca dos fatos alegados pelas partes. LEITE.

Vale lembrar que, contando o empregador com mais de dez empregados, deverá haver o registro de frequência, sendo que, a não apresentação injustificada do controle de frequência gera presunção relativa de veracidade de jornada do empregado. Inverte-se de igual forma o ônus da prova para efeitos de hora extra, quando o empregador apresentar cartões de ponto com horários uniformes de entrada e saída, não serão estes considerados meio de prova, é o que prescreve a Súmula 338 do TST:

Súmula nº 338 do TST. JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA. 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. II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. 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.

Concluindo, não há que se falar em dúvidas com referência a aplicação do Código de Defesa do Consumidor analogicamente em relação ao processo do trabalho para que o trabalhador tenha facilitação na defesa de seus direitos, por ser hipossuficiente ou quando suas alegações forem verossímeis, neste caso, poderá o juiz inverter o ônus da prova.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tempos atrás não se falava a respeito de prova, a lei do mais forte prevalecia, com o passar do tempo a prova foi adquirindo novas características. Hoje, vigora no ordenamento jurídico brasileiro o princípio do livre convencimento motivado, possuindo o juiz liberdade para formar sua convicção na apreciação das provas, devendo justificar seu raciocínio.

É direito das partes participarem da formação do convencimento do juiz, produzindo prova de suas declarações, tendo em vista que afirmações não bastam para demonstrar a autenticidade ou não das alegações.

Cumpra ratificar que as provas devem ser analisadas pelo juiz de forma conjunta, cabendo ao juiz decidir-se sobre elas de acordo com seu livre convencimento e de forma justificada.

A prova obtida de forma ilícita é proibida pela Constituição Federal, entretanto, hodiernamente vem sofrendo mitigação decorrente do princípio da razoabilidade e de acordo com cada caso concreto, podem ser autorizadas.

Existe divergência doutrinária no que se refere ao objeto da prova. As partes devem provar fatos relevantes, pertinentes e controvertidos. Fatos notórios, fatos confessados, incontroversos e aqueles revestidos de presunção legal de veracidade ou existência, independem de prova.

Em regra a parte que fizer as alegações deverá fazer prova delas, porém, existem inúmeras exceções.

É bem verdade que não é apenas a parte que faz alegações que as deve provar, quando a parte contrária nega as afirmações, impõe-se a ela o ônus da prova.

Não há que se falar em dúvidas com referência a aplicação do Código de Defesa do Consumidor analogicamente em relação ao processo do trabalho para que o trabalhador tenha facilitação na defesa de seus direitos, por ser hipossuficiente ou quando suas alegações forem verossímeis, neste caso, poderá o juiz inverter o ônus da prova.

7. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cleber Lúcio de; **Direito Processual do Trabalho**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALMEIDA, Lúcio Rodrigues de; **Prova Trabalhista**. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

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

LEITE, Carlos Henrique Bezerra; **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2011.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Tocantins: Intelectus, 2003. V. 2, p. 80.

MARTINS, Sergio Pinto; **Direito Processual do Trabalho: Doutrina e Prática Forense**. São Paulo: Atlas, 2005.