

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO

**Distribuição dinâmica do ônus probatório no Direito  
Processual do Trabalho:** análise do artigo 818 da CLT  
mediante perspectiva principiológica do direito laboral

Nayara Maurícia de Oliveira

Juiz de Fora  
2011

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO

**Distribuição dinâmica do ônus probatório no Direito  
Processual do Trabalho:** análise do artigo 818 da CLT  
mediante perspectiva principiológica do direito laboral

Monografia de conclusão de curso na área de Direito Processual do Trabalho, apresentada pela acadêmica NAYARA MAURÍCIA DE OLIVEIRA à Universidade Federal de Juiz de Fora para conclusão do curso, sob orientação do Professor Doutor FLÁVIO BELLINE SALLES.

Juiz de Fora

2011

Nayara Maurícia de Oliveira

**Distribuição dinâmica do ônus probatório no Direito  
Processual do Trabalho:** análise do artigo 818 da CLT  
mediante perspectiva principiológica do direito laboral

Monografia apresentada ao programa de Conclusão de Curso de  
Graduação em Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora

Data da defesa: 30/11/2011

Banca examinadora:

---

Flávio Belline Salles (orientador)

---

Dorival Cirne de Almeida Martins

---

Jussara Araújo de Almeida

## RESUMO

A presente monografia pretende analisar o artigo 818 da CLT fazendo um estudo sobre as especificidades do direito do trabalho, em especial no que concerne aos princípios justrabalhistas, que justificam uma visão diferenciada do ônus probatório no direito processual do trabalho ao invés do simples atendimento à regra geral da CLT e do Código Civil, na qual cabe ao autor a prova das suas alegações e ao réu cabe a prova dos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do seu direito. Cuida, portanto, da defesa da flexibilização do artigo 818 da CLT através da distribuição dinâmica do ônus probatório.

Palavras chave: prova, ônus da prova, distribuição dinâmica, princípios trabalhistas

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>8</b>
<b><u>CAPÍTULO 1</u></b>	
<b>1. NOÇÕES GERAIS SOBRE PROVA.....</b>	<b>9</b>
1.1. CONCEITO .....	9
1.2. OBJETO DA PROVA .....	10
1.2.1. Características do fato probando .....	10
1.2.2. Fatos que in dependem de prova.....	11
1.2.3. Distinção entre fontes e meios de prova .....	12
1.3. O DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA .....	12
1.4. FINALIDADE DA PROVA .....	13
<b><u>CAPÍTULO 2</u></b>	
<b>2. ÔNUS DA PROVA .....</b>	<b>15</b>
2.1. CONCEITO E DISTINÇÃO DA OBRIGAÇÃO.....	15
2.2. FUNÇÃO SUBJETIVA E OBJETIVA DO ÔNUS DA PROVA.....	15
2.3. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA OPE LEGIS E OPE IUDICIS.....	17
2.4. ÔNUS DA PROVA DE FATO NEGATIVO .....	17
<b><u>CAPÍTULO 3:</u></b>	
<b>3. A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO.....</b>	<b>20</b>
3.1. O ARTIGO 818 DA CLT E O CPC.....	20
3.2. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DOS ÔNUS PROBATÓRIOS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	22
3.3. PRINCÍPIOS DO PROCESSO DO TRABALHO .....	24
3.4. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO.....	31
3.5. MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO PARA OPERAR-SE A DINAMIZAÇÃO DOS ÔNUS PROBATÓRIOS .....	34
<b>4. CONCLUSÃO .....</b>	<b>36</b>
<b>5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>38</b>

O temor do Senhor é o princípio do conhecimento; mas os insensatos desprezam a sabedoria e a instrução.  
(Prov.1:7)

Dedico este trabalho a minha mãe Áurea e a meu pai Maurício (in memoriam), aos meus irmãos e a Marina, por todo apoio, carinho, paciência e compreensão pelo tempo em que me privei de suas companhias para realizar o presente trabalho e concluir a etapa final do curso. Sou eternamente grata por acreditarem em meu potencial e me fazerem crer que apesar das dificuldades esse momento se tornaria possível. Dizer obrigada não é suficiente, vocês são partes integrantes dessa vitória!

Agradeço a Deus por ter iluminado e guiado meu caminho. Agradeço a Universidade Federal de Juiz de Fora, aos professores do curso de direito e ao meu orientador Flávio Belline, pelo auxílio na concretização da presente monografia. Agradeço aos amigos e a todas as pessoas especiais que estiveram comigo ao longo dos cinco anos de faculdade, que fizeram com que essa trajetória se tornasse mais prazerosa.



## INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem por finalidade analisar a distribuição do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho, levantando questões atinentes à flexibilização da regra do artigo 818 da CLT e à aplicação da teoria da distribuição dinâmica dos encargos probatórios.

Durante o desenvolvimento da pesquisa foi adotado o raciocínio dedutivo, partindo-se de uma análise geral sobre a prova e o ônus probatório, para melhor compreender o problema levantado, ou seja, quais as incompatibilidades da regra geral de distribuição do ônus probatório adotado na CLT face aos princípios e regras que regem o direito do trabalho, especificamente, e o direito processual, genericamente. Após a análise geral vai-se para a análise específica, a fim de verificar o desacordo da regra contida no artigo 818 da CLT com os princípios específicos do direito laboral, estudando o mecanismo da regra de distribuição dinâmica do encargo probatório como forma de compatibilizar o referido artigo com a efetiva tutela dos direitos dos trabalhadores. Assim, nos primeiros capítulos são feitas considerações gerais sobre prova e ônus probatório, traçando-se as diretrizes para que se possa melhor compreender o instituto da prova. É reservada ao terceiro e último capítulo a análise da aplicabilidade da distribuição dinâmica dos encargos probatórios no Direito Processual do Trabalho, a partir de uma perspectiva principiológica, comprometida com a adequada proteção da parte hipossuficiente da relação processual trabalhista.

Diante da incompatibilidade da regra geral de distribuição estática do ônus probatório com o Direito Processual do Trabalho, levando-se em conta a instrumentalidade deste e o princípio da adequação, sugere-se a aplicação do mecanismo de distribuição dinâmica dos encargos probatórios neste segmento da ciência processual, mecanismo este que surge como alternativa capaz de superar as dificuldades práticas trazidas pela disposição do artigo 818 da CLT, aplicando-se apenas quando este não se revelar adequado aos fins a que se destina, entre eles servir de verdadeiro instrumento à efetivação da adequada tutela dos direitos.

## **CAPÍTULO 1**

### **1. NOÇÕES GERAIS SOBRE PROVA**

#### **1.1. CONCEITO**

O vocábulo prova não possui apenas um significado, vez que não se restringe ao campo do Direito: pelo contrário, está presente no cotidiano dos indivíduos, sendo que seu significado comum e corrente é a demonstração da veracidade de determinada alegação.

No campo do Direito, a prova possui enorme importância, constituindo parte fundamental do Direito Processual, pois não basta que se tenha um direito, é necessário possuir, também, os meios probatórios necessários à sua comprovação perante o juízo.

Conforme sintetiza Fredie Didier Jr., no sentido jurídico o vocábulo prova pode ser utilizado em basicamente três situações:

“a) às vezes, é utilizado para designar o ato de provar, é dizer, a atividade probatória; é nesse sentido que se diz que àquele que alega um fato cabe fazer prova dele, isto é, cabe fornecer os meios que demonstrem a sua alegação; b) noutras vezes, é utilizado para designar o meio de prova propriamente dito, ou seja, as técnicas desenvolvidas para se extrair a prova de onde ela jorra; nesse sentido, fala-se em prova testemunhal, prova pericial, prova documental etc.; c) por fim, pode ser utilizado para designar o resultado dos atos ou dos meios de prova que foram produzidos no intuito de buscar o convencimento judicial e é nesse sentido que se diz, por exemplo, que o autor fez prova dos fatos alegados na causa de pedir.”<sup>1</sup>

Constata-se, assim, que, juridicamente, o vocábulo prova possui acepções diversas, tendo como característica de fundamental importância a interdisciplinaridade, podendo ser conceituado em dois sentidos: em sentido

---

<sup>1</sup> DIDIER, Fredie Jr. “Curso de direito processual civil. Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela”, cit., p. 42.

objetivo, quando se trata da atividade probatória em si ou dos meios utilizados para desenvolver a prova, ou em sentido subjetivo, para designar o efeito da prova no convencimento do juiz.

## 1.2. OBJETO DA PROVA

Segundo a doutrina mais moderna, provar significa demonstrar a veracidade de uma alegação, ou seja, a prova não recai sobre os fatos, uma vez que estes são certos, existem ou não, mas, sim, sobre as alegações, que podem ou não ser condizentes com a verdade, partindo daí a necessidade de prová-las. Constituem, assim, o objeto da prova, as alegações sobre os fatos e não os fatos em si, muito embora se faça referência, sempre, à prova dos fatos.

### 1.2.1. Características do fato probando

São características do fato probando a controvérsia sobre as alegações feitas pelos litigantes; a relevância, isto é, os fatos que devem ser provados são aqueles que podem influenciar na decisão da causa e, por fim, a determinação, no sentido de que os fatos devem ser identificáveis no tempo e no espaço. Logo, são objeto da prova os fatos controversos, relevantes e determinados.

Constituem exceções à regra da controvérsia, ou seja, mesmo não sendo contestados, deve ser feita a prova dos fatos, as seguintes situações: a) quando a prova é determinada pelo juiz, para que auxilie na formação de seu convencimento; b) a lide versar sobre direitos indisponíveis; c) a lei exigir que a prova do ato jurídico revista-se de forma especial.

O nosso sistema processual acolhe a máxima *da mihi factum, dabo tibi jus*, ou seja, a parte não precisa provar o direito, mas apenas os fatos, já que existe a presunção legal de que o juiz conhece o direito. Trata-se de uma presunção absoluta no que tange ao direito federal, mas, nos termos do artigo 337 do CPC, o juiz pode determinar a comprovação do teor e da vigência do direito estrangeiro, municipal, estadual, distrital ou consuetudinário que a parte alegar nos autos. Nesses casos, as provas recaem não sobre matéria fática,

mas sobre matéria de direito, fugindo à regra geral. Em relação ao Direito Processual do Trabalho, sendo a CLT omissa, recorre-se ao artigo 769 da CLT, para aplicar as regras existentes no CPC referentes a tal questão, autorizando-se o Juiz do Trabalho a determinar que a parte prove o teor e a vigência também dos Acordos Coletivos, Convenções Coletivas, Regulamentos Empresariais, Sentenças Normativas ou Direito Comparado por aquela invocados.

### **1.2.2. Fatos que independem de prova**

Nem todos os fatos precisam ser provados em juízo. Disciplina o artigo 334 do CPC que independem de prova os fatos notórios; afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; admitidos, no processo, como incontroversos; em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Notórios são os fatos que, por fazerem parte da cultura em determinado meio social, são conhecidos por todos no momento em que há o julgamento da causa. Para que seja notório, um fato não precisa ser conhecido por todas as pessoas, mas, sim, por aquelas que fazem parte do meio social em que se dá a notoriedade, que é, portanto, um conceito relativo. Outra característica do fato notório é que não precisa ser necessariamente conhecido: basta que, de acordo com a cultura média do homem, possa sê-lo.

No tocante aos fatos afirmados por uma parte e confessados pela outra, leciona Didier que o legislador incorreu em equívoco, vez que a própria confissão é um meio de prova. Logo, nesses casos, os fatos independem de outro meio de prova além da confissão.

No que diz respeito aos fatos admitidos no processo como incontroversos, falta-lhes uma característica fundamental relativa ao fato probando: que seja controverso.

Por fim, não necessitam de prova os fatos cuja existência seja legalmente presumida. Pode tal presunção ser absoluta ou relativa. No último caso, poderá a parte contrária produzir prova para demonstrar que a afirmação não é verdadeira.

### **1.2.3. Distinção entre fontes e meios de prova**

Os meios de prova para a instrução do processo são as espécies de prova que serão produzidas em juízo, sendo perfeitamente possível que um mesmo fato seja comprovado por vários meios. O artigo 332 do CPC preceitua que são hábeis para demonstrar a veracidade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no Código.

Já as fontes de prova podem ser entendidas como as pessoas, coisas e fenômenos de que a prova emana. As provas podem ser classificadas, quanto à fonte, em pessoais ou reais. As fontes pessoais são aquelas das quais deriva afirmação pessoal, com o intuito de provar determinada alegação, e as fontes reais são as que se deduzem mediante a simples observação do estado das coisas.

### **1.3. O DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA**

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, § 2º, admite a possibilidade de existência de outros direitos fundamentais, além daqueles que estão expressos no texto constitucional. Assim, é possível que haja direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime ou dos princípios adotados na Constituição ou de tratados internacionais que tenham sido incorporados ao nosso sistema, configurando-se um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais. Não há, portanto, um rol taxativo na Constituição, que, ao contrário, é receptiva a novos conteúdos.

No que tange aos tratados internacionais, a questão da prova encontra-se disciplinada em dois tratados que foram recepcionados pelo ordenamento brasileiro. Um deles é a Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica, e, o outro, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

Analisada a prova no sistema interno da Constituição, pode-se classificá-la como sendo um direito fundamental, o que se justifica por decorrer da garantia constitucional de acesso a uma ordem jurídica justa e das garantias de ação, defesa e contraditório. É por meio do processo que se dá a efetivação

da tutela aos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, sendo a prova aspecto de fundamental importância no âmbito do Direito Processual, vez que a adequada formação do juízo depende da satisfação probatória dos fatos que sustentam o direito alegado, sem a qual é impossível que haja uma efetiva tutela jurisdicional. Assim, o direito à prova constitui corolário do direito fundamental ao processo justo, no qual há efetiva participação dos sujeitos processuais na formação do convencimento do juiz, mediante instrução probatória adequada.

#### 1.4. FINALIDADE DA PROVA

Acerca da finalidade da prova existem, basicamente, três teorias, intimamente relacionadas aos sistemas de valoração das provas. Para a primeira teoria, a prova possui a finalidade de estabelecer a verdade, o que não é aceito pela doutrina majoritária, uma vez que a verdade não é o fim do processo. Em caso contrário, o processo perderia seu caráter instrutório, para ser um fim em si mesmo. As verdades que se buscam na instrução judicial limitam-se à comprovação das afirmações e dos fatos alegados pelas partes, não correspondem a uma verdade absoluta, até porque é impossível ao ser humano atingir a verdade absoluta ou ter a certeza de seu atingimento.

A segunda teoria, já admitindo a impossibilidade de se atingir a verdade real no processo, estabelece um critério de tarifamento legal das provas. Neste sistema, as provas são pré-valoradas pela própria lei, que fixa uma hierarquia entre os meios de prova. Assim, a finalidade da prova é, justamente, fixar, formalmente, os fatos trazidos ao processo pelos sujeitos processuais, nessa escala pré-valorada de provas.

Para uma terceira teoria, a finalidade da prova é permitir a formação do convencimento do juiz. Esta teoria, completamente oposta à anterior, admite a possibilidade de o juiz valorar os elementos probatórios, não estando preso aos parâmetros estabelecidos pela lei, desde que fundamente sua decisão, indicando quais os elementos probatórios que o levaram a decidir de determinada forma.

Não há dúvidas de que, realmente, a finalidade da prova é permitir que o julgador conheça os fatos sobre os quais fará incidir o direito, para que possa firmar o seu convencimento, alcançando a certeza necessária à sua decisão. Não é à toa que o juiz é o principal destinatário das provas, já que é ele quem precisa ser convencido da verdade quanto aos fatos, para que possa decidir.

## **CAPÍTULO 2**

### **2. ÔNUS DA PROVA**

#### **2.1. CONCEITO E DISTINÇÃO DA OBRIGAÇÃO**

O ônus da prova consiste na exigência feita pelo legislador, a um dos litigantes ou a ambos, de demonstrarem a veracidade das alegações por eles levadas ao processo. Ou seja, as regras do ônus da prova determinam a quem incumbe o encargo da produção de provas acerca de cada alegação, buscando criar no juiz a convicção acerca de sua veracidade. Relevante ressaltar que o ônus não se confunde com uma obrigação ou um dever, pois aquele a quem incumbe provar não recebe, se não o faz, qualquer sanção. A única consequência jurídica da falta de prova acerca daquilo que se alega é o não acatamento da alegação. A parte incumbida de provar, caso não demonstre a veracidade dos fatos alegados, assume o risco de perder a causa. Diferentemente, em havendo uma obrigação, existe a possibilidade de coerção, uma vez que o titular do direito pode exigir o seu cumprimento, sob pena de aplicação de uma sanção jurídica. Assim, há no ônus não uma idéia de obrigação, pois constitui imperativo de interesse próprio da parte, mas, sim, uma idéia de risco a ele inerente, que impõe à parte onerada a satisfação do seu encargo probatório, para que se possa evitar uma consequência jurídica desfavorável. Falar-se em ônus da prova, assim, não significa remissão a uma obrigação. Ônus e obrigação não se confundem: quando há ônus, tutela-se interesse próprio; quando há obrigação, interesse de outrem.

#### **2.2. FUNÇÃO SUBJETIVA E OBJETIVA DO ÔNUS DA PROVA**

As regras de repartição dos ônus probatórios no processo não possuem sua utilização limitada à formação do convencimento do juiz quando não há provas suficientes no processo. As partes, quando comparecem em juízo, possuem parcela de responsabilidade na formação do material probatório destinado ao convencimento do juiz, vez que o interesse de verem acolhidas suas pretensões depende da utilização satisfatória dos meios de prova que a



lei permita usar para persuadir o julgador. Neste sentido, a distribuição do ônus da prova exerce importante função, denominada função subjetiva do ônus da prova, de estruturação da atividade probatória das partes.

Ocorre que é possível que as provas produzidas no processo pelos litigantes sejam insuficientes para o convencimento judicial. Apesar disso, o órgão judicial está obrigado a julgar, sendo vedado ao juiz pronunciar-se pelo *non liquet*. Assim, temos configurada a função objetiva do ônus da prova, que funciona como regra voltada para o juiz e indica como ele deverá julgar diante dessa insuficiência probatória, ensejando sentença contrária aos interesses da parte que não se desincumbiu de seu encargo.

Sintetizando, o ônus subjetivo da prova é regra voltada para a atividade das partes, enquanto o ônus objetivo é regra de julgamento voltada para o juiz, como forma de ajudá-lo a decidir em casos em que não há uma instrução probatória suficiente.

Importante verificar a notória importância que é dada à função objetiva do ônus da prova, reservando ao seu aspecto subjetivo uma posição desprivilegiada. Alguns autores chegam a questionar a utilidade do estabelecimento de duplicidade de funções ao ônus probatório, afirmando ser importante não a conduta das partes na instrução, mas, sim, o resultado da instrução e sua avaliação e julgamento pelo juiz.

Ora, não há como negar a importância do aspecto subjetivo do ônus probatório no processo contemporâneo, no qual o diálogo entre as partes e sua efetiva participação, não só com a oportunidade de alegar, mas também de requerer e produzir provas, influenciando verdadeiramente no direcionamento do processo e no convencimento do juiz, são pressupostos da garantia constitucional do contraditório.

Assim, a idéia de que o ônus da prova seria apenas uma forma de solucionar o problema da ausência de prova, indicando qual dos litigantes responderá por tal ausência, corresponde a uma visão equivocada e desvencilhada da dimensão dialética do processo, que se consubstancia na cooperação das partes com o órgão judicial.

### 2.3. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA *OPE LEGIS* E *OPE IUDICIS*

É comum, na doutrina, a divisão das regras de inversão do ônus da prova em regras de inversão legal e de inversão judicial. A inversão legal é a determinada pela própria lei, segundo a qual, numa dada situação, haverá uma distribuição dos encargos probatórios de forma diferente da disposta no artigo 333 do CPC. Já a inversão judicial é aquela em que o legislador abre oportunidade ao juiz, de acordo com o caso concreto, para inverter o ônus da prova. Neste caso, não há uma regra pré-fixada, ou seja, será o magistrado que, a depender das circunstâncias, irá excepcionar a regra geral de distribuição dos encargos probatórios.

Verifica-se que, em se tratando da inversão *ope legis*, não há, propriamente, uma inversão do ônus da prova, mas, sim, uma exceção à regra geral sobre o tema. Isto porque o juiz limita-se a aplicar o dispositivo legal específico, observando se as partes desincumbiram-se do seu respectivo ônus probatório. Já na inversão *ope iudicis*, há verdadeira apreciação subjetiva pelo magistrado. Um bom exemplo de inversão *ope iudicis* é o artigo 6º, VIII, do CDC, que permite que o magistrado inverta o ônus probatório caso haja verossimilhança da alegação do consumidor, segundo as regras ordinárias de experiência ou quando o consumidor for hipossuficiente.

### 2.4. ÔNUS DA PROVA DE FATO NEGATIVO

A idéia de que os fatos negativos não precisam ser provados, que predominou durante muito tempo, sob influência do Direito Romano, vem sendo modificada. Isto porque toda negação contém, mesmo que implicitamente, uma afirmação. Afinal, não é porque a forma da frase é negativa que o seu conteúdo também será negativo.

Conforme esclarece Carlos Alberto Reis de Paula, do ponto de vista filosófico há negativas absolutas e relativas.

“Se alguém diz que foi empregado de determinada empresa e essa simplesmente nega o fato, temos uma negativa

absoluta. Se a prova da negativa não fosse impossível, pelo menos temos que admitir que seria difícilima. O que se pode perguntar é se essa impossibilidade ou dificuldade resulta da circunstância de ser uma negativa. Se bem ponderarmos chegamos à conclusão que isso se dá também com as afirmativas. Se, por exemplo, Joaquim afirma que sempre usou relógio, a prova desse fato positivo é impossível ou quando menos difícilima. A conclusão a que chegamos é que a impossibilidade de se provar a negativa indefinida ou absoluta não reside na circunstância de ser negativa, mas porque é indefinida.”

Assim sendo, somente as negativas relativas necessitam de prova, isto porque as negativas absolutas correspondem a alegações indeterminadas que, como visto anteriormente, não podem ser provadas, uma vez que uma das características do fato probando é que deve ser determinado. O que aqui interessa é saber como será distribuído o ônus probatório nos casos em que estão presentes negativas relativas.

Há autores, a exemplo de Arruda Alvim, que sustentam que o ônus da prova, nesses casos, seria bilateral, ou seja, de ambas as partes.

Já para Fredie Didier Jr., toda prova é unilateral, caso contrário não teria o juiz como julgar a causa se nenhuma das partes houver se desincumbido do seu ônus, que teria sido imposto a ambas. Para o renomado autor, deve ser feita a distinção entre duas diferentes hipóteses: caso a parte deduza negativa relativa correspondente a não-fato constitutivo do seu direito, cabe a ela demonstrar indiretamente sua não ocorrência, com a prova do fato correlato; caso deduza negativa relativa, em sua defesa, para negar fato constitutivo do direito do seu adversário, fazendo, simultaneamente, uma afirmação de fato positivo que demonstra a sua não ocorrência, poderá o juiz agir de duas formas: manter a regra geral do artigo 333 do CPC, que impõe o encargo de provar o fato constitutivo de seu direito ao autor ou, percebendo que o réu tem melhores condições de realizar a prova, inverter o ônus probatório, distribuindo-o dinamicamente, a fim de que o réu prove o contrário, ainda que de forma indireta, com a demonstração do fato positivo por ele aduzido.

Para Carlos Alberto Reis de Paula, o autor assume o ônus da falta de prova, pelo que, se arrolar fatos negativos para sustentar seu pleito, haverá de prová-los se quiser obter êxito na demanda. Contudo, se o réu comparecer em juízo e negar, pura e simplesmente, de forma absoluta ou indefinida, a situação apontada pelo autor, prova haverá de ser produzida por este. Mas, se a negativa não for absoluta, mas corresponder a negação de circunstâncias, características, modalidades, ao réu competirá a produção da prova.

Como se verifica, não é tarefa fácil determinar a distribuição dos encargos probatórios nos casos em que estão presentes negativas relativas, pois muitos são os posicionamentos doutrinários a respeito e a jurisprudência não traz solução unívoca.

### **CAPÍTULO 3**

## **3. DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO**

### **3.1. O ARTIGO 818 DA CLT E O CPC**

Apenas um dispositivo da CLT cuida, expressamente, do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho: o artigo 818, que estabelece que “a prova das alegações incumbe à parte que as fizer”. Devido à simplicidade do texto consolidado, aplica-se, conjugadamente, com base no disposto no artigo 769 do mesmo diploma, a regra estabelecida no artigo 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. Num exame mais restrito, percebe-se que tanto o artigo 333 do CPC, quanto o artigo 818 da CLT tratam da mesma coisa. Porém, embora a CLT contenha norma própria, não se justificando o apelo ao artigo 769, a aplicação do artigo 333 do CPC é aceita pela jurisprudência. Impõe-se, portanto, entender o que são fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito. Para tanto, esclarecedora é a lição de Heloísa 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 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 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 do comparecimento. Compete à reclamada sua demonstração”.<sup>2</sup>

Resumindo, os fatos impeditivos são as circunstâncias e acontecimentos que, por exceção, retiram os efeitos do direito pretendido; os fatos modificativos são aqueles que modificam o direito alheio pretendido e, finalmente, os fatos extintivos do direito alheio são aqueles que fazem desaparecer o direito pretendido.

Existem, assim, dois tipos de defesa do réu: a defesa direta, na qual ele simplesmente nega o fato constitutivo do direito do autor, e a defesa indireta, na qual o réu admite o fato constitutivo, mas traz ao processo fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da pretensão jurídica deduzida em juízo pelo autor da ação. Conforme as regras atinentes ao ônus probatório, o réu não tem o ônus da prova na defesa direta, mas apenas na defesa indireta.

Portanto, à semelhança do CPC, a CLT distribui previamente e de forma abstrata o ônus da prova, razão pela qual se diz que a distribuição dos encargos probatórios nestes dois diplomas legais acolheu a teoria estática do ônus da prova. Assim, compete a cada uma das partes o ônus de provar as alegações que fizer, pouco importando se essa distribuição legal traz alguma dificuldade probatória para as partes, restando desconsiderados aspectos relacionados à realidade concreta do processo. Isto ocorre porque as regras de distribuição do encargo probatório foram consagradas tendo em vista três pontos de referência, quais sejam, a posição das partes no processo, isto é, se é do autor ou do réu de que se trata; a natureza constitutiva, extintiva, impeditiva ou modificativa dos fatos que fundamentam a pretensão do direito alegado em juízo e, por fim, o interesse em provar o fato. Importou-se o legislador, apenas, com o estabelecimento da segurança jurídica e de uma igualdade meramente formal entre as partes, o que resultou na criação de uma

---

<sup>2</sup> MARQUES, Heloísa Pinto. A prova no processo do trabalho. Revista Ciência Jurídica. Belo Horizonte, n. 14, p. 19 et seq., mar./abr. 1999.

regra incompatível com a visão de um Estado Democrático de Direito, no qual a garantia a uma ordem jurídica justa é elevada à condição de direito fundamental. Não bastasse isso, aludida regra mostra-se totalmente alheia às especificidades da seara laboral. Não é demais lembrar que o Direito do Trabalho tem por objetivo a proteção ao trabalhador, parte hipossuficiente da relação de emprego, e o princípio protecionista transmite-se e até mesmo revigora-se no âmbito processual trabalhista.

### **3.2. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A análise da teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório no Direito Processual do Trabalho deve ser feita à luz dos direitos fundamentais, vez que tais direitos desempenham um relevante papel na construção do Estado Democrático de Direito. Os direitos fundamentais não são mais vistos, simplesmente, como direitos que possibilitam ao indivíduo impedir a ingerência do poder público em sua liberdade e propriedade. Para além de direitos de defesa, os direitos fundamentais são, também, direitos a prestações, conferindo ao Estado a tarefa de colocar à disposição da sociedade os meios imprescindíveis para o seu desenvolvimento. Ademais, os direitos fundamentais não apenas garantem os direitos subjetivos, como também funcionam como princípios orientadores de todo o ordenamento jurídico, inclusive das normas procedimentais, vez que o processo funciona como instrumento de concretização dos direitos materiais, inclusive daqueles elevados à categoria de direitos fundamentais pela Constituição Federal.

Necessário se faz, portanto, analisar as regras de distribuição dos encargos probatórios, no sistema processual trabalhista, à luz dos direitos fundamentais, uma vez que tais regras não se compatibilizam com os direitos fundamentais processuais, o que impossibilita uma efetiva proteção aos direitos fundamentais materiais.

O direito fundamental ao devido processo legal, que possui como corolários o contraditório e a ampla defesa, consagra o direito ao processo justo como o mais fundamental dos direitos, vez que é imprescindível para a

tutela dos direitos fundamentais materiais e, por isso, passa, também, a ser entendido como um direito fundamental. Para garantir o acesso à ordem jurídica justa, por sua vez, é necessário, também, considerarmos o direito de ação e de defesa, que passam, igualmente, a ser compreendidos como direitos fundamentais.

No que diz respeito ao direito de ação, é importante que se tenha em vista que não basta ter a possibilidade de ingressar em juízo: o direito de ação vai muito além disso, corresponde à efetiva tutela dos direitos pleiteados. Assim, as técnicas processuais devem ser capazes de atender à necessidade de tutela dos direitos, o que vincula não só o legislador, no momento de elaboração das normas mas também o juiz, que, ao verificar qualquer omissão ou inadequação do diploma legal, deve interpretar o caso concreto à luz das garantias constitucionais.

Assim como o direito de ação, o direito de defesa também é de suma importância para que se atinja o direito fundamental ao processo justo: ao réu, deve ser dada a efetiva possibilidade de se defender.

Logo, se a real possibilidade de influenciar o convencimento do juiz, mediante o exercício dos direitos de ação e de defesa, é fundamental para seja alcançado um processo justo, em que haja efetiva tutela dos direitos, fica clara a importância do direito probatório, uma vez que é justamente mediante a produção de provas que as partes do processo atuam para a formação do juízo de fato. Por isso, a repartição do ônus da prova assume papel de destaque nessa discussão. Destarte, se o processo constitui ferramenta indispensável para a realização da justiça e para a tutela dos direitos fundamentais, não se pode admitir que o formalismo processual impeça o processo de alcançar o seu fim.

Numa outra perspectiva, pode-se compreender a dinamização do ônus probatório sob a ótica da defesa do direito constitucional à igualdade. Importante observar que a Constituição Federal garante o direito tanto à igualdade formal, ou seja, à igualdade perante a lei, quanto a igualdade material ou substancial, que corresponde à igualdade na lei. Na igualdade formal, busca-se a aplicação uniforme da lei, sem qualquer distinção, enquanto na igualdade substancial leva-se em conta as particularidades entre os sujeitos, que os conduzem a uma situação de desigualdade que deve ser combatida. O



problema da distribuição estática do ônus da prova é que nem sempre ele será capaz de lidar com as dificuldades impostas pela realidade concreta em determinados casos. Não são os litigantes igualmente capazes de produzir provas, com vistas a formar o convencimento do juiz, o que pode ser facilmente visualizado no âmbito do Direito Processual do Trabalho, no qual a parte reclamada geralmente corresponde à empresa e, a parte reclamante, ao empregado.

Nas palavras do professor Márcio Túlio Viana, “ao propor sua demanda, o reclamante não deixa de ser operário, semi-analfabeto e pobre: o seu mundo natural é a fila do elevador, o guichê da atermação, o corredor do fórum. Por sua vez, o reclamado continua a ser o empresário que sempre foi: senta-se (e sente-se) à vontade na sala de audiências, responde ou esconde a verdade que quiser, conversa de igual para igual com o juiz”. Assim, a problemática da igualdade, no procedimento probatório, não se resolve simplesmente predispondo que as partes devam ser tratadas de forma isonômica, ou seja, sem discriminação na participação para a formação do juízo, em termos puramente abstratos, sem considerar a concreta possibilidade de cada parte produzir determinada prova. Fazê-lo dessa forma é, nitidamente, ferir o direito fundamental à igualdade substancial, já que a disciplina legal dos ônus probatórios não é capaz de lidar com a realidade concreta, o que aponta para a necessidade de repensar a aplicação da regra do artigo 818 da CLT e, conjuntamente, do artigo 333 do CPC, com a respectiva possibilidade de o juiz operar a dinamização dos ônus probatórios sempre que observar desequilíbrio na aptidão para a produção das provas.

### **3.3. PRINCÍPIOS DO PROCESSO TRABALHISTA**

O Direito do Trabalho é regido por princípios gerais que orientam a formação das normas jurídicas e a aplicação destas às relações de emprego. Esses princípios orientam desde a formação da norma jurídica até a sua efetiva aplicação.

Os princípios do Direito do Trabalho fundamentam, inspiram, orientam e auxiliam na interpretação de suas normas. Relativamente à

proteção do empregado, tem-se como mais importantes os princípios conceituados como *in dubio pro operario*, "da aplicação da norma mais favorável", "da continuidade do contrato de trabalho", "da irrenunciabilidade de direitos" e "da primazia da realidade". É importante ressaltar que o princípio maior (da proteção) é entendido pela doutrina como subdividido nesses ora relacionados, pois todos exercem a proteção do hipossuficiente.

*In dubio pro operario*: Este princípio do Direito do Trabalho consiste no favorecimento da parte mais fraca (o operário), sempre que existirem duas interpretações distintas para a norma jurídica aplicável à relação de emprego. A interpretação favorável ao empregado também será utilizada quando existirem lacunas na lei que tornem passível de dúvida sua aplicação. Em qualquer hipótese, a interpretação da lei (ou do contrato individual ou do coletivo) deverá pender para o empregado, face à desigualdade de forças das partes integrantes da relação de emprego.

A aplicação deste princípio não é absoluta, somente sendo autorizada pela doutrina quando exista verdadeira dúvida, real e concreta. A interpretação da norma deverá obedecer à vontade do legislador e visar ao favorecimento da coletividade em que se situa o empregado, não apenas deste, individualmente (do contrário, visando ao favorecimento exclusivo do empregado, poder-se-ia inviabilizar o negócio ou impedir a abertura de postos de trabalho subordinado).

Este princípio não poderá ser aplicado para integrar a norma jurídica, alterá-la, corrigi-la ou mesmo estender sua aplicação a fatos não abrangidos quando de sua criação, ou seja, somente será autorizada sua aplicação para efetiva interpretação.

Princípio da Aplicação da Norma mais Favorável: apesar de se apresentarem como semelhantes, o princípio *in dubio pro operario* não se confunde com o princípio "da aplicação da norma mais favorável". A diferença está centrada no número de normas que regulam o direito controvertido: o primeiro é aplicável quando uma única norma comporta duas ou mais interpretações; o segundo é aplicável quando existem duas ou mais normas tratando do mesmo direito controvertido, situadas em graus de hierarquia

distintos. A diferença de grau de hierarquia é imprescindível, pois, se normas jurídicas situadas no mesmo grau contiverem disposições contrárias ou mais abrangentes, é certo que uma delas acabará revogada.

Este princípio impõe que, existindo normas positivas tratando do mesmo direito, seja aplicada aquela que mais beneficie o empregado. Autoriza que o julgador, diante de uma situação em que existam normas concretas situadas em diferentes graus de hierarquia, aplique aquela que mais direitos garanta ao trabalhador.

Frise-se que a escolha da norma mais vantajosa deverá obedecer à natureza, à modalidade e às circunstâncias que envolvem a relação de trabalho, pois a norma aplicável a determinada categoria de trabalhadores nem sempre será a melhor para outra categoria, ainda que ligadas ao mesmo empregador (é possível existir, na mesma empresa, a categoria dos comerciários e a dos motoristas, por exemplo).

**Princípio da Continuidade do Contrato:** o princípio da continuidade do contrato de trabalho visa à permanência do empregado na relação de trabalho e não a servidão por toda a vida, como ocorria na época da escravidão. O salário, que difere a relação de trabalho da relação escrava, é a retribuição pelo serviço prestado, possuindo caráter alimentar, porque se destina ao atendimento das necessidades básicas do trabalhador.

Este princípio visa à proteção do empregado, que não deseja a ruptura do contrato de trabalho, face à necessidade de satisfazer às suas necessidades, especialmente alimentares (*lato sensu*), e, por via de consequência, de ter um empregador que cumpra as obrigações legais e convencionais (pagamento pontual dos salários, concessão de férias etc.).

Diante do empregador que deixa de obedecer às normas legais ou que infringe as disposições do contrato de trabalho, o empregado pode considerar rescindido o contrato, exigindo todos os direitos decorrentes da dispensa sem justa causa. Destarte, fica evidente que o empregador jamais poderá forçar o empregado a pedir demissão, utilizando-se de expedientes ilícitos ou imorais, pois o legislador facultou a este o direito de rescindir sem ter que abdicar aos seus direitos.

Da mesma forma, existindo dúvida quanto ao fato determinante da ruptura do contrato de trabalho, seja por dispensa motivada, seja por rescisão indireta (artigos 482 e 483 da CLT, respectivamente), impõe-se a aplicação da presunção de que o empregado desejava permanecer no emprego, não o fazendo por motivos alheios à sua vontade.

A lei, a doutrina e a jurisprudência, obedientes a este princípio, criaram a obrigação de o empregador empenhar todos os meios para que a rescisão do contrato por justa causa não seja levada a efeito, determinando a aplicação de medidas que visem à reeducação do empregado, tais como advertências verbais, escritas, suspensão disciplinar, para, não restando outra alternativa, rescindir o contrato por justo motivo.

Igualmente inspirado neste princípio, o legislador criou indenizações para inibir a dispensa imotivada ou sem justa causa, onerando pecuniariamente a simples substituição do empregado, impedindo a rotatividade de mão-de-obra e, com isso, visando à manutenção do contrato de trabalho e a estabilidade social. Este princípio é benéfico também ao empregador, pois o empregado com maior tempo de trabalho ostenta maior experiência profissional, otimizando a produção e, conseqüentemente, propiciando melhores resultados do que o empregado recém-admitido.

Ainda por força deste princípio, a legislação determina que o contrato de trabalho presume-se celebrado com indeterminação de prazo para seu término, ao passo que a pré-determinação de prazo deve conter elementos sólidos e convincentes, sob pena de reconhecer-se o contrato de trabalho por prazo indeterminado e, com isso, tornar-se exigível o pagamento das indenizações que visam à inibição da dispensa sem justa causa.

Face à limitação de possibilidades da contratação a termo certo, com exceção do artigo 443 da CLT e da Lei nº 9.601, de 21.01.1998, em consonância com a diretriz consubstanciada no princípio da continuidade do contrato de trabalho, é imperioso que o contrato por prazo determinado seja, sempre, celebrado por escrito, a fim de facilitar a prova perante a Justiça do Trabalho e de não ter o empregador que arcar com indenizações que, em princípio, não seriam devidas.

Princípio da Irrenunciabilidade: o princípio da irrenunciabilidade de direitos consagra que o "operário" não pode renunciar aos seus direitos elementares. Os direitos irrenunciáveis do empregado podem ser divididos de acordo com as obrigações decorrentes, ou seja, de pagar (férias, 13º salário, multa por dispensa imotivada, labor em horas suplementares etc.) ou de fazer (registro e anotação do contrato na CTPS, fornecimento de EPI's, concessão de descanso por força das férias, prazo para pagamento das verbas rescisórias etc.). É certo, no entanto, que, em algumas situações, deixando o empregador de fazer, a própria norma já estabelece a penalidade pecuniária a favor do empregado (v.g. multa prevista no § 8º do artigo 477 da CLT), sem olvidar da penalidade administrativa/fiscal.

Este princípio corresponde a uma impossibilidade jurídica de o trabalhador privar-se, ainda que voluntariamente, de uma ou mais vantagens concedidas pelo Direito do Trabalho e consiste numa das modalidades de proteção ao hiposuficiente. Do contrário, o empregador poderia forçar o empregado à renúncia de direitos básicos consagrados no Direito do Trabalho. O empregado, com o fito de manutenção de seu salário mensal, de caráter alimentar e diretamente ligado à sobrevivência do indivíduo no mundo moderno urbano, submeter-se-ia a condições desumanas de trabalho, assim como renunciaria àqueles direitos básicos.

Princípio da Primazia da Realidade: o princípio da primazia da realidade consiste na maior valoração dos fatos e atos reais, em detrimento dos atos jurídicos escritos. A submissão do empregado, frente à necessidade do salário, conforme já mencionado, pode ensejar que este firme documentos contrários à sua vontade, fraudulentos, ou, ainda, que faça interpretação equivocada destes, à falta de exata compreensão dos termos empregados.

Diferentemente do Direito Civil, que, tratando dos vícios dos atos jurídicos, estabelece que estes não de ser provados para declaração de nulidade do ato formado, e ao contrário do princípio *pacta sunt servanda*, que estabelece a prevalência da vontade expressa no contrato, salvo exceções contidas na própria lei (equilíbrio das forças dos contratantes, força maior etc.), o princípio laboral em estudo estabelece que a realidade prevalecerá sobre documentos apresentados que a contradigam, isto durante a fase de instrução

do processo, sem qualquer necessidade de tomada de medidas especiais, bastando a simples impugnação ou a escorreita prova testemunhal contrária ao documento. É importante ressaltar que a prova testemunhal (prova da realidade) deve ser robusta, sob pena de não vingar. Um bom exemplo da realidade sobrepondo-se à prova documental diz respeito à jornada de trabalho, pois de nada adiantará que os cartões de ponto demonstrem jornada normal de trabalho, se as testemunhas confirmarem a existência de horas extras.

À luz do princípio em comentário, o contrato de trabalho frequentemente é designado "contrato-realidade", visto que decorre da relação de trabalho, independentemente de acordo de vontades, ou seja, independentemente de contrato tácito ou escrito, formal ou informal.

O estudo dos princípios gerais do Direito do Trabalho, em consonância com o ônus da prova no processo trabalhista, é fundamental, pois leva à melhor compreensão dos institutos desta ciência, que tem como objetivos, entre outros, o equilíbrio das forças litigantes e a proteção do trabalho.

A especialidade do ramo juslaboral garantiu o avanço jurídico do mesmo, constituindo-se em pedra basilar. Assim, o processo do trabalho é diferenciado do processo civil, pois atende a necessidades próprias do Direito do Trabalho, que possui um caráter específico, marcado por normas tutelares, em virtude da desigualdade originária existente entre o empregado e o empregador, desigualdade de caráter não só econômico, mas também na posição que cada um ocupa na relação jurídica que os vincula, que é de dependência e subordinação de um em relação ao outro. Como não poderia deixar de ser, a especialidade do processo do trabalho é significativamente marcada pelos princípios que norteiam a seara trabalhista. Neste sentido, a problemática envolvendo o ônus da prova na Justiça do Trabalho merece atenção, pois decorre da aplicação dos princípios gerais do Direito do Trabalho. Pertinente é a lição de Celso Antônio Bandeira de Melo, para quem princípio

“é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se

irradia sobre as diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido humano. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é mais grave que transgredir uma norma. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço e corrosão de sua estrutura mestra.”<sup>3</sup>

Garantir a mínima dignidade aos trabalhadores é o que informam todos os princípios peculiares à seara trabalhista. A partir do instante em que a especialidade é desfocada, corre-se o risco de desvirtuamento dos princípios, devendo o aplicador das normas orientar-se de forma cautelosa.

Além de não consentânea com os princípios laborais, a regra da distribuição estática do ônus probatório também é passível de crítica por não respeitar o princípio da adequação. O princípio da adequação é aquele que faz surgir, das particularidades do Direito do Trabalho, as peculiaridades do Direito Processual do Trabalho. Assim, o Direito Processual do Trabalho, entendido como direito instrumental, é meio indispensável à realização do Direito Material do Trabalho. Logo, as particularidades do Direito Processual do Trabalho devem corresponder às peculiaridades do Direito do Trabalho, já que o primeiro visa à efetivação das normas do segundo, nisto residindo seu caráter instrumental. De nada adiantaria o caráter protetivo do Direito do Trabalho, se, processualmente, o trabalhador não encontrasse os meios necessários para a sua efetivação, como ocorre na questão referente às provas. O artigo 818 da CLT não se adéqua ao Direito do Trabalho, pois mostra-se incapaz de suprir a desigualdade material entre empregados e empregadores, não contribuindo

---

<sup>3</sup> BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 538. *apud* LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. São Paulo: LTr, 2011.

para o fim almejado por este ramo do Direito, qual seja, a efetivação dos direitos sociais.

### **3.4. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO**

A análise do artigo 818 da CLT, mediante a perspectiva principiológica própria que rege o Direito do Trabalho, leva-nos à conclusão de que o ali disposto não é compatível com as especificidades do ramo trabalhista, ferindo os princípios que lhe são próprios. As regras de distribuição do encargo probatório não facilitam o acesso do trabalhador à prestação jurisdicional, pois não atentam para o fato de o trabalhador encontrar-se em situação de desigualdade econômica e jurídica. A aplicação conjunta do artigo 333 do CPC denota clara deturpação das singularidades do processo do trabalho, uma vez que o Direito Processual é um direito instrumental, com a função de dar aplicabilidade às regras do direito material. E, se no processo civil prevalece o princípio da igualdade dos sujeitos, havendo forte índole individualista e privatista, a aplicação simplista, no processo do trabalho, da regra de distribuição estática do ônus probatório, fere o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva e à igualdade substancial, além de não refletir o papel do magistrado na atualidade. Sintetiza esta idéia José Coelho Dierle Nunes, ao dizer que:

“Ao magistrado cumpre, na modernidade, o papel democrático de garantidor dos direitos fundamentais, não podendo ser omissor em relação a realidade social e devendo assumir sua função institucional decisória num sistema de regras e princípios embasado no debate endoprocessual e espaço público processual, no qual todos os sujeitos processuais e seus argumentos são considerados e influenciam a formação dos provimentos. Tal perspectiva não importa no esvaziamento do papel do magistrado, mas sim em sua redefinição.”



Qualquer alteração na distribuição dos encargos probatórios, para operar-se, torna necessária uma decisão judicial. A possibilidade de superação da distribuição dos encargos probatórios da forma estática, tal como foi positivada, necessita de maior atuação do juiz, que não deve ficar preso às amarras legais, quando estas claramente não se adequam aos direitos fundamentais e aos princípios justralhistas.

As particularidades do processo do trabalho são evidentes, pois, como meio de efetivação do Direito do Trabalho, aludido processo também visa à proteção dos interesses do trabalhador, amparo ao qual já se fez referência e que deve estar presente em todas as fases do processo, principalmente no tocante à prova e ao ônus de produzi-la.

O princípio da proteção ao hipossuficiente econômico tem instigado a jurisprudência trabalhista a acalmar a rigidez dessa divisão do encargo, referenciando-se o fato constitutivo, cuja comprovação acarreta um conjunto de problemas para o empregado, em razão da sua própria subordinação jurídica.

Passou-se a sustentar que a repartição legal dos ônus probatórios é injusta em determinados casos, na medida em que realça a desigualdade entre as partes no que toca à capacidade de produção da prova.

A técnica da dinamização dos ônus probatórios surge como alternativa capaz de superar as dificuldades práticas trazidas pela disposição do artigo 818 da CLT, verificando-se apenas quando este não se revelar adequado aos fins a que se destina, entre eles servir de verdadeiro instrumento à efetivação da adequada tutela dos direitos.

A dinamização dos encargos probatórios consiste na possibilidade de flexibilização judicial da disposição legal que distribui abstrata e estaticamente os ônus probatórios. Ou seja, é a possibilidade de relativização da distribuição legal dos ônus probatórios, por obra exclusiva do juiz, sem qualquer permissão legislativa para tanto. Essa dinamização ocorreria em determinados casos concretos, diante de particularidades que tornam a prova excessivamente difícil para a parte onerada e, em contrapartida, mais facilitada àquela inicialmente desonerada, distribuindo o ônus probatório de forma diversa (dinâmica) daquela que é estaticamente prevista na CLT e no CPC.

A dinamização propiciaria ao juiz conformar o procedimento probatório à luz das circunstâncias do caso concreto, permitindo que as partes

concentrem sua atividade probatória de modo eficiente, isto é, evitando economizar ou subtrair esforços em prol da adequada formação do juízo de fato. Na distribuição estática do ônus da prova, ocorre a acomodação da parte ré, quando a prova dos fatos constitutivos do direito do autor é extremamente difícil.

Sendo, portanto, alvo de inúmeras críticas, a rigidez do artigo 818 da CLT já vem sendo mitigada no caso concreto, diante das dificuldades do trabalhador em se desincumbir do ônus probatório. Carlos Henrique Bezerra Leite nos fala do surgimento de um novo princípio, o princípio do ônus da prova, que, segundo o autor, permite ao juiz inverter o ônus da prova de acordo com a aptidão de quem se encontra em melhores condições de trazer a juízo a prova da verdade real. Para o referido autor, não há dúvidas sobre o cabimento da inversão do ônus da prova nos domínios do Direito Processual do Trabalho, não apenas pela aplicação analógica do artigo 6º, VIII, do CDC, mas também pela autorização do artigo 852-D da CLT, *in verbis*:

O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerando 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.

Entende o autor ser a regra do artigo 852-D da CLT aplicada a qualquer procedimento do processo trabalhista e não só ao procedimento sumaríssimo, fazendo apenas a ressalva de que o princípio em tela só tem lugar quando não existirem nos autos provas suficientes à formação do convencimento do juiz acerca dos fatos alegados pelas partes.

Importante ressaltar o equívoco da expressão “inversão” do ônus da prova, embora a expressão já esteja consagrada em nossa tradição jurídica e tenha sido a utilizada pelo legislador no Código de Defesa do Consumidor. Isto porque o termo “inversão”, na verdade, refere-se a transferência integral dos ônus probatórios de uma parte a outra. Altera-se apenas o sujeito no qual recairá o ônus da prova, mas o esquema legal estático e abstrato continua

mantido. Por sua vez, o termo “dinamização” reflete a flexibilização do esquema estático, no qual é possível a transferência do ônus da prova relativamente a apenas algumas circunstâncias de fato capazes de serem provadas com maior facilidade por uma parte, uma vez que nem todas as alegações fáticas são aptas a fundamentar a transferência dos encargos probatórios.

### **3.5. MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO PARA OPERAR-SE A DINAMIZAÇÃO DOS ÔNUS PROBATÓRIOS**

Não há uniformidade doutrinária quanto ao momento processual adequado para que o juiz opere a distribuição do ônus da prova. Existem na doutrina três correntes quanto ao momento em que deve ocorrer a distribuição.

A corrente doutrinária que defende a manifestação do julgador apenas ao final do processo entende a regra de distribuição do ônus da prova apenas em seu aspecto objetivo, como uma regra de julgamento, que tem a função de indicar como o magistrado deverá julgar diante da insuficiência probatória, ensejando sentença contrária aos interesses da parte que não se desincumbiu de seu encargo. Para esta corrente, a decisão relativa à modificação da distribuição do ônus da prova deve ocorrer quando da sentença.

Outros entendem que o momento adequado para a manifestação do juiz é a fase postulatória, logo após o recebimento da petição inicial.

Por fim, uma terceira corrente sustenta que o momento processual adequado é o do saneamento do processo.

Acolhemos o entendimento segundo o qual a decisão que modifica o ônus da prova deve ser dada anteriormente à instrução probatória. Jamais o ônus probatório pode ser objeto de dinamização apenas no momento da sentença, o que violaria o princípio constitucional do contraditório, na medida em que a participação para construção da decisão judicial restará prejudicada, diante da impossibilidade de a parte desincumbir-se do ônus probatório posteriormente ao encerramento da instrução. O magistrado, ao decidir acerca da inversão somente no momento da sentença, como surpresa a ser revelada

para as partes, estaria, também, ferindo o direito fundamental à prova. Neste sentido, vale destacar o posicionamento de Didier:

“Pensamos que a regra de inversão do ônus da prova é regra procedimental, que autoriza o desvio de rota; não se tratando de regra de julgamento, como a que distribui o ônus da prova. Assim, deve o magistrado anunciar a inversão antes de sentenciar, não se justificando o posicionamento que defende a possibilidade de a inversão se dar no momento do julgamento, pois se fosse lícito ao magistrado operar a inversão do ônus da prova no exato momento da sentença, ocorreria a peculiar situação de, simultaneamente, se atribuir um ônus ao réu, e negar-lhe a possibilidade de desincumbir-se do encargo que antes inexistia. Deve a inversão, pois, ser feita em momento que permita àquele que assumiu o encargo livrar-se dele.”<sup>4</sup>

Ademais, não pode a alteração na repartição dos encargos probatórios surpreender as partes, pois qualquer acontecimento inesperado é inadmissível no processo, sob pena de se consagrar a insegurança jurídica e desmerecer a importância fundamental da participação das partes no processo, que corresponde ao aspecto subjetivo do ônus da prova, por vezes esquecido.

---

<sup>4</sup> DIDIER, Fredie Jr. “Curso de direito processual civil. Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.” ,

#### 4. CONCLUSÃO

O tema da prova constitui um dos aspectos fundamentais do Direito Processual, intimamente ligado à prestação adequada da tutela jurisdicional, vez que influi diretamente no resultado da demanda: é mediante a atividade probatória que as partes buscam influenciar o convencimento do juiz. Já a distribuição do ônus probatório constitui ferramenta importante para a atividade julgadora do juiz, indicando quem deverá arcar com as incertezas advindas de prova que não foi produzida ou foi produzida insatisfatoriamente. Assim, a atividade probatória constitui verdadeiro mecanismo para a proteção de direitos. Daí a importância das regras que tratam de distribuir o encargo probatório, de modo que sua análise mais aprofundada permite verdadeira adequação do Direito Processual do Trabalho ao Direito Material do Trabalho, propiciando ao trabalhador, como parte hipossuficiente da relação de emprego, um verdadeiro acesso à justiça, a uma ordem jurídica justa.

A desigualdade material de recursos e de poder entre as partes do litígio trabalhista é flagrante. Não se pode tratar igualmente empregado e empregador, sendo necessário um tratamento diferenciado à parte hipossuficiente da relação, como exigência do próprio princípio da igualdade. Conforme acentua Maurício Godinho Delgado, é justamente essa disparidade de posições na realidade concreta que fez emergir um Direito Individual do Trabalho largamente protetivo, caracterizado por métodos, princípios e regras que buscam reequilibrar, juridicamente, a relação desigual vivenciada na prática cotidiana da relação de emprego. Ora, de que adiantaria um direito largamente protetivo se processualmente não houvesse ferramentas adequadas para sua utilização?

O artigo 818 da CLT estabelece, no Direito Processual do Trabalho, a regra geral de distribuição do ônus da prova: “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer”. Devido à simplicidade da norma trabalhista, aplica-se, conjugadamente, o artigo 333 do CPC, segundo o qual a prova do fato constitutivo incumbe ao autor, ao passo que ao réu cabe a prova dos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos. Ressalta-se a inadequação de tal regra, fundada em visão individualista do processo, com a moderna visão teleológica e instrumentalista do sistema processual, segundo a qual as regras

processuais servem ao fim de atender às peculiaridades do direito material deduzido em juízo, sendo o processo instrumento preocupado com a efetivação das garantias estabelecidas pelas regras do direito material. O artigo 818 da CLT simplesmente ignora as dificuldades enfrentadas pelo empregado para realizar a atividade probatória e a maior facilidade probatória do empregador, que normalmente é quem dispõe das provas, principalmente a documental. O referido artigo, na verdade, trata de igualar partes que são materialmente desiguais, de forma não consentânea com a visão instrumental do processo e com os princípios que regem o Direito do Trabalho. Assim, a regra geral de distribuição do ônus da prova, exposta pelo artigo 818 da CLT, afigura-se incompatível com as modernas teorias processualistas, além de mostrar-se completamente alheia às peculiaridades do Direito do Trabalho, desconsiderando a desigualdade material entre as partes, a qual dificulta a instrução probatória pelo trabalhador.

Portanto, a análise da distribuição do ônus probatório, no Direito Processual do Trabalho, não pode desconsiderar a disparidade de forças entre empregado e empregador, razão das peculiaridades das normas do Direito Laboral e dos princípios que lhe são próprios. Logo, não serve ao Direito Processual do Trabalho a aplicação de uma regra estática de distribuição do ônus probatório. Ao contrário, somente mediante a flexibilização do artigo 818 da CLT e a aplicação de uma distribuição dinâmica do *onus probandi* é possível compatibilizar a distribuição do ônus da prova no processo trabalhista com a solução de conflitos entre partes materialmente desiguais, atendendo aos princípios fundamentais que informam o Direito Processual e o núcleo basilar de princípios especiais do Direito Laboral, de forma a não ignorar as dificuldades enfrentadas pelo trabalhador para a adequada instrução probatória de sua demanda.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

PAULA, Carlos Alberto Reis de. **A especificidade do ônus da prova no direito processual do trabalho** - São Paulo: Ltr, 2001.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho** – 9.ed. – São Paulo: LTr 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho** – 9. ed. – São Paulo: LTr, 2010.

MARECO, Gabriela Dinelly Rabelo. **O ônus da prova no direito do trabalho: distribuição dinâmica e inversão**. Revista de Direito do Trabalho. Ano 36, n.140, out.-dez./ 2010.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2009.

CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

DIDIER, Fredie. **Curso de direito processual civil. Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 4ª ed. Jus Podivm:2009.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Breves considerações sobre as regras de distribuição do ônus da prova no processo do trabalho**. Publicada no Juris Síntese nº 64 - MAR/ABR de 2007.

BRANCO, Ana Paula Taucedo. **A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007