

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

Claíza Bega Cardoso Terra¹
Juliana Furlan Lenci²

RESUMO

O presente artigo trata do ônus da prova e a possibilidade de invertê-lo no âmbito do Processo Trabalhista, demonstrando, primeiramente, o conceito de provas, as características do ônus de provar, os critérios e possibilidades de inversão deste ônus, bem como, aborda o posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema, haja vista o mesmo não ter sido contemplado na Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT. O trabalho abordou ainda a possibilidade de utilizar-se subsidiariamente do Código de Processo Civil – CPC para inverter o ônus da prova no processo trabalhista, uma vez que a CLT traz regra simplória sobre a distribuição do ônus da prova.

Palavras-chaves: Processo do Trabalho; Ônus da prova; Inversão do ônus da prova.

ABSTRACT

The present article discuss the burden of proof and the possibility to shift it inside the Labor Procedure, demonstrating, in first place, the definition of proofs, the properties of the burden of proof, the requirements and possibilities of using this institute, as well as approach the doctrinal and case-law positioning about the theme, once it had not been contemplated on the Consolidation of Labour Laws – CLL. The paper also approached the possibility of subsidiary application of Civil Procedure Code to shift the burden of proof under the scope of labour procedure, once the CLL brings only a simple rule about the allocation of the burden of proof.

Keywords: Labour Procedure; Burden of Proof; Shift of the Burden of Proof.

¹UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Aluna da disciplina TCC II, turma DIR 122AB. E-mail: iza_terra@hotmail.com

²UNIVAG – Centro Universitário. Área do Conhecimento de Ciências Sociais Aplicadas. Curso de Direito. Professora, Orientadora. E-mail: jflenciadv@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

No Direito Processual a instrução probatória é o momento para o qual se voltam todas as atenções dos envolvidos na lide. Tamanha relevância deve-se ao fato de que a dilação probatória somente ocorre na primeira instância e é utilizada como embasamento para todo o restante do processo. Mesmo em fase recursal, não se admite a produção de novas provas (FILHO, 2016).

Além disso, a prova tem extrema importância no processo, uma vez que convencerá o juiz da fidedignidade dos fatos (AMBROSIO, 2013), ou seja, trata-se de um instituto de natureza jurídica processual cujo objetivo é formar a convicção do Julgador na busca da verdade (SCALÉRCIO, 2016).

E, ainda, são fundamentais para a aplicação do direito pelo juiz, posto que este, em atenção ao princípio do livre convencimento motivado, deve ater-se aos fatos ao decidir e aplicar a lei (FILHO, 2016).

Conforme Arruda Alvim (2009 apud Neto, 2015, pág. 49), as provas consistem:

Naqueles meios, definidos pelo Direito ou contidos por compreensão num sistema jurídico (v. arts. 332 e 366), como idôneos a convencer (prova como 'resultado') o juiz da ocorrência de determinados fatos, isto é, da verdade de determinados fatos, os quais vieram ao processo em decorrência de atividade, principalmente dos litigantes (prova como 'atividade').

A Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT não prevê expressamente a inversão do ônus da prova no Direito Processual Trabalhista, porém, permite buscar amparo subsidiário no Código de Processo Civil - CPC, dispositivo este mais amplo e que traz tal previsão.

E, ainda, ante esta omissão do dispositivo legal, Tribunais tem se manifestado a respeito, havendo sumulas, julgados e enunciados normatizando a inversão do ônus da prova no Processo do Trabalho.

Assim, o artigo traz o conceito de prova, ônus da prova e a inversão da incumbência probatória no Processo Trabalhista.

O presente trabalho objetivou demonstrar a possibilidade de inverter o ônus da prova no Processo do Trabalho ante a impotência do empregado, uma vez que, por vezes, o único meio de prova disponível ao trabalhador reclamante é a

testemunhal, nem sempre uma opção segura já que o colega de trabalho não se sente confortável em depor contra o próprio patrão.

2. DIREITO DO TRABALHO

Antes de se ater à temática do ônus da prova, faz-se necessário uma breve exposição do que vem a ser o Direito do Trabalho, assim, vejamos que, de acordo com Martins:

Direito do Trabalho é o conjunto de princípios, regras e instituições atinentes à relação de trabalho subordinado e situações análogas, visando assegurar melhores condições de trabalho e sociais ao trabalhador, de acordo com as medidas de proteção que lhe são destinadas (MARTINS, 2015, pág 18).

Nota-se que a finalidade deste ramo do Direito é assegurar ao artífice melhor estado de trabalho e social, situação reforçada e conduzida pelos princípios do Direito do Trabalho, a exemplo o Princípio da Proteção que busca atenuar as desigualdades da relação de emprego.

De acordo com Leite, 2016, este princípio se faz presente também no Processo do Trabalho, uma vez que, a desigualdade econômica, o desequilíbrio para a apresentação de provas, a ausência de um sistema de proteção contra a despedida imotivada, dentre outros, são uma realidade no processo do trabalho, fazendo-se, então, necessário um princípio para proteção do trabalhador.

Cumprir destacar, ainda, que o Direito do Trabalho é um ramo autônomo da ciência do Direito, relacionando-se com as demais áreas de maneira integrativa e subsidiária (MARTINS, 2015).

3. DAS PROVAS

As provas são instrumentos admitidos no Direito como idôneos, utilizadas para demonstrar um fato, acontecimento e, até, um direito da parte no processo (SCHIAVI, 2016).

Humberto Theodoro Junior aponta dois sentidos em que se pode conceituar a prova no processo:

a) um *objetivo*, isto é, como o instrumento ou o meio hábil, para demonstrar e existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia etc.);
b) e outro *subjetivo*, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado (JÚNIOR, 2010, pág 421).

Para Carnelutti (1925 apud CORREIA, 2015, pág 30) “as provas são assim um equivalente sensível do facto para uma avaliação, no sentido de que proporcionam ao avaliador uma percepção mediante a qual lhe é possível adquirir o conhecimento desse facto”.

O objetivo das provas é formar a convicção do juiz, uma vez que as partes levam ao juízo consequências jurídicas de fatos que aconteceram e sobre os quais o juiz não tem conhecimento. As provas fazem com que ao julgador conheça o que aconteceu e extraia as consequências jurídicas (AMBROSIO, 2013).

Ou seja, não basta às partes apenas alegar os fatos, faz-se mister que comprovem a ocorrência dos mesmos.

Para Manoel Antônio Teixeira Filho (2003 apud Schiavi, 2016, pág 660):

A prova não tem apenas a finalidade de convencer, mas, sobretudo constringir e nortear a formação do seu convencimento, pois sabemos que, por força de disposição legal, o julgador não pode decidir contra a prova existente nos autos, sob pena de nulidade da sentença. O princípio da persuasão racional, adotado pelo CPC vigente, desautoriza o juiz a julgar segundo a sua íntima convicção, impondo-lhe que o faça de maneira fundamentada; a fundamentação, no caso, é feita com vistas à prova produzida e traduz uma exigência constitucional.

O direito à prova possui feição publicista, visto que interessa a toda sociedade que os fatos discutidos em juízo sejam esclarecidos. Além disso, na fase probatória do processo, há que se considerar os princípios da ampla defesa, do contraditório e do acesso à justiça (SCHIAVI, 2016).

Preceitua o Código de Processo Civil em seu artigo 369:

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

A prova deve ter um objeto, uma finalidade e um destinatário, sendo que, apenas os fatos relevantes para a solução do conflito devem ser provados, cabendo ao juiz fixar, em audiência, os fatos a serem provados (JÚNIOR, 2010).

Cabe pontuar os fatos que não dependem de prova, conforme traz o CPC:

Art. 374. Não dependem de prova os fatos:

I – notórios;

II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III – admitidos no processo como incontroversos;

IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

4. ÔNUS DA PROVA

Ante ao exposto resta saber a quem cabe o ônus da prova, que é a incumbência dada à parte de produzir provas a respeito de um fato que foi alegado (NASCIMENTO, 2013).

Cabe destacar que não se trata de uma obrigação, mas sim, tão somente de um encargo, já que não há que se falar em punição devido a sua não apresentação e, ainda, mesmo não tendo apresentado a prova a que lhe cabia, a parte pode ter seu pedido julgado procedente em decorrência de prova levada ao processo pela parte contrária (ROCHA, 2007).

O ônus da prova subjetivo consiste em verificar a quem incube provar, ao passo que o ônus da prova objetivo diz respeito ao magistrado, que levará em consideração as provas apresentadas nos autos, independentemente de quem as produziu ou a quem cabia produzi-las (MARTINS, 2016).

Em contrapartida, Manoel Antônio Teixeira Filho (1997 apud ARAUJO, 2011, pág 52), defende não haver um ônus voltado para o juiz:

Por fim, não nos parece que o ônus, em relação às partes, seja *subjetivo*; trata-se, a nosso ver, de ônus *objetivo*, vez que oriundo de *disposição legal* específica; vale dizer, porque fixado pelo *direito positivo processual*. A objetividade, assim, se relaciona à distribuição da carga da prova, feita por lei, e não à pessoa do Juiz: em que pese essa participação legal do ônus tenha como destinatários os litigantes, nem por isso se pode afirmar que ele seja subjetivo.

Manoel Antônio ainda justifica que o juiz, na observação da prova, deverá utilizar-se de critérios de avaliação, tendo em vista estar preso ao sistema do livre convencimento motivado.

A distribuição do ônus da prova pode ser vista de dois prismas diferentes, conforme ilustra Graziella Ambrósio (2013), sendo:

I – Prisma Subjetivo: distribui entre autor e réu o encargo de produzir as provas, representa uma regra de conduta a ser adotada pelos litigantes;

II – Prisma Objetivo: esse aspecto do ônus traz como regra de julgamento a sentença desfavorável àquele a quem estava incumbido de provar os fatos alegados e não o fez.

Tal distribuição pode ser *estática* ou *dinâmica*, sendo a primeira àquela trazida pelo CPC em seu art. 373. “O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”; e, a segunda, aquela que ocorre de acordo com as condições de provar das partes, ou seja, caberá o ônus da prova àquele que tiver maior aptidão para provar (MARTINS, 2016).

4.1 O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A CLT trata das provas em seus artigos 818 a 830, de forma singela devido aos princípios da celeridade e simplicidade (LEITE, 2016).

O art. 818, CLT estabelece: “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer”.

Entretanto, o dispositivo supracitado não é o bastante para suprir aos anseios da Justiça do Trabalho e à sua realidade, uma vez que há fatos demasiadamente difíceis para o empregado comprovar, devido sua subordinação e distância da administração do empreendimento do empregador (PECOLI, 2015).

Em contrapartida, o art. 769, CLT, traz a possibilidade de buscar amparo no direito processual comum quando o direito processual do trabalho for omissivo, veja: “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”.

Assim, conforme o CPC estabelece em seu art. 373, cada parte deverá provar os pressupostos fáticos do direito que almeja a aplicação pelo juiz na solução da lide (JÚNIOR, 2010).

O entendimento doutrinário majoritário defende a utilização complementar da regra de distribuição do encargo probatório do processo civil no processo trabalhista, pautando-se na aplicação subsidiária, já que entendem não haver contradição e incompatibilidade entre os dispositivos (PECOLI, 2015).

Dispositivo mais amplo e abrangente quando comparado à CLT, o CPC já contempla a inversão do ônus da prova de forma expressa, art. 373, §1º:

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

4.2 QUEM ESTÁ EM MELHORES CONDIÇÕES PARA PRODUZIR AS PROVAS

Destacar quem “está em melhores condições” para produzir as provas exige uma análise criteriosa do julgador, devendo-se considerar diversos fatores, tais como a posse efetiva das provas discutidas, a facilidade para a produção probatória segundo razões técnicas, profissionais, econômicas etc (AMBROSIO, 2013).

O estado de hipossuficiência do empregado reclamante, muitas vezes, o impede de produzir comprovação de suas alegações, a exemplo arcar com os custos de uma prova excessivamente onerosa, o que inviabilizaria a efetividade do direito (SCHIAVI, 2016).

Martins defende que:

“Uma pessoa física não tem as mesmas condições processuais que uma pessoa jurídica, que tem maiores recursos econômicos e pode ter influência política nas decisões. O empregado tem dificuldade em convidar a testemunha a comparecer para prestar depoimento em juízo, pois teme perder o emprego se faltar ao serviço ou para depor em juízo. Não tem acesso aos documentos do empregador. O empregado teria melhores condições de produzir a prova, pois leva as suas testemunhas, entre os empregados da empresa, e tem os documentos relativos ao contrato de trabalho mantido com o trabalhador” (MARTINS, 2016, pág 442).

Deveras, é possível vislumbrarmos que para o empregador a dilação probatória é mais fácil, já que este possui total acesso a documentos e imagens de câmeras de circuito interno, bem como, tem autoridade e hierarquia sobre os funcionários, possíveis provas testemunhais.

4.3 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Hodiernamente subsiste o princípio da aptidão da prova, ou seja, o onus probandi é de quem dispõe de condições de cumpri-lo. Essa teoria foi transplantada para o processo do trabalho sob a denominação de inversão do ônus da prova, que já é uma prática no direito brasileiro, ora implícita, ora expressa, como o art. 6º, VII, do Código de Defesa do Consumidor - CDC (Lei 8.078/90) (FILHO, 2006).

Algumas hipóteses de inversão do ônus da prova já foram pacificadas pelo Tribunal Superior do Trabalho – TST e estão sumuladas, conforme exposto:

Súmula 6, VIII - É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial.

Súmula 212 - 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.

Súmula 338, 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.

A exemplo, com base na súmula 338, foi deferido a inversão do ônus da prova em julgamento de agravo de instrumento:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014. RITO SUMARÍSSIMO. 1. Horas extras. Cartões de ponto. Horários uniformes. Invalidez. Inversão do ônus da prova. Súmula nº 338/iii/tst. 2. Horas in itinere. Requisitos. Súmulas nºs 90, I e 126/tst. 3. Participação nos lucros e resultados. Súmula nº 126/tst. 4. Honorários periciais. Assistência Judiciária Gratuita. Multa do art. 475-j do cpc/1973 (§1º do art. 523 do cpc/2015). Ausência de interesse recursal. Apelo desfundamentado. Ausência de indicação dos requisitos recursais previstos no art. 896, §9º, da CLT. As horas in itinere estão instituídas e reguladas pela CLT, desde o advento da Lei nº 10.243, de 2001 (art. 58, §2º, clt), sendo, portanto, parcela imperativa nos casos em que estiverem presentes seus elementos constitutivos. Na hipótese, o TRT, com base na prova pericial, constatou que o local de trabalho do reclamante não era servido por transporte público regular, registrando que o local da prestação dos serviços é presumidamente de difícil acesso. Presentes, portanto, os requisitos previstos na Súmula nº 90/i/tst para o pagamento das horas in itinere. Cabe esclarecer que o acórdão do TRT, nos presentes autos, não enfrenta, com especificidade de prequestionamento (Súmula nº 297, do tst), a presença e precisa identificação, no instrumento coletivo negociado, de outras vantagens aptas a compensar a supressão (total ou parcial) do direito fixado por Lei imperativa, afastando-se, pois, da hipótese tratada no

re n. 895.759, que foi objeto, em setembro de 2016, de decisão monocrática do ministro Teori Zavascki, do STF. Agravo de instrumento desprovido. (TST; AIRR 0000819-88.2015.5.03.0102; Terceira Turma; Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado; DEJT 02/06/2017; Pág. 1413).

Há, ainda, julgados diversos reconhecendo a inversão do ônus da prova, dos quais, pontua-se alguns exemplos a seguir.

Inversão do ônus em face do empregador para que comprove a não existência de subordinação, visto que a prestação de serviços traz presunção relativa da subordinação:

DIREITO DO TRABALHO - PROCESSO TRABALHISTA - VÍNCULO DE EMPREGO - ÔNUS DE PROVA - Do Princípio da Proteção, aplicável ao Processo do Trabalho, tem-se que toda prestação de serviço traz, em si, a presunção (relativa) da subordinação, salvo demonstração cabal em sentido contrário, ônus a cargo do empregador. (RECURSO ORDINARIO TRABALHISTA RO 812372010506 PE 0000812-37.2010.5.06.0313 (TRT-6) 25/03/2011).

Ônus do empregador produzir prova em contrário para desconstituir os registros em cartão ponto:

TRABALHADOR RURAL. PAUSAS PREVISTAS NA NORMA REGULAMENTADORA (NR) N. 31 DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO (MTE). REPOUSOS ASSEGURADOS NO ARTIGO 72 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO (CLT). APLICAÇÃO POR ANALOGIA. ENQUADRAMENTO NAS DISPOSIÇÕES REGULAMENTADORAS. Necessidade de comprovação. De acordo com o entendimento desta 7ª turma, adotado na esteira da jurisprudência do colendo tribunal superior do trabalho (TST), o disposto no artigo 72 da CLT, que assegura intervalos de 10 (dez) minutos a cada 90 (noventa) de trabalho nos serviços de mecanografia, aplica-se por analogia, aos trabalhadores rurais, diante do disposto nos itens 31.10.7 e 31.10.9 da nr 31, editada pela portaria nº 86, de 3 de março de 2005. Com efeito, visando a dar efetividade ao comando do artigo 7º, XXII, da Constituição Federal (CF) e cumprimento ao artigo 13 da Lei nº 5.889/1973, as pausas previstas nesse regulamento objetivam proteger a saúde e higiene física do trabalhador rural que exerça a atividade em pé ou sujeita a sobrecarga muscular estática ou dinâmica, a atrair a incidência analógica do mencionado preceito autorizado pelo direito do trabalho, a teor do artigo 8º, caput, da CLT. Ao empregado cabe provar as condições em que o trabalho era executado, a teor dos artigos 818 da CLT e 373, inciso I, do código de processo (CPC/2015), de modo a demonstrar a existência de suporte fático a ensejar o enquadramento nas disposições da citada nr. Nº 31. Recurso ordinário da reclamada conhecido e provido. Ementa. Jornada de trabalho. Horas in itinere. Ônus da prova. Reconhecido o direito às horas in itinere e afirmado pela defesa que o tempo de trajeto encontra-se anotado nos cartões de ponto, cabe ao empregador produzirem contrário para desconstituir tais registros, por se tratar de fato constitutivo do direito (CLT, art. 818, CPC/2015, art. 373, inciso I). A inversão do ônus probatório,

distribuído pelas normas processuais entre as partes, somente se admite nos casos previstos em Lei ou diante da peculiaridade da causa relacionada à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo, nos termos do artigo 373, parágrafo 1º, do CPC/2015. Recurso do reclamante conhecido e desprovido. (TRT 9ª R.; RO 01824/2014-653-09-00.6; Sétima Turma; Rel. Des. Altino Pedrozo dos Santos; DEJTPR 26/05/2017).

Ocorre a inversão também, quando se trata de doença ocupacional sem a devida comprovação, pelo empregador, da adoção de medidas preventivas eficientes:

RECURSO DA RECLAMADA. DOENÇA OCUPACIONAL. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA COM CULPA PRESUMIDA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. Quando o trabalhador é acometido de doença ocupacional, sem a devida comprovação, pelo empregador, da adoção de medidas preventivas eficientes, incorre a empresa em culpa presumida (arts. 5º, inciso X, e 7º, inciso XXVIII, da CF/88, e arts. 186 e 927 do Código Civil). (TRT 13ª R.; RO 0001631-14.2016.5.13.0007; Primeira Turma; Rel. Des. Leonardo José Videres Trajano; DEJTPB 02/06/2017; Pág. 61).

Bem como, é possível verificar inversão do ônus da prova em processo trabalhista movido em face ao futuro empregador:

RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PROCESSO SELETIVO. ATO DISCRIMINATÓRIO. PRESUNÇÃO. AJUIZAMENTO DE RECLAMAÇÃO TRABALHISTA EM FACE DO FUTURO EMPREGADOR. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. A Constituição Federal considera a dignidade da pessoa humana como fundamento da República (artigo 1º, inciso III), de tal modo que o ordenamento jurídico deve sempre estar voltado para a pessoa, de forma que todo fundamento seja direcionado à sua proteção sendo, nesse contexto, vedado qualquer tipo de discriminação (artigos 3º, IV ; 5º, caput e XLI, 7º, I, 170 e 193 da Constituição Federal). Nessa linha de princípio, tem-se que havendo presunção do ato discriminatório, como no caso dos autos, em que verificada a existência de pesquisa durante o **processo** seletivo sobre o ajuizamento de demandas judiciais em face do futuro empregador, deve recair sobre a reclamada o **ônus** de comprovar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante atinente à inexistência do ato discriminatório para a não contratação. Recurso de revista conhecido e provido. (RECURSO DE REVISTA RR 5301620115020041 (TST) 26/09/2014).

Cabe pontuar, ainda, o Enunciado nº41 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho realizada no TST: “RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. ÔNUS DA PROVA. Cabe a inversão do ônus da prova em favor da vítima nas ações indenizatórias por acidente do trabalho”.

Devido seus poderes instrutórios o magistrado deve ter intensa atuação na produção das provas, as quais irão embasar a formação da sua convicção na prolação da prestação jurisdicional. Para tanto, quando necessário, pode e deve inverter a sequência originária do encargo probatório, mantendo, assim, a efetiva justiça na distribuição do ônus da prova (NETO, 2015).

Cabe ressaltar o disposto no CPC em seu artigo 373, §3º, I e II:

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

I - recair sobre direito indisponível da parte;

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

Para Schiavi (2016) há três (03) requisitos para a inversão do ônus da prova no Processo do trabalho, sendo: faculdade do juiz e os requisitos alternativos da hipossuficiência ou verossimilhança da alegação. Cumpre destacar que a hipossuficiência do reclamante não necessariamente é a financeira, mas a dificuldade excessiva em se produzir a prova (SCHIAMI, 2016).

Neste sentido, Neto traz a seguinte observação:

Doutrinariamente, identificamos três correntes: (a) a existência de uma presunção em favor de quem, originariamente, teria o encargo; (b) a aplicação subsidiária do art. 6º, VIII, CDC, dada verossimilhança da alegação do trabalhador ou a sua hipossuficiência; (c) quem seja a parte mais apta, no caso concreto, a se desincumbir do encargo probatório (carga dinâmica quanto ao ônus da prova) (NETO, 2015, pag 59).

Há discussão, doutrinária e jurisprudencial, quanto ao momento da inversão do ônus da prova já que a Lei não disciplina tal quesito. Acredita-se que a inversão do ônus de provar, deve ser levada a efeito pelo juiz, em decisão fundamentada (art. 93, IX, Constituição Federal – CF) antes da audiência de instrução, a fim de garantir o contraditório e a ampla defesa (SCHIAMI, 2016).

Neto, 2015, também pontua a importância de garantir o contraditório, alegando que a redistribuição do compromisso de provar não pode se dar em sentença, visto que iria contrariar o Princípio “não-surpresa”, expresso no CPC, e o contraditório. Além disso, pontua que dois elementos são indispensáveis na inversão do ônus da prova, do ponto de vista processual, sendo: uma decisão motivada e a

oportunidade de provar, sem que a decisão possa ensejar uma probatio diabolica reversa.

César P. S. Machado Jr (2001 apud SCHIAVI, 2016, pág. 691) afirma:

A colheita das provas trabalhistas é feita na audiência e este é o local e momento ideal para o juiz verificar a existência de qualquer circunstância que leva à inversão do ônus probatório, razão pela qual deverá manifestar-se a respeito nesta oportunidade, de forma expressa, na forma do art. 93, IX, CF.

Entretanto, há julgado do Superior Tribunal de Justiça – STJ em sentido contrário:

CIVIL. Processual civil. Agravo em Recurso Especial. Recurso manejado sob a égide do npcp. Prestação de serviços de telefonia. Ação relativa à subscrição de ações decorrentes de contrato de participação financeira. Inversão do ônus da prova. Momento. Sentença. Possibilidade. Regra de julgamento. Entendimento do tribunal de origem em conformidade com a jurisprudência da terceira turma desta corte. Agravo conhecido. Recurso Especial conhecido em parte e, nessa extensão, não provido. (STJ; AREsp 1.011.704; Proc. 2016/0293276-0; SP; Terceira Turma; Rel. Min. Moura Ribeiro; DJE 08/02/2017).

Contrário, inclusive, a decisão do próprio Tribunal:

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE POR VÍCIO NO PRODUTO (ART. 18 DO CDC). ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO 'OPE JUDICIS' (ART. 6º, VIII, DO CDC). MOMENTO DA INVERSÃO. PREFERENCIALMENTE NA FASE DE SANEAMENTO DO PROCESSO. A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei ('ope legis'), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial ('ope judicis'), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC). Inteligência das regras dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, e. 6º, VIII, do CDC. A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina. Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a a inversão 'ope judicis' ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão). Previsão nesse sentido do art. 262, §1º, do Projeto de Código de Processo Civil. A inversão 'ope judicis' do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas. Divergência jurisprudencial entre a Terceira e a Quarta Turma desta Corte. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (STJ – S2 – REsp 802832 / MG – Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO – DJe 21/09/2011).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Código de Processo Civil - CPC elenca os fatos que independem de provas (art. 374), não se tratando dessas hipóteses, havendo fato controvertido, relevante e pertinente, há que se verificar a quem compete o ônus da prova.

Conforme exposto, quanto ao ônus da prova no Processo do Trabalho aplica-se o art. 818, da Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT, ocorre que, nem sempre, provar os fatos alegados é algo fácil e possível ao reclamante empregado, devido ao seu estado de hipossuficiência, não apenas financeira.

Além da CLT, dispositivo menos abrangente, utiliza-se o CPC, subsidiariamente, possibilitando expandir as hipóteses de incumbência do ônus da prova.

Há, inclusive, hipóteses de inversão do ônus da prova já positivadas pela Jurisprudência, no intuito de garantir a busca da verdade real.

Tal inversão é pautada na falta de igualdade entre as partes (empregado reclamante versus empregador reclamado), bem como, na hipossuficiência, dependência e subordinação técnica e econômica do empregado em relação ao empregador, que possui maiores condições de provar os fatos discutidos.

No processo trabalhista a inversão do ônus probatório tem relevância ao garantir o acesso à justiça laboral de maneira mais concreta, efetiva, célere e justa na relação processual.

Ainda há discussão quanto ao momento da inversão do ônus da prova, sendo que uma corrente defende que o juiz deva inverter o ônus de prova na sentença, posicionamento já defendido pelo STJ, momento em que ocorre a valoração da prova.

Em sentido contrário, há corrente que defende que a inversão ocorra antes da audiência de instrução, garantindo o contraditório e a ampla defesa, bem como, evitando que ocorra decisão surpresa.

Faz-se necessário que a Justiça do Trabalho disponha de seu próprio Código de Processo, assim como ocorre com a Justiça Cível e Criminal, em que temos o CPC e o Código de Processo Penal - CPP, fixando e normatizando os procedimentos quanto à solução das lides trabalhistas, trazendo, ainda, a expressa previsão da inversão do encargo probatório quando os requisitos necessários, ou

seja, verossimilhanças da alegação e hipossuficiência da parte e suas dificuldades para apresentar provas constitutivas do seu direito.

Por fim, mesmo diante de questões ainda não pacificadas, o presente estudo demonstrou que a inversão do ônus da prova é aceita e utilizada no deslinde das causas trabalhistas, a fim de garantir a prestação jurisdicional e encontro da verdade real.

REFERÊNCIAS

AMBROSIO, Graziella. **A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013.

ARAUJO, Jayne Carvalho de Souza. **O Ônus da Prova no Processo do Trabalho**. 2011. 73f. Monografia (Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito e Processo do Trabalho) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 31 mar. 2017.

BRASIL. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 25 mar. 2017.

CORREIA, Têssia Matias. **A Prova no Processo Civil - Reflexões sobre o problema da (in)admissibilidade da prova ilícita**. Coimbra: 2015. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/29914/3/A%20prova%20no%20processo%20civil.pdf>>. Acesso em: 31 mai. 2017.

FILHO, Jorge Cavalcanti Boucinhas. **A Inversão do Ônus da Prova no Processo do Trabalho**. FISCOsoft, Dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.fiscosoft.com.br/main_online_frame.php?page=/index.php?PID=159596&key=3245131>. Acesso em: 20 de mar. de 2017.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 1v. 51ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 14ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 31ª. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 38ª. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2016.

MEREIROS, João Bosco; TOMASI, Carolina. **Redação de Artigos Científicos: métodos de realização, seleção de periódicos, publicidade**. São Paulo: Gen; Atlas, 2016.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 28ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **As Provas e o Ônus Dinâmico no Novo CPC e Seus Desdobramentos Para o Processo**

do Trabalho. **Revista do Tribunal do Trabalho da 2ª Região**, São Paulo, n. 18, 2015.

PECOLI, Rubens Dobrovolskis. **O ônus da prova na Justiça do Trabalho**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 17 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.52100&seo=1>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

ROCHA, Danilo Di Paiva Malheiros. **Ônus da Prova no Processo do Trabalho**. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 24 de abr. de 2007. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/3746/onus_da_prova_no_processo_do_trabalho>. Acesso em: 15 de mar. de 2017.

SCALÉRCIO, Marcos; MINTO, Tulio Martinez. **Prática de Audiência Trabalhista Conforme o Novo CPC**. São Paulo : LTr, 2016.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 10ª. ed. São Paulo: LTr, 2016.