

# A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

Marlon Baralde Viveiros Campos  
Andrea Antico Soares

## RESUMO

A distribuição do ônus da prova é matéria relevante no processo do trabalho, uma vez que garante o amplo acesso à justiça. Nesse contexto, o estudo se inicia trazendo o conceito de prova no processo judicial. Logo em seguida, são expostos os princípios constitucionais e infraconstitucionais que norteiam a prova, bem como os meios de prova admitidos. As teorias estática e dinâmica do ônus da prova são abordadas, assim como a possibilidade de inversão do ônus da prova no processo do trabalho. Por fim, o presente artigo pretende investigar se o ônus da prova é uma regra de procedimento ou de julgamento. Foram empregados os métodos de pesquisa básica, pesquisa qualitativa, pesquisa bibliográfica e pesquisa documental, com o estudo da Constituição Federal de 1988 e da Consolidação das Leis do Trabalho, assim como obras da doutrina e decisões judiciais sobre o tema.

**Palavras-chave:** Ônus da prova. Distribuição do ônus da prova. Princípios da prova. Inversão do ônus da prova. Regra de procedimento. Regra de julgamento.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO, 1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE AS PROVAS, 2 PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM AS PROVAS, 3 MEIOS DE PROVA, 4 TEORIA ESTÁTICA DO ÔNUS DA PROVA E POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA, 5 TEORIA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA, 6 DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA: REGRAS DE PROCEDIMENTO OU DE JULGAMENTO? CONCLUSÃO, REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

A palavra ônus vem do latim *carga*. No âmbito jurídico, entende-se por ônus todo dever que pesa sobre uma coisa ou uma pessoa.

O ônus da prova é o encargo atribuído a uma das partes de demonstrar a existência ou inexistência daqueles fatos controvertidos no processo.

Segundo a distribuição estática do ônus da prova, regra geral adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, o ônus da prova incumbe ao autor quanto aos fatos constitutivos de seu direito e ao réu quanto à existência de fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor.

Porém, existem situações na justiça do trabalho em que a parte hipossuficiente da relação jurídica não reúne condições de se desvencilhar do ônus probatório estático, porque naturalmente está em uma situação de extrema desvantagem processual.

É o que acontece, por exemplo, nas causas em que o trabalhador sofre assédio moral ou sexual no trabalho e não consegue comprovar o ato ilícito.

Nesse contexto, a teoria dinâmica das cargas processuais, ainda aplicada de forma excepcional, é concebida para retirar o peso da carga da prova de quem se encontra em evidente debilidade de suporta-lo, impondo a quem detém melhores condições de produzir a prova essencial ao deslinde da causa.

Referida teoria possui origem argentina e tem como precursor o jurista Jorge W. Peyrano. Segundo a teoria das cargas processuais dinâmicas, como é chamada na argentina, pouco importa a espécie do fato e a posição da parte no processo, se autor ou réu, o importante é que o magistrado analise, no caso concreto, qual das partes possui melhor condição para produzir a prova.

Por outro lado, muito se questiona acerca da possibilidade de inversão do ônus da prova no processo do trabalho por meio de analogia ao artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista a hipossuficiência técnica do trabalhador e do consumidor.

Todavia, certo é que na prática a distribuição do ônus da prova no processo do trabalho não é matéria pacificada. Assim, o presente trabalho pretende contribuir para o estudo científico do tema.

## **1 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS PROVAS**

A palavra prova possui diversas conotações a depender de onde é empregada.

Bezerra Leite explica que

Não é unívoco o conceito de prova. No sentido filosófico, é aquilo que serve para estabelecer uma verdade por verificação ou demonstração, dando-nos a ideia de ensaio, experiência, provação, isto é, o ato de provar, de experimentar, por exemplo, o sabor de uma substância alimentar. Na linguagem matemática, prova é a operação pela qual se verifica a exatidão de um cálculo. Do ponto de vista esportivo, prova é a competição entre esportista, que consiste em corrida (a pé, de bicicleta, automóvel, etc), arremesso, salto etc., na qual buscam classificação.

O vocábulo “prova” também pode ser empregado no sentido de “meio de prova”, ou seja, o modo pelo qual a parte intenta evidenciar os fatos que deseja demonstrar em juízo. A prova documental, por exemplo, é o meio pelo qual a parte pretende demonstrar documentalmente a existência de um fato. Finalmente, prova também pode ser utilizada como “convencimento do juiz”, de acordo com os elementos constantes dos autos do processo, Nesse sentido, fala-se, por exemplo, que determinado fato restou provado em função do convencimento do juiz sobre a sua existência ou inexistência.

Leone Pereira traz o seguinte conceito de prova

Provas são os instrumentos processuais considerados pelo ordenamento jurídico como aptos para a demonstração da veracidade dos fatos alegados em juízo. Representam o coração do processo, pois definirão o destino da relação jurídica processual

Conforme exposto, a palavra prova possui muitos significados. No processo trabalhista, em especial, via de regra as provas servem para demonstrar ao magistrado a

veracidade de um fato, sendo matéria de extrema importância porque diretamente relacionada com o acesso à justiça e com a pacificação da lide.

Ada Pellegrini (2009. p.374) citando as Ordenações Filipinas, conceitua prova como sendo “o farol que deve guiar o juiz nas suas decisões”.

Cumprir destacar que, em regra, os fatos são o objeto da prova, porém, no processo do trabalho além dos fatos, incumbe a parte comprovar a existência e a vigência dos instrumentos normativos, sob pena de inépcia do pedido nos termos do artigo 787, da CLT, *verbis*:

Art. 787 - A reclamação escrita deverá ser formulada em 2 (duas) vias e desde logo acompanhada dos documentos em que se fundar.

Nesse sentido, Bezerra Leite se posiciona

Entendemos, com abrigo no art. 767 da CLT, que o juiz do trabalho também pode, invocado a aplicação analógica do art. 378 do NCPC, determinar que a(s) parte(s) prove(m) o teor e a vigência não apenas das referidas espécies normativas, como também dos Acordos Coletivos, Convenções Coletivas, Regulamentos Empresariais, Sentenças Normativas ou Direito Comparado que invocar(em) como fundamento jurídico da ação ou da defesa.

O Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região já decidiu no mesmo sentido, conforme se verifica da ementa abaixo transcrita

EMENTA. PEDIDOS EMBASADOS EM NORMAS COLETIVAS NÃO JUNTADAS. INÉPCIA. Embasando o pleito inicial em normas coletivas, estas devem vir acompanhando a inicial - art. 787 da CLT, sob pena de operar-se a inépcia do pedido. TRT15 - RECURSO ORDINARIO TRABALHISTA RO 001019219201751500450010192-19.2017.5.15.0046 (TRT-15) Data de publicação: 30/10/2018

Ademais, muito importante ressaltar que não são todos fatos precisam ser provados, segundo diz o artigo 374 do Código Processual Civil, não dependem de prova os fatos notórios; afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; admitidos no processo como incontroversos e os fatos cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

## **2 PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM AS PROVAS**

A produção da prova deve necessariamente respeitar os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da igualdade, sob pena de macular o ato processual ou até mesmo todo o processo judicial. O juiz da causa por ser o diretor do processo e o destinatário da prova, deverá zelar pelo cumprimento destes comandos constitucionais.

Segundo o princípio do devido processo legal, as partes possuem o direito de produzir todas as provas admitidas em direito.

Conforme o princípio do contraditório, uma vez produzida a prova por uma das partes, deve-se dar ciência a outra para que, querendo, apresente impugnação.

Buscando dar maior efetivação ao princípio do contraditório, o Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu em seus artigos 9º e 10º o princípio da vedação da decisão surpresa, segundo este princípio, em regra, o juiz não tomará decisão sem ouvir a outra parte:

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Entretanto, conforme pode ser visto, existem hipóteses em que o contraditório é diferido ou postergado, especialmente quando o respeito ao contraditório tradicional representar concretamente um sério risco à efetividade da tutela a ser concedida, como, por exemplo, em casos de pedidos de tutela provisória de urgência.

O princípio da ampla defesa, por sua vez, confere maior amplitude aos meios de prova, porque segundo ele não apenas os meios previstos em lei poderão ser utilizados para produzir a prova, mas também aqueles meios considerados moralmente legítimos, ainda que não especificados na Consolidação das Leis do Trabalho ou no Código de Processo Civil, conforme diz o artigo 369 do CPC, *verbis*:

Art. 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.

Nesse sentido, aliás, vem se posicionando a jurisprudência ao admitir, desde que autorizado pelas partes, conversas de aplicativos de celular como meio de prova, conforme decisão abaixo colacionada

WHATSAPP. MEIO DE PROVA. VALIDADE. Os meios eletrônicos de mensagens geram fatos que podem ser aproveitados como provas em processos judiciais, sempre que as conversas e os áudios sejam fidedignos e reproduzidos validamente. Ademais, adunados aos autos com expressa concordância das partes, daí porque são documentos aptos a produzir efeito processual. Eles podem vir por ata notarial, transcrições, prin de telas, dentre outras formas, eis que o importante é o conteúdo das mensagens. (TRT-3 – RO: 00102652320185030034 0010265-23.2018.5.03.0034, Relator: Convocado Vitor Salino de Moura Eca, Terceira Turma) (Brasil, 2018).

Em prosseguimento, com a promulgação da Constituição Federal da República de 1988 o ordenamento jurídico adotou o princípio da igualdade em sua acepção substancial, tendo em vista a necessidade de concretização dos direitos sociais, dividindo-se em igualdade formal e material.

A igualdade em sentido formal significa que a lei deverá conferir tratamento igualitário a todos os indivíduos independentemente de sexo, cor, raça ou credo.

Já a igualdade em sentido material, tem por finalidade igualar os indivíduos que são desiguais por natureza.

Além dos princípios constitucionais acima mencionados, a prova no processo do trabalho se submete a outros princípios infraconstitucionais, mas que de certa forma se relacionam com os comando constitucionais.

Princípio da busca da verdade real, segundo o qual o juiz deve se aproximar ao máximo da verdade dos fatos ocorridos.

Leone Pereira leciona que

O princípio da busca da verdade real encontra fundamento no princípio da primazia da realidade, que rege o Direito Material do Trabalho. O princípio da primazia da realidade sobre a forma estabelece que no confronto entre a verdade real e a verdade formal deve prevalecer a verdade real. Assim, a realidade dos fatos deverá prevalecer em relação a algum documento não correspondente a essa realidade.

O princípio do livre convencimento motivado, segundo o qual apesar de possuir liberdade na condução do processo e na apreciação das provas o magistrado sempre precisará fundamentar sua decisão;

Bezerra Leite explica que

O ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio do livre convencimento, também chamado de princípio da persuasão racional. Esse princípio, na verdade, encerra a base de um sistema processual em que o juiz forma a sua convicção apreciando livremente o valor das provas dos autos. A liberdade de que goza o juiz não pode, porém, converter-se em arbítrio, sendo, antes, um dever motivar o seu raciocínio. O princípio do livre convencimento estava consagrado expressamente no art. 131 do CPC, sendo certo que a CLT também o contempla implicitamente no art. 765, que confere ao juiz ampla liberdade na condução do processo, e no art. 832, que determina constarem da sentença “a apreciação das provas” e os fundamentos da decisão”.

O princípio da licitude da prova estabelece a vedação de provas obtidas por meios ilícitos para garantir a legalidade do processo;

Já o princípio da aquisição processual, o qual diz que as provas não são das partes porque pertencem ao processo;

Por sua vez, princípio da imediação, o qual prevê que a prova, principalmente as orais, serão produzida na presença do juiz;

O princípio da oralidade, segundo este princípio a palavra oral prevalece sobre a escrita;

Sobre referido princípio Leite leciona que

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

Para o autor Leone Pereira

O princípio da oralidade traduz um conjunto de regras que tem por objetivo a primazia da linguagem oral, simplificando o procedimento. Vale ressaltar que o princípio em análise manifesta-se em cinco ideários: a) prevalência da palavra oral sobre a escrita; b) imediatidade do juiz na colheita da prova; c) concentração dos atos processuais em audiência; d) identidade física do juiz; e) irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias.

Já o princípio da unidade da prova, o qual estabelece que as provas serão analisadas pelo magistrado em uma unidade e não de forma separada

Segundo ensina Pereira

No momento processual de produção das provas, serão admitidas apenas as provas expressamente previstas ou não proibidas pelo ordenamento jurídico vigente. As provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis no processo para preservar os princípios da legalidade e da dignidade do processo. Por fim, apenas de forma excepcional, em situações especiais, serão admitidas no processo as provas obtidas por meios ilícitos, com base nos princípios da ponderação de interesses, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Por fim, oportuno mencionar a lição de Celso Antônio Bandeira de Melo

"Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. 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 lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada.

### **3 MEIOS DE PROVA**

Conforme visto acima, nos termos do artigo 369 do Código de Processo Civil as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos para produzir a prova em juízo.

Entretanto, ressalta-se que existem meios de prova previamente estabelecidos.

Leone Pereira assevera a importância da prova testemunhal para o processo do trabalho

É a mais importante do processo do trabalho, considerando-se o princípio da primazia da realidade sobre a forma, pois, no confronto entre a verdade real (realidade dos fatos) e a verdade formal, prevalecerá a primeira; por isso, o contrato

de trabalho é conhecido como contrato-realidade. A maioria das controvérsias trabalhistas refere-se à matéria fática (reconhecimento de vínculo empregatício, horas extras, equiparação salarial, salário pago por fora, justa causa, dano moral, assédio sexual e moral etc.), de modo que a prova testemunhal é a mais usual na Justiça do Trabalho. Testemunha pode ser conceituada como uma pessoa física ou natural, estranha ao feito, isenta em relação às partes, chamada a depor em juízo sobre um fato relevante para o processo do qual tenha conhecimento. Dessa forma, a testemunha é colaboradora da Justiça para com a entrega da prestação jurisdicional, prestando importante serviço público com seu depoimento, na medida em que suas informações trazidas em juízo auxiliam veementemente o magistrado na formação de seu livre convencimento para aplicação direito objetivo no caso concreto.

Vale destacar que a testemunha que dolosamente falseia a verdade está sujeita a responder pelo crime de falso testemunho

DO SUPOSTO CRIME DE FALSO TESTEMUNHO. Nos termos do art. 458 do NCP, de aplicação subsidiária ao processo do trabalho, a testemunha prestará o compromisso de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado. O depoente, portanto, tem o dever de falar a verdade, sob pena de responder por crime de falso testemunho, tipificado no art. 342 do Código Penal, e de ter seu depoimento recusado pelo Juízo (...). (TRT-7 – RO: 00017355320175070034, Relator: FRANCISCO JOSÉ GOMES DA SILVA, Data de Julgamento: 04/06/2018, Data de Publicação: 06/06/2018. (Brasil, 2018).

Ademais, é admitida no processo do trabalho a prova documental, como, por exemplo, os controles de jornada de trabalho e os recibos de salário para evitar o *bis in idem*.

Sobre a prova documental, Amauri Mascaro Nascimento ensina que

Documentos são toda representação objetiva de um pensamento material ou literal (Alsina. Em sentido estrito, o documento é toda coisa que seja produto de um ato humano, perceptível com os sentidos da vista e do tato, que serve de prova histórica indireta e representativa de um fato qualquer (Echandia). Num sentido amplo, documento é todo objeto físico suscetível de ser levado à presença do juiz (Guasp). Para Malatesta, é a atestação pessoal feita com um conhecimento de causa, estrita e irreproduzível oralmente, e que serve para comprovar a verdade dos fatos asseverados por meio dela. Segundo Betti, é uma coisa que, formada em presença de um fato, está destinada a fixar a fixar de modo permanente sua representação verbal ou figurativa, de modo que possa fazê-lo conhecer a distância do tempo. E Liebman o define como uma coisa que representa ou reproduz um fato, de maneira que dá a quem o observa certo conhecimento a respeito desse fato. Difere documento de instrumento. Documento é todo objeto, produto de um ato humano, que representa outro fato ou um objeto, uma pessoa ou uma cena natural ou humana. Instrumento é uma das espécies de documento, consistindo em escritos, públicos ou privados, autênticos ou sem autenticação. O documento pode conter uma simples declaração de ciência ou um ato de vontade, como também uma confissão extrajudicial, uma declaração de terceiros, e, quando a lei o exigem deve ter forma especial.

Salienta-se que o artigo 830 da Consolidação das Leis do trabalho confere ao advogado a possibilidade de declarar, sob sua responsabilidade pessoal, a autenticidade da cópia do documento apresentado nos autos para ser utilizado como meio de prova, *verbis*:

Art. 830. O documento em cópia oferecido para prova poderá ser declarado autêntico pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal.

Temos também a possibilidade de a parte reconhecer expressamente um fato em juízo por meio da confissão, a qual também é admitida como um meio de prova.

Nesse sentido, Nascimento ensina que

Confissão “é um meio de prova judicial que consiste em uma declaração de ciência ou conhecimento, expressa, terminante e séria, feita conscientemente, sem coações que destruam a voluntariedade do ato, por quem é parte no processo em que ocorre ou é introduzida, sobre fatos pessoais ou sobre o conhecimento de outros fatos prejudiciais a quem a faz ou ao seu representante, conforme o caso, ou simplesmente favoráveis à sua contraparte no processo” (Echandia). “É a declaração judicial ou extrajudicial (espontânea ou provocada pelo interrogatório da parte contrária ou pelo Juiz diretamente) mediante a qual uma parte, capaz de obrigar-se e com ânimo de subministrar uma prova ao adversário, em prejuízo próprio, reconhece total ou parcialmente a verdade de uma obrigação ou de um fato que se refira a ela e é suscetível de efeitos jurídicos” (Lessona). “É o testemunho que uma das partes faz contra si mesma, isto é, reconhecendo que um dos litigantes faz da verdade um fato suscetível de produzir consequências jurídicas que o oneram” (Mattirolo). Há confissão quando a parte admite a verdade de um fato, contrário a seu interesse e favorável ao adversário. Assim, a confissão é uma prova que pesa sobre quem a faz e em favor da parte contrária, mera confirmação das alegações do adversário. Observe-se, em consequência, que depoimento pessoal e confissão não são a mesma coisa. Pode haver depoimento pessoal sem confissão. Como também pode haver confissão extrajudicial, esta admitida com muita reserva no processo trabalhista. Mas pode haver confissão, no processo trabalhista, fora do depoimento pessoal na contestação, desde que haja o reconhecimento parcial ou total de fatos alegados pelo autor. Como também por petição nada impede que o autor admita fatos alegados na contestação. Confissão é, portanto, a aceitação dos fatos apontados pela parte como verdadeiros, produzida quer no depoimento pessoal, como é mais comum, quer em outros atos processuais e mesmo extrajudicialmente.

Portanto, confissão basicamente é o ato da parte que admite como verdadeira a alegação da outra, podendo ser manifestada de forma oral ou escrita, fora ou dentro do processo.

A prova pericial também é admitida no processo trabalhista.

Bezerra Leite leciona que

Em algumas hipóteses, a demonstração dos fatos depende de conhecimento técnico especializado. A fundamentação em depoimentos ou em documentos não é suficiente, havendo a necessidade de consultar profissionais habilitados, os chamados peritos. Logo, prova pericial, é o meio probatório utilizado sempre que houver a necessidade de conhecimentos técnicos especializados para a comprovação dos fatos alegados em juízo.

Amauri Mascaro conceitua perícia da seguinte forma

Perícia “é uma atividade processual desenvolvida, em virtude de encargo judicial, por pessoas distintas das partes do processo, especialmente qualificadas por seus conhecimentos técnicos, artísticos ou científicos, mediante a qual são ministrados ao juiz argumentos ou razões para a formação do seu convencimento sobre certos fatos cuja percepção ou cujo entendimento escapa das aptidões comuns das pessoas” (Echandia). A sua função é “levar ao processo conhecimentos científicos ou práticos que o juiz podia conhecer, mas não está obrigado a tanto, e que são necessários para fundamentar a decisão (Malero).

Leone Pereira explica que

Prova pericial é o meio probatório utilizado sempre que houver a necessidade de conhecimento técnicos especializados para a comprovação dos fatos alegados em

juízo. Conforme dispõe o art. 464 do Código de Processo Civil de 2015, são espécies de prova pericial: 1ª) Exame: é a espécie de prova pericial que objetiva o exame de pessoa semovente ou bem móvel. No Direito Processual do Trabalho temos, por exemplo, a perícia médica, que se destina à verificação ou não de doença ocupacional para fins de estabilidade provisória ou de redução da capacidade laborativa para obtenção de valor indenizatório. 2ª) Vistoria: é a espécie de prova pericial que objetiva o exame de bens imóveis ou certos lugares. No processo do Trabalho, podemos mencionar como exemplo a perícia de insalubridade ou de periculosidade no ambiente de trabalho. 3ª) Avaliação: é a espécie de prova pericial que se propõe a estimar o valor de certos bens ou obrigações. No Processo do Trabalho, podemos mencionar como exemplo a avaliação de bens penhorados, as perícias contábeis para a verificação da correção do pagamento de determinada parcela trabalhista ou a correção de cálculos de liquidação.

Conforme se observa, é de grande relevância para o juiz, destinatário da prova, saber com exatidão como o fato aconteceu e a sua relação com a causa.

Contudo, embora a prova técnica seja realizada por um profissional habilitado, tem-se que a teor do disposto no artigo 479 do Código de Processo Civil e pelo princípio do livre convencimento motivado, o juiz não está vinculado a conclusão do laudo pericial, podendo decidir em sentido oposto, desde o faça por meio de decisão fundamentada.

Ademais, existe a possibilidade de o magistrado realizar a inspeção judicial, que também é considerada como prova.

Referido meio de prova é assim conceituado pelo autor Amauri Mascaro Nascimento

A inspeção judicial é simplesmente um reconhecimento ou uma diligência processual com o fim de obter provas, mediante uma verificação direta. Sua conceituação não oferece dificuldades. Para Lessona, é o ato pelo qual o juiz se traslada para o lugar a que se refere a controvérsia, ou em que se encontra a coisa que a motiva, para obter, mediante exame pessoal, elementos de convicção. Segundo Bonier, é a diligência destinada à apreciação de um estado de coisas ou de “fatos que aparecem e que não exigem conhecimento parcial”. Para Florian, “é o ato processual mediante o qual o Juiz observa, apreende e percebe qualquer forma por si mesmo, determinando objeto sensível (pessoa ou objeto material) ou determinada característica desse objeto”. Tem por finalidade permitir ao juiz esclarecimentos sobre fato de interessa da causa.

Bezerra Leite explica que a Consolidação das Leis do Trabalho é omissa a respeito da inspeção judicial, no entanto, defende sua aplicação no processo trabalhista

A CLT é omissa a respeito da inspeção judicial. Não obstante, o princípio inquisitivo consubstanciado no seu art. 765 confere ao juiz do trabalho amplos poderes na condução do processo, sendo certo que a aplicação subsidiária do CPC, no tocante a esse meio de prova, mostra-se compatível com a busca da almejada verdade real, que é observada com muito mais ênfase no processo laboral. A inspeção judicial tem lugar quando houver necessidade de juiz deslocar-se até o local onde se encontre a pessoa ou coisa. Assim, com base no art. 481 do NCPC, o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que seja pertinente a decisão da causa.

O art. 483 do NCPC estabelece alguns critérios para que esse meio de prova seja realizado, ou seja, o juiz poderá realizar a inspeção quando: a) julgar necessário para melhor verificação ou interpretação dos fatos que deva observar; b) a coisa não puder ser apresentada em juízo sem consideráveis despesas ou graves dificuldades; c) determinar a reconstituição dos fatos.

Embora não muito usual, tem-se que a inspeção judicial é um valioso meio de prova porque confere ao juiz, destinatário da prova, o contato direto com o objeto da prova, facilitando assim a reconstrução dos fatos.

#### **4 TEORIA ESTÁTICA DO ÔNUS DA PROVA E POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO**

A distribuição do ônus da prova se divide em duas partes: carga estática e carga dinâmica.

Leone Pereira ensina que

A carga estática (teoria estática) do ônus da prova significa o estudo das respectivas regras com fulcro no que está disposto previamente no ordenamento jurídico vigente. Em outras palavras, é o estudo das regras previamente conhecidas e postadas no sistema processual sobre o ônus da prova. A palavra estática é relacionada com algo que está parado, que não está em movimento.

O artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho prevê que o ônus estático da prova incumbe:

- a) ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
- b) ao reclamado e quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante.

Conforme visto acima, a distribuição estática do ônus da prova leva este nome porque a lei estabelece previamente quem deve provar o que, sem considerar as particularidades do caso concreto, bem como as condições pessoais das partes.

No entanto, é importante dizer que segundo ensina Peyrano, processualista argentino, a teoria dinâmica das cargas processuais, não se confunde com a inversão do ônus da prova.

A inversão do ônus da prova, prevista no artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, faz com que o autor alegue somente os seus direitos e não precise comprovar o fato constitutivo.

Para que se opere a inversão do *ônus probandi*, é necessária a observância de requisitos previstos em lei, quais sejam: i) quando a alegação for verossímil ou ii) quando o autor for hipossuficiente.

Embora a Consolidação das Leis do Trabalho não estabelece em nenhum de seus artigos a possibilidade de inversão do ônus da prova, Leone Pereira defende a possibilidade de aplicação da inversão do ônus da prova no processo do trabalho por analogia:

São fundamentos perfeitamente compatíveis com o processo do trabalho, até porque a proteção de uma parte mais fraca representa o grande motivo justificador de existência tanto do direito do trabalho quanto do direito do consumidor.

A jurisprudência trabalhista também admite a inversão do ônus da prova no processo do trabalho. Nesse sentido, temos a Súmula 338, III, do TST, a qual determina que os controles de jornada que contenham horários de entrada e de saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova em relação as horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada de trabalho alegada na petição inicial se dele não se desvencilhar.

Da mesma forma, tem-se a Súmula 212 do TST, a qual estabelece o seguinte:

“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.

## **5 TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA**

O direito a prova é um direito fundamental assegurado de forma implícita na Constituição Federal de 1988 "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Com as inovações trazidas pela Lei nº 13.467/2017, denominada de “Reforma Trabalhista”, a Consolidação das Leis do Trabalho passou a adotar, de forma excepcional, a teoria dinâmica do ônus probatório nos §§ 1º, 2º e 3º do artigo 818, da CLT

§ 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 deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo 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. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Referida teoria possui relação direta com o direito fundamental a prova, assegurado constitucionalmente, e com os princípios da igualdade (art. 5º, caput, CF), dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), da cooperação (arts. 378, 379, 386 e 396, CPC) e, finalmente, com o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF).

Nesse contexto, explica Bezerra Leite que:

A distribuição do ônus da prova nos moldes do caput do art. 373 do CPC e do caput do art. 818 da CLT pode, em alguns casos, tornar excessivamente difícil (ou impossível) a uma das partes o exercício do direito fundamental de efetivo acesso à justiça. Daí o surgimento da moderna doutrina da distribuição dinâmica do ônus da prova, adotada por diversos autores argentinos, que vem sendo aceita por renomados doutrinadores brasileiros, dentre eles Alexandre Freitas Câmara, para quem "moderna doutrina tem afirmado a possibilidade de uma distribuição dinâmica do ônus da prova, por decisão judicial, cabendo ao magistrado atribuir ônus da prova à parte que, no caso concreto, revele ter melhores condições de a produzir. Busca-se, com isso, permitir que o juiz modifique a distribuição do ônus da prova quando verifique que este impõe a uma das partes o ônus da prova "diabólica" (isto é, a prova de impossível produção).

No mesmo sentido, ensina Leone Pereira:

O estudo da carga dinâmica (teoria dinâmica) do ônus da prova é moderno, e parte da premissa da possibilidade de o magistrado atribuir o ônus probatório a depender da análise das peculiaridades do caso concreto. A palavra dinâmica possui relação com algo em movimento. Assim, a doutrina e a jurisprudência vêm defendendo a aplicação do princípio da aptidão da prova. Destarte, o juiz ao analisar cuidadosamente o caso concreto, verificando que o reclamante possui muita dificuldade em produzir a prova do fato constitutivo do seu direito, está autorizado a atribuir o ônus da prova ao reclamado, que naturalmente possui maior aptidão em produzi-la. Isso ocorre nos casos de prova diabólica, que é aquela muito difícil ou quase impossível de ser produzida, como, por exemplo: assédio sexual ou moral, práticas discriminatórias no ambiente de trabalho etc.

Conforme se observa do posicionamento da doutrina, a visão de distribuição estática do ônus da prova, sem levar em conta a capacidade probatória de cada parte e as particularidades do caso concreto, vem perdendo força diante da atual sistemática processual brasileira, a qual cada vez mais caminha no sentido de reconhecer a necessidade de constitucionalização do direito processual.

A teoria dinâmica do ônus da prova possui base no princípio da aptidão para a prova, o qual estabelece que a prova deve ser produzida pela parte que possui melhores condições.

Bezerra Leite justifica a utilização da teoria dinâmica do ônus da prova no processo trabalhista

Acreditamos que no processo do trabalho há amplo espaço para a adoção da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, especialmente pelo fato de que nas demandas judiciais é justamente o empregador, e não o empregado, que se encontra em melhores condições de produzir a prova, razão pela qual a adoção da teoria tradicional da distribuição estática do ônus da prova, em tais casos, pode inviabilizar a prestação da tutela jurisdicional justa, adequada e efetiva.

Por fim, muito importante ressaltar que segundo o § 3º do artigo 818 a distribuição de modo diverso do ônus da prova não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

## **6 DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA: REGRAS DE PROCEDIMENTO OU DE JULGAMENTO?**

Afinal, as regras relativas ao ônus da prova são de procedimento ou de julgamento? Na verdade, não há uniformidade sobre o tema.

Para Kazuo Watanabe, "as regras de distribuição do ônus da prova são regras de juízo e orientam o juiz, quando há um *non liquet* em matéria de fato, a respeito da solução a ser dada à causa".

Em sentido oposto, o Superior Tribunal de Justiça, já decidiu que:

"PROCESSUAL CIVIL. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE INSTRUÇÃO. EXAME ANTERIOR À PROLAÇÃO DA SENTENÇA. PRECEDENTES DO STJ.

1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC, é regra de instrução e não regra de julgamento, sendo que a decisão que a determinar deve - preferencialmente - ocorrer durante o saneamento do processo ou - quando proferida em momento posterior - garantir a parte a quem incumbia esse ônus a oportunidade de apresentar suas provas. Precedentes: REsp 1395254/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 29/11/2013; EREsp 422.778/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 29/02/2012, DJe 21/06/2012. 2. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1450473 / SC, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, 23.09.2014). (Brasil, 2014).

Apesar da divergência existente, a Lei nº 13.467/2017 introduziu o § 2º ao artigo 818, o qual diz o seguinte:

Art. 818 (...)

§ 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 deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo 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.

**§ 2º A decisão referida no § 1º deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido (destaque acrescido).**

Conforme se verifica da redação do § 2º do artigo 818, da CLT, podemos entender que em sede de processo trabalhista a distribuição dinâmica do ônus da prova é regra de procedimento e não uma mera regra de julgamento.

Este entendimento, aliás, está de acordo com princípio da vedação da decisão surpresa (art. 9º e 10º, CPC), segundo o qual o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar.

## CONCLUSÃO

O instituto da prova é uma das matéria mais importantes do direito processual porque envolve o sucesso ou o insucesso de uma demanda. No presente artigo, estudamos a distribuição do ônus da prova à luz dos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa, igualdade e dignidade humana.

Não é à toa que vigora no processo do trabalho o princípio da simplicidade, segundo o qual o acesso do trabalhador à Justiça deve ser facilitado. Dessa forma, é inconcebível que um obreiro, postulando sem a assistência técnica de um advogado conforme possibilita o

princípio do *jus postulandi*, seja surpreendido e tenha sua ação julgada improcedente porque não se desvencilhou do ônus da prova, o qual só descobriu que era seu após a prolação da sentença.

Mais adequado se afigura, que a distribuição do ônus da prova seja resolvida no saneamento do processo por meio de um despacho do juiz, proferido antes mesmo do agendamento da audiência de instrução e julgamento, para que a parte hipossuficiente tenha a oportunidade de saber, de fato, o que precisará comprovar para receber a tutela jurisdicional de seus direitos.

Não se trata, pois, de antecipação de julgamento do mérito, mas de respeito ao contraditório e a ampla defesa em sua máxima amplitude.

Verificamos, também, a compatibilidade do instituto da inversão do ônus da prova, previsto no Código de Defesa do Consumidor, com o processo do trabalho, uma vez que a grande razão de ocorrer a inversão é a condição de hipossuficiência do consumidor, a qual originou-se da hipossuficiência do trabalhador.

Assim, podemos concluir que as regras de distribuição do ônus da prova não são regras meramente de julgamento, mas sim regras de procedimento relacionadas intrinsecamente com o acesso à justiça e com os princípios constitucionais.

## REFERÊNCIAS

\_\_\_\_\_. ANTONIO Carlos de Araujo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco. **Teoria Geral do Processo**. 25ª Ed. Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

\_\_\_\_\_. BRASIL, Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprovada a Consolidação das Leis do Trabalho. **Presidência da República**, Brasília, DF, 01 mai de 1943. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)> Acesso em: 10/10/2019.

\_\_\_\_\_. BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015 / Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo, Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. LEITE, Carlos Henrique Bezerra Leite. **Curso de direito processual do trabalho**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em <<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:623804>> Acesso em: 19/04/2019.

\_\_\_\_\_. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho** / Carlos Henrique Bezerra Leite. – 14. Ed. De acordo com o novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. MARTINS, Sergio Pinto. **Direito processual do trabalho** / Sergio Pinto Martins. – 39 ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho** / Amauri Mascaro Nascimento. – 28. Ed. – São Paulo: Saraiva 2013.

\_\_\_\_\_. SILVA JUNIOR, Leone Pereira da Silva Junior. **LIV DIG MANUAL DE PROCESSO DO TRABALHO DID AL LIV DIG MANUAL DE PROCESSO DO TRABALHO DID AL**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em <<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:600578>> Acesso em 14/10/2019.

\_\_\_\_\_.TRT-3 – RO: 00102652320185030034 0010265-23.2018.5.03.0034, Relator: Convocado Vitor Salino de Moura Eca, Terceira Turma

\_\_\_\_\_. TRT-7 – RO: 00017355320175070034, Relator: FRANCISCO JOSÉ GOMES DA SILVA, Data de Julgamento: 04/06/2018, Data de Publicação: 06/06/2018

\_\_\_\_\_.TRT-15 - RECURSO ORDINARIO TRABALHISTA RO 001019219201751500450010192-19.2017.5.15.0046 (TRT-15) Data de publicação: 30/10/2018.