



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS
“UNIPAC”
FACULDADE DE DIREITO

PEDRO VICENTE FERREIRA JÚNIOR

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

JUIZ DE FORA
2010

PEDRO VICENTE FERREIRA JUNIOR

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

Monografia apresentada como requisito
parcial de Conclusão de Curso para
obtenção do grau de Bacharel em Direito,
sob a orientação do Prof. Rodrigo
Longotano.

JUIZ DE FORA

2010

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

Monografia aprovada como requisito parcial
para obtenção do Grau de Bacharel em
Direito.

RODRIGO LONGOTANO

ALEXANDRE BONOTTO

FABIO MONTEIRO

JUIZ DE FORA

2010

Cada um tem de mim exatamente o que cativou, e cada um é responsável pelo que cativou, não suporto falsidade e mentira, a verdade pode machucar, mas é sempre mais digna. Bom mesmo é ir a luta com determinação, abraçar a vida e viver com paixão. Perder com classe e vencer com ousadia, pois o triunfo pertence a quem mais se atreve e a vida é muito para ser insignificante. Eu faço e abuso da felicidade e não desisto dos meus sonhos. O mundo está nas mãos daqueles que tem coragem de sonhar e correr o risco de viver seus sonhos.

Charles Chaplin.

DEDICATÓRIA

Dedico esta obra à minha esposa
Helaine , minha filha Júlia e mãe
Josiene Mayri,

por estarem ao meu lado em todos os
momentos da minha vida e por
acreditarem em mim.

A elas e a todas as pessoas que amo
dedico a minha conquista.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por me dar força para lutar e conquistar tudo o que consegui até hoje e que continue iluminando meus caminhos na trajetória de minha vida.

A minha esposa por estar ao meu lado me apoiando, me acompanhando em meus estudos e por transmitir seus conhecimentos a cada etapa dessa minha formação.

A toda minha família por todo amor que me proporciona.

Aos meus amigos verdadeiros pelas demonstrações de fidelidade e apreço, com os quais eu compartilhei minhas lutas e vitórias, pelos cinco anos que passamos juntos.

Ao meu orientador, Prof. Rodrigo Longotano.

Aos meus examinadores pelos conhecimentos transmitidos ao longo da minha vida acadêmica.

E a todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para a finalização deste trabalho.

RESUMO

Busca - se com o presente trabalho analisar a questão da inversão do ônus da prova no processo do trabalho.

Para tanto serão estudados os principais aspectos que envolvem o tema prova, partindo-se de seu conceito até chegar à questão específica do ônus de sua produção e a possibilidade de inversão deste.

Objetiva-se demonstrar que a inversão do ônus da prova somente é possível em decorrência de autorização legal ou, como se observa na prática, por convenção das partes ou aplicação do disposto no inciso VIII do art. 6º do CDC.

Ao final do estudo será possível definir-se, com clareza, o que seja a chamada inversão do ônus da prova, sopesando a legislação processual aplicável no ordenamento jurídico brasileiro e confrontando com a prática forense trabalhista.

PALAVRAS-CHAVE: Prova. Ônus da prova. Inversão do ônus da prova. Direito processual do trabalho.

ABSTRACT

Search - if the present work to analyze the question of reverse burden of proof in the work process.

Sero studied for both the main aspects that involve the subject test, starting from its concept atchegar aspects of specific produoea the naked of their ability to reverse this.

It aims to demonstrate that the inverse of the burden of proof only possible in decorrnica of legal Authorizations or, as observed in practice for conventional applications of the parties or the provisions of section VIII of art. 6 CDC.

At the end of the study serpossvel be defined with clarity what is called the inverse of the burden of proof, balancing were legislation Procedure Applicable in ordering separate legal Brazilian and confronting the forensic labor practice.

KEY WORDS: Proof. Burden of proof. Reverse the burden of proof. Procedural law of labor.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
 1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROVA	
1.1 Breve conceito.....	11
1.2 Aspectos históricos.....	13
1.3 Objeto da prova.....	14
 2 ÔNUS DA PROVA	17
 3 ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO.....	22
 4 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	27
 5 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL.....	28
 6 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO.....	31
 CONCLUSÃO.....	37
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	39

INTRODUÇÃO

O trabalho ora desenvolvido tem como objetivo aprofundar o debate acerca do tema “inversão do ônus da prova” no campo específico do Direito Processual do Trabalho. A relevância do assunto é inegável, uma vez que o mesmo carece de uma análise específica por parte da doutrina, da forma como aqui se buscará apresentar.

O tema “prova”, por si só, já se mostra extremamente importante, uma vez que a mesma representa a essência do processo. Todavia, é um tema amplo, vasto e complexo.

Sendo assim, no presente estudo, serão tecidas breves considerações sobre a prova, em seus aspectos gerais, até se adentrar especificamente na inversão do ônus da prova, momento em que será necessário dissecar os elementos inseridos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), confrontando-se com os critérios adotados pelo sistema processual civil.

Ao cabo, será possível definir-se, com clareza, o que seja a chamada inversão do ônus da prova, sopesando a legislação processual aplicável no ordenamento jurídico brasileiro e confrontando com a prática forense trabalhista.

A pergunta que se mostra como norte para desenvolvimento da pesquisa e a qual se espera responder quando de sua conclusão é a seguinte: “É possível à inversão do ônus da prova no processo do trabalho?”

A exposição, repise-se, iniciar-se-á pelo conceito de prova e suas principais características, avançando-se até a sua inversão, quando, então ter-se-á a resposta para tal pergunta.

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROVA

Breve conceito

Formular conceitos sobre qualquer assunto não é tarefa fácil. Com relação à prova a situação não é distinta.

O termo “prova” decorre do latim *probus*, que significa bom, verdadeiro, correto e é plurissignificante, não havendo, na doutrina consenso acerca de seus contornos.

Tal expressão se vincula à idéia de aprovar, de uma escolha pessoal de aceitar ou rejeitar os argumentos de alguém.

A noção de prova pode ser vista sob três acepções: como atividade de demonstrar os fatos em juízo; como meio, na investigação da veracidade ou não das alegações; e como resultado, em que se considere feita a prova quando demonstrada a veracidade dos fatos suscitados.

Não existe, em nosso ordenamento jurídico, definição legal do instituto. Cada autor, a seu modo, busca conceituar o que seja prova para o direito processual.

Com muita propriedade Francesco Carnelutti¹, sustenta que:

¹ CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 67.

“Na linguagem comum, prova se utiliza como comprovação da verdade de uma proposição; somente se fala de prova a propósito de alguma coisa que foi afirmada e cuja exatidão se trata de comprovar”.

Alexandre de Freitas Câmara² traz a seguinte definição sobre prova:

Denomina-se prova a todo elemento que contribui para a formação da convicção do juiz a respeito da existência de determinado fato. Quer isto significar que tudo aquilo que for levado aos autos com o fim de convencer o juiz de que determinado fato ocorreu será chamado de prova.

Este aspecto do instituto não será aprofundado no presente estudo, pois o mesmo não tem o objetivo de formular um conceito específico sobre prova. O que se quer que fique demonstrado, somente, é que a prova não deve ser vista apenas como mero resultado, mas também como atividade.

Assim, pode-se dizer que prova é aquilo que se busca produzir, no campo processual, para se convencer alguém, no caso o juiz, daquilo que se alega.

² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. V. I. 12.ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.397.

1.2 Aspectos históricos

Na fase inicial do processo, direito e religião se fundiam. Deus se envolvia com as coisas terrenas. A função do julgador estava limitada à revelação divina. Por essa razão, o campo probatório se mostrava extremamente limitado.

Nessa época eram utilizadas as “ordálias”. Por ordália se entendia “*Juízos de Deus*”. Cuidava-se de um costume muito antigo, utilizado principalmente pelos germânicos. Entre as ordálias, uma das mais famosas era o duelo. Nesta espécie, o juiz intimava os presentes, por três vezes, a se retirarem ou a manterem-se em silêncio, não prestando nenhum auxílio as partes, até mesmo em caso de morte.

No direito romano não havia ordálias. Estas deram lugar ao sistema probatório denominado legal ou positivo. Nesse sistema, as provas possuíam um valor específico, previamente determinado, restando ao julgador a função de realizar uma operação matemática apenas, ou seja, cabia a este somente a função de somar os valores a elas conferidos.

Na etapa seguinte, o regime legal foi suprimido e em seu lugar passou a vigorar a liberdade absoluta do julgador, ligada à noção do íntimo convencimento.

Modernamente, contudo, prevalece o livre convencimento motivado, sistema pelos quais as decisões se baseiam no convencimento do julgador, que deve, todavia, ser sempre fundamentado. A liberdade não é absoluta, em razão da necessidade de motivação das decisões. O julgador não tem a função de produzir as provas. Estas são produzidas pelas partes e destinadas àquele.

O processo civil moderno, contudo, é informado pela natureza de instituto de direito público. Em razão deste fato, há situações que justificam a iniciativa do juiz quanto à prova, obviamente com expressa previsão legal e em casos excepcionais.

1.3 Objeto de prova

Por objeto da prova entende-se o conjunto das alegações controvertidas das partes em relação aos fatos relevantes para o julgamento da causa, não sendo estes notórios ou presumidos.

Cumprem esclarecer que constituem objeto de prova somente os fatos.

A expressão *fatos* vem do latim *factum*, de *facere*, que significa fazer, causar. Nos termos do art. 332 do CPC, o objeto de prova são os fatos narrados pelo autor, réu ou terceiros.

Os fatos sobre os quais recaem as provas são os acontecimentos jurídicos, ou seja, os fatos jurídicos naturais ou os atos jurídicos ou, ainda os atos ilícitos.

Nem todas as alegações de fatos, todavia, constituem objeto de prova, uma vez que a lei enumera, taxativamente, quais fatos independem de prova. Da análise do art. 334 da lei processual, pode-se afirmar que independem de prova os fatos notórios, confessados, admitidos como incontroversos ou em cujo favor milita presunção legal de veracidade:

Art.334- 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.

A regra é que as provas recaiam sobre matérias fáticas, mas, por exceção, podem recair sobre matérias de direito. Esta exceção está consubstanciada no art. 337 do CPC, que exige a prova dos direitos municipal, estadual, estrangeiro e consuetudinário. Cabe destacar que a prova recai sobre o teor e vigência do direito, ou seja, sobre a existência de determinado texto legal e o fato de estar em vigor.

Entende-se, salvo posições em contrário, que se colhe tal prova somente quando há determinação judicial neste sentido.

Cabe aos litigantes demonstrar a veracidade dos fatos por eles alegados. A cada participante do processo cabe a comprovação dos fatos por ele trazidos ao conhecimento do julgador. Assim, ao autor caberão as provas dos fatos constitutivos de seu direito, e ao réu as provas dos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor.

Conforme a regra do *onus probandi*, o encargo da prova não recairá para uma ou outra parte em função do fato, especificamente considerado, e sim, em razão das afirmações das partes sobre os fatos.

O fato constitutivo de um direito está definido abstratamente na norma, sendo esta uma questão de direito, ao passo que, se o autor afirma a ocorrência deste fato, deve demonstrar a veracidade desta alegação, objeto de prova, através dos meios aceitos no sistema processual pátrio.

O julgador, diante do conjunto probatório formado pelos participantes do processo, procede à categorização jurídica dos fatos. Para tal mister, não está vinculado ao afirmado pelas partes, podendo fazê-lo com fundamento diverso do alegado pelas mesmas.

Para o processo só existem e só serão levados em consideração para solução da lide os fatos postos em juízo, ou seja, só será admitida a existência dos fatos alegados pelas partes. Sob nenhum pretexto poderão ser admitidos fatos não levados aos autos, nem mesmo sob a justificativa de aplicar dispositivo legal que apoiou o pedido.

A legislação pátria não limita a forma pela qual a prova pode ser apresentada. Com efeito, dispõe o art. 332 do CPC:

Art.332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda não especificados nesse código, são hábeis para provar a veracidade dos fatos, em que se funda a ação ou defesa.

Por objeto da prova, então, pode-se entender as alegações dos fatos, para demonstrar a veracidade ou não dos mesmos.

Os fatos existem ou não existem, e auferir a certeza sobre sua existência é uma das mais árduas tarefas em qualquer ramo das ciências. Partindo desse pressuposto, diversos autores afirmam ser uma utopia ou uma ilusão alcançar a verdade material no campo do processo.

Por fim, cumpre relembrar que não se admite prova de fatos incontroversos, ou seja, aqueles fatos não impugnados especificamente pelo réu. Este deve tomar posição definida quanto aos fatos articulados na inicial. Se não impugnar especificamente cada fato alegado, aquele deixado de lado será tomado por incontroverso.

2 ÔNUS DA PROVA

Desde a antiguidade, os juristas se ocupavam em estabelecer um critério de repartição do ônus da prova. Àquela época, em caso de falta ou insuficiência de provas, se decidia em favor do mais probo. Se de igual reputação autor e réu, a decisão seria favorável ao réu.

No direito romano, o critério do ônus da prova era com base na afirmação. Cabia sempre ao autor tal ônus, uma vez que sempre era ele quem ingressava em juízo.

Cândido Rangel Dinamarco³ menciona em sua obra conceito sobre ônus da prova:

“Ônus da prova é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo”.

A expressão “ônus”, na língua portuguesa, decorre do latim *onus*, cujo significado é “aquilo que sobrecarrega; carga; peso” ou “encargo; obrigação; dever, gravame”.

Não há que se confundir ônus com dever, nem mesmo com obrigação.

Ônus é uma faculdade e um reflexo. O próprio indivíduo é que irá sofrer as consequências em caso de se omitir.

³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v.3. 5.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p.52.

A obrigação está vinculada a um benefício para a parte contrária da relação. Não cumprida a obrigação, a parte contrária é que será beneficiada.

Já o dever, *stricto sensu*, não se converte em pecúnia e tem caráter de perpetuidade, como, por exemplo, o dever processual de lealdade. O dever não se esgota no seu cumprimento, como ocorre com o ônus e a obrigação.

Assim, podemos vislumbrar a diferença da seguinte forma: para a tutela do interesse alheio o vínculo é a obrigação; ônus é tutela de interesse próprio. No ônus há um comportamento necessário para se alcançar determinado efeito jurídico, sendo facultado ao sujeito adotar ou não este comportamento, enquanto a obrigação deve ser cumprida, até mesmo coercivamente, sob pena da aplicação de sanções.

As regras do ônus da prova somente terão sua aplicação quando do julgamento, em caso de se chegar a uma situação de ausência ou insuficiência de provas. O ônus da prova constitui uma regra de decisões de questões que não tem como ser resolvidas. Afinal, juiz não pode se negar a julgar, já que é vedado o *non liquet*.

Na verdade, não há importância sobre quem é o sujeito que produziu a prova. O que realmente interessa é saber quais fatos foram provados. Até porque, as provas são do processo e não das partes. Uma vez produzida a prova, esta sai da esfera do sujeito que a produziu, passando a fazer parte integrante do processo, de forma autônoma.

O dever do julgador é manter-se em estado de dúvida durante a instrução, para melhor avaliar as provas trazidas aos autos.

O sistema processual brasileiro é dispositivo, cabendo às partes a iniciativa da ação e o ônus de provar os fatos que lhe são favoráveis.

A iniciativa oficial, que deve se configurar em exceção, é pautada no princípio do inquisitório. Tal iniciativa tem aplicação em se tratando de direitos indisponíveis e é um modelo que permite ao juiz determinar provas

suplementares, para firmar sua convicção. A iniciativa oficial não se presta a suprir a inércia da parte, podendo ser utilizada de forma complementar ou integrativa de determinada prova, cuja produção tenha sido requerida pela parte. Serve, na verdade, para esclarecer dúvida não resolvida com as provas trazidas pelos demais sujeitos processuais.

Marinoni⁴ ressalta que não se restringe o ônus da prova à idéia de regra de julgamento, uma vez que é importante para a formação do convencimento, o que antecede a decisão.

A formação do convencimento pode ser de certeza ou de verossimilhança, variando conforme as circunstâncias do caso concreto e o direito material debatido. Assim, o juiz pode reduzir as exigências de prova, no caso concreto, optando pela verossimilhança, situação que nada tem a ver com o ônus da prova, o qual é utilizado em caso de dúvida.

Em nosso ordenamento jurídico, não cabe propriamente ao juiz a função de trazer a prova aos autos. As partes é que tem o ônus de afirmar o fato e o ônus de provas as próprias alegações, sob pena de não tê-las consideradas como verdadeiras.

O Código de Processo Civil contém um único dispositivo tratando de repartição do *onus probandi* (CPC, art. 333). A norma em tela tem por base o interesse de cada parte em ter reconhecidos como verdadeiros os fatos por ela afirmados.

Art.333, CPC. O ônus da prova incumbe:

- I- Ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
- II- Ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento*. 5.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 207.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

- I- Recair sobre direito indisponível da parte;
- II- Tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Chiovenda⁵ afirma que a repartição do ônus da prova é uma razão de oportunidade, de justiça distributiva e de igualdade entre as partes. Assim, ao autor cabe o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito, e ao réu cabe o ônus da exceção, vale dizer, de provar os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos do direito pleiteado.

Pode-se afirmar que não há fato que, por si só, possa ser considerado constitutivo ou impeditivo, pois esta natureza depende do caso concreto. Como exemplo pode citar o pagamento. Este pode ser meio extintivo de obrigações, mas, por outro ângulo, pode ser também fato constitutivo do direito das obrigações.

Por fatos constitutivos podem ser entendidos aqueles que constituem a relação jurídica de direito material, dão vida a vontade concreta da lei. É aquele fato específico de que decorre o efeito jurídico invocado pela parte, despidido de todas as circunstâncias concomitantes que, embora sejam imprescindíveis para surtir as consequências jurídicas, não necessitam de prova pelo seu caráter de normalidade. O fato constitutivo tem o condão de gerar o direito postulado pelo autor, o qual, se demonstrado, leva à procedência da demanda. O fato constitutivo transforma uma situação antecedente genérica de liberdade em situação jurídica especificamente relevante de direito.

Lado outro extintivos são os fatos contrários aos constitutivos, pois fazem cessar a vontade concreta da lei. O fato extintivo fulmina a pretensão do autor, faz cessar a relação jurídica. Como exemplos de fatos extintivos, podemos citar o pagamento, a remição, a prescrição e outros. O fato extintivo substitui uma situação especificamente relevante por uma situação de liberdade

⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil v.1.3.ed.* – São Paulo: Edição Saraiva, 1969.

genérica, considerando o fato jurídico como o evento a que uma norma jurídica atribui um efeito jurídico.

O fato impeditivo, por sua vez, obsta um ou alguns dos efeitos que normalmente decorrem da relação jurídica, ligados à noção dos requisitos genéricos para validade do ato, quais sejam, agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei.

É requisito genérico indispensável para a produção dos efeitos próprios do ato a inexistência do fato impeditivo. Assim, é ônus do réu a prova de que o agente de um contrato era um menor, relativamente incapaz; ou que o réu não está em mora porque sua prestação depende do autor. Assim, o fato impeditivo é a anomalia, a exceção, sendo que a lei utiliza expressões como exceto, salvo, a não ser que, para fins de designar um fato impeditivo.

O fato modificativo é aquele que tem o condão de alterar a relação jurídica. Demonstra a alteração do que foi expresso no pedido, como, por exemplo, o pagamento parcial e a novação. Ou ainda, o fato modificativo conduz de uma a outra situação jurídica específica relevante.

Com relação à questão do ônus da prova, o CPC, em seu art. 333 do CPC determina que enquanto o autor não provar os fatos que afirma o réu não tem necessidade de provar coisa alguma. Pode-se concluir do exposto no citado dispositivo que ao réu é permitida uma conduta passiva. A ela basta negar os fatos do autor. Se o autor é quem deu início à ação, nada mais justo que demonstre, ainda que por verossimilhança, os fatos que fundamentam sua pretensão.

Do exposto, conclui-se que a análise do ônus da prova no sistema processual brasileiro deve ser feita com base na teoria consagrada no CPC.

3 ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

Concluída a análise da questão do ônus da prova, em linhas gerais, no que se refere ao Direito Processual Civil, passa-se agora ao estudo da mesma questão em âmbito trabalhista.

Necessária se fez a anterior análise do tema no campo do processo civil, uma vez que a distribuição do encargo da prova no processo do trabalho adota o mesmo raciocínio.

A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 818, traz regra específica sobre o ônus da prova, nos seguintes termos:

Art. 818 - *A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.*

Desnecessário, desta forma, percorrer-se todo o caminho já trilhado para tecer os comentários necessários sobre o ônus da prova. Basta apenas estabelecer as distinções necessárias.

Com relação aos fatos constitutivos, por exemplo, no âmbito trabalhista, este serão diferenciado do campo do direito processual civil. Fatos constitutivos para o Direito Processual do Trabalho serão, por exemplo: a relação de emprego, a pessoalidade, a subordinação, a remuneração; o trabalho em feriado; o despedimento, dependendo do contexto em que inserido; dentre outros.

Os fatos impeditivos também têm contornos próprios. Podemos citar aqui a falta grave do empregado nos casos de alegação de dispensa imotivada ou ainda, o trabalhador não ter se submetido ao concurso público no pleito de reconhecimento de vínculo com órgão público.

A alegação de compensação de jornada no pedido de horas extras, ao passo que será extintivo quando o réu sustentar o pagamento integral destas horas, mediante apresentação de recibos pode ser citada como exemplo de fato modificativo para o Direito do Trabalho.

O exemplo é ilustrativo para distinguir a natureza jurídica dos fatos: a) o trabalho em jornada extraordinária é fato constitutivo; b) a compensação de jornada é fato impeditivo; c) o débito parcial das horas extras é fato modificativo, quando considerado em razão da compensação de jornada; e d) o pagamento integral das horas é fato extintivo. Ainda como fato extintivo, pode-se considerar o cumprimento integral do contrato a termo, o pagamento integral das indenizações devidas, a rescisão paga e homologada pelo sindicato face ao pleito de verbas rescisórias, dentre outros.

O CPC é aplicado subsidiariamente ao Processo do Trabalho no que se refere à prova documental. O art. 389 do referido diploma disciplina a questão:

Art. 389- Incumbe o ônus da prova quando:

I - Se tratar de falsidade de documento, à parte que a arquir;

II - Se tratar de contestação de assinatura, à parte que produziu o documento.

Dessa forma, cabe o ônus da prova: a) da falsidade do documento quanto ao conteúdo a quem afirma a falsidade; e b) na impugnação da assinatura, a prova é de quem produziu o documento.

Não se pode deixar de considerar, por outro lado, que o Direito do Trabalho é historicamente protetivo, o que fará com que sejam usadas em seu campo premissas distintas do direito comum. O trabalhador acaba por assumir uma superioridade jurídica, com o objetivo de compensar sua hipossuficiência.

Essa tutela se estende ao campo processual. A proteção, todavia, decorre da lei e está limitada aos casos de dúvida quanto à interpretação da norma tutelar.

No campo do direito probatório do processo do trabalho existe uma série de facilidades atribuídas ao reclamante, desde a valorização do impulso oficial até a elaboração de presunções legais e judiciais, bem como a utilização frequente das máximas de experiências e a formação do convencimento do juiz com base em verossimilhança.

O tratamento diferenciado conferido ao trabalhador, no que toca à regulação do ônus da prova, tem o objetivo de se levar a uma igualdade substancial.

Todavia, não há que se falar em mitigação ou flexibilização da regra do ônus probatório para fins de proteger o trabalhador. Na verdade, trata-se da existência de um regramento específico e rígido da matéria. O trabalhador hipossuficiente está amparado por um sistema, seja do direito material ou processual, visivelmente protetivo. A lei já estabelece as regras visando a esta proteção, não havendo em se falar em extensão da proteção em se tratando dos critérios legais de distribuição do *onus probandi*.

O ônus atribuído ao réu tem razão de ser a partir do momento em que provadas estão as alegações do autor. Não há que se falar em benefício para o reclamante apenas por ter se manifestado anteriormente, sendo o propulsor da ação e o primeiro a se manifestar.

A interpretação dada ao art. 818 da CLT permite a conclusão de que a manifestação do autor referente à contestação, trazendo alegações opostas a esta, tem o condão de alterar o ônus da prova. Ou seja, se o autor contradiz os argumentos da contestação e formula outros ou apenas reitera o que expôs na inicial, caberá a ele o ônus da prova.

Há que se considerar, todavia, que posições extremadas não se coadunam com a visão do direito processual moderno. No Direito Romano, o ônus da prova cabia sempre ao autor, posição que foi modificada através dos

tempos. A CLT confere louvável proteção ao trabalhador, mas isso não permite a conclusão de que toda norma celetista deverá ser interpretada favorecendo o trabalhador de forma incontestada. Ainda mais quando se está no campo do direito processual. O processo deve ser regido pelo princípio da igualdade das partes em matéria de ônus da prova.

Não há como negar que o empregador, aquele que detém o conhecimento e o capital necessário e se dispõe a empreender uma atividade econômica, acaba se submetendo a algumas exigências legais e a certas formalidades. Submete-se também à fiscalização da regularidade da atividade por parte do Estado. Ele possui, então, o ônus da documentação, uma vez que necessita manter arquivos. A consequência lógica é que determinados fatos só terão como ser provados por meios específicos que se encontra em seu poder. Não se quer dizer com isso, todavia, que se esteja a alterar a norma expressa do ônus da prova.

Exemplo de situação como a citada é o dos cartões-ponto. O empregador tem obrigação legal de manter o registro de jornada, em caso de a empresa possuir dez ou mais empregados. Tal exigência encontra-se expressa no art. 74 da CLT. A regra não altera o critério de distribuição do encargo probatório. O que existe é um dever da empresa, se requerido pelo reclamante ou ordenado pelo juiz, de apresentar o registro de horário, sob pena de sanções pelo descumprimento (CPC, arts. 355 a 359).

A empresa que descumpra tal dever sofre a sanção de ter-se admitidos como verdadeiros os fatos alegados. Significa dizer que os fatos consideram-se provados, ainda que de forma indireta. Não há que se falar, como se percebe claramente, em alteração do ônus da prova.

O interesse do Estado é esclarecer a verdade, o que se demonstra através do princípio da obrigatoriedade da prova. Permite-se ao juiz ordenar a apresentação de determinadas provas no processo. A omissão pode gerar sanções, especialmente a presunção contra aquele que foi omissor.

Os fatos, para o processo, interessam conforme os efeitos jurídicos que produzem, quais sejam, constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo. Para que a atividade instrutória seja realizada de forma satisfatória, mister se faz que os operadores do direito dominem esta classificação com segurança. A inobservância das regras de instrução importa em ilegalidade.

4 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

O tema inversão do ônus da prova no processo do trabalho tem sido aludido com frequência nas decisões dos tribunais, daí sua relevância.

Todavia, as referências e aplicações das regras de inversão são as mais diversas, não havendo consenso entre os operadores do direito.

O conceito e a extensão do princípio, por esta razão, tornam-se imprecisos.

Tenta-se buscar, com o presente estudo, uma definição para o princípio e expor os limites do instituto, com o rigor científico que a matéria exige.

Inicialmente, mister se faz a análise da questão da inversão do ônus da prova no âmbito do processo civil.

Em um segundo momento, já com os conceitos básicos em mente, será possível adentrar no campo do Direito Processual do Trabalho.

Tal escalonamento se mostra necessário uma vez que as considerações sobre a inversão, assim como ocorre com o tema ônus da prova, são as mesmas tanto para o âmbito civil como para o trabalhista.

5 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL

“Inversão” tem origem latina (*inversione*) e significa, em português “ato ou efeito de inverter (-se); contraversão”. Inverter significa tornar contrário do que era, colocar às avessas, virar em sentido contrário ao natural.

“Inverso”, do latim *inversu*, significa aquilo que segue sentido contrário ao sentido ou ordem natural, é o oposto.

Rita Marasco Ippólito Andrade⁶, de maneira clara, esclarece que:

“São inversões do ônus da prova às alterações de regras legais sobre a distribuição deste, impostas ou autorizadas por lei”.

Do conceito, pode-se extrair que a inversão do ônus da prova é a aplicação da regra expressa sobre ônus da prova, no sentido contrário, inverso.

A inversão do ônus da prova ocorrerá quando ao réu incumbir originariamente realizar a contraprova do fato constitutivo do direito do autor, ou, ainda, quando incumbir ao autor a contraprova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito postulado.

Não há que se confundir inversão do ônus da prova e contraprova. A contraprova apenas tem sentido e surte efeitos após realizada a

⁶ ANDRADE, Rita Marasco Ippólito. *Direito Probatório civil brasileiro*. – Pelotas: Educat, 2006, p.62.

prova pelo onerado. A inversão do *onus probandi* pressupõe que nada tenha sido provado.

Ao réu sempre caberá a contraprova do fato constitutivo do direito do autor. Ou seja, se o autor nada provar, desnecessária é a contraprova pelo réu, uma vez que este sequer foi onerado.

Lado outro, enquanto o autor não provar suas alegações, nenhum ônus terá o réu, nem da contraprova, nem de provar fatos extintivos, impeditivos ou modificativos eventualmente alegados.

Já na inversão do ônus da prova o efeito é o de determinar contraprova pelo réu do fato constitutivo do direito do autor, independentemente do autor ter provado tal fato.

Então, uma vez invertido o ônus da prova, caberá ao réu o ônus de realizar a contraprova do fato constitutivo do direito do autor, mesmo se o autor nada tiver provado sob pena de lhe ser atribuído a responsabilidade pela ausência ou insuficiência de prova.

O elemento principal do instituto da inversão do ônus da prova é a atribuição de tal ônus à parte contrária daquela citada na lei, em um contexto de não estar provado aquele fato que cabia ao até então onerado.

Não há que se falar em inversão do *onus probandi* na situação em que o autor comprova o fato constitutivo do seu direito, atribuindo ao réu o ônus de provar eventual fato extintivo, impeditivo ou modificativo, ou até mesmo o ônus da contraprova, uma vez que se trata de inequívoca aplicação normal da regra informada pelo art. 333 do CPC.

Convém destacar, ainda, que não representa hipótese de inversão do ônus da prova o ônus da contraprova, pois nesta se pressupõe como realizada a prova principal pela parte onerada, cabendo a contraprova, pelo adversário, sobre os mesmos fatos.

Outro ponto a ser destacado é a observação de que a inversão do ônus da prova somente ocorre por determinação legal. Em nosso ordenamento jurídico o único dispositivo que trata do assunto é o art. 6º, inciso VIII do CDC:

Art. 6 - São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Nesta hipótese, estamos diante de caso de inversão judicial autorizada por lei e não de inversão legal. Pode-se afirmar que hodiernamente não existem inversões legais do ônus da prova no ordenamento jurídico pátrio.

O CDC exige, para a inversão do ônus da prova, a presença de verossimilhança nas alegações ou que seja o consumidor hipossuficiente. Analisando os requisitos citados, parte da doutrina entende que tal inversão seria legal, pois o papel do magistrado seria apenas o de verificar a presença dos requisitos impostos, entendimento do qual, *data vênia*, não compartilhamos.

Pode-se concluir, pelo exposto que o instituto da inversão do ônus da prova no ordenamento jurídico pátrio ocorre em duas situações: a) por convenção das partes ou b) quando aplicado o art. 6º, inciso VIII, do CDC. Não há outra hipótese que autorize ou justifique a inversão do *onus probandi*, nem sequer a alegação de dificuldade na produção da prova por determinada parte.

6 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

No tocante à inversão do ônus da prova no campo específico do processo trabalhista e que é o tema central do presente estudo, pode-se, inicialmente, asseverar que não é possível de acontecer com base na convenção das partes, uma vez que os direitos em debate têm a natureza da indisponibilidade.

A discussão que se trava constantemente é a da aplicação do instituto da inversão em favor do empregado. Todavia, a se considerar a inversão em virtude do princípio protetivo, estar-se-ia justificando a mesma com base em presunções o que deve ser de plano, refutado.

A aplicação de regras de proteção em virtude da hipossuficiência não se confunde com inversão da regra legal do *onus probandi*.

Há doutrinadores que defendem a possibilidade da inversão probatória somente nos casos taxativamente estabelecidos em lei. Todavia, tais casos não existem.

O direito processual do trabalho não possui norma que determine, ou sequer autorize a inversão do ônus da prova. Não obstante, os fundamentos que os operadores do direito se socorrem para justificar uma possível inversão são as presunções, máxima de experiências e até mesmo a norma consumerista.

A existência de presunções não altera a regra normal de distribuição do encargo probatório. O reclamante terá sempre o ônus de provar o fato constitutivo, embora, em havendo presunções, pode ser resolvida a questão pela comprovação do fato secundário, do qual se deduz o fato principal. Comprovado o fato secundário, provado está o fato principal, cuja decorrência lógica é que o autor acabou por se desincumbir do seu *onus probandi*.

Apesar da existência de norma expressa referente à inversão no Código de Defesa do Consumidor, a mesma não pode ter aplicação subsidiária no campo trabalhista. Isto se explica porque as normas do CDC são de aplicação específica, para uma determinada relação, que é a de consumo. Esta se distingue sobremaneira da relação de trabalho (art. 3º, § 2º da Lei nº 8.078/90).

Não há que se negar a existência de alguns traços de semelhança entre as citadas relações, todavia as diferenças são suficientes para garantir a autonomia de ambas. Além do mais, não há que se falar em aplicação subsidiária, porque não configurada hipótese de omissão da CLT. Esta dispõe especificamente sobre ônus da prova.

O legislador, quando da elaboração das normas trabalhistas, fez a opção legislativa de não prever o instituto da inversão do ônus da prova. Não há que se falar em omissão pelo simples fato de não haver determinação ou autorização para a inversão.

Grande parte da doutrina justifica a existência da inversão do ônus da prova no processo trabalhista com base na necessidade de proteção do trabalhador.

Tal raciocínio não leva em consideração a realidade brasileira daquele que passa a ser onerado com tal encargo, ou seja, não leva em consideração o lado oposto.

Com efeito, na maioria dos casos de inversão, onera-se micro e pequenos empresários que não possuem o poderio econômico que se generaliza como próprio dos empregadores.

Em nosso país, podemos dizer que a maioria das empresas em atividade são micro-empresas ou empresas de pequeno porte. Tal realidade não deve ser desconsiderada pelos aplicadores do direito quando esta-se a analisar a questão da inversão do ônus da prova.

Não há vantagens em se sobrecarregar, a qualquer custo, o pequeno empresário. Tal posicionamento gera injustiças e pode chegar ao ponto de

inviabilizar a continuidade do empreendimento. Não é esta a visão que deve prevalecer no direito processual moderno. A lei de falência demonstra que deve sempre ser levado em consideração o espírito de preservação do empreendimento. A empresa em atividade gera inúmeros benefícios que refletem em toda a sociedade, inclusive para os trabalhadores.

A proteção ao trabalhador não deve chegar ao ponto de gerar uma situação processual cômoda ao reclamante. O trabalhador não deve ter a visão de que pode se socorrer da justiça do trabalho sempre que deixar um posto de trabalho, para obter vantagens indevidas, baseadas em interpretação distorcida ou abusiva das regras processuais.

Colocada de forma breve a base do raciocínio, resta analisar o comportamento dos Tribunais do Trabalho face à questão.

A Súmula nº 338 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) inverte o ônus da prova no caso de cartões de pontos “britânicos”:

Súmula nº 338 JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações jurisprudenciais nº 234 e 306 da SBDI-1) – res. 129/2005, DJ 20,22,25.04.2005.

- I- É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho 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. (ex- súmula nº 338 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)
- II- A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex- OJ nº 234 da SBDI-1 – inserida em 20.06.2001)
- III- Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir.

Os itens I e II da referida súmula retratam a previsão legal do art. 74, § 2º, da CLT. O problema reside no item III da súmula ventilada, o qual prevê hipótese de inversão do ônus da prova.

Já foi dito que o sistema processual trabalhista não permite a inversão judicial do ônus da prova, salvo se autorizado por lei, o que não é o caso. Em razão disso, pode-se dizer que a previsão trata de hipótese de ilegal inversão do ônus da prova.

A hipótese ventilada no item III difere da prevista nos itens anteriores, pois pressupõe que ocorreu a apresentação dos cartões-pontos. Se o empregador cumpriu com a obrigação de apresentar tais documentos, afasta-se a possibilidade de invocar a presunção legal prevista no CPC.

A jornada extraordinária é fato constitutivo do direito do autor, não havendo que se falar em inversão do ônus da prova nestas hipóteses.

Outra Súmula do TST que trata da questão do ônus probatório é a de nº 212:

Súmula nº 212. DESPENDIMENTO. ÔNUS DA PROVA (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21. 11.2003. 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.

Neste caso, não há que se falar em inversão do ônus, haja vista se tratar de presunção.

Além disso, a afirmação de que é ônus do empregador a prova do término do contrato de trabalho é relativa, pois dependerá da análise do caso concreto.

Ainda no tocante à súmula nº 212 do TST cabe destacar que seu texto expresso é claro no sentido de constituir ônus do empregador apenas a prova do término do contrato de trabalho.

Para ilustrar como a questão vem sendo decidida pelos Tribunais, cabe trazer à baila o seguinte acórdão, oriundo do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região e da lavra de Francisco Rossal de Araújo:

A rescisão indireta, prevista no **art. 483 da CLT**, caracteriza-se por ser a justa causa do empregador, possibilitando ao empregador pedir o pagamento das parcelas rescisórias, inclusive a indenização. É norteadada pelos mesmos princípios da justa causa do empregado, ou seja, atualidade, proporcionalidade, “NON BIS IN IDEM” e nexo da causalidade. Em face da existência de princípios protetivos ao trabalhador, basta que este demonstre a inexecução faltosa do contrato para que o pedido da rescisão indireta seja acolhido, havendo inversão do ônus da prova quanto ao fato constitutivo da pretensão.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso ordinário. Nº 00014-2006-010-04-00-2. juiz- relator Francisco Rossal de Araújo. Sendo recorrente Liliana Noemia Guzman de Santos e recorrido Tânia Zair Pereira.

Do exposto, podemos concluir que, embora tal instituto não tenha base legal para ser utilizado no processo do trabalho, não há impossibilidade absoluta de sua aplicação. Em ocorrendo a inversão no caso concreto, constitui dever do magistrado informar à parte contrária que o ônus passou a lhe ser atribuído, na audiência inicial.

Este dever adquire maior relevância a partir da ausência de previsão legal da inversão, pois esta, quando prevista na lei, como no CDC, dá conhecimento ao fornecedor da possibilidade de inversão naquele caso, o que não acontece no processo do trabalho. A intenção do CDC, no tocante à inversão, é

facilitar a defesa do consumidor, e não lhe assegurar a vitória nem sacrificar o direito de defesa.

Ressalta-se que, no processo, deve ser evitada a surpresa, que importa em violação ao Devido Processo Legal, Contraditório e à Ampla Defesa.

A prova é o coração do processo e guarda estreita relação com a efetividade da prestação jurisdicional, pelo que seu estudo jamais pode perder de vista a correlação com os princípios constitucionais. Violar um princípio é mais grave do que violar uma regra qualquer, pois não se trata de ofensa a uma determinação específica, mas a todo sistema de comandos. A não-observância de um princípio atenta contra o sistema na sua íntegra e sua estrutura base, subvertendo valores fundamentais. Dessa forma, deve ocorrer a fixação do ônus da prova, e eventual inversão, na audiência inicial trabalhista, sem a preclusão *pro iudicato*.

CONCLUSÃO

Restou claro, após a análise empreendida que a prova não pode ser vista apenas como mero resultado, mas também como atividade e sua noção estão ligadas à busca da verdade.

São objetos das provas as alegações dos fatos, desde que controvertidos, relevantes e determinados. Aqueles notórios, confessados, admitidos como incontroversos ou em cujo valor milita presunção legal de veracidade dispensam a prova.

O sistema de apresentação da prova adotado no processo pátrio é o dispositivo, porém com grande valorização à iniciativa oficial, principalmente no processo trabalhista, uma vez que, de regra, envolve direitos indisponíveis.

A proteção existente no processo do trabalho decorre da legislação. Inviável questionar ou atenuar as normas sobre ônus da prova nem realizar a inversão deste ônus com base no princípio tutelar.

A repartição do encargo probatório no sistema processual pátrio está pautada no critério do interesse na afirmação. Assim, é do autor o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito, e do réu os fatos extintivos, impeditivos e modificativos. Enquanto o autor nada tiver provado, nenhum ônus terá o réu.

O art. 333 do CPC não se aplica ao processo do trabalho, haja vista não existir omissão. Contudo, o critério estabelecido pelo art. 818 da CLT é o mesmo do utilizado no processo civil, qual seja, de que o ônus da prova é distribuído conforme o interesse na afirmação.

Ocorre a inversão do ônus da prova quando, originariamente, incumbir ao réu realizar a contraprova do fato constitutivo do direito do autor, ou,

ainda, quando ao autor incumbir à contraprova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito postulado.

A inversão do ônus da prova somente ocorre por lei ou em decorrência de autorização legal. Concretamente, o instituto da inversão do ônus da prova no ordenamento jurídico pátrio ocorre por convenção das partes ou quando aplicado o art. 6º, inciso VIII, do CDC, sendo esta hipótese de inversão judicial.

O Direito Processual do Trabalho não possui norma processual que determine, ou sequer autorize a inversão do ônus da prova. Também não se aceita a convenção do ônus da prova no âmbito trabalhista.

Os operadores do Direito do Trabalho, para justificar uma possível inversão do *onus probandi*, socorrem-se das presunções, máximas de experiências e da norma consumerista. As presunções e máximas de experiência não representam hipóteses de inversão do ônus da prova. No tocante à aplicação subsidiária do CDC, não procede tal argumentação, pois a CLT dispôs especificamente das normas sobre o ônus da prova.

A fixação, pelo juiz, do ônus da prova, e eventual inversão, deve ser realizada na audiência inicial, caso rejeitada a proposta conciliatória, sob pena de violação aos princípios constitucionais processuais.

Com tais considerações, encerra-se o presente estudo, esperando que o mesmo seja útil para o aprimoramento da discussão sobre o ônus da prova e sua inversão, especialmente no campo do Direito Processual do Trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. 4.ed. Campinas: Bookseller, 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. V. I. 12.ed., rev. e atual. Rio de Janeiro

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v.3. 5.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento*. 5.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil v.1.3.ed.* – São Paulo: Edição Saraiva, 1969.

ANDRADE, Rita Marasco Ippólito. *Direito Probatório civil brasileiro*. – Pelotas: Educat, 2006.

ALMEIDA, Amador Paes de, CLT Comentada: Legislação, Doutrina, Jurisprudência. 3.ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005.

GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. 14, ed., rev. e atual – São Paulo: Saraiva, 2005.

MACHADO JÚNIOR, César Pereira da Silva. *O ônus da prova no processo do trabalho*. – 3.ed. rev. e atual – São Paulo: LTr, 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*, 21.ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil, volume 1: Processo de conhecimento*. 7ed. rev. e atual – Rio de Janeiro: Forense, 2005.