

**SIMONE GRAZIANO**

**ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO**

SÃO PAULO

2012

**SIMONE GRAZIANO**

## **ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO**

Monografia apresentada à Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, como requisito parcial para aprovação no curso de Pós-Graduação “*Lato Sensu*”- Especialização em Direito e Processo do Trabalho, sob a orientação do Ilmo. Professor Dr. Marcel Cordeiro.

SÃO PAULO

2012

**SIMONE GRAZIANO**

## ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC

CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO E PROCESSO DO  
TRABALHO

O presente trabalho foi examinado, nesta data, pela Banca Examinadora composta dos seguintes membros:

---

---

---

MÉDIA: \_\_\_\_\_

Data da aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/2012.

**Resumo**

Esta monografia tem como escopo analisar o instituto da prova no âmbito do processo do trabalho. A questão do ônus da prova sempre foi um dos temas que mereceu destaque na doutrina. Assim, o presente trabalho explora as posições doutrinárias acerca da controvertida matéria.

Em suma, uma das maiores problemáticas enfrentadas pelos doutrinadores no tocante à prova é subsidiariedade ou não do Código de Processo Civil na seara laboral e a possibilidade de inversão do ônus probatório.

Não há dúvidas que a imposição do ônus da prova apresenta-se como questão perturbadora aos operadores de direito na busca de soluções aos casos concretos. Desta forma, é imprescindível saber a quem incumbe provar os fatos alegados no processo.

### **Abstract**

This monograph is scoped to examine the institution of proof under the labor process. The question of burden of proof has always been one of the themes

highlighted in the doctrine. Thus, this work explores the doctrinal positions on the controversial matter.

In short, one of the biggest problems faced by theoretician is about the application of the Code of Civil Procedure in labor law in a subsidiary form and the possibility of reversing the burden of evidence.

There is no doubt that the imposition of the burden of proof presents itself as vexing question of law to the operators in finding solutions to concrete cases. Thus, it is essential to know who is responsible for proving the facts alleged in the process.

## Sumário

|   |    |
|---|----|
| 1. INTRODUÇÃO .....                       | 7  |
| 2. DAS PROVAS .....                       | 8  |
| 2.1. Histórico do direito probatório..... | 8  |
| 2.2. Conceito de prova.....               | 10 |

|   |    |
|---|----|
| 2.3. Natureza jurídica do instituto .....                   | 13 |
| 2.4. Princípios reitores da prova .....                     | 16 |
| 3. DAS PROVAS NO PROCESSO DO TRABALHO .....                 | 18 |
| 3.1. Classificação das provas .....                         | 18 |
| 3.2. Objeto da prova .....                                  | 20 |
| 3.3. Finalidade e Momento da prova .....                    | 24 |
| 3.4. Fontes e meios de prova .....                          | 28 |
| 3.5. Presunções, indícios e as máximas de experiência ..... | 30 |
| 3.6. Sistemas de valoração da prova .....                   | 34 |
| 4. ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO .....              | 37 |
| 4.1. Conceito de ônus .....                                 | 37 |
| 4.2. Principais teorias sobre ônus da prova .....           | 38 |
| 4.3. Ônus da prova subjetivo e objetivo .....               | 42 |
| 4.4. Distribuição do ônus probatório .....                  | 44 |
| 4.5. Ônus da prova e o fato negativo .....                  | 49 |
| 4.6. Inversão do ônus da prova .....                        | 50 |
| 5. CASUÍSTICA, PRAGMÁTICA E PROBLEMATIZAÇÃO .....           | 56 |
| 5.1. Relação de emprego .....                               | 56 |
| 5.2. Jornada de trabalho .....                              | 58 |
| 5.3. Estabilidade .....                                     | 61 |
| 5.4. Equiparação salarial .....                             | 62 |
| 5.5. Horas extras .....                                     | 64 |
| 5.6. Adicionais de insalubridade e periculosidade .....     | 66 |
| 5.7. Extinção do contrato de trabalho .....                 | 68 |
| 5.8. Citação .....  | 72 |
| 5.9. Revelia .....  | 74 |
| 5.10. Testemunha .....                                      | 76 |
| 6. CONCLUSÃO .....  | 77 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....                            | 79 |

## 1. INTRODUÇÃO

A escolha do tema tem por razão principal a discussão existente entre as diversas correntes doutrinárias e jurisprudenciais favoráveis ou contrárias à flexibilização das regras referentes ao ônus da prova.

Este estudo engloba a conceituação do vocabulário prova, passando despretensiosamente pela sua evolução até os tempos atuais. Pretende o trabalho em questão demonstrar, entre outros enfoques, a natureza jurídica do instituto da prova, seus princípios reitores, sua classificação, os meios de prova admitidos no processo e os sistemas de avaliação.

O presente trabalho explora as posições doutrinárias acerca da controvertida matéria contida nos artigos 818 da Consolidação das Leis Trabalho e 333 do Código Processo Civil.

Almeja ainda estudar a discussão do ônus da prova no processo do trabalho, seu significado, o critério celetista, a distribuição da prova e as tendências atuais atinentes ao encargo de provar no direito brasileiro. Sobre as peculiaridades do ônus da prova, discorreremos no decorrer deste estudo dos principais litígios típicos.

Em que pese o entendimento doutrinário mais clássico, nos últimos anos vem ganhando corpo o número de adeptos favoráveis à aplicação da inversão do ônus probatório na seara laboral, cujos fundamentos jurídicos serão delineados no bojo deste estudo.

Por fim, este estudo não tem a pretensão de esgotar a matéria, mas tão somente ressaltar a importância da inversão do ônus da prova no processo do trabalho, fornecendo subsídios ao leitor para uma posterior reflexão.

## **2. DAS PROVAS**

### **2.1. Histórico do direito probatório**

É conveniente iniciar o presente estudo com um breve relato histórico sobre o tema. Sob um enfoque restrito será abordado o processo romano, seguido pelo processo ítalo-canônico e posteriormente o processo germânico.

O processo romano não foi uniforme, possuiu três fases distintas. A primeira foi o período pré-clássico, época da Lei das Doze Tábuas, não havia a livre apreciação das provas, discutia-se se o direito era determinado por juízes de Deus ou por procedimentos similares, nos quais as questões eram decididas por sinais divinos provocados com essa finalidade ou se essa determinação estava sujeita mecanicamente as regras probatórias fixas.

Posteriormente tem-se o período clássico, marcado pela livre apreciação das provas, onde o juiz tinha ampla liberdade para valorar as provas produzidas. Por influência grega a prova documental passou a ter a mesma importância da prova testemunhal.

No período pós-clássico surgiu o processo de cognição e a normatização da valoração da prova, não havendo mais a liberdade plena para apreciação das provas. Assim, não era possível admitir como provado um fato testemunhado por pessoas em número inferior ao legalmente previsto, ainda que o juiz estivesse convencido da ocorrência ou não do fato. Nesta fase a prova documental sobrepôs às demais e, face ao caráter técnico do trabalho dos peritos, suas conclusões passaram a obrigar o juiz. Cabe destacar que o Estado Romano, ainda que sujeito à lei, não sofria condenações, pois contra o particular o Estado sempre tinha razão.

O direito canônico foi criado em Roma pela Igreja, ao lado da jurisdição estatal surgiu a jurisdição dos tribunais eclesiásticos. Em virtude da importância da

Igreja, o processo canônico influenciou no procedimento seguido nos tribunais seculares. Na Alemanha passou a prevalecer um direito advindo dessas três fontes: germânica, românica e canônica, sendo denominado de ítalo-germânico.

Foi neste período que surgiu o princípio *quod non est in actis non est in mundo* (o que não está nos autos não está no mundo) e a teoria da presunção, que mediante presunções estabelecidas previam todas as possibilidades de prova judiciária.

No direito canônico havia limitação da liberdade do juiz através de regras de conduta obrigatória. A prova era dividida em plena e semiplena, sendo fixado o número de testemunhas necessárias para tornar a prova plena e dada ao juiz rígidas instruções de como avaliar a prova quando divergentes entre si.

Com propriedade destaca Carlos Alberto Reis de Paula (2001, p. 46):

Podemos afirmar, pois, em resumo, que o processo ítalo-canônico se apresenta como o oposto do processo romano clássico. Em relação ao procedimento probatório, ainda que tenha como objetivo aparente influenciar na convicção do juiz, as várias regulações que foram fixadas revelam que o temor e a subjetividade do juiz conduziram à decadência do princípio da livre apreciação da prova.

O processo germânico surgiu em oposição ao processo romano e ítalo-canônico. Este processo teve várias etapas. No período primitivo, os litigantes dirigiam suas alegações ao juiz e este proferia a sentença, que não solucionava o caso, mas somente determinava qual das partes deveria apresentar as provas, ressalta-se, não para o juiz ou processo, mas para a outra parte.

Conforme ensinamento de Carlos Alberto Reis de Paula (2001, p. 47):

O procedimento germânico não estava, pois, estruturado para convencer o juiz da verdade de alguma afirmação. Possibilitava apenas ao demandado que se limpasse da reprovação que fora lançada contra ele. Para isso, as partes contavam com três meios de prova, todos inteiramente irracionais: o juramento, o duelo e o juízo de Deus. A sentença era puramente probatória,

e não decidia o litígio, estando diretamente ligada à execução da prova imposta.

Prossegue o autor narrando que na Idade Média, mais precisamente entre 770 e 780, Carlos Magno reformulou a justiça, organizando-a e fortalecendo a posição do juiz, fatores que provocaram mudanças no direito probatório. Os meios probatórios irracionais foram abandonados, pois nesta nova visão de processo, não bastava estabelecer a verdade formal frente ao adversário, se fazia necessário convencer o juiz da verdade real. Assim, para alcançar a finalidade do procedimento, a prova testemunhal somou-se à prova documental, sendo que ambas substituíram o juramento e o juízo de Deus. Por fim, o conflito de provas era dirimido pelo próprio juiz, cabendo-lhe a função de valora-las, já que não havia prevalência de uma sobre a outra.

## **2.2. Conceito de prova**

A palavra prova é originária do latim, do termo *probatio*, que significa verificação, inspeção, exame, confirmação, reconhecimento por experiência, experimentação, revisão, comprovação, confronto.

O conceito de prova é fruto de árdua construção doutrinária, tendo em vista que o Código de Processo Civil tampouco a Consolidação das Leis do Trabalho a conceituam. E por isso, são diversas as definições de prova que podem ser catalogadas.

É inquestionável a importância da prova para qualquer processo, pois é nela que se materializa a verdade dos fatos, sendo indispensável dotar o processo de meios capazes para a busca da justa e satisfatória solução da lide.

Nesse sentido, Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 24)

asseveram que :

Não há dúvida que a função dos fatos (e, portanto, da prova) no processo é absolutamente essencial, razão mesmo para que a sua investigação ocupe boa parte das regras que disciplinam o processo de conhecimento no Código de Processo Civil. Se o conhecimento dos fatos é pressuposto para a aplicação do direito e se, para o perfeito cumprimento dos escopos da jurisdição, é necessária a correta incidência do direito aos fatos ocorridos, tem-se como lógica a atenção redobrada que merecer análise fática no processo.

Indispensável mencionar os ensinamentos de Carnelutti e Chiovenda (citado por DINAMARCO, 2004, p. 88), conceitos que indubitavelmente influenciaram a doutrina pátria.

Para Carnelutti, a prova é um meio de conhecimento, ou seja, as provas “proporcionam ao avaliador uma percepção, mercê da qual pode adquirir o conhecimento desse fato”. Chiovenda, por seu turno, enfatiza que: “provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo”.

Dinamarco (2004, p. 91), por sua vez, conceitua prova como “conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento”.

O eminente jurista Coqueijo Costa (1986, p. 332) dá à prova dois sentidos:

Pelo mais amplo, é o complexo de elementos de que um juízo dispõe para o conhecimento dos fatos relevantes para a solução de uma demanda. Tais elementos são: depoimentos pessoais, documentos, testemunhos, perícias, indícios e presunções e podem ser fornecidos pelas partes, por iniciativa do Juiz, ou, eventualmente, por terceiros. (...) No sentido mais estrito, prova é uma parte dos elementos acima referidos. Por ela, o reclamante procura convencer o Juízo de que ocorreram os fatos em que alicerça sua pretensão.

Já Manoel Antônio Teixeira Filho (2003, p. 36) entende que o conceito do Ilustre Coqueijo Costa é equivocado, asseverando que a prova é resultado e não meio, advertindo para o cuidado que merece a diferença entre o significado de prova e de

meio probante, eis que se a prova for considerada um meio, inevitavelmente qualquer documento juntado aos autos constituiria, por si só, prova do fato a que se refere, ignorando-se com isto, a apreciação judicial acerca desse meio de prova, apreciação que resultaria na revelação do resultado que tal meio produziu.

Assim, o referido autor conceitua prova como: “(1) é a demonstração (2), segundo as normas legais específicas (3), da verdade dos fatos (4) relevantes (5) e controvertidos (6) no processo”. Prossegue explicando sua definição (2003, p.32):

Dissemos (1) demonstração, porque, em concreto, a atividade probatória, que às partes preponderantemente incumbe em decorrência do ônus objetivo que a lei lhes atribui (CLT, art. 818), consiste em trazer aos autos elementos que demonstrem a verdade dos fatos alegados e com base nos quais deverão desenvolver um raciocínio lógico, tendente a influir na formação do convencimento do órgão jurisdicional; (2) segundo as normas legais específicas, porque o direito processual não apenas estabelece as modalidades de prova admitidas em Juízo (CPC, art. 332), mas também disciplina o procedimento probatório das partes; (3) da verdade dos fatos, porque, regra genérica, o objeto da prova são os fatos (CPC, art. 332), como tais considerados todos os acontecimentos do mundo sensível, capazes de provar repercussão na ordem jurídica; só excepcionalmente se exigirá prova do direito (CPC, art. 337); (4) relevantes, porque a prova não deve incidir sobre todos os fatos narrados na ação, mas somente em relação àqueles que se revelam importantes (relevantes) para a justa composição da lide; (5) e controvertidos, porquanto devem ficar fora do campo da prova os fatos incontroversos, assim entendidos os que, sendo afirmados por uma das partes, são confessados pela parte contrária (CPC, arts. 302 e 334, II); os admitidos no processo como incontroversos (CPC, art. 334, III), bem assim os notórios (art. 334, I) e aqueles em cujo favor milita a presunção legal de existência ou de veracidade (art. 334, IV); (6) no processo, vez que os fatos a serem provados são os que foram trazidos pelas partes ao conhecimento do juiz; assim, os fatos que permaneceram à margem do litígio (embora pudessem ser relevantes), ou que foram narrados intempestivamente, não podem ser destinatários da prova – “Quod non est in actis non est in mundo”, adverte o conhecido apotegma jurídico, de larga e proveitosa aplicação na realidade forense.

Na visão de Humberto Theodoro Junior (1996, p. 414) prova pode ser conceituada em dois sentidos, objetivo e subjetivo: o primeiro define a prova como o instrumento ou o meio hábil, para demonstrar a existência de um fato, e o segundo, como a certeza originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório.

Ensina Nelson Nery Junior (1997, p. 611) que “as provas são os meios processuais ou materiais considerados idôneos pelo ordenamento jurídico para demonstrar a verdade, ou não, da existência e verificação de um fato jurídico”.

Liebman (citado por BEZERRA LEITE, 2010, p. 544) mostra que há íntima relação entre prova e instrução probatória:

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

A partir dos conceitos expostos, denota-se que os autores firmam suas definições tanto no estado de certeza proporcionado ao juiz, bem como no instrumento que revela a existência de um fato ou a demonstração da verdade.

### **2.3. Natureza jurídica do instituto**

Sabe-se que as leis, quanto à sua natureza, são substantivas ou adjetivas. As substantivas, também chamadas de materiais, estabelecem a norma de conduta jurídica, são atributivas de direito, dizem respeito à essência do ato, e como tais, existem de per si. Já as adjetivas, também denominadas de processuais, asseguram a realização das anteriores.

A pulverização da disciplina entre as normas de direito material e processual criou verdadeira cizânia entre os doutrinadores a respeito da natureza do instituto da prova.

Amauri Mascaro Nascimento (2006) aponta cinco tendências que buscam a natureza jurídica da prova, a saber: a) a prova é um fenômeno de direito material; b) a segunda é a teoria da prova como fenômeno de natureza mista, material e

processual; c) a terceira teoria é a de natureza unicamente processual; d) a quarta teoria é a divisão das normas sobre a prova em normas de direito material e direito processual; e) a quinta e última teoria, sustenta que a prova pertence ao direito judicial.

Segundo Tostes Malta (1997), as teorias mencionadas dizem respeito à natureza das normas que regulam a prova e não ao instituto da prova e, ainda ensina que a prova é tanto estudada como conjunto de informações que as partes levam ao juiz para que este forme seu conhecimento, como no sentido de que o juiz formando sua convicção sobre os fatos debatidos na lide, conclui ter realmente ocorrido, isto é, ter restado provado. Assim, emprega-se a palavra prova para designar a atividade das partes, bem como ao resultado dessa atividade.

Manoel Antônio Teixeira Filho (2003) informa que os principais defensores de que a prova seria um fenômeno de direito material foram Salvatore Satta, Pontes de Miranda e Clóvis Bevilacqua, os quais sustentavam que o principal argumento lastreava-se no fato de que, por vezes, ela preexistia ao processo, como no caso da prova pré-constituída. Em contrapartida, autores consagrados como Chiovenda e Goldschmidt defendiam a natureza exclusivamente processual da prova, vez que destinadas ao convencimento do julgador.

Oportuna a observação do Ministro Coqueijo Costa (citado por TEIXEIRA FILHO, 2003, p. 30) ao destacar que:

Modificou-se a doutrina das provas – todos os meios legais ou moralmente legítimos, são hábeis para provar os fatos (CPC, art. 332<sup>1</sup>), - e ampliou-se o seu âmbito. Antes, só se admitia a prova segundo a especificação reconhecida nas leis civis e comerciais, mas o CPC de 1973 integrou a

---

<sup>1</sup> Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

disciplina das provas no sistema processual, repudiando a teoria de que a natureza das provas diz respeito ao direito material.

Posteriormente, surgiu a teoria da prova como fenômeno de natureza mista, material e processual, arrebatando expressivo número de adeptos, considerando a existência de regras que regulam a prova fora do processo – fins extraprocessuais – e outras voltadas ao magistrado, de aplicação processual.

Pouca aderência teve a teoria que sustentava a prova como pertencente ao direito judicial, o qual tem por objeto uma relação jurídica existente entre a justiça estatal e o indivíduo.

Atualmente, persistem as divergências acerca da gênese do instituto. De um lado, doutrinadores, como Manoel Antônio Teixeira Filho (2003, p. 30), defendem que as controvérsias a respeito desse tema estão ultrapassadas, tendo em vista que o Código de Processo Civil vigente avocou a regulamentação geral dessa matéria e revogou as disposições contidas no ordenamento material.

Em sentido contrário, renomados escritores afirmam que o instituto da prova interessa, a um só tempo, ao direito material e ao processual. Daí as regras relativas à essência das provas, à sua admissibilidade e aos seus efeitos estarem inseridas no Código Civil e as regras referentes ao modo, tempo e constituição da prova estarem elencadas no Código de Processo Civil.

Oportunas são as palavras de Carlos Alberto Reis de Paula (2001, p. 30) sobre o assunto:

Encontramos dispositivos relativos à prova tanto em normas que regulam o direito material como o direito processual. Na Consolidação das Leis do Trabalho não se cuida de provas apenas nos artigos 818/830<sup>2</sup>, da seção IX

---

<sup>2</sup>Art. 818 - A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.

do Título X, que expressamente fazem referência à prova. O legislador, no Título II, ao estatuir as normas gerais de tutela do trabalho, principia pela regulamentação sobre a identidade profissional, normatizando as anotações nas denominadas Carteiras de Trabalho e Previdência Social, que servirão de prova como previsto no art. 40<sup>3</sup> do mesmo texto e que geram presunção *iuris tantum*, como consagrado no Enunciado 12<sup>4</sup> do TST.

Assim, comungamos com a teoria mista, porquanto existem normas probatórias particulares, que seriam de natureza material e normas probatórias genéricas, que possuem natureza processual.

#### 2.4. Princípios reitores da prova

Os princípios são diretrizes gerais de um ordenamento jurídico. O Ilustre jurista Amauri Mascaro Nascimento (2006, p. 249) indica como princípios reitores da prova no processo do trabalho, os seguintes: princípios da necessidade, da unidade, da lealdade ou probidade, da contradição, da igualdade de oportunidade, da legalidade, da imediação e da obrigatoriedade da prova.

Pelo princípio da necessidade da prova exige-se que os fatos alegados sejam provados para serem admitidos como verdadeiros pelo órgão julgante. Adverte a doutrina clássica que o sucesso do processo depende da qualidade da atividade probatória da parte.

---

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

<sup>3</sup> Art. 40 - As Carteiras de Trabalho e Previdência Social regularmente emitidas e anotadas servirão de prova nos atos em que sejam exigidas carteiras de identidade e especialmente:

I - Nos casos de dissídio na Justiça do Trabalho entre a empresa e o empregado por motivo de salário, férias ou tempo de serviço;

II - Perante a Previdência Social, para o efeito de declaração de dependentes;

III - Para cálculo de indenização por acidente do trabalho ou moléstia profissional.

<sup>4</sup> Enunciado nº 12 TST - As anotações apostas pelo empregador na Carteira Profissional do empregado não geram presunção *jure et de jure*, mas apenas *iuris tantum*.

O princípio da unidade, também chamado de comunhão das provas, prevê que as provas devem ser apreciadas em conjunto, como um todo, entretanto, isto não quer dizer que o magistrado tenha que decidir exclusivamente em favor de um dos litigantes.

Quanto à lealdade ou probidade da prova, ambas tem por escopo garantir a verdade dos fatos. É certo que a prova, tal como o processo geral, tem um propósito marcadamente ético, contudo, na prática, não raro a verdade real não convém aos litigantes, razão para construírem nos autos uma verdade formal que não coincida com aquela. Em virtude disso, o legislador instituiu punição ao litigante de má-fé.

O princípio do contraditório, previsto na Constituição Federal, dá à parte a oportunidade de conhecer e discutir a prova. Como bem assevera Manoel Antônio Teixeira Filho (2003, p. 71):

A contradição, todavia, não se resume à impugnação da prova produzida ou que se vai produzir (ato elisivo); pode a parte, inclusive, realizar a contraprova (ato elisivo-constitutivo), com o que estará não somente eliminando a prova elaborada pelo adversário, mas constituindo uma outra, que a substitui opostamente.

O princípio da igualdade de oportunidade garante às partes as mesmas oportunidades de requererem a produção de provas nos momentos adequados. Ressalta-se que não se exige da parte a produção da prova, somente lhe é assegurado a oportunidade de, querendo, produzi-la.

O princípio constitucional da legalidade vincula a produção de provas à forma prevista em lei, subordinando as partes à observância de determinados requisitos, tais como, os de tempo, lugar, meio e adequação.

O princípio da imediação ou imediatidade significa a direta intervenção do juiz na instrução probatória, corroborado pelo ativismo judicial.

O princípio da obrigatoriedade da prova funda-se na ideia de que tanto as partes quanto o Estado tem interesse no esclarecimento da verdade, assim, pode incorrer em sanção a parte que omitir determinada prova.

Conforme Teixeira Filho (2003, p. 76), outros princípios podem ser acrescidos aos já expostos, tais como: o princípio da aquisição processual, o qual prevê que uma vez produzida a prova no processo, ela passa a pertencer ao processo, independentemente da parte que a produziu; o princípio da aptidão para a prova, estipula que a prova deve ser exigida da parte que se encontrar em melhores condições de produzi-la; o princípio do livre convencimento motivado, o qual consiste na liberdade de apreciação das provas pelo magistrado, desde que indique na sentença o motivo de seu convencimento; princípio da coercitibilidade, segundo o qual o juiz não pode decidir contra a prova dos autos.

Tem-se ainda, os princípios da ampla defesa, da proporcionalidade e da proibição da prova obtida ilicitamente, todos previstos na Constituição Federal.

### **3. DAS PROVAS NO PROCESSO DO TRABALHO**

#### **3.1. Classificação das provas**

Necessário se faz estabelecer uma classificação básica sobre o instituto das provas. Todavia, diversas são as classificações doutrinárias existentes a respeito do tema. Não obstante, as mais divulgadas na atualidade sejam as de Malatesta, Carnelutti e Bentham.

Segundo Moacyr Amaral dos Santos (1983, p. 53) foi a classificação sugerida por Nicola Framarino dei Malatesta, que obteve melhor aceitação entre os escritores de obras sobre o processo.

Conforme Paulo Rogério Zaneti (2011, p. 29), esta classificação, leva em conta três critérios: o objeto ou conteúdo (é o fato por provar-se), o sujeito (é a pessoa ou coisa que afirma ou atesta a existência ou inexistência do fato probando) e a forma da prova (é a modalidade ou maneira pela qual a prova pode apresentar-se ao magistrado, pela qual se constitui ou produz).

Quanto ao objeto a prova pode ser direta ou indireta. Vicente Greco Filho (2000) informa que a prova direta tem por objeto o próprio fato principal da demanda, ou seja, aquele cuja existência, se comprovada, determina a consequência jurídica pretendida. São modalidades de prova direta o testemunho, o documento e a perícia, visando e atingindo, positiva ou negativa, mas sempre diretamente o fato.

Já a prova indireta tem por objeto a demonstração dos fatos secundários ou circunstanciais, dos quais se pode extrair a convicção da existência do fato principal da demanda. São as presunções e indícios, exigindo do magistrado a atividade intelectual dedutivo-indutiva na busca, de forma reflexa, do fato

No que diz respeito ao sujeito a prova pode ser pessoal ou real. Será pessoal quando decorrente de uma afirmação (depoimento pessoal, confissão e testemunho) ou real quando materialmente verificável tal como prova documental ou pericial.

No tocante à forma, a prova distingue-se entre testemunhal, documental e material.

Manoel Antônio Teixeira Filho (2003, p. 90) comenta sobre a teoria de Carnelutti:

Em realidade, a classificação das provas variará conforme seja o ângulo óptico utilizado pelo autor. Carnelutti, por exemplo, adota como ponto de referência o Juiz, a quem reconheceu como sujeito da prova; por isso, estabeleceu as categorias fundamentais da prova direta e da indireta, a serem sempre produzidas perante o Juiz. As provas diretas, para ele, se subdividem em históricas e críticas, históricas porque as testemunhas narram os fatos, representam-nos, traduzem-nos, o mesmo acontecendo com os documentos; críticas porque apenas fornecem ao Juiz elementos que poderão influenciar no seu convencimento quanto à inexistência do fato, assim, os indícios e as presunções.

Dos ensinamentos de Bentham interessa, em especial, a definição de prova pré-constituída e prova causal. Segundo o ilustre jurista inglês, a prova pré-constituída é anterior à demanda, denomina-se de fato constante de um documento autêntico, revestido das formalidades legais, empregado, quando necessário, com o caráter de prova jurídica, a exemplo, os recibos de quitação. A prova causal, por sua vez, é a constituída *post facto*, ou seja, no curso da lide, com o objetivo de convencer o juiz da veracidade do fato, como no caso do testemunho.

### **3.2. Objeto da prova**

De acordo com o artigo 332 do Código de Processo Civil “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

Assim verifica-se, como princípio elementar do direito probatório, que somente as matérias de fatos são objeto de prova, restando necessário demonstrar a autenticidade do fato para que o juiz forme sua convicção.

Nesse sentido Luiz Rodrigues Wambier (2005, p. 481):

Deve-se provar fatos, não o direito. Pela parêmia “*jura novit cúria*”, tem-se que o direito alegado não é o objeto de prova, mas apenas os fatos, ou seja, aquilo que ocorreu no mundo. Também se diz “*da mihi factum, dabo tibi jus*”, para significar que basta demonstrar que os fatos ocorreram para que o juiz aplique o direito correspondente.

Contudo, há de ser ressaltado que quanto ao direito existe uma exceção estabelecida no artigo 337 do Código de Processo Civil<sup>5</sup>. É necessário provar o teor e a vigência quando se tratar de direito municipal, estadual, consuetudinário ou estrangeiro. Essa exigência se faz necessária, face à complexidade da ordem jurídica, seria desarrazoado exigir do juiz tal conhecimento.

Imprescindível ainda mencionar que no processo trabalhista deve ser provado, salvo dispensa do magistrado, o conteúdo e a vigência dos regulamentos internos das empresas, das convenções e acordos coletivos, decisões normativas, tratados e convenções, bem como dos usos e costumes. Corrente minoritária entende desnecessária referidas provas, sob o argumento de que o conteúdo e vigência destes documentos são de conhecimento de ambas as partes.

Verifica-se na doutrina que nem todas as proposições de fatos devem ser provadas, mas somente aquelas que, a um só tempo, forem controvertidas, possíveis, relevantes ao julgamento da lide e pertinentes ao objeto da demanda.

Em regra, quando não houver controvérsia quanto aos fatos alegados pelos litigantes, a questão se traduz à mera aplicação do direito bem como quando se tratar de fatos intuitivos ou evidentes e fatos reputados ocorridos por uma presunção legal.

Entretanto, há exceções a tal regra, eis que em dadas circunstâncias é necessário que se faça prova desses fatos: quando requerido pelo magistrado, a fim

---

<sup>5</sup> Art. 337. A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz.

de formar com mais segurança seu convencimento; quando a lide versar sobre direitos indisponíveis e quando a lei exigir que a prova do ato jurídico se revista de forma especial.

O artigo 334 do Código de Processo Civil<sup>6</sup> elenca os fatos que não dependem de prova. São eles: a) notórios; b) afirmados por uma parte e confessados pela outra; c) admitidos no processo como incontroversos; d) em cujo favor milita presunção de existência ou veracidade.

Assim, verifica-se que as versões sobre as matérias de fato incontroversas, irrelevantes, impossíveis ou impertinentes estão a salvo da prova, devendo ter sua prova recusada pelo magistrado, sob pena de se desenvolver atividade inútil, eis que não influenciam no resultado da demanda.

Fatos notórios são aqueles do conhecimento geral, que independem de prova. Os fatos confessados são os alegados por uma parte e confirmado pela outra. Já os incontroversos são os alegados por uma parte e não negado pela outra. No tocante aos fatos cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade são os fatos cuja existência é legalmente presumida e também independem de prova. E por fim, os fatos irrelevantes são os que não têm qualquer nexo de causalidade com o tema discutido.

Lembra Greco Filho (2000) que para a dispensa da prova, não é necessário que a notoriedade seja absoluta ou que o conhecimento seja de todos e em todos os lugares. É suficiente a notoriedade relativa, local ou regional e do pessoal de foro.

---

<sup>6</sup> 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.

Vale dizer que a notoriedade deverá ser de conhecimento do tribunal de segundo grau de jurisdição que em tese poderá julgar o recurso. Se tal não ocorrer poderá nascer dúvida sobre a existência de fato notório.

Na definição de Calamandrei (*in* MOACYR AMARAL SANTOS, 1988, p. 37) os fatos notórios são “aqueles fatos cujo conhecimento faz parte da cultura normal própria de determinada esfera social no tempo em que ocorre a decisão”.

Necessário destacar que, em vista do art. 131 do Código de Processo Civil<sup>7</sup>, o magistrado pode conhecer de ofício o fato notório, pois ao juiz é permitido formar seu convencimento atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes.

É dispensável que o juiz tenha ciência própria da notoriedade do fato, pois pode não tê-la em sua esfera de conhecimento e, ainda assim, o fato pode ser definido como notório.

Oportunas são as palavras de Moacyr Amaral Santos (1972, p. 181) sobre o assunto:

Para que um fato seja notório não é preciso que, efetivamente, ele seja conhecido, bastando que o possa ser por meio de ciência pública ou comum. O juiz pode ignorar a época em que se faz a colheita de café, no Estado de São Paulo, mas nem por isso essa época deixa de ser notória, bastando-lhe, para conhecê-la, consultar qualquer calendário especializado ou qualquer agricultor ou comerciante de café.

Manoel Antônio Teixeira Filho (2003) menciona que a parte pode demonstrar que o fato notório afirmado é inverídico.

---

<sup>7</sup> Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Por fim, destaca-se que conquanto essas disposições pertençam ao processo civil tem ampla aplicação na seara juslaboral, pois cumpre a regra de contenção estabelecida no artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>8</sup>, eis que esta é omissa quanto ao objeto da prova e as regras aqui constantes são compatíveis com os princípios e as regras do direito processual trabalhista.

### **3.3. Finalidade e Momento da prova**

A finalidade da prova é convencer o magistrado da veracidade ou não dos fatos alegados, possibilitando a entrega da adequada e efetiva tutela jurisdicional às partes pelo Poder Judiciário.

Como sintetiza Vicente Greco Filho (2000, p. 168):

No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas aquela certeza que se mostre suficiente ao convencimento do julgador.

Nesse sentido Sandra Aparecida Sá dos Santos (2006, p. 56) assevera que “a finalidade da prova é convencer o magistrado para que tenha condições de compor a lide e definir quem tem razão em determinado conflito de interesses levado à sua apreciação, mediante a apuração da verdade”.

Manoel Antônio Teixeira Filho (2003, p. 65) afirma que:

Diríamos não apenas convencer, mas, sobretudo, constringir e nortear a formação do seu convencimento, pois sabemos que, por força de disposição legal (CPC, art. 131<sup>9</sup>), o julgador não pode decidir contra a prova existente nos autos, sob pena de nulidade da sentença. O princípio da persuasão

---

<sup>8</sup> Art. 769 - 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.

<sup>9</sup> Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

racional, adotado pelo CPC vigente, desautoriza o Juiz a julgar segundo 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 (Const. Federal, art. 93, inciso IX).

É unânime na doutrina que a finalidade da prova seja prática, visando o convencimento do julgador. Entretanto, Manoel Antônio Teixeira vai mais além, advertindo que embora precipuamente o escopo de convencer o juiz, não se pode negar que, em um plano secundário, a prova busca, por igual, à persuasão da parte contrária a qual foi produzida.

A atividade probatória desenvolve-se ao longo do processo em etapas. São essas etapas que a doutrina denomina de momentos da prova. A maciça doutrina processual identifica três momentos de prova. São eles: a) momento do requerimento da prova ou da proposição; b) momento do deferimento da prova ou da admissão da prova; c) momento da produção da prova ou da realização da prova.

Ao contrário do formalismo do Código de Processo Civil (art. 282, VI<sup>10</sup>), que tem como requisito da petição inicial, a indicação das provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados, o processo do trabalho dispõe no artigo 845 da Consolidação das Leis do Trabalho que “o reclamante e o reclamado comparecerão à audiência acompanhados das suas testemunhas, apresentado, nessa ocasião, as demais provas”.

Prevê ainda o artigo 787 da Consolidação das Leis do Trabalho que “a reclamação escrita deverá ser formulada em duas vias e desde logo acompanhada dos documentos em que se fundar”. Pela regra celetista tem-se audiência una para a

---

<sup>10</sup> Art. 282. A petição inicial indicará:

VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

entrega de defesa escrita ou produção de defesa oral, com instrução seguida de julgamento, caso frustradas as tentativas conciliatórias.

Entretanto, ordinariamente a audiência trabalhista é cindida (inicial, instrução e julgamento), destacando Manoel Antônio Teixeira Filho (2003, p. 74) que

Há três momentos próprios para a produção de provas no procedimento ordinário: 1) com a inicial; 2) com a resposta do réu (na primeira audiência); 3) na audiência de instrução (que é a segunda), valendo observar que, quanto à prova documental, a sua produção deve restringir-se aos dois primeiros momentos, ressalvada a hipótese do art. 397 do CPC.

Assim, apesar da possibilidade elencada no artigo 397 do Código de Processo Civil<sup>11</sup>, em regra, a prova documental deve ser produzida na ocasião da propositura da ação e da resposta do réu. No tocante ao momento de produção das provas orais, tais como, depoimento pessoal das partes, oitiva de testemunhas, esclarecimento do perito é aquele relativo ao da audiência de instrução. Desta forma, cabe às partes trazerem suas testemunhas independente de qualquer notificação bem como requererem as provas que entenderem necessárias, já que não carecem de requerimento antecipado.

Curial destacar que eventualmente a prova oral pode ser realizada em local e data diversa, como no caso da prova produzida por precatória ou rogatória, a oitiva de pessoa enferma ou outro motivo relevante que a impeça de comparecer em juízo e em caso de produção antecipada de prova ou ainda, no caso de determinadas autoridades, como Presidente da República.

---

<sup>11</sup> Art. 397 - É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.

Em se tratando de prova pericial a parte deve requerê-la oportunamente, sempre antes do encerramento da instrução. No caso da inspeção judicial, esta pode ocorrer a qualquer tempo desde que anterior à prolação da sentença, inclusive após a audiência de instrução.

Ressalta-se que, a dispensa de requerimento antecipado não retira o crivo de pertinência dado ao magistrado, isto é, o juiz fará o exame da pertinência e utilidade das provas requeridas, indeferindo as provas inúteis, desnecessárias ou procrastinatórias, podendo, inclusive, *ex officio* determinar provas necessárias à instrução processual, conforme artigo 130 Código de Processo Civil<sup>12</sup>.

Conforme leciona Francisco Antônio de Oliveira (2001) trata-se apenas de momento diferido, por força do princípio da concentração, é dispensado o requerimento prévio da parte, antes da audiência, traduzindo a apresentação das testemunhas em audiência requerimento de produção probatória passível de indeferimento pelo julgador.

Ao contrário do momento da proposição da prova, que diz respeito a ato da parte e predomina o princípio do dispositivo, o momento do deferimento da prova é ato de competência privativa do magistrado, onde este determina as provas a serem realizadas, pautado em critérios de relevância e utilidade.

Quando ocorrer indeferimento, a parte deve requerer a consignação em ata do requerimento e indeferimento, bem assim de seus protestos, como forma de demonstrar seu inconformismo. Essa praxe, embora não legalmente prevista, foi

---

<sup>12</sup> Art. 130 - Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

consagrada pela doutrina laboral, eis que evita a preclusão e é amplamente aceita pelos tribunais trabalhistas.

E, por último, tem-se o momento da produção das provas, momento em que a prova proposta pelas partes e deferida pelo juiz é trazida aos autos, quer seja pelos próprios litigantes em depoimentos pessoais, quer pelo magistrado em inspeção judicial ou por terceiros como testemunhas ou peritos.

Por fim, destaca-se que não há divergências quanto à noção tripartida dos momentos de prova, bem como verifica-se que sua produção está intrinsecamente relacionada à modalidade de prova que a parte pretende produzir.

### **3.4. Fontes e meios de prova**

Há cizânia na doutrina se as expressões fontes e meios de provas podem ser utilizadas como sinônimas. Corrente doutrinária influenciada por Carnelutti defende substancial diferença entre fontes e meios de prova.

Na doutrina nacional Cândido Rangel Dinamarco (2004, p. 86) enfrenta o tema, conceituando fontes de prova como “pessoas ou coisas das quais se possam extrair informações capazes de comprovar a veracidade de uma alegação” e meios de prova como “técnicas destinadas à investigação de fatos relevantes para a causa”. Assim, verifica-se que as fontes são elementos externos e os meios são fenômenos internos do processo.

Os meios de prova são os instrumentos dos quais as partes podem se valer para demonstrar a verdade dos fatos em que se fundam a ação e a defesa. Há dois sistemas legais relacionados aos meios de prova: o enumerativo, o qual taxativamente

aponta quais são os meios admissíveis e o exemplificativo, que embora especifique os meios, permite ao juiz valer-se de outros não elencados.

O atual Código de Processo Civil adotou o modelo mais amplo e liberal ao estatuir no artigo 332 que todos os meios legais bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos.

Nesse sentido leciona Tostes Malta (1997, p. 385):

Os meios de prova estão relacionados a dois sistemas legais, o enumerativo, que elucida quais são os únicos meios de prova admissíveis, e o exemplificativo que menciona alguns mas tolera outros. (...) Autores de renome sustentam que o sistema do CPC é o enunciativo mas a imprecisão do Código leva a concluir-se que adotou o sistema exemplificativo. O CPC não esclarece, por ex., o complexo conceito dos meios de prova moralmente legítimos.

É certo que os meios de prova variam conforme a natureza do ato, podendo um mesmo fato ser provado por vários meios, ainda que não previstos em lei, desde que sejam juridicamente idôneos.

O Código de Processo Civil discrimina os seguintes meios de prova: depoimento pessoal, confissão, documental, testemunhal, pericial, inspeção judicial, embora receba todos os demais, desde que legítimos. Por não corresponder ao objetivo inicialmente formulado no presente trabalho não serão abordados os meios de prova de forma individualizada.

A Consolidação das Leis do Trabalho faz referência aos meios de prova de forma superficial, devendo o interprete, com fundamento no artigo 769 da CLT, utilizar-se das disposições do Código de Processo Civil.

Humberto Theodoro Junior (1996) também arrola como meios de provas, as presunções e os indícios bem como a prova emprestada. Tal entendimento é

minoritário, pois as presunções e indícios, como afirma a doutrina majoritária, são instrumentos do raciocínio do julgador, e a prova emprestada não pode ser considerada meio de prova. Também é polêmica a questão da prova ilícita, a doutrina diverge quanto sua aceitação, tese intermediária defende que deve ser sopesado os interesses, direitos e garantias discutidas, para se chegar a uma solução equilibrada e justa às partes.

Por derradeiro, não há dúvidas para que o resultado probatório seja hábil a cumprir sua finalidade, necessário se faz que os meios utilizados sejam idôneos e adequados.

### **3.5. Presunções, indícios e as máximas de experiência**

Alhures já foi mencionada corrente minoritária, a qual defende que as presunções e indícios constituem meio de prova. Entretanto, prevalece na doutrina que são apenas forma de raciocínio do juiz para chegar à verdade.

Presunção é originário do latim – *praesumptio* – significa dedução, a interferência que se extrai de um fato conhecido para se admitir como verdadeira a existência de um fato ignorado.

Cândido Rangel Dinamarco (2004, p. 113) conceitua presunção como “processo racional do intelecto, pelo qual do conhecimento de um fato infere-se com razoável probabilidade a existência de outro ou o estado de uma pessoa ou coisa”.

Prossegue o autor afirmando que:

Nenhuma presunção apoia-se em juízo absoluto de certeza. Presumir significa apenas confiar razoavelmente na probabilidade de que se mantenha constante a relação entre o fato-base e o presumido, sendo essa probabilidade havida por suficiente para neutralizar maiores temores de erro.

Nesse sentido são as palavras de Wagner Giglio (1997, p. 219) “presunções são processos mentais de raciocínio lógico, por meio dos quais, partindo-se de um fato conhecido, infere-se a existência de outro, desconhecido”.

As presunções distinguem-se dos indícios. Estes são meras probabilidades, vestígios dos fatos, sinais palpáveis de sua existência. Como visto, a presunção decorre da conclusão de fato conhecido para a prova de fato ignorado ou duvidoso, o indício, por sua vez, releva circunstâncias que, em conjunto, constituem a presunção.

Fredie Didier Junior (2010, p. 56) ao tratar sobre o tema indícios menciona que “trata-se de mecanismo útil para a prova de fatos de difícil verificação ou ocorrência, bem como para a prova de fatos futuros, como no caso das demandas preventivas e ações de reparação por dano moral”.

Pertinente são os ensinamentos de Dinamarco (2004, p. 114):

Em direito, as presunções são estabelecidas pelo legislador em suas normas gerais ou pelos juízes e tribunais, em suas decisões ou jurisprudência. Lá se têm as presunções legais (*legis*) e aqui, judiciais (*hominis*). Aquelas, expressas em normas gerais e abstratas, impõem-se em todos os casos que estas preveem; as presunções judiciais aplicam-se de início ao caso em julgamento, onde o próprio juiz presumiu, mas na prática podem propagar-se a casos futuros, por força da jurisprudência.

A presunção tem como escopo a facilitação da prova, assim a doutrina identifica suas espécies. Têm-se as presunções legais, que são estabelecidas por disposição de lei, isto é, pelo próprio legislador, que atribui a certos fatos a força de comprovar outros fatos tidos como efeitos necessários dos primeiros.

Adequada a citação de Carlos Alberto Dabus Maluf (*in* PAULO ROGÉRIO ZANETI, 2011, p. 66):

As presunções legais são presunções criadas por motivos de ordem pública, que exigem maiores garantias a determinadas relações jurídicas, isto é, para

tutelar o interesse social, facilitando a prova, diminuindo o arbítrio do juiz na apreciação das provas ou na decisão de certas questões de fato.

As presunções legais se subdividem conforme admitam ou não prova em contrário. Presunção legal absoluta ou *juris et de jure*, estabelecida imperativamente pela lei, vincula o intérprete e não admite prova em contrário. A presunção legal relativa ou *juris tantum*, inverte o ônus probatório, admitindo prova em contrário.

Tem-se ainda, a presunção legal mista, mais específica do que a anterior que admite qualquer prova em contrário, esta não admite todos os meios de prova, sendo somente afastada por provas expressamente referidas na lei.

Ao lado das presunções legais têm-se as presunções judiciais, também chamadas de simples, *praesumptiones hominis* ou não legais. Essas são consideradas mais frágeis por advirem daquilo que comumente se observa da sociedade de determinado local e tempo. Não são estabelecidas por lei, resultam da ordem normal das coisas e admitem prova em contrário.

Ressalta-se que as presunções judiciais somente são admitidas nos casos em que a lei torna possível a prova testemunhal, conforme interpretação do artigo 230 do Código Civil<sup>13</sup>.

Como exemplo de presunções legais destacam-se os artigos 456, parágrafo único e 447 ambos da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>14</sup>. E como

---

<sup>13</sup> Art. 230. As presunções, que não as legais, não se admitem nos casos em que a lei exclui a prova testemunhal.

<sup>14</sup> Art. 456. A prova do contrato individual de trabalho será feita pelas anotações constantes da carteira de trabalho e previdência social ou instrumentos escrito e suprida por todos os meios permitidos e direito.

Parágrafo único. À falta de prova ou inexistindo cláusula expressa a tal respeito, estender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal.

Art. 447. Na falta de acordo ou prova sobre condições essencial ao contrato verbal, esta se presume existente, como se tivessem estatuído os interessados na conformidade dos preceitos jurídicos adequados à sua legitimidade.

exemplo de presunções jurisprudenciais, as Súmulas n. 12, 16, 43 e 212 todas do Tribunal Superior do Trabalho<sup>15</sup>.

Pode ainda o magistrado se valer das máximas de experiência para atingir a verdade dos fatos. Sua aplicabilidade está elencada no artigo 335 do Código de Processo Civil, o qual determina que: “Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial”, bem como no artigo 852-D da Consolidação das Leis do Trabalho: “o juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica”.

Em conformidade com os dispositivos mencionados, as máximas de experiência constituem o conhecimento adquirido pelo magistrado, pela sua cultura e pelo seu exercício funcional que o fazem presumir a existência de determinadas situações.

Verifica-se que seu uso está restrito à ausência de norma jurídica específica. Nesse sentido é o ensinamento de Moacyr Amaral dos Santos (1970, p.

---

<sup>15</sup> Enunciado nº 12 TST - As anotações apostas pelo empregador na Carteira Profissional do empregado não geram presunção *jure et de jure*, mas apenas *juris tantum*.  
Enunciado nº 16 TST - Notificação Trabalhista - Recebimento - Ônus de Prova. Presume-se recebida a notificação 48 (quarenta e oito) horas depois de sua postagem. O seu não-recebimento ou a entrega após o decurso desse prazo constitui ônus de prova do destinatário.  
Enunciado nº 43 TST - Transferência - Necessidade do Serviço. Presume-se abusiva a transferência de que trata o § 1º do Art. 469 da CLT, sem comprovação da necessidade do serviço.  
Enunciado nº 212 TST - Ônus da Prova - Término do Contrato de Trabalho - Princípio da Continuidade. 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.

53) “assim, por exemplo, o Juiz não poderá valer-se de máximas de experiência em face de presunções legais, mas, necessariamente, delas se utilizará, como premissa maior, em face do indício, para extrair uma presunção de homem”.

Por fim, esclarece-se que as máximas de experiência não se confundem com os fatos notórios. Aquelas são noções ou juízos abstratos e estes são acontecimentos concretos de conhecimento geral da sociedade.

### **3.6. Sistemas de valoração da prova**

Como visto a finalidade da prova, em síntese, é formar a convicção do magistrado. Assim, imprescindível que haja algum critério para apreciação da prova. Os ordenamentos processuais, ao longo de sua história, admitiram, basicamente, três sistemas de apreciação das provas: o da prova legal, o da livre convicção e o da persuasão racional.

O sistema da prova legal, também denominado de critério positivo ou da prova tarifada, originário do Direito Germânico, estabelece prévia e rigidamente o peso e valor de cada tipo de prova, vinculando dosimetricamente o magistrado à lei. Nesse sistema inexistente qualquer liberdade para o juiz ponderar a prova, o que pode ocasionar injustiças.

Já em sentido oposto tem-se o sistema da livre convicção, de origem romana, prevê a liberdade total e incondicionada do magistrado na avaliação da valoração das provas, inclusive a possibilidade de decidir contra a prova produzida nos autos. Trata-se de critério subjetivo e arbitrário, pois não há necessidade de qualquer motivação para decidir.

E, por último, o sistema da persuasão racional, também denominado de livre convencimento motivado, trata-se de sistema misto, pois concede ao magistrado a liberdade de apreciação das provas, mas vincula o seu convencimento ao conjunto probatório existente nos autos e o obriga a fundamentar sua decisão, de modo que exponha as razões de seu convencimento.

Ainda que o ordenamento jurídico vigente não preestabeleça regras para a valoração de prova, o juiz deve considerar as provas preexistentes nos autos. Não havendo prova nos autos, mesmo que o juiz esteja convencido da veracidade do fato, não poderá julgar com base em convicção íntima ou pessoal.

Com a leitura do artigo 131 do Código de Processo Civil verifica-se que o Brasil adotou o sistema da persuasão racional, ao estabelecer que “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formam o convencimento”.

O referido sistema também é constatado na Consolidação das Leis do Trabalho em seu artigo 765<sup>16</sup>, que confere ao juiz ampla liberdade na condução do processo e no artigo 832, o qual dispõe que “da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão”.

Sábias são as palavras de José Eduardo Carreira Alvim (2006, p. 157) sobre o assunto:

---

<sup>16</sup> Art. 765 - Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

A convicção do juiz é livre, mas motivada ou fundamentada, consoante a prova produzida no processo. O juiz pode julgar procedente uma demanda com base no depoimento de uma única testemunha contra o depoimento de três outras, mas deve dizer porque aceitou e porque recusou a versão dos fatos por elas narrados. Tal sistema resulta em garantia das partes, do juiz e do próprio Estado. Das partes, porque elas terão, na fundamentação, os melhores motivos para impugnar a decisão do juiz; do juiz porque, fundamentando a sua decisão, estará acobertando qualquer arguição de arbítrio ou parcialidade; do Estado porque este quer que a lei seja aplicada corretamente na solução da controvérsia.

É certo que a prova deve ser valorada pela qualidade e não quantidade, nesse sentido o juiz deve sopesar a prova em seu conjunto, isto é, considerando o ônus de cada parte, a verossimilhança das alegações, a dificuldade probatória, a razoabilidade e o que ordinariamente acontece no processo.

## 4. ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

### 4.1. Conceito de ônus

O termo ônus da prova é originário do latim – *onus probandi* – que significa fardo, peso, gravame.

Denomina-se ônus da prova a responsabilidade de provar para vencer a demanda, não se trata de uma obrigação nem dever, uma vez que a parte a quem incumbe fazer a prova do fato suportará as consequências e prejuízos de sua omissão.

A expressão ônus se distingue de obrigação, pois a primeira é unilateral e se for descumprida, a parte contrária não pode exigir a prática do ato. Já a obrigação é bilateral, sendo possível a parte contrária, exigir o seu adimplemento.

Nesse sentido Amauri Mascaro Nascimento (2006, p. 274) sustenta que:

Ônus da prova é a responsabilidade atribuída à parte para produzir uma prova e que, uma vez não desempenhada satisfatoriamente, traz, como consequência, o não reconhecimento, pelo órgão jurisdicional, da existência do fato que a prova destina-se a demonstrar.

Para Cândido Rangel Dinamarco (2004, p. 71) a expressão ônus da prova corresponde ao “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”.

Horacio G. Lopéz Miró (*in* PAULO ROGÉRIO ZANETI, 2011, p. 89) informa que:

O *onus probandi* (expressão latina por 'ônus de provar') tem duplo significado”(1) em primeiro lugar, refere-se à necessidade que têm as partes de demonstrar a verdade das afirmações contidas na demanda, na contestação ou na reconvenção; (2) em segundo lugar, refere-se ao dever do juiz de julgar contra a parte que, devendo provar, não o fez, isto é: (a) não trouxe nenhuma prova ou, ainda, (b) produziu algum meio de confirmação que resultou ineficaz.

O artigo 333 do Código de Processo Civil<sup>17</sup> e artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho genericamente disciplinam as regras sobre distribuição do ônus da prova.

É certo que não basta simplesmente alegar, é preciso demonstrar a ocorrência do fato no mundo jurídico. Porém, não há obrigação que corresponda ao descumprimento do ônus, sendo certo que o não atendimento do ônus de provar coloca a parte em desvantajosa posição para o êxito da ação.

#### **4.2. Principais teorias sobre ônus da prova**

No século passado, várias teorias surgiram, como as apresentadas por Bentham, Webber, Bethmann-Hollweg, Fitting, Gianturco e Demogue, cujos pensamentos foram sintetizados por Moacyr Amaral Santos (1970). Entre as teorias mais modernas, fundadas basicamente na natureza dos fatos, encontram-se as de Chiovenda, Carnelutti, Betti e, por fim, as teorias de repartição do ônus da prova formuladas por Rosenberg e Micheli.

---

<sup>17</sup> Art. 333 - 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.

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.

Paulo Rogério Zaneti aborda brilhantemente as teorias mencionadas, citando o pensamento dos ilustres doutrinadores.

Pela teoria de Bentham (*in* PAULO ROGÉRIO ZANETI, 2011, p. 94) “o ônus da prova deve ser imposto, em cada caso concreto, àquela das partes que puder satisfazê-lo com menores inconvenientes, quer dizer, menor demora, vexames e despesas”.

Pela teoria de Webber (*in* PAULO ROGÉRIO ZANETI, 2011, p. 95):

Quem procura fazer valer, em todo ou em parte, perante o magistrado, um direito ou uma liberação (*Befreivng*) de direitos ou de usurpações de outrem é obrigado a provar os fatos ainda incertos, cuja verdade é o pressuposto do direito ou da liberação.

Posteriormente o próprio Webber reconheceu a complexidade dos conceitos de sua teoria e complementou-a, “dizendo que para a prova do fundamento do direito basta a das suas condições essenciais, isto é, aquelas que lhe dão origem”.

A teoria de Bethmann-Hollweg (*in* PAULO ROGÉRIO ZANETI, 2011, p. 95) pode ser sintetizada em quem deduz um direito, cabe provar sua existência, falando em prova de direito e, não de fato.

Observa o processualista alemão que a norma *afirmantti incumbit probatio se* aplica só às relações jurídicas, e não aos fatos considerados. Portanto, quem afirma ao magistrado a existência de um direito deve prová-lo, e não o adversário, porque este seria convocado a evidenciar a inexistência do direito pleiteado. Se um somente afirmar e o outro apenas negar, o juiz não deve admitir a existência do direito enquanto não seja ele convenientemente demonstrado com argumentos capazes de convencê-lo.

A teoria de Fitting (*in* PAULO ROGÉRIO ZANETI, 2011, p. 96) pode ser resumida da seguinte maneira: “quem tem interesse na aplicação de uma norma jurídica deve provar seus pressupostos de fato”.

A teoria de Gianturco (*in* PAULO ROGÉRIO ZANETI, 2011, p. 97) propõe que:

Toda a questão do ônus probatório resolver-se-á com a indagação da vantagem ou desvantagem da prova de determinado fato: ninguém tomará a iniciativa de provar sem que disso não pretenda tirar vantagem. Daí o princípio fundamental de sua teoria: deve provar quem da prova auferir vantagem.

Segundo a teoria de Demogue (*in* PAULO ROGÉRIO ZANETI, 2011, p. 98)

“deve prevalecer na produção da prova o princípio da solidariedade, e não o da independência das partes”. É adepto à teoria de Bentham.

Brilhantemente Sebastião Soares de Faria (*in* PAULO ROGÉRIO ZANETI,

2011, p. 99) sintetiza o assunto:

Os princípios, que são os critérios das diversas doutrinas expostas, podem ser sumulados nestas proposições concisas: a prova deve ser feita por quem possa satisfazer o ônus mais fácil (Bentham); a prova incube a quem pleiteia um direito ou uma liberação, em relação aos fatos ainda incertos (Webber); deve presumir-se a existência de um direito uma vez fundado (Bethmann-Hollweg); só a alegada mutação de um estado anterior necessita ser provada (Fitting); cabe o ônus da prova a quem dela auferir vantagem (Gianturco).

O ilustre mestre italiano Francesco Carnelutti (*in* PAULO ROGÉRIO

ZANETI, 2011, p. 101):

Formula o seguinte princípio ou regra a respeito da distribuição do ônus da prova entre as partes: O ônus em provar recai sobre quem tem o interesse em afirmar; portanto, quem propuser a pretensão tem o ônus de provar os fatos constitutivos; e quem propuser a exceção tem o ônus de provar os fatos extintivos e as condições impeditivas ou modificativas.

Em síntese Moacyr Amaral dos Santos (1970, p. 105) informa que a teoria

de Emilio Betti preconiza que:

Quem tem o ônus da ação tem o de afirmar e provar os fatos que servem de fundamento à relação jurídica litigiosa; quem tem o ônus da exceção tem o de afirmar e provar os fatos que servem de fundamento a ela. Assim, ao autor cumprirá sempre provar os fatos constitutivos; ao réu, os impeditivos, extintivos ou modificativos.

Carlos Alberto Reis de Paula (2001, p. 105) cita a teoria desenvolvida pelo

processualista italiano Giuseppe Chiovenda, por esta teoria indica-se a qual das partes incube o ônus da prova consoante à natureza dos fatos. Explica o autor que:

Assim como é difícil chegar a uma formulação geral e completa do princípio que preside ao ônus da prova, destaca que assim também é difícil dar-lhe justificação racional, absoluta, geral para observar que frequentemente, no caso concreto, sente-se a oportunidade de atribuir o ônus da prova a uma das partes, enquanto seria difícil formular uma razão geral para fazê-lo. Não é possível dizer a priori que a repartição da prova seja rigorosamente lógica e justa. Pode-se, talvez, afirmar que, a rigor, seria justo que o autor provasse tanto a existência dos fatos constitutivos do direito, quanto a não existência dos fatos impeditivos ou extintivos. Mas essa prova seria, no mais das vezes, difícil para os fatos impeditivos, impossível para os fatos extintivos. Pretender tanto do autor equivaleria, quase sempre, a recusar-lhe, logo, a tutela jurídica. É, portanto, antes de tudo, uma razão de oportunidade que compele a repartir o ônus da prova. O encargo de afirmar e provar se distribui entre as partes, no sentido de deixar-se à iniciativa de cada uma delas fazer valer os fatos que ela pretende ser considerados pelo juiz, ou, em outros termos, que tem interesse em que sejam por ele considerados como verdadeiros.

Considerando a oportunidade e o interesse da parte, o mestre italiano formula a seguinte regra:

O autor deve provar os fatos constitutivos, isto é, os fatos que normalmente produzem determinados efeitos jurídicos; o réu deve provar os fatos impeditivos, isto é, a falta daqueles fatos que normalmente concorrem com os fatos constitutivos, falta que impede a este produzir o efeito que lhes é natural.

A crítica que se faz a essa teoria resume-se no fato de se atribuir sempre ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos, ao passo que ao réu sempre competirá a prova dos fatos extintivos ou impeditivos, levando-se em consideração apenas a posição das partes no processo, sem a observância da natureza dos fatos a serem provados.

A teoria formulada por Leo Rosenberg propõe que o critério de distribuição da prova reside no princípio de que cada parte deve afirmar e provar os pressupostos da norma que lhe é favorável.

Carlos Alberto Reis de Paula (2001, p. 106) menciona que:

Rosenberg foca a questão não nos fatos propriamente, mas nas normas jurídicas que os contêm como pressuposto para sua aplicação. Saliencia com precisão que há um relativismo na relação recíproca dos preceitos jurídicos, e só tem importância ao litigar-se sobre cada direito. Em outro processo, sobre o mesmo direito ou um direito distinto, é possível que a relação seja diferente.

A teoria de Gian Antônio Micheli não dissente muito da regra de distribuição do ônus da prova formulada por Rosenberg. Paulo Rogerio Zaneti faz referência ao ilustre jurista italiano Micheli (*in* PAULO ROGÉRIO ZANETI, 2011, p. 103-104):

A regra de repartição do encargo probatório contém um critério processual para distribuição do ônus da demonstração, levando em conta, antes de tudo, a posição que o sujeito-parte tem a respeito do efeito jurídico pedido, ou seja, o ônus da prova, para Micheli, é definido pela posição da parte relativamente ao efeito jurídico que pretende conseguir. Há que se verificar, ainda quais são os fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos no caso em concreto.

Portanto, para definir a posição real das partes deve-se considerar o efeito jurídico que pretendem alcançar, ao invés de se fixar na relação jurídica considerada abstratamente.

#### **4.3. Ônus da prova subjetivo e objetivo**

A doutrina classifica o ônus da prova em subjetivo e objetivo. O primeiro diz respeito às partes, que tem o ônus de comprovar os fatos que alegam, conforme as regras de distribuição do ônus da prova. O segundo é dirigido ao magistrado, pois se reporta ao raciocínio lógico do julgador no ato de decidir, analisando e valorando as provas.

Nesse sentido os ensinamentos de Coqueijo Costa (1986, p. 290):

Ônus subjetivo consiste na indagação que se deve fazer acerca de qual dos litigantes há de suportar o risco da prova frustrada, sendo que o ônus objetivo se volta para o magistrado, porquanto, para este, quando da elaboração da sentença, importará o demonstrado e não quem demonstrou.

No mesmo caminho Alfredo Buzaid (1972, p. 66) brilhantemente se manifesta sobre o tema:

O problema do ônus da prova tem duas faces: uma voltada para os litigantes, indagando-se qual deles há de suportar o risco da prova frustrada; é o aspecto do ônus subjetivo; e outra voltada para o magistrado, a quem deve

dar uma regra de julgamento. É o aspecto objetivo. O primeiro opera geralmente na ordem privada; o segundo, porém, é princípio de direito público, intimamente vinculado à função jurisdicional. O primeiro constitui uma sanção à inércia, ou à atividade infrutuosa da parte; o segundo, ao contrário, é um imperativo da ordem jurídica, que não permite que o juiz se abstenha de julgar a pretexto de serem incertos os fatos, porque não provados cumpridamente.

A partir do ônus da prova subjetivo verifica-se qual parte litigante deve provar o quê, no decorrer do processo, dirigindo-se exclusivamente às partes. Já, o ônus da prova objetivo dirige-se ao magistrado, o qual deve examinar o que deveria ficar provado, independentemente de quem fez a prova.

Assim, o ônus da prova objetivo prescinde de toda a atividade probatória desenvolvida pelas partes para estabelecer a verdade dos fatos controvertidos, interessando ao magistrado o que se encontra provado e não quem o provou.

Daí ser chamada de regra de julgamento, pois o Juiz do Trabalho deve julgar de acordo com a melhor prova, utilizando-se da regra do ônus da prova somente quando não houver nos autos prova, o que é denominado pela doutrina de *non liquet*, ou como critério para desempate, no caso de prova dividida ou empatada.

Segundo Alfredo Buzaid (1972), o Código de Processo Civil teria adotado ambos os aspectos do ônus da prova: subjetivo e objetivo. O primeiro, representado no artigo 333 e, o segundo, no artigo 131 do Código de Processo Civil.

Entretanto, diverge desse entendimento Manoel Antônio Teixeira Filho (2003, p. 118), para ele não há um ônus voltado para o juiz, afirma que na apreciação da prova

o julgador deverá valer-se de certos critérios de avaliação (e o nosso sistema consagrou o da persuasão racional ou do livre convencimento motivado), sendo, assim, inadmissível supor-se que esses critérios constituam, no caso, um ônus.

Nesse diapasão assevera que:

Creemos que, se não como regra genérica, ao menos em determinadas hipóteses, deve o Juiz levar em consideração quem produziu a prova. A nossa divergência, no particular, não é, a rigor, quanto ao pensamento do notável Coqueijo Costa, mas, em sentido mais amplo, em relação ao próprio princípio da aquisição processual, consagrado pela doutrina civilista, e segundo o qual pouco importa para o Juiz quem produziu a prova, já que ela pertence ao processo e será apreciada de acordo com o seu valor intrínseco. Imaginemos, por exemplo, que a prova da despedida sem justa causa do empregado tenha sido feita pelas testemunhas apresentadas pelo próprio réu: por certo que, diante disto, o Juiz estará muito mais seguro na formação do seu convencimento, quanto ao fato, do que estaria se essa prova houvesse sido feita pelo empregado. Por fim, não nos parece que o ônus, em relação às partes, seja subjetivo; trata-se, ao nosso ver, de ônus nitidamente objetivo, vez que oriundo de disposição legal específica; vale dizer, porque fixado pelo direito positivo processual.

Enfim, verifica-se que a doutrina majoritária entende que se diz subjetivo o ônus reputado a cada parte ante as premissas fáticas de suas assertivas e, objetivo a observância da prova pelo julgador, independentemente dos sujeitos que a produziram.

#### **4.4. Distribuição do ônus probatório**

A Consolidação das Leis do Trabalho no artigo 818 atribui o ônus probatório à parte que alega. Já o artigo 333 Código de Processo Civil, determina que cabe ao autor a prova dos fatos constitutivos (inciso I) e ao réu o ônus de provar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor (inciso II).

A distinção dos dispositivos legais supramencionados gerou divergência na doutrina no âmbito do Processo do Trabalho.

Corrente minoritária defende que a Consolidação das Leis do Trabalho é suficiente para abranger todas as hipóteses de ônus de prova, não havendo necessidade da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, até porque, não preenchidos os requisitos da regra de contenção do art. 769 Consolidação das Leis do Trabalho, uma vez que não há omissão.

Defendem ainda que, com a aplicação, apenas, do art. 818 Consolidação das Leis do Trabalho o magistrado tem mais poder de direção para inverter o ônus da prova quando necessário.

Outro argumento aventado pelos seus defensores é de que o artigo 333 do Código de Processo Civil tem como pressuposto a capacidade de igualdade das partes de produzir a prova dos fatos alegados, o que o tornaria incompatível com o processo do trabalho, sugerindo a aplicação do art. 818 combinado com o artigo 852-D ambos da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual impõe o respeito aos ônus probatórios de cada parte.

Partilha desse entendimento Manoel Antônio Teixeira Filho (2003, p. 126), para o qual:

O artigo 818 da CLT, desde que o intérprete saiba captar, com fidelidade, o seu verdadeiro conteúdo ontológico, deve ser o único dispositivo legal a ser invocado para resolver os problemas relacionados ao ônus da prova no processo do trabalho, vedando-se, desta forma, qualquer invocação supletiva do art. 333 do CPC, seja porque a CLT não é omissa, no particular, seja porque há manifesta incompatibilidade com o processo do trabalho.

Lúcio Rodrigues de Almeida (1995, p. 43):

Refere-se a superioridade da norma processual trabalhista à processual civil acerca da distribuição do ônus da prova, ao abstrair as figuras de autor e réu. A regra que impera no processo trabalhista é a de quem alega deve prová-lo. O fato será constitutivo, impeditivo, modificativo, extintivo do direito, independentemente da posição das partes no processo.

Em sentido contrário, a maioria dos doutrinadores defende a aplicação conjunta dos dispositivos legais em análise (art. 818 CLT e art. 333 CPC), uma vez que a norma do Código de Processo Civil busca, apenas, esclarecer o texto celetista.

Corrente adotada pelo Ilustre Mauro Schiavi (2011, p. 57), o qual assevera que:

Embora alguns autores defendam que o art. 818 da CLT, baste por si mesmo no processo do trabalho, acreditamos que a razão está com os que pensam ser aplicável ao processo do trabalho a regra do art. 333 do CPC, que deve ser conjugada com o art. 818 da CLT.

Esse é o entendimento de Carlos Alberto Reis de Paula (2001, p. 130):

A conclusão a que se chega é que o art. 333 do CPC pode ser aplicado subsidiariamente no processo do trabalho, desde que observadas as restrições que decorrem das particularidades desse último (...) A lacônica norma do art. 818 da CLT agasalha a melhor doutrina sobre a prova (...). Efetivamente, o disposto na CLT condensa toda a matéria, abrangendo tanto o ônus da ação quanto o ônus da exceção, e permite as adaptações que se impõem pelas singularidades do processo do trabalho, não havendo a vinculação obrigatória com a forma prescrita no art. 333 do CPC, fundado na igualdade das partes.

Cléber Lúcio de Almeida (2006, p. 570-571) se manifesta sobre o assunto ao declarar que:

Sem dúvida, à parte cabe a prova dos fatos que alega em seu favor, por ter interesse em que o juiz os tenha como verdadeiros. Sob este aspecto, o art. 818 da CLT não merece reparos. (...) Mas, é diante da incerteza irreduzível, decorrente da ausência da prova, que se revela a importância da distribuição do ônus da prova. (...) É nesse ponto que se apresenta a deficiência do art. 818 da CLT, que não fornece ao juiz um critério a ser utilizado quando deparar com incerteza irreduzível, decorrente da falta de prova de fato relevante para a solução da lide. Diante da insuficiência do art. 818 da CLT, e considerando que o juiz não pode escusar-se de julgar, outro caminho não lhe resta senão recorrer ao art. 333 do CPC, para indagar sobre o ônus da prova daquele fato. O art. 333 do CPC, desta forma, complementa o disposto no art. 818 da CLT, quanto ao critério de julgamento a ser adotado pelo juiz quando deparar com a falta, ou insuficiência, de prova de um fato relevante para o julgamento da demanda.

Há ainda uma terceira corrente que entende que os artigos 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e 333 do Código de Processo Civil tem exclusivamente o mesmo sentido.

Nesse sentido é o ensinamento de César Pereira da Silva Machado Junior (2011, p. 126-127):

No nosso ponto de vista, os arts. 818 da CLT e 333 do CPC dizem única e exclusivamente a mesma coisa, e a aplicação exclusivamente do artigo 818, com a exclusão da aplicação subsidiária do CPC, em nada altera a situação que enfrentamos na prática diária do foro. A afirmativa de que “a prova das alegações cabe à parte que as fizer”, é o mesmo que atribuir ao autor o ônus de demonstrar os fatos constitutivos de seu direito, e ao réu os fatos

impeditivos, modificativos e extintivos do direito alegado. As duas disposições legais se resumem em uma única disposição.

Aduz Rui Manoel de Freitas Rangel (*in* PAULO ROGÉRIO ZANETI, 2011, p. 105) que:

A dificuldade de estabelecer um critério geral de distribuição do ônus da prova vem sendo constantemente lembrada pela doutrina contemporânea: (...) é extraordinariamente difícil formular um princípio geral, quer na doutrina, quer na lei, que nos forneça, em todos os casos, a solução do problema de saber sobre qual das partes recai o ônus da prova. Não somos defensores da existência de um princípio geral rígido e inflexível, o que se mostra impossível para esta situação. A dinâmica da prova e a multiplicidade de ações vedam, e ainda bem, essa possibilidade, que seria desastrosa, porquanto não é possível traçar-se uma regra única para solucionar todos os casos.

Fredie Didier (2010, p. 77) explica que:

O CPC, ao distribuir ônus da prova, levou em consideração três fatores: a) a posição da parte na causa (se autor, se réu); b) a natureza dos fatos em que funda sua pretensão/exceção (constitutivo, extintivo, impeditivo ou modificativo do direito deduzido); c) e o interesse em provar o fato. Assim, ao autor cabe o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo deste mesmo direito (art. 333, CPC)".

Nas palavras de João Batista Lopes (2007, p. 41):

Entende-se por fato constitutivo o acontecimento da vida que serve de fundamento ao pedido do autor; fato impeditivo é o que obsta às consequências jurídicas objetivadas pelo autor; fato modificativo é o que opera alteração na relação jurídica; fato extintivo é o que acarreta o fim da relação jurídica.

Verifica-se que o artigo 333 CPC prestigiou a teoria preconizada por Chiovenda, já mencionada alhures, trata-se de dispositivo afeito ao aspecto subjetivo do ônus da prova, estabelecendo quem deve provar e o quê deve provar. Foi adotada uma concepção estática do ônus da prova, que é distribuído *a priori*, sem observância das peculiaridades do caso concreto.

Esse entendimento clássico de que as regras emanadas pelo artigo 333 do Código de Processo Civil seriam objetivas e fixas, distribuídas de maneira imutável

pelo legislador, tem se revelado insatisfatório e artificial, sofrendo diversas críticas pela doutrina moderna, visto que essa visão estática de distribuição do ônus da prova, por vezes, dificulta a adequação do regime da prova no caso concreto, por desprezar as especificidades do direito material e a realidade concretamente vivida.

Fredie Didier Jr. (2006, p. 525) aborda a problemática da inflexibilidade do artigo 333 do Código de Processo Civil ao enfatizar que:

Nem sempre autor e réu têm condições de atender a esse ônus probatório que lhes foi rigidamente atribuído – em muitos casos, por exemplo, veem-se diante de prova diabólica. E, não havendo provas suficientes nos autos para evidenciar os fatos, o juiz terminará por proferir decisão desfavorável àquele que não se desincumbiu do seu encargo de provar (regra de julgamento). É por isso que se diz que essa distribuição rígida do ônus de prova atrofia nosso sistema, e sua aplicação inflexível pode levar a resultados injustos.

Com isso, surgiu a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, também conhecida na doutrina e jurisprudência sob os nomes de teoria da prova compartilhada, princípio da solidariedade e cooperação.

Seus principais mentores foram os juristas argentinos Jorge Walter Peyrano e Augusto Morello (*in* FREDIE DIDIER JR, 2010, p. 93), os quais defendiam a repartição dinâmica do ônus da prova, baseando-se nos princípios da veracidade, boa-fé, lealdade e solidariedade (com atuação do magistrado). Entendem que:

É necessário considerar as circunstâncias do caso concreto, para atribuir-se o ônus da prova àquele que tem condições de satisfazê-lo, impõe-se uma atuação probatória da parte que tem mais possibilidades de produzi-la. E o juiz, verificando que houve uma violação ao dever das partes de cooperação e solidariedade na apresentação de provas, deve proferir decisão contrária ao infrator. Tudo isso, no intuito que o processo alcance seus fins, oferecendo prestação jurisdicional justa.

Assim, diversos autores contemporâneos passaram a defender a flexibilização das regras de distribuição do ônus da prova, autorizando o magistrado, em caso de nítido desequilíbrio das condições probatórias, motivadamente, adequar

a regra de distribuição do ônus da prova ao caso concreto, eis que a prova não é um encargo unilateral, mas sim um dever de ordem pública.

Paulo Rogério Zanetti (2011, p. 116) informa em sua obra que:

Os tribunais brasileiros vem utilizando a teoria dinâmica em situações peculiares, especialmente naquelas em que a rigidez das regras de distribuição do ônus da prova contidas no art. 333 do CPC torna difícil, quando não impossível, o reconhecimento do direito de uma das partes integrantes da lide.

#### **4.5. Ônus da prova e o fato negativo**

Durante muito tempo, a doutrina clássica defendia ser dispensada a prova do fato negativo, uma vez que, se tratava de uma prova impossível.

Atualmente, a ideia de que os fatos negativos não precisam ser provados – decorrente do brocardo *negativa non sunt probanda* – vem perdendo o seu valor.

A moderna doutrina sustenta que o fato negativo pode ser objeto de prova, tendo em vista que não há na lei processual nada que inviabilize a prova do fato negativo. Hodiernamente, prevalece a regra de que, se a negativa resulta de uma afirmação que se pretende obter por via de uma declaração negativa, impõe-se à parte que nega o ônus de prová-lo.

Nesse sentido Carlos Henrique Bezerra Leite (2010, p. 567):

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

A jurisprudência juslaboral sedimentou entendimento no sentido de que se o empregador nega ter dispensado o empregado, cabe a ele, diante do princípio da continuidade da relação de emprego, provar que o autor tomou a iniciativa de pôr fim

ao contrato de trabalho, através de pedido de demissão ou abandono de emprego, nesse sentido Súmula 212 TST<sup>18</sup>.

De outro lado, no caso de inversão do ônus da prova, o fato negativo terá de ser demonstrado pela parte contra a qual o ônus da prova fora invertido.

Mauro Schiavi (2011, p. 60) cita como exemplo a seguinte hipótese: “havendo inversão do ônus da prova quanto à culpa pelo acidente de trabalho, a reclamada, nesse caso, deverá demonstrar que não agiu com culpa, tomando as diligências necessárias para evitar o acidente”.

#### **4.6. Inversão do ônus da prova**

Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco (2004, p. 79) “inversão judicial do ônus da prova é a alteração do disposto em regras legais responsáveis pela distribuição deste, por decisão do juiz no momento de proferir a sentença de mérito”.

Observa-se na doutrina a tendência de considerar que o processo trabalhista, diferentemente do processo civil, deve proteger o obreiro não só materialmente, mas também nas relações processuais, com interpretação das normas instrumentais em consonância com o princípio protetor.

Nesse caminhar Lúcio Rodrigues de Almeida (1995, p. 52) assevera que:

A inversão do ônus da prova cumpre, no processo do trabalho, função de equilíbrio, como, de resto, toda a legislação trabalhista, que, sem prejuízo de garantir os direitos dos fatores ativos de produção, no processo tem como especial tudo que se refere ao trabalhador e à sua proteção.

Segundo César Pereira da Silva Machado Junior (2001, p. 162):

---

<sup>18</sup> Enunciado nº 212 - Ônus da Prova - Término do Contrato de Trabalho - Princípio da Continuidade. 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.

Na proteção do consumidor, este tem a seu favor a inversão do ônus da prova; na proteção do crédito tributário inverteu-se igualmente o ônus probatório, agora contra o contribuinte; o empregado, em virtude de sua condição de hipossuficiente, deve merecer igual atenção, invertendo-se o ônus probatório a seu favor.

Na mesma linha entendeu José Luciano de Castilho Pereira<sup>19</sup>:

Percebe-se que a premissa estabelecida é de que uma das características do processo do trabalho é a inversão do ônus da prova em favor do empregado. A razão desta inversão decorre da recepção necessária pelo processo do trabalho da desigualdade compensadora que é a regra e a razão de ser do Direito do Trabalho, do qual, como já remarcado várias vezes, o processo é instrumento. Nota-se que a inversão do ônus da prova não repugna à teoria geral do processo, pois como se viu, na lição de Chiovenda, no estabelecimento da carga probatória não se pode perder de vista a realidade das partes, pois a imposição de pesado ônus para uma delas pode significar, às vezes, a negativa da tutela legal, sobretudo quando esta parte recair sobre a parte mais frágil. E, como se sabe, no contrato de trabalho, é ao empregado, como parte mais débil, que se endereça a proteção legal.

Embora não haja disposição expressa na Consolidação das Leis do Trabalho a respeito da inversão do ônus da prova, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, o juiz do trabalho passou a ter ao seu lado norma referente à inversão do ônus da prova, qual seja, o inciso VIII do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor<sup>20</sup>.

A aplicação de tal dispositivo é permitida pelos artigos 8º<sup>21</sup> e 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, máxime o princípio do acesso à justiça do trabalhador, além de amoldar-se perfeitamente ao princípio constitucional da

---

<sup>19</sup> PEREIRA, José Luciano de Castilho. Algumas Considerações sobre a distribuição do ônus da prova. Conferência proferida em Goiânia, no II Congresso Goiano de Direito & Processo do Trabalho e publicado na página da internet: [www.solar.com.br/~amatra/ilcp.html](http://www.solar.com.br/~amatra/ilcp.html). (acessado em 15/12/2011).

<sup>20</sup> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

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

<sup>21</sup> Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

isonomia, na medida em que trata desigualmente os desiguais. É, pois, claro o paralelo existente entre os objetivos do Código de Defesa do Consumidor e da Consolidação das Leis do Trabalho, porquanto, ambos buscam a ideia do hipossuficiente.

Márcio Túlio Viana (*In Revista LTr 58-10/1221*) afirma que

A inversão do ônus de prova é uma das características do direito processual do trabalho e poderá ocorrer sempre que for possível fazer incidir: a) o princípio *in dubio pro operario*, b) máximas de experiência, c) princípio da aptidão para a prova, d) regras de preconstituição da prova, ou e) princípios do direito material do trabalho

Carlos Henrique Bezerra Leite (2010, p. 570) informa que:

Atualmente, parece-nos não haver mais dúvida sobre o cabimento da inversão do ônus da prova nos domínios do direito processual do trabalho, não apenas pela aplicação analógica do art. 6º, VIII, do CDC, mas também pela autorização contida no art. 852-D da CLT. (...) Cremos, portanto, ser analogicamente viável a aplicação da regra do art. 852-D da CLT a qualquer procedimento do processo trabalhista, com apenas uma advertência: o princípio em tela só tem lugar quando não existirem outras provas nos autos suficientes à formação do convencimento do juiz acerca dos fatos alegados pelas partes.

O Código de Defesa do Consumidor, no artigo 6º, inciso VIII, dispõe sobre a regra de inversão do ônus da prova, quando a critério do juiz, for verossímil a alegação e a parte for hipossuficiente, ambos segundo as regras ordinárias de experiência.

Entendendo-se por verossímil aquilo que seja crível, provável e no tocante ao requisito da hipossuficiência refere-se principalmente à técnica, isto é, quando a parte encontra-se em posição de desvantagem no que tange à demonstração do fato alegado.

Verifica-se que a inversão não é automática, mas dependente de cada caso concreto, sendo necessário que o magistrado se manifeste expressamente a respeito da inversão. Ressalta-se ainda que a inversão do ônus da prova é faculdade do juiz

que pode ser levada a efeito de ofício, independentemente de requerimento das partes.

Sobre o tema Edilton Meirelles (*in* Revista Genesis, Curitiba, n. 49/97) cita, entre outros, dois casos práticos onde a inversão do ônus da prova pode ser fundamentada no artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor: na reclamação trabalhista onde seja necessária a realização de prova pericial para comprovar o labor em condições perigosas, sendo o reclamante hipossuficiente, deve o juiz intervir o ônus da prova incumbindo à demandada o ônus de provar o fato contrário; outro exemplo mencionado é a hipótese em que o reclamante alega coação no ato de adesão a plano de seguro de vida coletivo da empresa.

Mauro Schiavi (2011, p. 61-62) informa que:

Vem crescendo corpo, na Justiça do Trabalho, o entendimento da inversão do ônus da prova em favor do trabalhador nas ações acidentárias em que o empregado postula reparação de danos materiais e morais, em razão da grande dificuldade de produção da prova da culpa do empregador por parte do empregado e da melhor aptidão para a produção da prova pelo empregador. Além disso, cumpre ao empregador zelar pela saúde do trabalho e pelas reduções dos riscos do meio ambiente de trabalho (art. 7º, XXII da CF<sup>22</sup>). Nesse sentido, temos o Enunciado n. 41 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho realizada do TST, *in verbis*: 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.

No tocante ao momento da inversão, a lei não disciplina a questão, havendo divergência na doutrina. Para parte dela, a inversão deve ocorrer no despacho inicial, para evitar a nulidade por cerceio de defesa.

---

<sup>22</sup> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:  
XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

A crítica que se faz a tal entendimento é de que a decisão de inversão do ônus da prova no despacho inicial seria prematura na medida em que sequer foram fixados os pontos controvertidos e a inversão só deve ocorrer quando necessária ao deslinde da questão.

Outros, no entanto, entendem que a inversão deve se dar antes do início da audiência de instrução, tratando-se de regra de procedimento e não de julgamento, em decisão fundamentada para que a parte contra a qual o ônus da prova foi invertido não seja pega de surpresa e produza as provas que entender pertinentes, durante o momento processual oportuno, a fim de resguardar o contraditório e a ampla defesa.

César Pereira da Silva Machado Junior (2001, p. 156-157) entende que:

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 leve à inversão do ônus probatório, razão pela qual deverá manifestar-se a respeito nesta oportunidade. (...) Conclui que o momento da inversão do ônus probatório deve ser aquele do início da instrução processual, pois, fixando os pontos controvertidos, o juiz deve também atribuir de quem é o ônus probatório, como medida que propicia segurança às partes.

E, por fim, a terceira corrente defende que a inversão deve ocorrer na sentença, como regra de julgamento, uma vez que as normas de distribuição do ônus são destinadas ao juiz no momento da solução da lide, cabendo a sua utilização após a instrução do fato no momento da valoração da prova.

Nesse sentido é a visão de Cândido Rangel Dinamarco (2001, p.81):

O momento adequado à inversão do ônus da prova é aquele em que o juiz decide a causa (Barbosa Moreira). Antes, sequer ele sabe se a prova será suficiente ou se será necessário valer-se das regras ordinárias sobre esse ônus, que para ele só são relevantes em caso de insuficiência probatória.

Como é próprio do Direito, há doutrina contrária à aceitação da inversão do *onus probandi*, sob o argumento de que a Consolidação das Leis do Trabalho, no artigo 818, não é omissa e que é expressa necessidade de compatibilização,

consoante artigo 769 celetista, razão pela qual tal corrente propugna não ser concebível a aplicação supletiva do artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor ao processo trabalhista, asseverando que essa utilização poderia redundar na inversão indiscriminada, distanciando-se da razoabilidade de que o processo não pode prescindir. Referida concepção doutrinária é minoritária e recebe críticas por pressupor a igualdade de forças dentro do processo laboral.

Portanto, pode-se concluir que não raro no processo laboral o empregado narra os fatos que usualmente acontecem, e, malgrado isso, não os consegue provar, ao passo que o empregador, reservando-se a negá-los, fica passivamente assistindo, porquanto o ônus da prova pertence àquele. Nesse diapasão, pode o julgador pelas máximas de experiência, fundado em juízo de verossimilhança, inverter o ônus da prova em favor do empregado, reservando ao empregador o direito de prova em contrário.

## **5. CASUÍSTICA, PRAGMÁTICA E PROBLEMATIZAÇÃO**

Este capítulo é dedicado para abordar o ônus da prova em litígios típicos.

### **5.1. Relação de emprego**

Quando é abordada a controvérsia sobre relação de emprego, conseqüentemente, coloca-se em evidência o contrato de trabalho, assim é necessário que se tenha em vista os princípios do direito do trabalho sobre o assunto.

Com base no princípio da proteção considera-se toda prestação de trabalho como presumidamente subordinada; com fulcro no princípio da continuidade atribui-se à relação de emprego a mais ampla duração; com fundamento no princípio da primazia da realidade, os fatos tem prevalência em relação à forma; e por fim, em conformidade com o princípio da irrenunciabilidade há impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente das vantagens concedidas pelo direito laboral, a vedação da renúncia alcança os direitos mínimos e indispensáveis ao trabalhador.

A partir desse enfoque aplica-se o artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, observando-se também os pressupostos da relação de emprego contidos nos artigos 2º e 3º do texto consolidado<sup>23</sup>.

Quando, de forma absoluta, o réu negar a existência da relação de emprego, o ônus da prova será atribuído ao autor. Trata-se de prova de fato constitutivo, cabendo ao demandante a prova dos elementos específicos e caracterizadores do vínculo de emprego alegado.

A negativa também pode ser relativa, enquanto é também admitido um fato positivo quanto ao relacionamento que existiu entre as partes, como quando o réu admite a prestação de serviço, mas de forma eventual, ou sustenta o caráter de autonomia, admite-se a prestação de serviços e nega-se a subordinação.

Assim, admitida a prestação de serviço pelo reclamado, porém sob a alegação de relação jurídica diversa, que não a relação de emprego, a ele compete provar a existência do que afirma, sobretudo porque havendo prestação de serviços presume-se a relação de emprego, que é o normal, devendo ser provado o excepcional.

---

<sup>23</sup> Art. 2º Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo embora, cada uma delas, personalidade jurídica, própria estiverem sob a direção, controle ou administração de outra constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Art. 3º Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único. Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

O Enunciado n. 212 do Tribunal Superior do Trabalho consagra tal entendimento, seccionando a questão em duas vertentes. Na primeira, quando trata do ônus de provar a relação de emprego ante a negativa absoluta por parte do réu, atribui-a ao autor, como consequência do disposto no artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho. Na segunda, a questão gira em torno sobre a definição do ônus da prova quanto à iniciativa de extinguir o contrato de trabalho.

Oportunas são as palavras de César Pereira da Silva Machado Júnior (2011, p. 563) sobre o assunto:

Podemos, então, afirmar que a prova da prestação do trabalho é do reclamante, quando negada pela empresa, como fato constitutivo de seu direito; porém, sendo incontroversa a prestação do trabalho, o ônus de demonstrar a inexistência do contrato, como fato impeditivo dos direitos postulados, é do empregador.

## **5.2. Jornada de trabalho**

O legislador constitucional em face da importância da matéria fixou as diretrizes sobre a limitação da jornada de trabalho expressamente no artigo 7º, inciso XIII da Constituição Federal, determinando que a duração do trabalho não seja superior a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais.

Octavio Bueno Magno (1987, p. 22) leciona sobre a matéria:

Não há dúvidas de que, a matéria concernente à jornada do trabalho, insere-se no âmbito do direito tutelar do trabalho. É a conclusão a que logo se chega ante a consideração de seus fundamentos biológicos, sociais e econômicos. Do ponto de vista biológico, a jornada de trabalho deve ser limitada, a fim de se evitarem os efeitos psicofisiológicos oriundos da fadiga e da excessiva racionalização do serviço. Sob o aspecto social, o que se deseja é que o trabalhador disponha de horas de lazer para o melhor desenvolvimento de sua personalidade, quer do ponto de vista individual, familiar ou coletivo. Sob o prisma econômico, prevalece o entendimento de que a limitação da jornada contribui para aumentar a produtividade, valendo como antídoto ao desemprego. Os fundamentos apontados convergem no sentido da configuração do interesse público, quanto à aplicabilidade das normas respectivas.

O artigo 74 da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>24</sup> determina que a empresa utilize quadro de horário, entretanto, através da Portaria n. 3.626/91 (artigo 13<sup>25</sup>) o Ministério do Trabalho o substituiu pelo controle de ponto. O controle de horário é obrigatório para o empregador, sob pena de sanção, tem por finalidade assegurar o cumprimento da jornada de trabalho legalmente prevista, além de ser uma garantia do empregado de prova de sua efetiva jornada de trabalho.

Vale mencionar o disposto no artigo 74, parágrafo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, pelo qual “para os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso”.

Sobre o tema o Colendo Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 338, a qual prevê que “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”. Ressalta-se que esta circunstância não invalida a regra geral, pois o empregado pode valer-se de outros meios de prova para demonstrar a veracidade de suas alegações.

Assim, pelo disposto no artigo 74, parágrafo 2º da CLT é possível dividir o tema em dois grupos: o primeiro, das empresas com menos de dez empregados ou

---

<sup>24</sup> Art. 74 - O horário do trabalho constará de quadro, organizado conforme modelo expedido pelo Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, e afixado em lugar bem visível. Esse quadro será discriminativo no caso de não ser o horário único para todos os empregados de uma mesma seção ou turma.

<sup>25</sup> Art. 13. A empresa que adotar registros manuais, mecânicos ou eletrônicos individualizados de controle de horário de trabalho, contendo a hora de entrada e de saída, bem como a pré-assinalação do período de repouso ou alimentação, fica dispensada do uso de quadro de horário (art. 74 da CLT).

que se enquadrem como microempresa ou empresa de pequeno porte; e o segundo grupo, das empresas com mais de dez empregados.

Para as empresas com menos de dez empregados, microempresas ou empresas de pequeno porte caberá ao empregado demonstrar o cumprimento da jornada extraordinária, pois trata-se de fato constitutivo do direito postulado, outrossim, se o empregador alegar o cumprimento de jornada diversa da indicada na inicial atrai para si o ônus processual de demonstrá-la, como fato modificativo do direito alegado.

Nesse sentido Ísis de Almeida (1991, p. 129) comenta que “negada simplesmente a existência ou a ocorrência do fato constitutivo, sem que se lhe oponha outro capaz de modificar ou impedir o direito do autor, o ônus *probandi* permanece com quem alegou o primeiro.”

Já para as empresas com mais de dez empregados e que não possam ser enquadradas como microempresa ou empresa de pequeno porte, a prova da real jornada de trabalho é sempre do empregador, que deverá demonstrá-la com a juntada dos documentos de controle de horário de trabalho, independentemente de intimação.

A existência de vícios no controle da jornada de trabalho transfere ao empregador o encargo probatório do horário efetivamente cumprido pelo empregado, tais como anotações de terceiros, anotações com jornadas invariáveis e falta de assinatura do empregado.

Ao empregado cabe o ônus da impugnação específica dos documentos, devendo demonstrar a incorreção das anotações feitas, sob pena de rejeição de seu pedido. Ressalta-se a importância da impugnação específica dos documentos

juntados, uma vez que sua inexistência ocasionará a aceitação como incontroversos dos fatos mencionados nos documentos.

### **5.3. Estabilidade**

É condição de validade do pedido de demissão do empregado estável, seja a estabilidade definitiva ou provisória, a assistência sindical, do órgão do Ministério do Trabalho ou da Justiça do Trabalho, conforme determina o artigo 500 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Em consonância com referido dispositivo o artigo 477, parágrafo 1º texto celetista<sup>26</sup> estabeleceu tal necessidade para todos os empregados com mais de um ano de serviço.

O artigo 500 consolidado é uma garantia do empregado estável, eis que visa preservar sua livre manifestação de vontade, já que o pedido de demissão equivale à renúncia da estabilidade adquirida.

Quando a discussão versa sobre estabilidade no emprego e pedido de demissão, ao empregador cabe a prova de que este pedido foi feito com a assistência do sindicato profissional ou do Ministério do Trabalho.

César Pereira da Silva Machado Junior (2001, p. 368) entende que:

A assistência é necessária e deve ser obtida quando o empregado renuncia ao seu cargo na Comissão Interna de Prevenção de Acidentes ou em qualquer outro órgão que lhe conceda estabilidade provisória, sendo

---

<sup>26</sup> § 1º - O pedido de demissão ou recibo de quitação de rescisão, do contrato de trabalho, firmado por empregado com mais de 1 (um) ano de serviço, só será válido quando feito com a assistência do respectivo Sindicato ou perante a autoridade do Ministério do Trabalho e Previdência Social.

dispensado sem justa causa poucos dias após esta sua renúncia, que poderá ser contestada com base no art. 9º da CLT<sup>27</sup>.

Caso não haja a assistência sindical ou do órgão competente, conforme indicado no artigo 500 da Consolidação das Leis do Trabalho, a demissão será nula, não produzindo efeitos.

#### **5.4. Equiparação salarial**

Como desdobramento do princípio isonômico ou da não discriminação tem-se a igualdade salarial prevista no artigo 7º, inciso XXX da Constituição Federal<sup>28</sup> e regulamentada pelo artigo 461 da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>29</sup>, o qual fixa os requisitos para o pleito equiparatório.

Segundo o legislador ordinário o fato específico para a ocorrência da isonomia salarial está na identidade de função, que não se confunde com cargo. Na hipótese de haver impugnação à alegação, em razão de tratar-se de fato de natureza constitutiva, a prova cabe ao empregado.

O empregado que tem a pretensão de perceber idêntico salário pago a outro empregado deve indicar o nome deste, o qual é denominado de paradigma ou modelo, já que toda a controvérsia relativa à equiparação salarial se resume na análise comparativa das condições em que a prestação de serviço foi realizada por ambos os

---

<sup>27</sup> Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

<sup>28</sup> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

<sup>29</sup> Art. 461 - Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.

empregados, para verificação do preenchimento ou não das exigências legais contidas no artigo 461 do texto celetista.

Os requisitos da equiparação salarial são: trabalho ao mesmo empregador, na mesma localidade, na mesma função simultaneamente, trabalho de igual valor (mesma produtividade e mesma perfeição técnica), diferença de tempo de função não superior a dois anos, inexistência de quadro de carreira. Assim, situação diversa desta, se ergue como impeditiva à aquisição do direito.

O Enunciado 06 do Tribunal Superior do Trabalho<sup>30</sup> deixa certo que é do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial. A aplicação da referida súmula se dá apenas na hipótese em que é admitido que o outro ocupe o mesmo cargo ou exerça as mesmas funções que

---

<sup>30</sup> TST Enunciado nº 6 - Incorporação das Súmulas nºs 22, 68, 111, 120, 135 e 274 e das Orientações Jurisprudenciais nºs 252, 298 e 328 da SBDI-1 - Quadro de Carreira - Homologação - Equiparação Salarial:T

I - Para os fins previstos no § 2º do art. 461 da CLT, só é válido o quadro de pessoal organizado em carreira quando homologado pelo Ministério do Trabalho, excluindo-se, apenas, dessa exigência o quadro de carreira das entidades de direito público da administração direta, autárquica e fundacional aprovado por ato administrativo da autoridade competente. - Nova Redação - Res. 104/2000, DJ 18.12.2000

II - Para efeito de equiparação de salários em caso de trabalho igual, conta-se o tempo de serviço na função e não no emprego.

III - A equiparação salarial só é possível se o empregado e o paradigma exercerem a mesma função, desempenhando as mesmas tarefas, não importando se os cargos têm, ou não, a mesma denominação.

V - É desnecessário que, ao tempo da reclamação sobre equiparação salarial, reclamante e paradigma estejam a serviço do estabelecimento, desde que o pedido se relacione com situação pretérita.

V - A cessão de empregados não exclui a equiparação salarial, embora exercida a função em órgão governamental estranho à cedente, se esta responde pelos salários do paradigma e do reclamante.

VI - Presentes os pressupostos do art. 461 da CLT, é irrelevante a circunstância de que o desnível salarial tenha origem em decisão judicial que beneficiou o paradigma, exceto se decorrente de vantagem pessoal ou de tese jurídica superada pela jurisprudência de Corte Superior.

VII - Desde que atendidos os requisitos do art. 461 da CLT, é possível a equiparação salarial de trabalho intelectual, que pode ser avaliado por sua perfeição técnica, cuja aferição terá critérios objetivos. (ex-OJ da SBDI-1 nº 298 - DJ 11.08.2003)

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

IX - Na ação de equiparação salarial, a prescrição é parcial e só alcança as diferenças salariais vencidas no período de 5 (cinco) anos que precedeu o ajuizamento. (ex-Súmula nº 274 - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

X - O conceito de "mesma localidade" de que trata o art. 461 da CLT refere-se, em princípio, ao mesmo município, ou a municípios distintos que, comprovadamente, pertençam à mesma região metropolitana.

o paradigma, pois daí decorre a presunção *iuris tantum* de trabalho igual. A disparidade salarial nessa hipótese somente se justificaria existindo algum fato impeditivo ou obstativo do pedido. Já quando em defesa ocorrer a negação de que o empregado autor e o empregado paradigma tenham o mesmo empregador, cabe ao empregado o ônus probatório.

Portanto, verifica-se que devem ser provados pelo empregado os fatos geradores de seu direito, como o exercício de função idêntica, de forma simultânea, ao mesmo empregador e na mesma localidade.

Já ao empregador foi incumbido provar todos os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da equiparação salarial, quais sejam, a diferença de produtividade, diferença de perfeição técnica, tempo do paradigma superior a dois anos na função, quadro de carreira homologado, com previsão de promoção alternada por merecimento e antiguidade.

Por fim, cabe apenas esclarecer que os requisitos devem estar comprovadamente demonstrados nos autos. O simples exercício de cargos com a mesma nomenclatura não autoriza a presunção de que estão cumprindo as exigências do dispositivo consolidado.

### **5.5. Horas extras**

Conforme exposto alhures, a regulamentação da duração do trabalho tem previsão constitucional no artigo 7º, inciso XIII<sup>31</sup>, não podendo ultrapassar oito horas

---

<sup>31</sup> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução de jornada mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. O inciso XIX<sup>32</sup> do artigo citado ainda prevê que para trabalho realizado em turno ininterrupto de revezamento a jornada será de seis horas, salvo negociação coletiva.

Ressalvam-se dessas regras os contratos alcançados por disposições especiais sobre duração do trabalho, como ocorre com os bancários (art. 224 CLT<sup>33</sup>) e com os trabalhadores de minas de subsolo (art. 293 CLT<sup>34</sup>).

A prestação de serviços além da previsão legal tem caráter extraordinário, assim, jornada normal é presumida enquanto que a extraordinária deve ser provada, em razão de tratar-se de fato constitutivo cabe ao empregado provar sua alegação.

Entretanto, o ônus probatório recairá sobre o empregador se admitir a prestação de trabalho suplementar e alegar fato extintivo, impeditivo ou modificativo, desincumbindo o empregado do ônus de provar fato constitutivo do seu direito, na medida em que confessou a prestação do trabalho em sobrejornada alegada na inicial, em decorrência da aplicação do artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho conjugado com o artigo 333, inciso II do Código de Processo Civil.

Por fim, esclarece-se que o artigo 62, incisos I e II da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>35</sup> excluiu do regime previsto no texto consolidado para a duração de

---

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

<sup>32</sup> XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

<sup>33</sup> Art. 224 - A duração normal do trabalho dos empregados em bancos, casas bancárias e Caixa Econômica Federal será de 6 (seis) horas contínuas nos dias úteis, com exceção dos sábados, perfazendo um total de 30 (trinta) horas de trabalho por semana.

<sup>34</sup> Art. 293 - A duração normal do trabalho efetivo para os empregados em minas no subsolo não excederá de 6 (seis) horas diárias ou de 36 (trinta e seis) semanais.

<sup>35</sup> Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

trabalho, os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo esta condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados, bem como excluiu os gerentes, assim considerados os que exercem cargos de gestão, aos quais se equiparam para fins deste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial. Assim, a prova do fato base para a inclusão do empregado nessas normas excepcionadoras é sempre do empregador, considerando o fato como extraordinário no pacto laboral.

### **5.6. Adicionais de insalubridade e periculosidade**

De acordo com o artigo 195, parágrafo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>36</sup>, para caracterização e classificação da insalubridade ou periculosidade é indispensável a realização de prova pericial.

A exigência de apuração técnica resulta da natureza do direito, mesmo na hipótese de revelia ou confissão do empregador, o deferimento do pleito depende da apuração pericial.

Há vozes na doutrina que entendem que a exigência legal da prova pericial pode deixar de ser satisfeita quando a parte autora afirmar a existência da insalubridade ou periculosidade e a parte contrária a confessar, tornando um fato

---

I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados;

II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial.

<sup>36</sup> § 2º - Arguida em juízo insalubridade ou periculosidade, seja por empregado, seja por Sindicato em favor de grupo de associado, o juiz designará perito habilitado na forma deste artigo, e, onde não houver, requisitará perícia ao órgão competente do Ministério do Trabalho.

incontroverso. Sob o argumento de que os fatos relativos a tal matéria se subordinam à regra prevista no artigo 334 do Código de Processo Civil.

Essa corrente sustenta que a prova pericial pode ser dispensada nas situações em que todos os fatos necessários à análise do litígio sejam incontroversos. Tal como ocorre com os frentistas de postos de combustíveis que, pela notoriedade da sua exposição aos inflamáveis, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 39, estabelecendo que “os empregados que operam em bomba de gasolina têm direito ao adicional de periculosidade”.

A impossibilidade de realização de perícia para caracterização de exercício em trabalho em condições insalubres ou de atividades ou operações perigosas não pode acarretar a extinção do processo sem julgamento de mérito, pois ocasionaria relevante injustiça.

Assim, caso haja, é possível a utilização de prova emprestada, ou seja, o traslado de um para outro processo de laudo pericial. Há a presunção relativa de continuidade da situação, cabendo ao empregador o ônus probatório de modificação do ambiente bem como será encargo do empregado se a prova emprestada não lhe favorecer e contra a conclusão se insurgir.

Na hipótese de não haver nenhuma prova, o juiz deve utilizar-se das máximas de experiência e verificar se a atividade desempenhada pelo empregado geralmente é considerada insalubre ou perigosa, acolhendo o pleito, cabendo ao empregador elidir a presunção relativa criada a favor do empregado.

## 5.7. Extinção do contrato de trabalho

A extinção do contrato de trabalho é um tema com ampla incidência nas lides laborais. Conforme a clássica divisão de Délio Maranhão a questão pode ser cindida nas hipóteses de resolução, rescisão e rescisão do contrato.

Nas palavras de Carlos Alberto Reis de Paula (2001, 161):

“A resolução dar-se-à quando houver inexecução faltosa por parte de um dos contratantes, ou quando o contrato está subordinado a uma condição resolutive ou mesmo quando a execução torna-se impossível por motivo de força maior”.

As alegações de justa causa pelo empregador estão elencadas no artigo 482<sup>37</sup> da Consolidação das Leis do Trabalho e as do empregado no artigo seguinte (483<sup>38</sup>). O critério para a divisão do ônus probatório é atribuí-lo à parte que alega fato

---

<sup>37</sup> Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a) ato de improbidade;
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) embriaguez habitual ou em serviço;
- g) violação de segredo da empresa;
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
- i) abandono de emprego;
- j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- l) prática constante de jogos de azar.

<sup>38</sup> Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

- a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;
- b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;
- c) correr perigo manifesto de mal considerável;
- d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato;
- e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;
- f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários.

contrário à normalidade, sendo fundamentada no artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Com isso, verifica-se que não é ônus do empregado provar a ausência da justa causa, mas sim obrigação do empregador demonstrar sua existência, eis que cabe ao autor alegar e provar os fatos constitutivos de seu direito e ao réu compete provar a existência de fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito alegado pelo autor, tal como falta grave e força maior.

Nesse sentido o princípio da aptidão da prova, pelo qual cabe ao empregador o encargo da prova do motivo em que o levou a rescindir o contrato de trabalho, eis que invariavelmente encontra-se em posição de vantagem perante o empregado.

Entretanto, não se pode esquecer que o direito brasileiro admite a rescisão contratual como um direito potestativo, permitindo à parte (empregado ou empregador), mesmo que não tenha havido justo motivo, rescindir o contrato de trabalho, mas para isso, a parte deve notificar a outra com certa antecedência explicitada no artigo 487 da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>39</sup>. É o denominado aviso prévio.

Contudo, é necessário atentar-se para a seguinte situação fática, caso o empregado aduza em juízo a dispensa imotivada e o empregador alegue não ter ocorrido, afirmando tratar-se de ausência injustificada ao serviço, esta alegação corresponde à hipótese de abandono de emprego, atraindo para si o ônus da prova.

---

<sup>39</sup> Art. 487 - Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato deverá avisar a outra da sua resolução com a antecedência mínima de:  
I - oito dias, se o pagamento for efetuado por semana ou tempo inferior;  
II - trinta dias aos que perceberem por quinzena ou mês, ou que tenham mais de 12 (doze) meses de serviço na empresa.

A regra é a continuidade do contrato e a dissolução constitui a exceção. Assim, a relação jurídica estabelecida entre empregado e empregador projeta-se no tempo, caracterizando o contrato de trabalho como trato sucessivo. Nesse sentido o entendimento do Colendo Tribunal Superior do Trabalho explicitado no Enunciado 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”.

No tocante à rescisão esta pode ser bilateral ou unilateral. A primeira é o distrato, quando as partes, de comum acordo, deliberam desfazer o contrato. Já a segunda, que pressupõe um contrato por tempo indeterminado, verifica-se quando uma das partes utiliza-se de um direito potestativo.

A hipótese de rescisão bilateral ganha destaque quando o empregado é detentor de estabilidade, seja a prevista no artigo 500 da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>40</sup>, seja a do dirigente sindical exposta nos artigos 8º, VIII da Constituição Federal<sup>41</sup> e 543, parágrafo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>42</sup>. Como já visto, para o primeiro caso o legislador condicionou a validade do ato à assistência do respectivo sindicato, tal critério também deve ser aplicado aos dirigentes sindicais.

---

<sup>40</sup> Art. 500 - O pedido de demissão do empregado estável só será válido quando feito com a assistência do respectivo Sindicato e, se não o houver, perante autoridade local competente do Ministério do Trabalho e Previdência Social ou da Justiça do Trabalho.

<sup>41</sup> Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

<sup>42</sup> § 3º - Fica vedada a dispensa do empregado sindicalizado ou associado, a partir do momento do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação de entidade sindical ou de associação profissional, até 1 (um) ano após o final do seu mandato, caso seja eleito inclusive como suplente, salvo se cometer falta grave devidamente apurada nos termos desta Consolidação.

Negado o acerto, o ônus de prova recairá em quem fundou suas razões na pretensa pactuação.

No caso de controvérsia sobre a rescisão de iniciativa do empregado a quem a lei concede a garantia de emprego, tais como, empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, empregada gestante, a prova incumbirá a quem alega.

Já a hipótese de rescisão unilateral do contrato, que ocorre quando uma das partes vale-se do direito potestativo e dá ciência à outra dessa sua vontade, o ônus da prova será de quem fizer a alegação.

Assim, caso a iniciativa seja do empregado, o empregador deve comprovar a alegação com a apresentação de seu pedido de demissão ou com o aviso prévio concedido pelo empregado. Já o empregado fará prova de que o rompimento contratual se deu por iniciativa exclusiva do empregador por meio do aviso prévio ou da comunicação de dispensa.

No que concerne à rescisão do contrato, esta se dá no caso de nulidade, que é a consequência jurídica prevista para o ato praticado em desconformidade com a lei que o rege.

Serão consideradas nulas as cláusulas do contrato que desvirtuem, impedirem a aplicação ou fraudarem as normas de proteção ao trabalho, conforme determina o artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>43</sup>, havendo uma limitação na autonomia da vontade através de normas cogentes.

---

<sup>43</sup> Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Determina o artigo 444 do texto celetista<sup>44</sup> que, desrespeitado o mínimo de garantias resultante de lei, convenção coletiva, acordo coletivo ou sentença normativa, a cláusula nula é como se não houvesse existido.

Por fim, a interpretação deve ser feita contra o autor da cláusula, pois o contrato, via de regra, se forma pela adesão do trabalhador.

### **5.8. Citação**

A lei processual civil em seu artigo 213<sup>45</sup> define citação como “ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender. O artigo 214 do Código de Processo Civil<sup>46</sup> informa que para a validade do processo é indispensável a citação inicial do réu, complementando essa ideia o artigo 247<sup>47</sup> do mesmo Codex, prevê que a citação deve ser válida, sendo considerada nula a que não observar as prescrições legais.

Observa-se que na processualística trabalhista não se utilizou a expressão citação e sim notificação, a qual abrange tanto a citação quanto a intimação.

Na seara laboral a via usual é a notificação por via postal, o que acarreta a impessoalidade do ato processual, face ao princípio da celeridade processual que norteia a Justiça do Trabalho. A prova da efetivação do ato será o recibo de entrega da notificação.

---

<sup>44</sup> Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

<sup>45</sup> Art. 213. Citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender.

<sup>46</sup> Art. 214. Para a validade do processo é indispensável a citação inicial do réu.

<sup>47</sup> Art. 247. As citações e as intimações serão nulas, quando feitas sem observância das prescrições legais.

Dispõe o artigo 774, parágrafo único da Consolidação das Leis do Trabalho que “tratando-se de notificação postal, no caso de não ser encontrado o destinatário ou no de recusa de recebimento, o Correio ficará obrigado, sob pena de responsabilidade do servidor, a devolvê-lo, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, ao Tribunal de origem”.

Nesse sentido foi editada a Súmula 16 do Colendo TST a qual prevê que “presume-se recebida a notificação quarenta e oito horas depois de sua regular expedição. O seu não recebimento ou a entrega após o decurso desse prazo constituem prova do destinatário”.

Com intuito de que seja respeitado o devido processo legal não deve haver dúvida quanto à entrega da notificação, a qual pode ser efetivada no endereço residencial ou comercial do réu. Assim, caso seja provado pelo réu a incorreção do endereço, a notificação será considerada nula.

A citação por edital deve ser utilizada quando desconhecido ou incerto o endereço do réu, como previsto no artigo 231, inciso I do Código de Processo Civil<sup>48</sup>. Caso seja constatado que o autor desde o ajuizamento da ação tinha ciência do endereço do réu haverá nulidade do ato citatório.

Cabe apenas mencionar que, em se tratando de citação de pessoa jurídica de direito público, a notificação deve ser realizada por oficial de justiça, na pessoa de seu representante legal.

---

<sup>48</sup> Art. 231. Far-se-á a citação por edital:  
I - quando desconhecido ou incerto o réu;

### 5.9. Revelia

Para que se verifique a presunção legal prevista no artigo 319 do Código de Processo Civil<sup>49</sup>, qual seja, caso o réu não conteste a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor, é necessário que se tenha dado a citação pessoal ou real da parte contrária, que tenha decorrido *in albis* o prazo de resposta e que não se verifiquem as regras de exceção apontadas no artigo 320 Código de Processo Civil<sup>50</sup>.

Importante destacar que há substancial diferença entre revelia no processo civil e no processo trabalhista. No processo civil é considerado revel o réu que não contesta a ação, já na seara laboral a revelia decorre do não comparecimento do reclamado à audiência. Outra diferença diz respeito à contestação, que na justiça do trabalho é ato de audiência e na justiça comum antecede à audiência. Assim, na área trabalhista caso o réu compareça, ainda que não apresente defesa, não será considerado revel, aplicando-se aos fatos não impugnados a presunção relativa.

Em apertada síntese é oportuna a distinção entre revelia e efeito da revelia. A primeira, como visto, diz respeito ao não comparecimento do réu em audiência, já a segunda, efeito da revelia, relaciona-se a presunção de verdade dos fatos alegados na inicial.

Ressalta-se que somente refere-se aos fatos e não ao direito e tampouco quanto tratar de direitos indisponíveis. Além disso, a presunção é relativa, assim o juiz apreciando as provas contidas nos autos poderá julgar a causa com seu livre

---

<sup>49</sup> Art. 319. Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor.

<sup>50</sup> Art. 320. A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente:

I - se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação;

II - se o litígio versar sobre direitos indisponíveis;

III - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato.

convencimento, eis que a revelia não inibe o poder de livre iniciativa probatória do magistrado.

Na seara juslaboral a consequência da revelia é a confissão quanto à matéria de fato. A confissão ficta é uma das modalidades de prova, pela qual há a admissão de fatos contrários ao interesse do réu e favorável ao autor. É apenas um meio de prova, prestando-se a formar a convicção do julgador acerca dos fatos controvertidos na causa.

Adverte-se que os efeitos da confissão ficta são análogos aos da não impugnação específica dos fatos, daí surgindo a presunção da veracidade dos fatos, que é uma presunção relativa, podendo ser elidida.

Sábias são as palavras de Coqueijo Costa (1986) sobre o assunto ao destacar que o depoimento do autor poderá ser tomado, se assim aprover ao julgador, bem como sustenta ser indispensável a realização de perícia quando o pedido for de adicional de insalubridade e periculosidade.

Quando ocorre a revelia o magistrado não fica impedido de apreciar questões de que deve conhecer de ofício, como previsto no artigo 301, parágrafo 4º do Código de Processo Civil<sup>51</sup>.

Conclui-se que o efeito da revelia, por si só não significa vitória do autor, mas como presunção relativa que é, pode ser considerada uma vantagem que se concede ao autor.

---

<sup>51</sup> § 4º Com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo.

### 5.10. Testemunha

No processo laboral as testemunhas devem comparecer à audiência independentemente de intimação ou notificação, é o que determina os artigos 825 e 845 ambos da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>52</sup>. A testemunha que não atender ao convite da parte de comparecer espontaneamente à audiência está sujeita à condução coercitiva.

Por conta da aplicação do artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, é admissível na lide trabalhista a contradita de testemunha, prevista no artigo 414, parágrafo 1º do Código de Processo Civil<sup>53</sup>, com fundamento em sua incapacidade, impedimento ou suspeição, em consonância com os artigos 829 da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>54</sup> e 405 do Código de Processo Civil<sup>55</sup>.

Caso a testemunha negue os fatos que lhe são imputados o magistrado, em observância ao princípio do contraditório, deve conceder prazo para que a parte prove a contradita.

Ressalta-se que a outorga de prazo se faz necessária, pois a parte não tinha conhecimento prévio da testemunha, o que impossibilita a produção de prova em audiência.

---

<sup>52</sup> Art. 825 - As testemunhas comparecerão a audiência independentemente de notificação ou intimação.

Art. 845 - O reclamante e o reclamado comparecerão à audiência acompanhados das suas testemunhas, apresentando, nessa ocasião, as demais provas.

<sup>53</sup> § 1º É lícito à parte contraditar a testemunha, arguindo-lhe a incapacidade, o impedimento ou a suspeição. Se a testemunha negar os fatos que lhe são imputados, a parte poderá provar a contradita com documentos ou com testemunhas, até três, apresentada no ato e inquiridas em separado. Sendo provados ou confessados os fatos, o juiz dispensará a testemunha, ou lhe tomará o depoimento, observando o disposto no art. 405, § 4º.

<sup>54</sup> Art. 829 - A testemunha que for parente até o terceiro grau civil, amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes, não prestará compromisso, e seu depoimento valerá como simples informação.

<sup>55</sup> Art. 405. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.

Assim, caso tenha havido o depósito do rol de testemunha em cartório e a parte tenha ciência das testemunhas que serão ouvidas em audiência será nesta que deverá ser produzida a prova da contradita, não havendo concessão de prazo para posterior manifestação.

## **6. CONCLUSÃO**

Propusemo-nos, no presente trabalho, a fazer uma análise do ônus da prova no processo do trabalho e estudar as questões advindas da possibilidade de inversão do ônus da prova. Assim, no curso do estudo, foram abordados os temas gerais sobre provas para posteriormente chegar-se ao ônus da prova e sua inversão.

Em sede doutrinária o tema é bastante controvertido. No entanto, podemos afirmar que a prova pode ser brevemente conceituada como elemento integrador da convicção do magistrado com os fatos da causa. O objeto da prova são os fatos pertinentes, relevantes, controvertidos, não notórios e não submetidos à presunção legal.

Após a análise do artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho chegou-se a conclusão que não há conflito frontal da norma com o disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil. Outrossim, o artigo consolidado deve ser interpretado levando-se em conta a normatização do Codex processual.

Segundo regra geral de divisão do ônus da prova, o autor deve provar os fatos constitutivos do seu direito e o réu os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor consoante artigos mencionados.

No entanto, face ao caráter protecionista do processo laboral, em determinados casos há possibilidade de o magistrado inverter esse ônus, isto é, transferir o encargo probatório que pertencia a uma parte para a parte contrária. Assim, se ao reclamante incumbe o ônus de prova do fato constitutivo do seu direito, passa a ser do reclamado a incumbência de comprovar a inexistência do fato constitutivo do direito do autor.

Denota-se que o instituto da inversão do ônus da prova ordinariamente ocorrerá em prol do trabalhador, o que não significa que este sairá vencedor da demanda, uma vez que a inversão do ônus da prova serve apenas como instrumento de facilitação de defesa em juízo e não privilegiá-lo para vencer mais facilmente a demanda. Deste modo, os fatos que não geram dificuldade para o trabalhador provar, devem por ele ser comprovado, não se podendo impor à reclamada prova excessivamente gravosa sob pena de flagrante ofensa aos princípios constitucionais.

À luz de todas as considerações levantadas no corpo do presente estudo e em que pesem as posições de renomados e tradicionais juristas, não se coaduna com o nosso entendimento a posição da doutrina no sentido de que seja inaplicável a inversão do ônus da prova na seara laboral.

Assim na tentativa de responder diretamente à problematização apresentada comungamos com a posição dominante na processualística moderna em aceitar a inversão do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho, como forma de aproximar o sistema probante da perfeição buscada pela própria Justiça.

Com efeito, não obstante as críticas doutrinárias, temos que o entendimento que vem sendo adotado na Justiça do Trabalho está em harmonia com os princípios basilares desse ramo do direito, bem como em sintonia com o disposto no artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Isis de. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. Volume II, 3ª edição, São Paulo: LTr, 2002.

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. *Direito Processual do Trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

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

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Código de Processo Civil Reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

BUZAID, Alfredo. *Estudos de Direito*. Volume I, São Paulo: Saraiva, 1972.

COSTA, Coqueijo. *Direito Processual do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2010.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, 6ª edição, Salvador: Edições Podovim, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4ª edição, Volumes II e III, São Paulo: Malheiros, 2004.

GIGLIO, Wagner Drdla. *Direito Processual do Trabalho*. 15ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 2º volume, 14ª edição, São Paulo: Saraiva, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 27ª edição, São Paulo: Malheiros, 2011.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra, *Curso de Direito Processual do Trabalho*, 8ª edição, São Paulo: LTr, 2010.

LOPES, João Batista. *A Prova no Direito Processual Civil*. 3ª edição, São Paulo: LTr, 2007.

MACHADO JUNIOR, César Pereira da Silva. *O Ônus da Prova no Processo do Trabalho*. 3ª edição, São Paulo: LTr, 2001.

MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho – Direito Tutelar do Trabalho*. Volume IV, São Paulo: LTr, 1987.

MALTA, Crhistóvão Piragibe Tostes. *A Prova no Processo Trabalhista*. São Paulo: LTr, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. 19ª edição, São Paulo: Atlas, 2003.

MEIRELLES, Edilton. *Inversão do Ônus da Prova no Processo Trabalhista*. In: Revista Genesis, Curitiba, n. 49/97.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2006.

Nelson Nery Junior. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 1997.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *A Prova no Processo do Trabalho*. 2ª edição, São Paulo: Editora dos Tribunais, 2001.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.

PEREIRA, José Luciano de Castilho. *Algumas considerações sobre a distribuição do ônus da prova*. Conferência proferida em Goiânia, no II Congresso Goiano de Direito & Processo do Trabalho e publicado na página da internet: [www.solar.com.br/~amatra/jlcp/.html](http://www.solar.com.br/~amatra/jlcp/.html).

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Processo Trabalhista de Conhecimento*. 3ª edição, São Paulo: LTr, 1994.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. Volume 2, 19ª edição, São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. *A prova judiciária no cível e comercial*. Volume I, 4ª edição, São Paulo: Max Limonad, 1970.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume IV, 4ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1988.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SCHIAVI, Mauro. *Provas no Processo do Trabalho*. 2ª edição, São Paulo: LTr75, 2011.

TEIXEIRA FILHO, Manuel Antônio. *A Prova no Processo do Trabalho*. 8ª edição, São Paulo: LTr, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume 1, 18ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1996.

VIANA, Márcio Túlio. *Critérios para a inversão do ônus da prova no processo do trabalho*. In Revista LTr 58-10/1221.

ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. São Paulo: Malheiros, 2011.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*. Volumes 1 e 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.