

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC – SP
Adriana Carvalho da Silva

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO
DIREITO DO TRABALHO

SÃO PAULO
2019

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC – SP
Adriana Carvalho da Silva

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, com exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito do Trabalho, sob a orientação do Prof. Dr. Leonel Maschietto.

SÃO PAULO
2019

Banca Examinadora

DEDICATÓRIA

Dedico esta monografia aos meus pais Adilson e Cleonice, pela dedicação, paciência e compreensão, em todos os momentos desta e de outras caminhadas.

Aos meus irmãos e amigos, que sempre me fortaleceram.

A todos aqueles que, direta e indiretamente, colaboraram para a elaboração deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, que na sua infinita bondade permitiu que eu pudesse concluir essa jornada acadêmica, apesar dos obstáculos que surgiram no caminho.

A família e amigos, que direta e indiretamente colaboraram para que obtivesse êxito neste trabalho.

A Daniela Tieme, que se tornou uma grande amiga nesta trajetória do curso, me auxiliando e incentivando quando faltaram forças para seguir em frente.

Por fim, porém não menos importante, ao meu orientador Leonel Maschietto, que de forma tão eficiente e dedicada me orientou. Estendo meus cumprimentos aos demais docentes desta Instituição que concorreram e fomentaram à minha formação.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo a análise da inversão do ônus da prova no processo trabalhista. O estudo apresenta os aspectos gerais da prova na justiça do trabalho, com ênfase no conceito, objeto da prova, meios de prova, princípios e provas em espécies, bem como faz uma análise do ônus da prova no direito processual trabalhista, diante das alterações trazidas pela Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017 (Reforma Trabalhista), que deu uma nova redação ao art. 818 da CLT, atualizando a regra de distribuição do ônus da prova, quando traz expressamente a regulamentação da distribuição estática e dinâmica do ônus da prova. O trabalho aborda, ainda, o ônus da prova mostrando que na teoria clássica permanecia o preceito que determina que incumbe o ônus da prova às partes que alegam a existência de um fato do qual pretenda induzir uma relação de direito. Faz importantes considerações sobre ônus da prova, em especial sobre a regra geral de distribuição do ônus da prova e sua inversão. Discorre acerca do liame existente entre os poderes instrutórios do juiz e o momento da aplicação das regras de distribuição do ônus da prova. Conclui com a abordagem da Reforma Trabalhista no que tange à carga dinâmica do ônus probatório, demonstrando, portanto, a extrema importância do ônus da prova à esfera trabalhista e a sua inversão.

Palavras-chave: Provas. Ônus da prova. Processo do Trabalho. Inversão do ônus da prova.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the inversion of the burden of proof in the labor process. The study presents the general aspects of the evidence in labor justice, with emphasis on the concept, object of proof, means of proof, principles and evidence in species, as well as an analysis of the burden of proof in labor procedural law, given the changes brought by Law n. 13,467 of July 13, 2017 (Labor Reform), which gave a new wording to art. 818 of the CLT, updating the rule of distribution of the burden of proof, when it expressly provides for the regulation of the static and dynamic distribution of the burden of proof. The paper also addresses the burden of proof showing that in classical theory the precept that determines that the burden of proof rests on the parties that claim the existence of a fact from which it intends to induce a relationship of law. It makes important considerations about the burden of proof, especially on the general rule of distribution of the burden of proof and its inversion. It discusses the link between the investigating powers of the judge and the moment of application of the rules of distribution of the burden of proof. It concludes with the Labor Reform approach to the dynamic burden of the burden of proof, thus demonstrating the extreme importance of the burden of proof on the labor sphere and its inversion.

Keywords: Evidence. Burden of proof. Labor Process. Reversal of the burden of proof.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. PROVAS	10
1.1. Conceito	10
1.2. Objeto da prova	13
1.2.1. Fatos que independem de prova	17
1.3. Meios de prova	19
2. PRINCÍPIOS PROBATÓRIOS	22
2.1. Princípio do contraditório e da ampla defesa	22
2.2. Princípio da necessidade da prova	23
2.3. Princípio da unidade da prova	25
2.4. Princípio da proibição da prova obtida ilicitamente	26
2.5. Princípio do livre convencimento motivado pelo juiz	27
2.6. Princípio da oralidade	28
2.7. Princípio da aquisição processual	30
3. PROVAS EM ESPÉCIE	32
3.1. Interrogatório e depoimento pessoal	32
3.2. Confissão real e <i>ficta</i>	34
3.3. Prova testemunhal	38
3.4. Prova documental	41
3.5. Prova emprestada	46
3.6. Prova pericial	49
3.7. Inspeção judicial	53
4. ÔNUS DA PROVA	56
4.1. Conceito	56
4.2. Diferença entre ônus e obrigação	58

4.3.	O ônus da prova no Processo Civil	59
4.4.	O ônus da prova no Processo do Trabalho	62
4.5.	Prova do fato negativo	66
5.	DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA	68
5.1.	Requisitos	68
5.2.	Momento da inversão do ônus da prova	70
5.3.	Carga Estática (Teoria Estática) do ônus da prova	73
5.4.	Carga Dinâmica (Teoria Dinâmica) do ônus da prova	75
CONSIDERAÇÕES FINAIS		80
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS		81

INTRODUÇÃO

O estudo da inversão do ônus da prova no processo do trabalho é de extrema importância para a Ordem Jurídica Nacional, pois muito se discute acerca do caráter social e protetivo do direito do trabalho e do conflito deste com a ideia de segurança jurídica que justifica a inversão do ônus da prova no âmbito trabalhista.

Ademais, o assunto é mais um tema em que se nota uma tendência crescente de aproximação do Processo Civil com o Processo do Trabalho. Neste sentido, a Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017 (Reforma Trabalhista), que trouxe o regramento já aplicável no NCPC.

Diante deste cenário, importante delimitar a quem cabe o ônus da prova e se esta distribuição pode ser alterada e em que medida.

Assim, o estudo do tema desenvolveu-se em cinco capítulos.

No primeiro capítulo o estudo apresenta os aspectos gerais da prova na justiça do trabalho, com ênfase no conceito, objeto da prova, meios de prova.

No segundo capítulo é abordado os princípios que norteiam a fase probatória, demonstrando que o direito à prova é uma garantia fundamental processual, bem como um direito fundamental da cidadania para efetividade do princípio do acesso à justiça e acesso a uma ordem jurídica justa.

No terceiro capítulo é estudado as provas em espécies, efetuando uma abordagem sucinta de suas características gerais.

No quarto capítulo se faz a análise do ônus da prova, conceituando-o, diferenciando-o entre obrigação, bem como sopesando no processo civil e no processo do trabalho.

No quinto capítulo aborda-se diretamente o tema em estudo, isto é, a inversão do ônus da prova, seus requisitos e o momento da inversão. Ainda, faz-se o estudo da carga estática e carga dinâmica do ônus da prova, que está previsto agora no §§ do art. 818 da CLT, tema de mais alta relevância para o processo do trabalho, alusivo à distribuição do ônus da prova, a saber, a fixação sobre quem deve comprovar os fatos e quem deve suportar o peso da presunção contrária a seus interesses caso nenhuma prova seja efetuada.

1. PROVAS

1.1. Conceito

Prova vem do verbo provar, aquilo que atesta a veracidade ou a autenticidade de algo. Ato que atesta uma intenção ou sentimento; testemunho.¹

Do latim *proba*, de *probare* (demonstrar, reconhecer, formar juízo de), entende-se, assim, no sentido jurídico, a *demonstração*, que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se concluiu por sua existência ou se firma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrado. A prova consiste, pois, na *demonstração da existência* ou da *veracidade* daquilo que se alega como fundamento do direito que se defende ou se contesta.²

A prova é “todo meio legal usado no processo capaz de demonstrar verdade de fatos alegados em juízo. A prova deve ter como objetivo principal o convencimento”.³

Assim, o conceito de prova no campo jurídico é empregado em várias definições. Vejamos.

Manoel Antonio Teixeira Filho⁴ mostra uma série de conceitos de prova tirados da doutrina estrangeira, a saber:

Na doutrina estrangeira moderna colhemos, dentre tantos, os seguintes conceitos: a prova é a demonstração da verdade de um fato ou também o mesmo meio que as partes empregam para demonstrar o fato discutido (LAURENT, da Escola Exegética); é o meio regulado pela lei para descobrir e estabelecer com certeza a verdade de um fato controvertido (DOMAT); é um fato suposto ou

¹ Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, **Mini Aurélio: o minidicionário da língua portuguesa**, p. 662.

² SILVA, De Plácio e, **Vocabulário jurídico**. v. III. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 1253. *apud* José Carlos Manhabusco, Amanda Camargo Manhabusco. **(A) inversão do ônus da prova no processo do trabalho: (teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova)**. rev. e ampl. de acordo com o novo CPC. São Paulo: Ltr, 2017. p. 13-14.

³ Antonio de Paulo, **Pequeno dicionário jurídico**, p. 281.

⁴ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **A prova no processo do trabalho**, p. 21. *apud* André Cremonesi, Carlos Augusto Marcondes de Oliveira Monteiro. **Audiência trabalhista**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 155.

verdadeiro que se considera destinado a servir de causa de credibilidade para a existência ou inexistência de um fato (BENTHAM); provar significa fazer conhecidos ao juiz os fatos controvertidos e duvidosos e dar-lhe a certeza do seu modo de ser (CARLOS LESSONA); provar é estabelecer a existência da verdade e as provas são os diversos meios pelos quais a inteligência chega ao descobrimento da verdade (EDUARDO COUTURE); é o conjunto de diversos meios pelos quais a inteligência chega à descoberta da verdade (BONNIER); é a soma dos meios produtores da certeza (MITTEMAIER); é o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade (MALATES-TA) é a consequência legítima que resulta de um fato, do qual se ignora a verdade, é verdadeiro ou não (MERLIN).

Ensina Nelson Nery Junior⁵:

“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”.

Para os autores Marcos Scalécio, Leone Pereira e Verônica Pavan⁶, “as provas são os instrumentos processuais consideradas pelo ordenamento jurídico como aptos para a demonstração da veracidade dos fatos alegados em juízo”. Acrescenta que, as provas definem o destino da relação jurídica processual, motivo pelo qual são como o coração do processo.

Assim, é a doutrina de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco⁷:

“As dúvidas sobre a veracidade das afirmações de fato feitas pelo autor ou por ambas as partes no processo, a propósito de dada pretensão deduzidas em juízo, constituem as questões de fato que devem ser resolvidas pelo juiz, à vista da prova dos fatos pretéritos relevantes. A prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito ou inoccorrência dos fatos controvertidos no processo”.

⁵ NERY JUNIOR, Nelson et al. **Código de Processo Civil comentado**. 3.ed. São Paulo: RT, 1997. p. 611. *apud* Mauro Schiavi. **Manual de direito processual do trabalho: de acordo com o novo CPC, reforma trabalhista – Lei n. 13.467/17 e a IN n.41/2018 do TST**. – 14 ed. São Paulo: Ltr, 2018. p. 695.

⁶ **Ônus da prova no processo do trabalho conforme o Novo CPC**, p.11.

⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**, p. 371. *apud* André Cremonesi, Carlos Augusto Marcondes de Oliveira Monteiro. **Audiência trabalhista**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 156.

Na visão de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁸, a prova em direito processual, “é todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo”.

Mauro Schiavi esclarece que “o direito à prova transcende o aspecto individual para adquirir feição publicista, pois não interessa somente às partes do processo, mas também a toda a sociedade que os fatos discutidos em juízo sejam esclarecidos”⁹. Demais disso, na fase comprobatória, os princípios do contraditório, da ampla defesa e do acesso à justiça devem ser observados.

Assim, conclui-se que o direito à prova é uma garantia fundamental processual, bem como um direito fundamental da cidadania para efetividade do princípio do acesso à justiça e acesso a uma ordem jurídica justa.

Nesse sentido, defende Cléber Lúcio de Almeida¹⁰:

“Na Constituição da República de 1988, o direito à prova é reconhecido, de forma expressa e implícita, o que dá no Título II da Constituição, no qual são disciplinados os ‘Direitos e Garantias Fundamentais’, tratando-se, portanto, de um direito fundamental. O exposto reconhecimento do direito à prova está no art. 5º, LV. Com efeito, ao reconhecer o direito aos meios inerentes à defesa, a Constituição faz o mesmo em relação ao direito à prova, na medida em que a prova é um dos meios inerentes à defesa dos direitos em juízo (a parte tem o direito de se defender provando). De outro lado, o reconhecimento do direito à prova é uma consequência necessária do reconhecimento do direito: a) à dignidade humana, posto que esta somente se realiza no gozo pleno dos direitos que lhe são inerentes, para o ‘quel’ contribui, no processo, a prova; b) de liberdade, vez que a prova constitui uma exigência e uma dimensão da liberdade das partes; c) de acesso à justiça, à ampla defesa, ao contraditório, ao processo justo, à não admissão da prova ilícita, à democracia processual, à justa solução dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário, à efetividade da jurisdição e do processo e ao procedimento. Acrescente-se que estabelecer, como modelo, o processo democrático, é reconhecer o direito à prova, posto que no

⁸ Prova. São Paulo: RT, 2009. p. 57. *apud* Mauro Schiavi. **Manual de direito processual do trabalho: de acordo com o novo CPC, reforma trabalhista – Lei n. 13.467/17 e a IN n.41/2018 do TST.** – 14 ed. São Paulo: Ltr, 2018. p. 695.

⁹ **Manual de direito processual do trabalho: de acordo com o novo CPC, reforma trabalhista – Lei n. 13.467/17 e a IN n.41/2018 do TST**, p. 696.

¹⁰ ALMEIDA, Cléber Lúcio de. **Elementos da teoria geral da prova: A prova como direito humano e fundamental das partes do processo judicial.** São Paulo: LTr, 2013. p. 173-174. *apud* Mauro Schiavi. **Manual de direito processual do trabalho: de acordo com o novo CPC, reforma trabalhista – Lei n. 13.467/17 e a IN n.41/2018 do TST.** – 14 ed. São Paulo: Ltr, 2018.p. 696.

processo verdadeiramente democrático as partes têm o direito de participar da formação do provimento jurisdicional e uma das formas de fazê-lo é fornecer ao juiz os elementos necessários à formação de sua convicção sobre a ocorrência de tais fatos controversos”.

A CLT não traz o conceito de prova, porém aborda a questão das provas na seção IX, do capítulo II, do Título X, arts. 818 a 830, e, para as ações que tramitam pelo procedimento sumaríssimo, a CLT trata do tema no art. 852-D. O CPC também não define o conceito de prova, mas o art. 369 assevera: “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.

Portanto, é admitido qualquer meio moralmente legítimo de prova, que não atente contra a moral e os bons costumes, e não somente aqueles meios de provas elencados no Código de Processo Civil.

A moderna doutrina processual civil sustenta que o art. 369 do CPC consagra o princípio da atipicidade das provas, uma vez que permite que sejam aceitos no processo outros meios processuais, desde que não sejam contrários à lei, à moral e aos bons costumes.

O direito à prova decorre do princípio do Devido Processo Legal consubstanciado no art. 5º, LIV, da CF¹¹. Todavia, a atividade probatória das partes no processo deve observar não só os ditames da lei processual, como também da moral, conforme art. 369 do CPC.

Diante do exposto, entende-se que a prova é o meio utilizado para a demonstração, no processo, da veracidade dos fatos controvertidos. A finalidade da prova é convencer o juiz quanto à veracidade dos fatos alegados pelas partes.

1.2. Objeto da prova

Em regra, o objeto da prova são os fatos, que se funda o pedido ou a defesa. Excepcionalmente, a Lei exige a prova do direito.¹²

¹¹ Art. 5º, LIV da CF: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

¹² Mauro Schiavi, **Manual de direito processual do trabalho: de acordo com o novo CPC, reforma trabalhista – Lei n. 13.467/17 e a IN n.41/2018 do TST**, p. 701.

Wagner D. Giglio e Claudia Giglio Veltri Corrêa¹³ esclarecem que “o pressuposto genérico é de que a Corte conhece o Direito, como expressam os brocardos *jura novit curia e narra mihi factum dabo tibi jus*”. Portanto, devem ser provados, como regra, apenas os fatos, uma vez que se prescinde da prova do direito.

Nesse sentido, Marcos Scalécio, Leone Pereira e Verônica Pavan¹⁴ asseveram que o juiz possui o dever de conhecer o direito federal. Contudo, em relação ao direito municipal, estadual, distrital, estrangeiro ou consuetudinário, “o juiz poderá determinar que a parte faça prova do teor e da vigência, nos termos do art. 376, do Código de Processo Civil de 2015”.

“Art. 376, CPC. A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar”.

Nesse aspecto, a jurisprudência:

“Direito municipal. Ônus da prova. Incumbe ao interessado que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar o seu teor e a sua vigência, sendo inviável cogitar o acolhimento da tese autoral às diferenças salariais decorrentes do reenquadramento do cargo ocupado desacompanhada da respectiva comprovação da legislação municipal em que tese abriga a pretensão autoral. Inteligência do art. 337 do CPC15” (PJe-JT TRT/SP 10008021620155020473 – 7ª Turma – RO – Relª. Dóris Ribeiro Torres Prina – DEJT 1º.2.2016).

Marcos Scalécio, Leone Pereira e Verônica Pavan¹⁶ asseveram que há debate na doutrina com relação à aplicação do artigo para a norma coletiva, havendo três correntes.

A primeira corrente entende ser necessária a juntada da norma coletiva, tendo em vista que se trata da prova do direito, sendo ônus do reclamante. Assim, não cabe a determinação de ofício do magistrado para a juntada da norma.

¹³ **Direito processual do trabalho**, p. 226.

¹⁴ **Ônus da prova no processo do trabalho conforme o Novo CPC**, p. 16.

¹⁵ O art. 337 do CPC de 1973 corresponde ao art. 376 do CPC de 2015.

¹⁶ **Ônus da prova no processo do trabalho conforme o Novo CPC**, p. 16.

A segunda corrente defende que a ausência da juntada não prejudica o direito do autor, se não impugnada pela parte ré em relação à sua existência, visto que a norma é comum as ambas as partes.

A terceira e última corrente, defende a concessão de prazo para a juntada de documento necessário para o julgamento, conforme dispõe o art. 321 do CPC, *in verbis*:

“Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.

Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial”.

Dessa forma, a doutrina alude os seguintes exemplos em que o direito poderá ser objeto de prova: convenções coletivas de trabalho, acordos coletivos de trabalho, tratados e convenções internacionais, regulamentos de empresas, usos e costumes, e leis estaduais, municipais ou distritais que versem sobre regras trabalhistas.

Nesse sentido, Zélia Maria Cardoso Montal e Luciana Paula de Vaz Carvalho¹⁷:

“O objeto da prova são os fatos que se funda o pedido ou a defesa, eis que o Juiz conhece o direito (*juris novit curia*), todavia algumas exceções são verificadas quando a alegação se funda em direito municipal, estadual, estrangeiro e consuetudinário, os quais devem ter o teor e a vigência provados pela parte, se assim determinar o Juiz (art. 375 do CPC). O mesmo ocorre em relação às Convenções Coletivas de Trabalho, aos Acordos Coletivos de Trabalho, às Convenções da OIT não ratificadas e aos regulamentos de empresa”.

Outrossim, verifica-se que nem todos os fatos devem ser objetos de prova.

Como bem elucidado por José Carlos Manhabusco e Amanda Camargo Manhabusco¹⁸, “os fatos que deverão ser objeto de prova são aqueles que

¹⁷ Reforma trabalhista em perspectiva: desafios e possibilidades, p. 197.

versam sobre a lide. Ou seja, mais precisamente os *atos controvertidos ou controversos, relevantes e determinados ou influentes* contidos no processo”. Portanto, é necessária a prova quando existem questões de fatos para serem apreciadas e julgadas.

As exceções a esta regra estão previstas no art. 374 do CPC, quais sejam: não precisam ser provados os fatos notórios, incontroversos, confessado pela parte contrária ou aqueles “em cujo favor milita presunção legal de existência de veracidade”.

André Cremonesi e Carlos Augusto Marcondes de Oliveira Monteiro¹⁹ lembram que há três posturas da reclamada que podem tornar a questão incontroversa, são elas: a revelia, que é a ausência de contestação; a contestação sem impugnação específica de todos os fatos alegados pelo autor; e por fim, a confissão.

Na doutrina de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco²⁰:

“A prova diz respeito aos fatos. Mas não a todos os fatos: não deve ser admitida a prova dos fatos notórios (conhecido de todos), dos impertinentes (estranhos à causa), dos irrelevantes (que, embora pertençam à causa, não influem na decisão), dos incontroversos (confessados ou admitidos por ambas as partes), dos que sejam cobertos por presunção legal de existência ou de veracidade (CPC, art. 334) ou dos impossíveis (embora se admita a prova dos fatos improváveis)”.

Importante ressaltar que há entendimentos divergentes na doutrina quanto ao objeto da prova, no sentido de que constituem objeto da prova as alegações de fato, e não os fatos alegados.

Na obra de Cleber Lúcio de Almeida, há o entendimento de Santiago Sentis Melendo²¹ (Natureza da Prova, p. 94-95) que afirma que “os fatos não se

¹⁸ **(A) inversão do ônus da prova no processo do trabalho: (teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova)**, p. 21.

¹⁹ **Audiência trabalhista**, p. 160.

²⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**, p. 372. *apud* André Cremonesi, Carlos Augusto Marcondes de Oliveira Monteiro. **Audiência trabalhista**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 159.

²¹ ALMEIDA, Cleber Lúcio de. **Direito processual do Trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.454. *apud* José Carlos Manhabusco, Amanda Camargo Manhabusco. **(A) inversão do ônus da**

provam. Os fatos existem. O que se prova são as afirmações, que poderão a eles referir-se. A parte (...) formula afirmações; não leva ao juiz suas dúvidas, senão a segurança – real ou fictícia – sobre o que sabe; não pede o juiz que averigüe, mas lhe diz o que averiguou para que o juiz constate, comprove, verifique (esta é a palavra exata), se as afirmações coincidem com a realidade (...). A prova é verificação e a verificação há de referir-se a afirmações”.

Mauro Schiavi²² afirma que o fato probando tem que ser controvertido, e que os fatos não controvertidos, em regra, não são objeto da prova, uma vez que são admitidos como verdadeiros no processo, isto é, afirmado por uma parte e não contestado pela parte contrária. Contudo, adverte que, “não obstante, situações há em que o mesmo fato não contestado pode ser objeto de prova, por exemplo: os fatos que não parecem verossímeis segundo o que ordinariamente acontece ou fora do padrão médio da sociedade, e também os fatos impossíveis ou poucos prováveis”.

Depreende-se do exposto que, em regra, o objeto da prova é o de autenticar as alegações dos sujeitos do processo através dos fatos carreados nos autos, para assim convencer o juiz. Vale observar que neste itinerário de confirmar a verdade das alegações há fatos que independem de provas, devendo o juiz julgar a lide apenas pelas pretensões expostas na petição inicial ou em defesa.

1.2.1. Fatos que independem de Prova

Conforme exposto anteriormente, nem todos os fatos alegados dependem de prova para que se chegue à conclusão de que são verdadeiros.

O art. 334 do CPC enumera os fatos que não dependem de prova, são eles: notórios; afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; admitidos, no processo, como incontroversos, e os que em cujo favor milita a presunção legal de existência ou veracidade.

prova no processo do trabalho: (teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova). rev. e ampl. de acordo com o novo CPC. São Paulo: Ltr, 2017.p. 22.

²² **Manual de direito processual do trabalho: de acordo com o novo CPC, reforma trabalhista – Lei n. 13.467/17 e a IN n.41/2018 do TST, p.702.**

José Carlos Manhabusco e Amanda Camargo Manhabusco²³ afirmam que “notório é o fato cujo conhecimento faz parte da cultura normal de determinado meio social no momento do julgamento da causa”.

Como bem adverte Mauro Schiavi²⁴, o conceito de fato notório é relativo, tendo em vista que, “se uma das partes sobre ele não tiver conhecimento ou se até mesmo o juiz dele não conheça, é possível a produção de provas sobre a própria existência da notoriedade do fato”.

Antonio Carlos de Araújo Cintra²⁵ esclarece:

“Tal conceito revela que o fato notório não é necessariamente conhecido por todos os integrantes do segmento social em que se manifesta e nada impede que o juiz, por sua iniciativa, o verifique em almanaques, manuais, etc., até de um consultor ou assessor. A dispensa da prova dos fatos notórios não implica dispensa de sua alegação pelas partes”.

Há doutrinadores que sustentam que o fato notório pode ser contestado, e sendo contestado, deixa de ser fato notório, devendo ser provado.

Assim são as discussões com relação aos fatos obtidos em redes sociais, sendo que há aqueles que defendem que são fatos notórios, pois podem ser consultados por qualquer pessoa, de forma ampla, como também há doutrinadores que defendem que não.

Para Mauro Schiavi²⁶, os fatos obtidos nas redes sociais não configuram, por si só, fatos notórios, haja vista que nem sempre são de conhecimento comum. Contudo, caso o magistrado for levar em consideração tais fatos, deverá oportunizar a manifestação prévia das partes, nos termos dos artigos 9º e 10º do CPC.

²³ **(A) inversão do ônus da prova no processo do trabalho: (teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova)**, p. 23.

²⁴ **Manual de direito processual do trabalho: de acordo com o novo CPC, reforma trabalhista – Lei n. 13.467/17 e a IN n.41/2018 do TST**, p.702.

²⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 27. *apud* Mauro Schiavi. **Manual de direito processual do trabalho: de acordo com o novo CPC, reforma trabalhista – Lei n. 13.467/17 e a IN n.41/2018 do TST**. – 14 ed. São Paulo: Ltr, 2018. p.702.

²⁶ **Manual de direito processual do trabalho: de acordo com o novo CPC, reforma trabalhista – Lei n. 13.467/17 e a IN n.41/2018 do TST**, p.703.

Com relação aos fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, entende-se que somente a confissão expressa dispensa a prova do fato. A confissão ficta, por ser relativa, pode ser elidida por provas em contrário.²⁷

O fato confessado expressamente passa a ser tido no processo como verdadeiro.

São considerados incontroversos os fatos não contestados e confessados pelo réu.

Como destaca Antonio Carlos de Araújo Cintra²⁸, a admissão dos fatos como incontroversos no processo consiste “no reconhecimento pela parte da veracidade de afirmações de fatos feitas pelo adversário para colocá-las como pressupostos de suas próprias alegações [...] O melhor exemplo dessa forma de admissão é o referido pelo art. 326 do Código de Processo Civil, em que o réu, reconhecendo o fato em que se fundou a ação, outro lhe opõe impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Isso se faz por via da contestação”.

Quanto à presunção de existência e veracidade, Mauro Schiavi²⁹ ensina que a presunção é “um raciocínio lógico por meio do qual, a partir da existência de determinadas coisas ou situações pela reiteração de suas ocorrências, se passa a acreditar na existência de outras”. Portanto, não é propriamente um meio de prova.

Destaca, ainda, que as presunções podem ser absolutas (*juris et de juris*) ou relativas (*juris tantum*), sendo que as absolutas quando as presunções não admitem provas em contrário, e as relativas quando admitem³⁰.

1.3. Meios de prova

José Carlos Manhabusco e Amanda Camargo Manhabusco³¹ entendem que meios de provas “são os elementos ou instrumentos idôneos e aptos

²⁷ José Carlos Manhabusco; Amanda Camargo Manhabusco, **(A) inversão do ônus da prova no processo do trabalho: (teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova)**, p. 23.

²⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 28. *apud* Mauro Schiavi. **Manual de direito processual do trabalho: de acordo com o novo CPC, reforma trabalhista – Lei n. 13.467/17 e a IN n.41/2018 do TST**. – 14 ed. São Paulo: Ltr, 2018. p.703.

²⁹ **Manual de direito processual do trabalho: de acordo com o novo CPC, reforma trabalhista – Lei n. 13.467/17 e a IN n.41/2018 do TST**, p.704.

³⁰ *Ibid.*, mesma página.

à formação do magistrado. Não deixando de mencionar o chamado procedimento probatório, que se refere aos métodos, momento e princípios em que a prova deve ser desenvolvida”.

Nas palavras de Amauri Mascaro Nascimento³²:

“Meios de prova é expressão de duplo significado. Tanto pode designar a atividade do juiz ou das partes para a produção de provas, como também os instrumentos ministrados ao juiz no processo para formar o seu convencimento. A palavra “prova” tem sido utilizada tanto para designar a atividade como o instrumento. Podem existir meios de prova que nada provem, entendido o meio como atividade. Como também pode existir instrumentos que não demonstrem. Parece-nos que ambos os sentidos se entrelaçam, e que por meio de prova deve ser entendida a fonte de onde emana a convicção do juiz”.

Em regra, é vedada a produção de prova ilícita no processo, conforme previsto no art. 5º, LVI, da CF/88³³.

Contudo, no processo do trabalho, devido ao princípio da proteção e a dificuldade na produção de algumas provas, a regra da vedação da utilização de provas ilícitas foi abrandada.

Zélia Maria Cardoso Montal e Luciana Paula de Vaz Carvalho³⁴ esclarecem que em algumas situações, a jurisprudência trabalhista se socorreu do princípio da proporcionalidade ou da ponderação, quando se deparou com alegações de que a prova foi obtida de modo ilícito, a fim de que os interesses fossem sopesados para que a decisão proferida fosse a mais justa para o caso concreto.

A CLT não trata especificamente sobre os meios de prova (arts. 8º parágrafo único, e 769, da CLT); sendo assim, aplica-se o dispositivo no art. 369 do CPC, que consagra o princípio da liberdade da prova.

De acordo com o art. 369 do CPC:

³¹ **(A) inversão do ônus da prova no processo do trabalho: (teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova)**, p. 20-21.

³² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**, p. 415. *apud* André Cremonesi, Carlos Augusto Marcondes de Oliveira Monteiro. **Audiência trabalhista**. São Paulo: Saraiva, 2015.p. 166-167.

³³ Art. 5º, LIV da CF: “LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

³⁴ **Reforma trabalhista em perspectiva: desafios e possibilidades**, p. 197.

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

João Carlos Pestana de Aguiar³⁵ esclarece que “são meios de prova não só os dispostos em lei, como os nela não previstos e hábeis para provar a verdade dos fatos, desde que moralmente legítimos”.

³⁵ AGUIAR, João Carlos Pestana de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v.IV.2.ed.São Paulo: RT, 1977.p.71. *apud* José Carlos Manhabusco, Amanda Camargo Manhabusco. **(A) inversão do ônus da prova no processo do trabalho: (teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova)**. rev. e ampl. de acordo com o novo CPC. São Paulo: Ltr, 2017. p. 21.

2. PRINCÍPIOS PROBATÓRIOS

Os princípios gerais que informam a teoria da prova são estudados no Direito Processual Civil, e se aplicam ao processo trabalhista.

Celso Antônio Bandeira de Mello³⁶ esclarece que “princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental para que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e racionalidade de sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”.

Dessa forma, é de acordo com os princípios que as partes, juiz e auxiliares da Justiça norteiam suas atitudes.

2.1. Princípio do contraditório e da ampla defesa

Inicialmente, cumpre fazer a distinção entre contraditório e ampla defesa.

Para André Cremonesi e Carlos Augusto Marcondes de Oliveira Monteiro³⁷ “o primeiro significa informação e reação. É mais abrangente que a ampla defesa. É o direito de ser informado de tudo e de poder reagir a tudo. A ampla defesa é uma reação específica. Tem como base o contraditório”.

O princípio do contraditório e da ampla defesa está elencado no artigo 5º, LV, da CF/88³⁸, o qual determina que as partes tenham o direito de se manifestarem reciprocamente sobre as provas apresentadas e devem ter igualdade de oportunidade na demonstração delas, sendo respeitado o momento de sua produção.

³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 85 *apud* José Carlos Manhabusco, Amanda Camargo Manhabusco. **(A) inversão do ônus da prova no processo do trabalho: (teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova)**. rev. e ampl. de acordo com o novo CPC. São Paulo: Ltr, 2017. p. 32.

³⁷ **Audiência trabalhista**, p. 30.

³⁸ Art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Segundo Mauro Schiavi³⁹:

“Por este princípio, as partes têm o direito de produzir todas as provas que a lei lhes faculta, tanto os meios legais como os moralmente legítimos (art. 332 do CPC/73). Também deve o juiz assegurar às partes igualdade de oportunidades quanto à produção de prova. De outro lado, toda prova produzida em juízo deve estar sob o chamado crivo do contraditório, ou seja, da prova produzida por uma parte, tem a parte contrária o direito de impugná-la. Em razão disso, a parte deve sempre ser cientificada das provas produzidas pelo adversário, tendo a faculdade de impugná-la”.

Manoel Antonio Teixeira Filho⁴⁰ esclarece que a contradição não se resume à impugnação da prova produzida ou que se vai produzir (ato “elisivo”), podendo a parte também realizar a contraprova (ato “elisivo-constitutivo”), com o que estará não somente eliminando a prova elaborada pelo adversário, como constituindo outra, que a substitui opostamente.

Ainda, ressalta que não mais se admite que a prova seja produzida secreta ou sub-repticiamente, como outrora, motivo pelo qual sempre que uma das partes juntar documentos aos autos, a outra deverá, necessariamente, ser intimada para manifestar-se a respeito no prazo de quinze dias (CPC, art. 437, §1º), sob pena de nulidade processual – salvo se dessa omissão do juiz não resultar nenhum prejuízo para a parte contra a qual o documento foi produzido (CLT, art. 784).

Portanto, o contraditório e ampla defesa é um princípio fundamental do processo, de extrema necessidade, que influencia todas as fases do processo, principalmente a fase probatória, pois é deste confronto de provas que será possível o surgimento da verdade.

2.2. Princípio da necessidade da prova

39 SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual brasileiro**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 453. *apud* José Carlos Manhabusco, Amanda Camargo Manhabusco. **(A) inversão do ônus da prova no processo do trabalho: (teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova)**. rev. e ampl. de acordo com o novo CPC. São Paulo: Ltr, 2017. p. 33.

⁴⁰ **Cadernos de processo do trabalho, n.13: prova: parte geral, I**, p. 41 e 42.

O princípio da necessidade da prova encontra respaldo legal nos artigos 818 da CLT e 373 do CPC, *in verbis*:

CLT:

Art. 818. O ônus da prova incumbe:

I - ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante.

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

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

§ 3º A decisão referida no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

CPC:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

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

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

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

I - recair sobre direito indisponível da parte;

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

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Interessante asserção sobre o tema é feita por Mauro Schiavi⁴¹ quando faz a seguinte afirmação:

“Por este princípio, as partes têm o encargo de comprovar suas alegações em juízo. Não basta alegar, a parte deve provar. Diz a doutrina clássica que o sucesso do processo depende da qualidade da atividade probatória da parte. De outro lado, é bem verdade que a necessidade da prova depende do encargo probatório das partes no processo e da avaliação das razões da inicial e da contestação (arts. 818 da CLT e 373 e 374 do CPC)”.

Como bem adverte Manoel Antônio Teixeira Filho⁴², “a necessidade está em que o juiz não se pode deixar impressionar com meras alegações expendidas pelas partes, exigindo-lhe a lei que decida, que forme a sua convicção, com apoio na prova produzida nos autos (CPC, art. 371)”.

2.3. Princípio da unidade da prova

Manoel Antonio Teixeira Filho⁴³ elucida:

“o princípio em exame está a indicar que as provas devem ser apreciadas em seu *conjunto*, sem que se tenha de decidir, com exclusividade, em favor de um dos litigantes, só porque teria provado a maioria dos fatos em que se apoiam os seus pedidos. Para este efeito, pouco importa que o conjunto probatório seja constituído por uma miscigenação de *meios* (documentos, testemunhas, perícia e os demais, moralmente legítimos, previstos em lei); sobrevele, sim, o fato de que esses meios, indistintamente, se revistam de eficácia para provar o que pretendem, atuando, desta maneira, na formação convencimento do julgador a respeito dos fatos da causa”.

Assim, resta claro que a prova não deve ser analisada isoladamente, mas sim deve ser apreciada no seu conjunto, como um todo.

José Carlos Manhabusco e Amanda Camargo Manhabusco⁴⁴ exemplificam que a confissão deve ser analisada em seu conjunto, e não de forma

⁴¹ **Manual de direito processual do trabalho: de acordo com o novo CPC, reforma trabalhista – Lei n. 13.467/17 e a IN n.41/2018 do TST**, p. 708.

⁴² **Cadernos de processo do trabalho, n.13: prova: parte geral, I**, p.39.

⁴³ *Ibid.*, p. 40.

⁴⁴ **(A) inversão do ônus da prova no processo do trabalho: (teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova)**, p.41.

isolada em cada uma de suas partes. Se houver divergência entre o laudo pericial e prova testemunhal, cabe ao juiz examinar ambos para formar o seu convencimento motivado.

2.4. Princípio da proibição da prova obtida ilicitamente

As partes têm o dever de agir com lealdade em todos os atos processuais, sobretudo na produção de provas. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, LVI, veda as provas obtidas por meios ilícitos, visando a resguardar o princípio da legalidade e a dignidade do processo.

Sobre este princípio Manoel Antonio Teixeira Filho⁴⁵ aduz sua essência:

A prova, tal como o processo em geral, tem um propósito marcadamente ético; por isso, em um plano ideal se pode afirmar que todos os sujeitos do processo (Juiz, partes, advogados e o mais) têm interesse em que a verdade dos fatos seja encontrada, pura, sem laivos de meia-verdade ou de falsa-verdade. O anseio, neste sentido, visa a resguardar, sob um aspecto mais amplo, a própria respeitabilidade do Poder Judiciário e das decisões por ele proferidas [...] andou certo, por conseguinte, o legislador processual ao instituir uma punição ao litigante de má-fé, que se caracteriza, dentre outras coisas, por alterar, intencionalmente, a verdade dos fatos e por fazer uso do processo com o intuito de por conseguir objetivo ilegal (CPC, art. 17, II e IV, respectivamente).

José Carlos Manhabusco e Amanda Camargo Manhabusco⁴⁶ esclarecem que as provas ilícitas são aquelas que ferem normas do direito material, pois são obtidas por meio de ato ilícito e as provas que violam norma processual são chamadas de ilegítimas.

Ainda, ressaltam que a simples presença da prova ilícita nos autos não é capaz de invalidar o processo. Dessa forma, se após retirar as provas obtidas por meios ilícitos, restarem outras provas, independentes, que não foram contaminadas pelas provas ilícitas, caberá ao magistrado dar prosseguimento ao feito. Assim, as “provas ilícitas” serão “desentranhadas” dos autos.

⁴⁵ **Cadernos de processo do trabalho, n.13: prova: parte geral, I, p. 40 e 41.**

⁴⁶ **(A) inversão do ônus da prova no processo do trabalho: (teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova), p.43.**

Por fim, Marcos Scalécio, Leone Pereira e Verônica Pavan⁴⁷ elucidam que apenas “de forma excepcional, em situações especiais, serão admitidas no processo as provas obtidas por meios ilícitos, com base nos princípios da ponderação de interesses, da razoabilidade e da proporcionalidade”.

2.5. Princípio do livre convencimento motivado pelo juiz

Este princípio está previsto expressamente no art. 371 do Código de Processo Civil, que determina que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

Na CLT está implicitamente previsto no art. 765⁴⁸, que confere ao juiz ampla liberdade na condução do processo e no art. 832⁴⁹, que determina constar da sentença a apreciação das provas e os fundamentos da decisão.

Para Mauro Schiavi⁵⁰, o princípio do livre convencimento motivado pelo juiz permite ao magistrado firmar seu convencimento, livremente, sobre a verossimilhança dos fatos da causa, desde que apresente os motivos de sua convicção. Tal princípio também é chamado pela doutrina de persuasão racional.

Para tanto, exemplifica com a seguinte ementa:

“Análise probatória. As provas produzidas devem ser analisadas em seu conjunto, devendo o juiz examinar o todo probatório sem, *a priori*, preocupar-se com as regras da prova. Todo material produzido nos autos deve ser analisado para a distribuição do direito. Ao juiz cabe fazer uso do princípio do livre convencimento motivado (subsidiário, art. 131 do CPC, mais arts. 765 e 832, estes da CLT. Recurso parcialmente provido”. (TRT/SP – 00012987520105020202 – RO – Ac. 11ª T. – 20120543251 – rel. Ricardo Verta Ludovice – DOE 22.5.2012).

⁴⁷ **Ônus da prova no processo do trabalho conforme o Novo CPC**, p. 13.

⁴⁸ “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”.

⁴⁹ “Art. 832 - 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”.

⁵⁰ **Manual de direito processual do trabalho: de acordo com o novo CPC, reforma trabalhista – Lei n. 13.467/17 e a IN n.41/2018 do TST**, p. 711.

2.6. Princípio da oralidade

Segundo este princípio, as provas devem ser realizadas, preferencialmente na audiência de instrução e julgamento, ou seja, oralmente e na presença do juiz.

Marcos Scalécio, Leone Pereira e Verônica Pavan⁵¹ afirmam que tal princípio “traduz um conjunto de regras que tem por objetivo a primazia da linguagem oral, simplificando o procedimento”.

A doutrina define como características da oralidade: a identidade física do juiz, a concentração dos autos em audiência, a irrecorribilidade das decisões interlocutórias e a imediatidade do juiz e da parte.

Já para Mauro Schiavi⁵², a oralidade se decompõe nos seguintes subprincípios:

- a) Identidade física do juiz: o juiz que instruiu o processo, que colheu diretamente a prova, deve julgá-lo, pois possui melhores possibilidades de valorar a prova, uma vez que colheu diretamente, tomou contato direto com as partes e testemunhas.

Esclarece que os próprios Tribunais Regionais do Trabalho, têm tido a tendência de manter a decisão de primeiro grau, quando ao avaliar a prova oral verificam que foi dividida, pois o Juiz “a quo” teve contato direto com as partes e testemunhas, com maiores possibilidades de avaliar a melhor prova.

José Carlos Manhabusco e Amanda Camargo Manhabusco⁵³ aclaram que “o juiz, como diretor do processo é quem colhe, direta e indiretamente, as provas. É ele quem adquire a prova junto às partes e testemunhas e recebe os esclarecimentos dos peritos e assistentes técnicos”.

⁵¹ Ônus da prova no processo do trabalho conforme o Novo CPC, p. 15.

⁵² Manual de direito processual do trabalho: de acordo com o novo CPC, reforma trabalhista – Lei n. 13.467/17 e a IN n.41/2018 do TST, p. 709 e 710.

⁵³ (A) inversão do ônus da prova no processo do trabalho: (teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova), p. 52.

Segundo Marcelo Abelha Rodrigues⁵⁴:

“Há o abrandamento deste princípio quando a prova tiver de ser feita em território ou circunscrição judiciária diversa do foro da causa, é o denominado pela doutrina de prova de fora da terra, ou, simplesmente, prova de fora. Ocorrerá este tipo de prova, quando ocorrer razões de impossibilidade prática, tais como, saúde da testemunha e dificuldade de transporte ou por economia, se justificada a colheita da prova por outro juízo. Ela pode ser feita por carta precatória (art. 201 do Código de Processo Civil), quando produzida no território nacional, ou rogatória (art. 338 do Código de Processo Civil/73), quando produzida no estrangeiro”.

b) Concentração: por tal característica, os atos do procedimento devem se desenvolver num único ato, máxime a instrução probatória que deve ser realizada em audiência única.

Este subprincípio está presente em alguns normativos, como por exemplo, o art. 845 da CLT, que estabelece: “O reclamante e o reclamado comparecerão à audiência acompanhados das suas testemunhas, apresentando, nessa ocasião, as demais provas”; e o art. 852-H, que dispõe “Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, ainda que não requeridas previamente. (...)”

Para André Cremonesi e Carlos Augusto Marcondes de Oliveira Monteiro⁵⁵ o princípio da concentração “é a prevalência da realização de todos os atos num só momento”. Em regra, a audiência trabalhista deve ser realizada em uma única vez (UNA), porém nem sempre é possível à realização de audiência UNA, motivo pelo qual cabe ao juiz do trabalho decidir sobre a adoção dessa modalidade de audiência ou mesmo de audiência fracionada. São os casos, por exemplo, de necessidade de prova pericial ou de oitiva de testemunha por meio de carta precatória ou de carta rogatória.

c) Imediatidade ou imediação do juiz na colheita da prova: o Juiz do Trabalho tem contato maior com as partes e testemunhas do

⁵⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 192 *apud* José Carlos Manhabusco, Amanda Camargo Manhabusco. **(A) inversão do ônus da prova no processo do trabalho: (teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova)**. rev. e ampl. de acordo com o novo CPC. São Paulo: Ltr, 2017. p. 53.

⁵⁵ **Audiência trabalhista**, p. 35.

processo, colhendo diretamente a prova, o que lhe propicia maior conhecimento da causa e melhores possibilidades de realizar a conciliação.

Assim, segundo este princípio, a prova será produzida pessoalmente pelo juiz, que terá contato direto com as partes, testemunhas e auxiliares do juízo em audiência.

Marcos Scalécio, Leone Pereira e Verônica Pavan⁵⁶ ressaltam que, o princípio da imediatidade refere-se às provas orais, que serão colhidas em audiência, como o interrogatório, o depoimento pessoal, a oitiva de testemunhas, a oitiva de peritos e assistentes técnicos, etc.

Por fim, importante salientar que alguns doutrinadores, como por exemplo, Mauro Schiavi entende que a identidade física do juiz, a concentração e a imediatidade são subprincípios da oralidade, sendo que outros doutrinadores, como por exemplo, José Carlos Manhabusco, Amanda Camargo Manhabusco, Marcos Scalécio, Leone Pereira e Verônica Pavan, entendem que o princípio da identidade física do juiz e da imediatidade são princípios próprios.

2.7. Princípio da aquisição processual

De acordo com o princípio da aquisição processual, uma vez produzida a prova no âmbito processual, esta pertencerá ao processo, pouco importando a parte que a produziu.

Nesse aspecto, Mauro Schiavi⁵⁷ esclarece que “o juiz poderá formar sua convicção com qualquer elemento de prova produzida nos autos, independentemente de quem a produziu e também independentemente de quem detinha o ônus da prova”.

Neste sentido, o artigo 371 do CPC dispõe: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

⁵⁶ Ônus da prova no processo do trabalho conforme o Novo CPC, p. 15.

⁵⁷ Manual de direito processual do trabalho: de acordo com o novo CPC, reforma trabalhista – Lei n. 13.467/17 e a IN n.41/2018 do TST, p. 710.

José Carlos Manhabusco e Amanda Camargo Manhabusco⁵⁸ afirmam que há exceção, que há situação especial legalmente autorizada, prevista no art. 432, caput, e parágrafo único, do Código de Processo Civil. Senão vejamos:

Art. 432. Depois de ouvida a outra parte no prazo de 15 (quinze) dias, será realizado o exame pericial.

Parágrafo único. Não se procederá ao exame pericial se a parte que produziu o documento concordar em retirá-lo.

⁵⁸ (A) inversão do ônus da prova no processo do trabalho: (teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova), p. 56 e 57.

3. PROVAS EM ESPÉCIE

3.1. Interrogatório e depoimento pessoal

A fase probatória inicia-se com a tomada do depoimento pessoal das partes ou interrogatório, após a proposta infrutífera de conciliação e a apresentação de defesa.

Inicialmente é necessário distinguir estes dois termos. No âmbito do processo civil, os arts. 139, VIII e 385, do CPC, resta clara a distinção:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...)

VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso;

Art. 385. Cabe à parte requerer o depoimento pessoal da outra parte, a fim de que esta seja interrogada na audiência de instrução e julgamento, sem prejuízo do poder do juiz de ordená-lo de ofício.

§ 1º Se a parte, pessoalmente intimada para prestar depoimento pessoal e advertida da pena de confesso, não comparecer ou, comparecendo, se recusar a depor, o juiz aplicar-lhe-á a pena.

§ 2º É vedado a quem ainda não depôs assistir ao interrogatório da outra parte.

§ 3º O depoimento pessoal da parte que residir em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo poderá ser colhido por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, o que poderá ocorrer, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento.

Tanto o interrogatório quanto o depoimento pessoal possuem o objetivo comum de obter esclarecimentos sobre os fatos da causa, porém há diferenças entre ambos.

Para Mauro Schiavi⁵⁹, o interrogatório “é um instrumento legal de prova por meio do qual a parte esclarece ao juiz fatos da causa”. Assevera que é um ato personalíssimo entre o magistrado e a parte, podendo ser determinado de ofício pelo

⁵⁹ Manual de direito processual do trabalho: de acordo com o novo CPC, reforma trabalhista – Lei n. 13.467/17 e a IN n.41/2018 do TST, p. 761.

juiz, quantas vezes for necessário, antes da sentença. Ainda, o interrogatório não tem finalidade de obter confissão da parte.

Já o depoimento pessoal, é o meio de prova que tem por objetivo principal a confissão, além de obter esclarecimentos de fatos da causa. Por esta razão, a parte é intimada também pessoalmente, constando do mandado que se presumirão confessados os atos contra ela alegados caso não compareça, ou comparecendo, se recuse a depor.

Nos termos do art. 820 da CLT, tanto no interrogatório como no depoimento pessoal, as partes têm direito de fazer reperguntas.

Art. 820: As partes e testemunhas serão inquiridas pelo juiz ou presidente, podendo ser reinquiridas, por seu intermédio, a requerimento dos juízes classistas, das partes, seus representantes ou advogados.

José Carlos Manhabusco e Amanda Camargo Manhabusco⁶⁰ ressaltam que a CLT consagrou o sistema interrogatório determinado pelo magistrado, de modo que constitui uma faculdade do juiz interrogar as partes, em razão de seu livre convencimento. Dessa forma, o requerimento de uma das partes pode ser deferido ou não, sem que isso configure cerceamento de defesa, desde que a decisão seja fundamentada pelo juiz, bem como a sentença se funde em outros elementos probatórios.

Mauro Schiavi⁶¹ frisa que o indeferimento do depoimento pessoal, sob fundamento de que ele não é compatível com o processo, configura cerceamento de defesa, passível de nulidade total, a partir do indeferimento.

No que tange ao depoimento pessoal do menor de 18 anos na Justiça do Trabalho, alguns doutrinadores entendem que apenas quem é capaz de direitos e obrigações pode depor, de modo que menor de 18 anos, sendo relativamente incapaz, não deverá depor.

⁶⁰ (A) inversão do ônus da prova no processo do trabalho: (teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova), p. 64.

⁶¹ Manual de direito processual do trabalho: de acordo com o novo CPC, reforma trabalhista – Lei n. 13.467/17 e a IN n.41/2018 do TST, p. 767.

Wagner D. Giglio e Claudia Giglio Veltri Corrêa⁶² discordam do entendimento acima, pois entendem que a capacidade não é totalmente regulada pelo Código Civil:

“A Consolidação das Leis do Trabalho estabelece outros limites etários para a capacidade. Se o menor de 18 anos e maior de 14 anos pode trabalhar, assinar recibos e responder pelas infrações que tenha cometido, deve também ter reconhecida sua capacidade para confessar (o ato faltoso praticado, p. ex.), desde que assistido por pai, mãe, responsável, tutor ou sindicato”.

No mesmo sentido, entende Mauro Schiavi⁶³:

“Ora, se o menor de 18 anos ou maior de 16 anos tem capacidade para firmar contrato de trabalho, e prestar depoimento em favor de terceiros (art. 447, §1º, inciso III, do CPC), é razoável que possa depor e responder pelos fatos que declarar em juízo, inclusive que a confissão possa ser levada em consideração”.

3.2. Confissão real e *ficta*

A finalidade do depoimento das partes é obter a confissão, isto é, o reconhecimento de que são verdadeiros os fatos alegados pela parte contrária.

Luiz Eduardo Gunther e Cristina Maria Navarro Zornig⁶⁴ trazem o seguinte conceito de confissão:

“Derivando do latim *confessio*, de *confiteri*, na terminologia jurídica possui o sentido de declaração de verdade feita por quem a pode fazer. Também qualificada como *delle prove*, refere-se a confissão ao ato pelo qual a pessoa capaz reconhece e espontaneamente declara verdadeiro o fato que se lhe imputa ou contra ela é alegado. O Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas resume o significado do vocabulário ao ato pelo qual a parte, em juízo ou fora dele, admite a verdade de um fato contrário a seu interesse e favorável ao adversário”.

⁶² **Direito processual do trabalho**, p. 230.

⁶³ **Manual de direito processual do trabalho: de acordo com o novo CPC, reforma trabalhista – Lei n. 13.467/17 e a IN n.41/2018 do TST**, p. 764 - 765.

⁶⁴ GUNTHER, Luiz Eduardo; ZORNIG, Cristina Maria Navarro. **Revelia e confissão no Processo do Trabalho**. In: Revista do Direito Trabalhista, n.1, ano 10, janeiro de 2014, Brasília: Consulex, 2004. p. 10-01/14. *apud* Mauro Schiavi. **Manual de direito processual do trabalho: de acordo com o novo CPC, reforma trabalhista – Lei n. 13.467/17 e a IN n.41/2018 do TST**. – 14 ed. São Paulo: Ltr, 2018. p. 770.

O código de Processo Civil traz a definição de confissão no art. 389, que assim dispõe:

“Há confissão, judicial ou extrajudicial, quando a parte admite a verdade de fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário”.

Será judicial, a confissão realizada no curso do processo, e extrajudicial quando for fora do processo.

Para José Carlos Manhabusco e Amanda Camargo Manhabusco⁶⁵, a confissão extrajudicial não deve ser aceita no processo do trabalho, na hipótese de o confidente ser o empregado, devido à indisponibilidade e irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, assim como pela presunção de coação sofrida pelo obreiro na confissão.

A confissão pode ser real ou *ficta*. A obtenção da confissão real é considerada como prova principal, sendo chamada de “rainha das provas”.

Wagner D. Giglio e Claudia Giglio Veltri Corrêa⁶⁶ esclarecem a diferença da confissão real e *ficta*:

“A confissão real é a expressa; a ficta é apenas uma presunção relativa de veracidade dos fatos alegados pela parte contrária, desde que verossímeis e coerentes com as demais provas dos autos, uma penalidade que se impõe a quem não comparece para depor ou, comparecendo, se recusa a responder às perguntas que lhe forem formulada, ou as responde com evasivas”.

Segundo José Carlos Manhabusco e Amanda Camargo Manhabusco⁶⁷:

“na confissão real, visa-se o reconhecimento da veracidade dos fatos alegados pelas partes, alcançada com seu próprio depoimento ou feita por procurador com poderes expressos para tal ato.
(...)”

⁶⁵ (A) inversão do ônus da prova no processo do trabalho: (teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova), p. 64.

⁶⁶ Direito processual do trabalho, p. 229.

⁶⁷ (A) inversão do ônus da prova no processo do trabalho: (teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova), p. 64-65.

Em relação à confissão ficta, há presunção relativa, razão pela qual apenas prevalece quando não houver outros meios probatórios constantes dos autos capazes de elidi-la, como, por exemplo, a prova documental, a prova testemunhal e, ainda, a confissão real”.

É possível afastar do processo a confissão *ficta*, quando existir outra prova pré-constituída nos autos, conforme a Súmula n.74, do TST⁶⁸:

CONFISSÃO. (atualizada em decorrência do CPC de 2015) – Res. 208/2016, DEJT divulgado em 22, 25 e 26.04.2016
I - Aplica-se a confissão à parte que, expressamente intimada com aquela cominação, não comparecer à audiência em prosseguimento, na qual deveria depor. (ex-Súmula nº 74 - RA 69/1978, DJ 26.09.1978)

II - A prova pré-constituída nos autos pode ser levada em conta para confronto com a confissão ficta (arts. 442 e 443, do CPC de 2015 - art. 400, I, do CPC de 1973), não implicando cerceamento de defesa o indeferimento de provas posteriores. (ex-OJ nº 184 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000)

III- A vedação à produção de prova posterior pela parte confessa somente a ela se aplica, não afetando o exercício, pelo magistrado, do poder/dever de conduzir o processo.

Sob argumento de que é direito da parte tentar derrubar os efeitos decorrentes da confissão *ficta* com a produção de provas, tanto a oral como a documental, Mauro Schiavi⁶⁹ discorda da Súmula supracitada, pois entende que a confissão *ficta* não se confunde com a real, sendo que o art. 443, I, do CPC, trata-se da confissão real, visto que a confissão *ficta* acarreta mera presunção.

A confissão *ficta* também não é aplicada quando há revelia na ação rescisória. Nesse sentido, a Súmula n.398 do TST⁷⁰:

AÇÃO RESCISÓRIA. AUSÊNCIA DE DEFESA. INAPLICÁVEIS OS EFEITOS DA REVELIA (alterada em decorrência do CPC de 2015) - Res. 219/2017, DEJT divulgado em 28, 29 e 30.06.2017 – republicada - DEJT divulgado em 12, 13 e 14.07.2017

Na ação rescisória, o que se ataca é a decisão, ato oficial do Estado, acobertado pelo manto da coisa julgada. Assim, e considerando que a coisa julgada envolve questão de ordem pública, a revelia não

⁶⁸ Disponível em <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 04 de março de 2019, às 12h02.

⁶⁹ **Manual de direito processual do trabalho: de acordo com o novo CPC, reforma trabalhista – Lei n. 13.467/17 e a IN n.41/2018 do TST**, p. 773.

⁷⁰ Disponível em <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 04 de março de 2019, às 12h20.

produz confissão na ação rescisória. (ex-OJ nº 126 da SBDI-2 - DJ 09.12.2003)

A doutrina destaca três elementos inseparáveis na confissão, que dizem respeito: a) ao objeto (elemento objetivo); b) ao sujeito (elemento subjetivo); e c) intencional.

Mauro Schiavi⁷¹ esclarece os três elementos da confissão:

“O elemento objetivo consiste no argumento de que só os fatos são suscetíveis de prova. Como meio de prova que é, a confissão só abrange fatos, tanto os favoráveis como os desfavoráveis ao confitente. O elemento subjetivo resuta que a confissão seja prestada pela parte e pela própria parte, ou, excepcionalmente, por representante com poderes especiais (art. 390, §1º, do CPC). Sob o aspecto intencional, a confissão pressupõe um ato de vontade de dizer a verdade quanto a fatos. Há o chamado *animus confitendi*”.

Conforme art. 395, do CPC, a confissão, como regra, é indivisível, motivo pelo qual a parte beneficiada não pode aceitá-la no tópico que a beneficiar e rejeitá-la no que lhe for desfavorável.

Art. 395. A confissão é, em regra, indivisível, não podendo a parte que a quiser invocar como prova aceitá-la no tópico que a beneficiar e rejeitá-la no que lhe for desfavorável, porém cindir-se-á quando o confitente a ela aduzir fatos novos, capazes de constituir fundamento de defesa de direito material ou de reconvenção.

De acordo com o art. 392, do CPC, não será considerado como confissão os fatos relativos a direitos indisponíveis, admitidos em juízo, bem como será ineficaz a confissão por quem não for capaz de dispor do direito a que se referem os fatos confessados, sendo que a confissão realizada por um representante somente torna-se eficaz nos limites em que este pode vincular o representado.

Nos termos do art. 393, do CPC, embora a confissão seja irrevogável, poderá ser anulado quando decorreu de erro de fato ou de coação, sendo que é exclusivamente do confitente a legitimidade para a ação prevista no caput do artigo,

⁷¹ Manual de direito processual do trabalho: de acordo com o novo CPC, reforma trabalhista – Lei n. 13.467/17 e a IN n.41/2018 do TST, p. 770.

podendo ser transferida a seus herdeiros, na hipótese do seu falecimento após a propositura da ação.

3.3. Prova testemunhal

A prova testemunhal consiste na narração ao magistrado, por terceiros estranhos à lide, de fatos a ela relacionados.⁷²

Em que pese à prova testemunhal seja considerada, para muitos doutrinadores, como meio de prova mais inseguro para se chegar à verdade dos fatos, é a mais utilizada no processo do trabalho, sendo que em diversos casos, o único meio de prova. A maioria das controvérsias trabalhistas refere-se à matéria fática.

É considerada a mais importante do processo trabalhista, pois, no confronto entre a verdade real e a verdade formal, prevalecerá à primeira, de acordo com o princípio da primazia da realidade sobre a forma. Por esta razão, o contrato de trabalho é conhecido como contrato-realidade.⁷³

Mauro Schiavi conceitua testemunha como a “pessoa física capaz, estranha e isenta com relação às partes, que vem a juízo trazer as suas percepções sensoriais a respeito de um fato relevante para o processo do qual tem conhecimento próprio”.⁷⁴

Assim, verifica-se que a testemunha é colaboradora da Justiça, que presta serviço público relevante com seu depoimento, na medida em que suas informações trazidas ao magistrado auxiliam na formação de seu convencimento, com a finalidade da aplicação do direito objetivo ao caso concreto.⁷⁵

Considerando a relevância do serviço público prestado, não há faculdade no depoimento testemunhal, sendo obrigada a depor, sob pena de condução coercitiva e multa.

⁷² Wagner D. Giglio, Claudia Giglio Veltri Corrêa, **Direito processual do trabalho**, p. 238.

⁷³ Marcos Scalécio, Leone Pereira, Verônica Pavan, **Ônus da prova no processo do trabalho conforme o Novo CPC**, p.23.

⁷⁴ **Manual de direito processual do trabalho: de acordo com o novo CPC, reforma trabalhista – Lei n. 13.467/17 e a IN n.41/2018 do TST**, p. 792.

⁷⁵ Marcos Scalécio, Leone Pereira, Verônica Pavan, **Ônus da prova no processo do trabalho conforme o Novo CPC**, p.23.

O art. 443 do CPC prevê o indeferimento da inquirição de testemunhas quando a prova versar sobre fatos já provados por documento ou confissão, ou fato que só pode ser provado por documento ou por exame pericial.

No Processo do Trabalho, há duas hipóteses em que não se admite a prova testemunha: quando houver arguição de insalubridade e periculosidade (art. 195 da CLT) e a prova escrita do pagamento dos salários (art. 464 da CLT).

Todas as pessoas têm a obrigação e dever de testemunhar a respeito de fatos que são do seu conhecimento e que interessam à causa, salvo se forem incapazes, impedidas ou suspeitas, conforme dispõe o art. 447 do CPC, *in verbis*, aplicáveis ao Processo do Trabalho:

Art. 447. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.

§ 1º São incapazes:

I - o interdito por enfermidade ou deficiência mental;

II - o que, acometido por enfermidade ou retardamento mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los, ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções;

III - o que tiver menos de 16 (dezesesseis) anos;

IV - o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam.

§ 2º São impedidos:

I - o cônjuge, o companheiro, o ascendente e o descendente em qualquer grau e o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito;

II - o que é parte na causa;

III - o que intervém em nome de uma parte, como o tutor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros que assistam ou tenham assistido as partes.

§ 3º São suspeitos:

I - o inimigo da parte ou o seu amigo íntimo;

II - o que tiver interesse no litígio.

§ 4º Sendo necessário, pode o juiz admitir o depoimento das testemunhas menores, impedidas ou suspeitas.

§ 5º Os depoimentos referidos no § 4º serão prestados independentemente de compromisso, e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer.

A CLT disciplina as hipóteses de suspeição e impedimento de testemunha no art. 829, *in verbis*:

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.

No que tange a testemunha que litiga em face do mesmo empregador em outro processo, existe a Súmula n.357 do TST⁷⁶:

TESTEMUNHA. AÇÃO CONTRA A MESMA RECLAMADA. SUSPEIÇÃO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003
Não torna suspeita a testemunha o simples fato de estar litigando ou de ter litigado contra o mesmo empregador.

Como bem explicado por Marcos Scalécio, Leone Pereira e Verônica Pavan⁷⁷, no âmbito trabalhista, o limite legal do número de testemunhas para cada parte são:

- a) Procedimento comum (ordinário): são três testemunhas, conforme art. 821 da CLT;
- b) Inquérito judicial para apuração de falta grave: seis testemunhas, de acordo com o art. 821 da CLT;
- c) Procedimento sumaríssimo: duas testemunhas, nos termos do art. 852-H, §2º, da CLT;
- d) Procedimento sumário (dissídio de alçada): este rito está previsto no art. 2º, §§ 3º e 4º, da Lei n. 5.584/70, havendo lacuna sobre número máximo de testemunhas.

O momento para requerimento da prova testemunhal, no processo do trabalho, se dá, em audiência, após a oitiva das partes, devendo ser devidamente justificado pelo magistrado, o seu indeferimento. O indeferimento prematuro pode implicar cerceamento de defesa.⁷⁸

Na esfera trabalhista, as testemunhas comparecerão à audiência, independentemente de notificação, não havendo, portanto, rol de testemunhas.

⁷⁶ Disponível em <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 04 de março de 2019, às 14h20.

⁷⁷ **Ônus da prova no processo do trabalho conforme o Novo CPC**, p. 25.

⁷⁸ **Manual de direito processual do trabalho: de acordo com o novo CPC, reforma trabalhista – Lei n. 13.467/17 e a IN n.41/2018 do TST**, p.810.

Na hipótese de as testemunhas não comparecerem de forma independente, o parágrafo único do art. 825 da CLT determina que elas sejam intimadas, de ofício pelo juiz ou a requerimento da parte, ficando sujeitas a condução coercitiva, além das penalidades do art. 730, caso, sem motivo justificado, não atendam à intimação.

José Carlos Manhabusco e Amanda Camargo Manhabusco⁷⁹ advertem que apesar da CLT ser omissa quanto ao momento de contraditar as testemunhas, pode-se utilizar subsidiariamente o art. 457, §1º, do CPC, que dispõe que o momento de contraditar é logo após a qualificação da testemunha e antes de depor e prestar compromisso de dizer a verdade sobre os fatos.

O comportamento da testemunha deve ser sopesado pelo magistrado como elemento de prova, como bem destaca Mauro Schiavi⁸⁰:

“Deve o juiz estar atento a todas as vicissitudes da prova testemunhal, pois as testemunhas depõem sobre fatos pretéritos que muitas vezes já se passaram há alguns anos, e, ainda, a interpretação dos fatos varia de pessoa para pessoa. Por isso, pequenas divergências entre testemunhas são normais, não devendo o juiz desconsiderar a prova testemunhal em razão de pequenas divergências entre os depoimentos das testemunhas e versão das partes”.

Como bem advertem Wagner D. Giglio e Claudia Giglio Veltri Corrêa⁸¹:

“No cotejo dos depoimentos das testemunhas, a uniformidade excessiva, até o ponto de serem repetidas as mesmas palavras e os mesmos pormenores, indica o testemunho ‘preparado’, isto é, previamente combinado, subtraindo-lhe valor, como é evidente, vez que regra geral duas pessoas não vêem os fatos da mesma maneira, e muito menos o narram de forma idêntica. Pequenas discrepâncias quanto aos pormenores autenticam a prova testemunhal”.

3.4. Prova documental

⁷⁹ (A) inversão do ônus da prova no processo do trabalho: (teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova), p. 69.

⁸⁰ Manual de direito processual do trabalho: de acordo com o novo CPC, reforma trabalhista – Lei n. 13.467/17 e a IN n.41/2018 do TST, p. 816.

⁸¹ Direito processual do trabalho, p. 246.

Nem a CLT quanto o CPC definem o conceito de documento, cumprindo tal função à doutrina.

Conforme José Carlos Manhabusco e Amanda Camargo Manhabusco⁸² “documento é o meio idôneo utilizado como prova material que vai constatar a existência de um fato. Além dos escritos, podem ser: gráficos, as fotografias, desenhos, etc”.

Amauri Mascaro Nascimento⁸³ traz alguns conceitos de documento:

“Documentos são toda representação objetiva de um pensamento, material ou literal (Alsina). Em sentido estrito, documento é toda coisa que seja produto de um ato humano, perceptível com os sentidos da vista e do fato que serve de prova histórica indireta ou representativa de um fato qualquer (Eschandia)”.

Brilhantemente, Wagner D. Giglio e Claudia Giglio Veltri Corrêa⁸⁴ afirmam que “*scripta, sicut monumenta, manent; verba, sicut ventus, volant* (os escritos, como os monumentos, permanecem; as palavras, como o vento, voam)”. Assim, os documentos são importantes meios de prova, pela sua segurança, sem, contudo, excluir os demais.

A CLT pouco versou sobre a prova documental, mencionando somente nos arts. 777, 780, 787 e 830. Entretanto, é permitida a aplicação subsidiária do CPC, tendo em vista o art. 796 da CLT.

Art. 777 - Os requerimentos e documentos apresentados, os atos e termos processuais, as petições ou razões de recursos e quaisquer outros papéis referentes aos feitos formarão os autos dos processos, os quais ficarão sob a responsabilidade dos escrivães ou secretários.

Art. 780 - Os documentos juntos aos autos poderão ser desentranhados somente depois de findo o processo, ficando traslado.

⁸² (A) inversão do ônus da prova no processo do trabalho: (teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova), p. 69.

⁸³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 533. *apud*. Mauro Schiavi. **Manual de direito processual do trabalho: de acordo com o novo CPC, reforma trabalhista – Lei n. 13.467/17 e a IN n.41/2018 do TST**. – 14 ed. São Paulo: Ltr, 2018. p.775.

⁸⁴ **Direito processual do trabalho**, p. 231.

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

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

Parágrafo único. Impugnada a autenticidade da cópia, a parte que a produziu será intimada para apresentar cópias devidamente autenticadas ou o original, cabendo ao serventário competente proceder à conferência e certificar a conformidade entre esses documentos.

Marcos Scalécio, Leone Pereira e Verônica Pavan⁸⁵ ressaltam que o documento apresentado como prova apenas era aceito se estivesse no original ou em cópia autenticada, conforme redação anterior do art. 830 da CLT. Contudo, após nova redação ao artigo mencionado, trazido pela Lei n.11.925, de 17 de abril de 2009, é perfeitamente aceito na esfera trabalhista, o documento em cópia oferecido para prova declarado autêntico pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal.

No que tange ao momento processual oportuno para a produção de prova documental, a doutrina entende que, por interpretação sistemática dos arts. 787 e 845 da CLT, combinados com o art. 434 do CPC, deve ser apresentada pelo reclamante na reclamação trabalhista e pelo reclamado juntamente com a apresentação de defesa.⁸⁶

Entretanto, cumpre ressaltar que, de acordo com o art. 435 do CPC, é lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados.

De acordo com a Súmula n.8 do TST⁸⁷, a juntada de documentos na fase recursal só se justifica quando provado o justo impedimento para sua oportuna apresentação ou quando se referir a fato posterior à sentença.

Súmula nº 8 do TST
JUNTADA DE DOCUMENTO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

⁸⁵ **Ônus da prova no processo do trabalho conforme o Novo CPC**, p.42.

⁸⁶ Ibid., mesma página.

⁸⁷ Disponível em <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 04 de março de 2019, às 15h55.

A juntada de documentos na fase recursal só se justifica quando provado o justo impedimento para sua oportuna apresentação ou se referir a fato posterior à sentença.

José Carlos Manhabusco e Amanda Camargo Manhabusco⁸⁸ advertem que “é permitido à parte contra quem foi produzido o documento suscitar o incidente de falsidade”. Tal questão é tratada pelo art. 430 do CPC, devido à omissão na CLT, sendo que referido artigo dispõe que “a falsidade deve ser suscitada na contestação, na réplica ou no prazo de 15 (quinze) dias, contado a partir da intimação da juntada do documento aos autos”.

Na hipótese de ser suscitado o incidente de falsidade, o juiz suspende o processo principal, até que seja resolvido se há falsidade ou autenticidade do documento.⁸⁹

Conforme o art. 396 do CPC: “O juiz pode ordenar que a parte exhiba documento ou coisa, que se encontre em seu poder”.

Mauro Schiavi⁹⁰ ensina:

“Em determinadas situações no Processo do Trabalho, os documentos podem estar em posse do reclamado ou de terceiros. Nesse caso, o reclamante poderá formular requerimento ao Juiz do Trabalho a fim de que este determine a juntada de tais documentos, devendo a parte que formulou o requerimento individualizar o documento, demonstrar a finalidade da prova, bem como aduzir as circunstâncias em que se funda o requerimento para afirmar que existe o documento e ele se encontra nas mãos de terceiro, nos termos do art. 397 do CPC, *in verbis*:

‘O pedido formulado pela parte conterà: I - a individualização, tão completa quanto possível, do documento ou da coisa; II - a finalidade da prova, indicando os fatos que se relacionam com o documento ou com a coisa; III - as circunstâncias em que se funda o requerente para afirmar que o documento ou a coisa existe e se acha em poder da parte contrária”.

A respeito dos documentos eletrônicos, a Lei n. 11.419/2006 regulamentou o documento digital, que dispõe sobre a produção, juntada e exibição de documentos, sendo aplicada ao Processo do Trabalho.

⁸⁸ José Carlos Manhabusco, Amanda Camargo Manhabusco, **(A) inversão do ônus da prova no processo do trabalho: (teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova)**, p. 70.

⁸⁹ Ibid., mesma página.

⁹⁰ **Manual de direito processual do trabalho: de acordo com o novo CPC, reforma trabalhista – Lei n. 13.467/17 e a IN n.41/2018 do TST**, p. 779.

Assim, dispõe o art. 11 da Lei n. 11.419/2006⁹¹:

Art. 11. Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais.

§ 1o Os extratos digitais e os documentos digitalizados e juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas autoridades policiais, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos e privados têm a mesma força probante dos originais, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização.

§ 2o A arguição de falsidade do documento original será processada eletronicamente na forma da lei processual em vigor.

§ 3o Os originais dos documentos digitalizados, mencionados no § 2o deste artigo, deverão ser preservados pelo seu detentor até o trânsito em julgado da sentença ou, quando admitida, até o final do prazo para interposição de ação rescisória.

§ 4o (VETADO)

§ 5o Os documentos cuja digitalização seja tecnicamente inviável devido ao grande volume ou por motivo de ilegitimidade deverão ser apresentados ao cartório ou secretaria no prazo de 10 (dez) dias contados do envio de petição eletrônica comunicando o fato, os quais serão devolvidos à parte após o trânsito em julgado.

§ 6o Os documentos digitalizados juntados em processo eletrônico somente estarão disponíveis para acesso por meio da rede externa para suas respectivas partes processuais e para o Ministério Público, respeitado o disposto em lei para as situações de sigilo e de segredo de justiça.

§ 6º Os documentos digitalizados juntados em processo eletrônico estarão disponíveis para acesso por meio da rede externa pelas respectivas partes processuais, pelos advogados, independentemente de procuração nos autos, pelos membros do Ministério Público e pelos magistrados, sem prejuízo da possibilidade de visualização nas secretarias dos órgãos julgadores, à exceção daqueles que tramitarem em segredo de justiça.

§ 7º Os sistemas de informações pertinentes a processos eletrônicos devem possibilitar que advogados, procuradores e membros do Ministério Público cadastrados, mas não vinculados a processo previamente identificado, acessem automaticamente todos os atos e documentos processuais armazenados em meio eletrônico, desde que demonstrado interesse para fins apenas de registro, salvo nos casos de processos em segredo de justiça.

Conforme Augusto Tavares Rosa Marcanini⁹²:

⁹¹ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm>. Acesso em: 04 de março de 2019, às 17h55.

“O documento eletrônico é uma sequência de bits que, traduzida por meio de um determinado programa de computador, seja representativa de um fato. Da mesma forma que os documentos físicos, o documento eletrônico não se resume em escritos: pode ser um texto escrito, como também pode ser um desenho, uma fotografia digitalizada, sons, vídeos, enfim, tudo que puder representar um fato e que esteja armazenado em um arquivo digital”.

O juiz também pode determinar a exibição e envio de dados e de documentos necessários à instrução do processo.⁹³

As exigências previstas nos arts. 11 e 13 da Lei n. 11.419/06 neutralizam a possibilidade de admitir no processo documento eletrônico não verdadeiro.

3.5. Prova emprestada

Segundo José Carlos Manhabusco e Amanda Camargo Manhabusco⁹⁴ prova emprestada “é a que se toma emprestada de outro processo, findo ou em curso, para fazer prova no processo para o qual é transportada”. Acrescentam que, a prova emprestada mantém a mesma natureza jurídica com que foi produzida no processo anterior.

A doutrina esclarece que com o advento do Novo Código de Processo Civil, a prova emprestada deixou de ser considerada prova atípica e foi introduzida como prova típica, encontrando amparo legal no art. 372, *in verbis*:

Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

Portanto, a prova emprestada é aquela que foi produzida em outro processo, mas que a parte pretende apresentar em processo que está em curso.

⁹² O documento eletrônico como meio de prova. In: <<http://www.advogado.com/internet/zip/tavares.htm>> Acesso em: 21.dez.2006. *apud* Mauro Schiavi. **Manual de direito processual do trabalho: de acordo com o novo CPC, reforma trabalhista – Lei n. 13.467/17 e a IN n.41/2018 do TST.** – 14 ed. São Paulo: Ltr, 2018.p. 777-778.

⁹³ José Carlos Manhabusco, Amanda Camargo Manhabusco, **(A) inversão do ônus da prova no processo do trabalho: (teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova)**, p. 70.

⁹⁴ *Ibid.* 79-80.

Marcos Scalécio, Leone Pereira e Verônica Pavan⁹⁵ ressaltam que a prova emprestada é válida, mesmo que tenha sido produzida em processo anulado que não diga à questão da própria prova, com fundamento no princípio da instrumentalidade das formas e da economia processual, desde que respeitados os princípios do contraditório e ampla defesa e legalidade na obtenção da prova.

A prova emprestada deverá ser juntada ao processo e analisada pelo magistrado, que atribuirá o valor que entender adequado, devidamente fundamentado.

Renato Saraiva⁹⁶ cita um exemplo de utilização de prova emprestada, qual seja, na hipótese de a empresa ter fechado o estabelecimento onde trabalhava o reclamante, caracterizando o local do trabalho:

“nesse caso, não obstante o art. 195, §2º, da CLT determinar a realização da perícia para a aferição de insalubridade no local do trabalho, considerando que a empresa está desativada e o local não oferece possibilidade de reprodução das condições ambientais imperantes quando em atividade, poderá a prova pericial ser suprida pela juntada de laudos emprestados de outros processos, desde que estabelecida perfeita correspondência entre a situação periciada e o caso *sub judice*. Em outras palavras, no exemplo transcrito, a prova emprestada poderia suprir a ausência da prova pericial desde que as condições de fato, relativas à demanda atual, coincidam com aquelas que motivaram a realização do exame pericial, no processo anterior”.

À luz dos arts. 370 do CPC e 765 da CLT, a produção de prova emprestada pode ser requerida por qualquer das partes, ou comum acordo pelas partes, e até mesmo determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento de apenas uma das partes.

Mauro Schiavi⁹⁷ salienta que a prova emprestada pode ser produzida no Processo do Trabalho, ainda que tenha sido colhida nas esferas criminal, cível ou Justiça Federal, em razão do princípio da unidade da jurisdição.

Nesse sentido, a seguinte ementa:

⁹⁵ **Ônus da prova no processo do trabalho conforme o Novo CPC**, p.44.

⁹⁶ SARAIVA, Renato. **Curso de direito processual do trabalho**. 5.ed.São Paulo: Método, 2008. p.415. *apud* José Carlos Manhabusco, Amanda Camargo Manhabusco. **(A) inversão do ônus da prova no processo do trabalho: (teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova)**. rev. e ampl. de acordo com o novo CPC. São Paulo: Ltr, 2017. p. 80.

⁹⁷ **Manual de direito processual do trabalho: de acordo com o novo CPC, reforma trabalhista – Lei n. 13.467/17 e a IN n.41/2018 do TST**, p.718.

“Prova emprestada. Possibilidade de que sejam consideradas as produzidas no processo criminal, relativo ao mesmo fato, pois perfeitamente resguardado o contraditório”. (RSTJ n.104/304).

Assim como toda prova produzida no processo, a prova emprestada deve preencher alguns requisitos, sendo que a doutrina e jurisprudência têm fixado alguns requisitos. São eles⁹⁸:

a) que tenha sido colhida em processo judicial entre as mesmas partes, ou uma das partes e terceiro;

b) que tenham sido, na produção da prova, no processo anterior, observadas as formalidades estabelecidas em lei, mormente o princípio do contraditório;

c) que o fato probando seja idêntico.

Na visão de Mauro Schiavi⁹⁹, para que a prova emprestada seja admitida no processo, é necessário apenas que no processo anterior, na produção de provas, tenham sido observadas as formalidades estabelecidas em lei, e que o fato probando seja idêntico ou se relacione, diretamente, com os fatos discutidos no processo atual. Portanto, Schiavi entende que não é necessário que a prova tenha sido colhida em processo judicial entre as mesmas partes, ou uma das partes e terceiro, sob fundamento de que o fato da prova ter sido produzida entre as mesmas partes ou uma das partes e terceiro é um elemento de valoração da prova e não de admissibilidade da prova emprestada.

Por fim, há três fases na esfera trabalhista em que a prova emprestada é submetida: a) admissão; b) possibilidade de impugnação das partes; c) valoração pelo juiz, com base no princípio do livre convencimento motivado¹⁰⁰.

Nesse sentido, dispõe o art. 372, do CPC:

Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

⁹⁸ Mauro Schiavi, **Manual de direito processual do trabalho: de acordo com o novo CPC, reforma trabalhista – Lei n. 13.467/17 e a IN n.41/2018 do TST**, p.720.

⁹⁹ Ibid., mesma página.

¹⁰⁰ Ibid., p.721.

3.6. Prova pericial

Wagner D. Giglio e Claudia Giglio Veltri Corrêa¹⁰¹ afirmam que quando a prova de fatos dependerem de conhecimentos especializados, os quais faltam ao juiz, será feita através de exame elaborado por um especialista, chamado perito, que funciona como auxiliar do juízo.

Assim, verifica-se a necessidade de prova pericial quando a demonstração de fatos depende de conhecimento técnico especializado, não sendo o suficiente os depoimentos ou documentos produzidos.

Marcos Scalécio, Leone Pereira e Verônica Pavan¹⁰² conceituam prova pericial como o “meio probatório utilizado sempre que houver a necessidade de conhecimentos técnicos especializados para a comprovação dos fatos alegados em juízo”.

Nesse sentido dispõe o art. 156 do CPC:

Art. 156. O juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico.

§ 1º Os peritos serão nomeados entre os profissionais legalmente habilitados e os órgãos técnicos ou científicos devidamente inscritos em cadastro mantido pelo tribunal ao qual o juiz está vinculado.

§ 2º Para formação do cadastro, os tribunais devem realizar consulta pública, por meio de divulgação na rede mundial de computadores ou em jornais de grande circulação, além de consulta direta a universidades, a conselhos de classe, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Ordem dos Advogados do Brasil, para a indicação de profissionais ou de órgãos técnicos interessados.

§ 3º Os tribunais realizarão avaliações e reavaliações periódicas para manutenção do cadastro, considerando a formação profissional, a atualização do conhecimento e a experiência dos peritos interessados.

§ 4º Para verificação de eventual impedimento ou motivo de suspeição, nos termos dos arts. 148 e 467, o órgão técnico ou científico nomeado para realização da perícia informará ao juiz os nomes e os dados de qualificação dos profissionais que participarão da atividade.

§ 5º Na localidade onde não houver inscrito no cadastro disponibilizado pelo tribunal, a nomeação do perito é de livre escolha pelo juiz e deverá recair sobre profissional ou órgão técnico ou

¹⁰¹ **Direito processual do trabalho**, p. 230.

¹⁰² **Ônus da prova no processo do trabalho conforme o Novo CPC**, p.34.

científico comprovadamente detentor do conhecimento necessário à realização da perícia.

O perito, como auxiliar da Justiça, está disciplinado nos arts. 156 a 158 do CPC, aplicados subsidiariamente ao Processo do Trabalho.

Como destaca Moacyr Amaral Santos¹⁰³:

“Os peritos funcionam, pois, como auxiliares do juiz, que é quem lhes atribui a função de bem e fielmente verificar as coisas e os fatos e lhe transmitir, por meio de parecer, o relato de suas observações ou as conclusões que das mesmas extraírem. Como auxiliares do juiz e para funcionarem no processo, os peritos cumprirão leal e honradamente a sua função (Código de Processo Civil, art.422)”.

Importante ressaltar que cabe ao juiz valorar o laudo pericial, podendo desprezá-lo, diante de outras provas, ou determinar novas perícias, caso a primeira não tenha esclarecido (art. 479 e 480 do CPC).

O art. 479 do CPC dispõe sobre a apreciação do laudo pericial pelo magistrado. Vejamos:

Art. 479. O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito.

Nesse sentido, Marcos Scalécio, Leone Pereira e Verônica Pavan¹⁰⁴:

“Assim, com fundamento no princípio do convencimento motivado ou da persuasão racional do juiz, o magistrado não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos. O juiz é o perito dos peritos”.

Como bem adverte Mauro Schiavi¹⁰⁵:

¹⁰³ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v.2, 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 473. *apud* Mauro Schiavi. **Manual de direito processual do trabalho: de acordo com o novo CPC, reforma trabalhista – Lei n. 13.467/17 e a IN n.41/2018 do TST**. – 14 ed. São Paulo: Ltr, 2018. p.820.

¹⁰⁴ **Ônus da prova no processo do trabalho conforme o Novo CPC**, p.40.

¹⁰⁵ **Manual de direito processual do trabalho: de acordo com o novo CPC, reforma trabalhista – Lei n. 13.467/17 e a IN n.41/2018 do TST**, p.826.

“O juiz é livre para valorar a prova pericial. Não obstante, não pode julgar com base em conhecimento técnico pessoal ou convicção pessoal, pois, se assim proceder, estará violando o princípio da imparcialidade. Se não estiver satisfeito com a perícia, deverá determinar a realização de nova diligência, ou, com base na perícia já realizada, à luz dos demais elementos probatórios do processo (testemunhas, documentos etc.), firmar sua convicção. Caso pretenda contrariar o laudo, deve fundamentar detalhadamente os pontos do laudo que não o convenceram e apresentar as razões e as provas constantes dos autos que o convenceram”.

Segundo Marcos Scalécio, Leone Pereira e Verônica Pavan¹⁰⁶, em conformidade com o art. 464 do CPC, a prova pericial abrange três modalidades: exame, vistoria e avaliação, explicando que:

1ª) Exame: é a espécie de prova pericial que objetiva o exame de pessoa, semovente ou bem móvel. No Direito Processual do Trabalho temos, por exemplo, a perícia médica, que se destina à verificação ou não de doença ocupacional para fins de estabilidade provisória ou de redução de capacidade laborativa para obtenção de valor indenizatório;

2ª) Vistoria: é a espécie de prova pericial que objetiva o exame de bens imóveis ou certos lugares. No Processo do Trabalho, podemos mencionar como exemplo a perícia de insalubridade ou de periculosidade no ambiente de trabalho;

3ª) Avaliação: é a espécie de prova pericial que se propõe a estimar o valor de certos bens ou obrigações. No Processo do Trabalho, podemos mencionar como exemplos a avaliação de bens penhorados, as perícias contábeis para a verificação da correção do pagamento de determinada parcela trabalhista ou a correção de cálculos de liquidação.

Para Mauro Schiavi¹⁰⁷, além das classificações acima, há o arbitramento, que “destina-se a verificar o valor, a quantidade ou a qualidade do objeto do litígio, como nas hipóteses de liquidação por arbitramento”.

A prova pericial é sempre possível, exceto nas hipóteses do §1º do art. 464 do CPC, que assim dispõe:

- I - a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico;
- II - for desnecessária em vista de outras provas produzidas;
- III - a verificação for impraticável.

¹⁰⁶ Ônus da prova no processo do trabalho conforme o Novo CPC, p.34 e 35.

¹⁰⁷ Manual de direito processual do trabalho: de acordo com o novo CPC, reforma trabalhista – Lei n. 13.467/17 e a IN n.41/2018 do TST, p.821.

A regra prevista no art. 472 do CPC, de acordo com a jurisprudência, pode ser aplicada ao processo do trabalho, que preleciona que o magistrado poderá dispensar prova pericial “quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes”.

Nesse sentido, o Enunciado n. 54 da 1ª Jornada de Direito Material e Processo do Trabalho do Tribunal Superior do Trabalho, *in verbis*:

“PROVA PERICIAL. POSSIBILIDADE DE DISPENSA. Aplica-se o art. 427 do Código de Processo Civil no processo do trabalho, de modo que o juiz pode dispensar a produção de prova pericial quando houver prova suficiente nos autos”.

Ainda, na hipótese de fechamento do estabelecimento, poderá o juiz valer-se de outros meios de prova para definir o respectivo adicional, uma vez que o fechamento impossibilita a realização de exame pericial para apuração de insalubridade e/ou periculosidade.¹⁰⁸

Nesse aspecto a Orientação Jurisprudencial n.278 da SDBI-1 do C.TST¹⁰⁹:

278. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PERÍCIA. LOCAL DE TRABALHO DESATIVADO (DJ 11.08.2003) A realização de perícia é obrigatória para a verificação de insalubridade. Quando não for possível sua realização, como em caso de fechamento da empresa, poderá o julgador utilizar-se de outros meios de prova.

Conforme Orientação Jurisprudencial n. 165 da SDBI-1 do C.TST¹¹⁰, quando a perícia tratar sobre apuração de periculosidade ou insalubridade, é válido o laudo elaborado tanto pelo engenheiro quanto pelo médico do trabalho. Vejamos:

165. PERÍCIA. ENGENHEIRO OU MÉDICO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. VÁLIDO. ART. 195 DA CLT (inserida em 26.03.1999) O art. 195 da CLT não faz qualquer distinção entre o médico e o engenheiro para efeito de

¹⁰⁸ José Carlos Manhabusco, Amanda Camargo Manhabusco, **(A) inversão do ônus da prova no processo do trabalho: (teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova)**, p. 73.

¹⁰⁹ Disponível em < <http://www.tst.jus.br/ojs>>. Acesso em: 06 de março de 2019, às 14h37.

¹¹⁰ Disponível em < <http://www.tst.jus.br/ojs>>. Acesso em: 06 de março de 2019, às 14h39.

caracterização e classificação da insalubridade e periculosidade, bastando para a elaboração do laudo seja o profissional devidamente qualificado.

O juiz determinará a intimação das partes para se manifestarem sobre o laudo pericial, quando apresentado, podendo, ainda, ouvir o perito em audiência para prestar esclarecimentos (art. 827, CLT).¹¹¹

3.7. Inspeção judicial

Segundo lecionam Wagner D. Giglio e Claudia Giglio Veltri Corrêa¹¹², poderá o magistrado realizar inspeção pessoal e direta, a requerimento ou *ex officio*, deslocando-se para o local onde se encontra a coisa objeto da inspeção, quando entender necessário para melhor verificação ou compreensão dos fatos, ou quando a coisa deva ser examinada não puder ser apresentada em juízo sem grandes dificuldades, ou ainda quando desejar reconstituir os fatos.

No mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior¹¹³:

“inspeção judicial é o meio de prova que consiste na percepção sensorial direta do juiz sobre qualidades ou circunstâncias corpóreas de pessoas ou coisas relacionadas como o litígio. A inspeção judicial é uma faculdade do juiz da causa, entretanto, há no Código uma situação em que ela se torna obrigatória (art. 1881) que aduz serem obrigatórios o exame e interrogatório do interditando”.

Considerando que a inspeção judicial é um meio legal de prova, deve-se sempre observar o princípio do contraditório, sob consequência de nulidade do processo (art. 5º, LV, da CF).¹¹⁴

A CLT é omissa a respeito da inspeção judicial, motivo pelo qual é aplicado, subsidiariamente, o art. 481 do CPC, que dispõe que o juiz, de ofício ou a

¹¹¹ José Carlos Manhabusco, Amanda Camargo Manhabusco, **(A) inversão do ônus da prova no processo do trabalho: (teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova)**, p. 73.

¹¹² **Direito processual do trabalho**, p. 251-252.

¹¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v.1, 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 485. *apud* Mauro Shiavi. **Manual de direito processual do trabalho: de acordo com o novo CPC, reforma trabalhista – Lei n. 13.467/17 e a IN n.41/2018 do TST**. – 14 ed. São Paulo: Ltr, 2018.p.832.

¹¹⁴ Mauro Shiavi, **Manual de direito processual do trabalho: de acordo com o novo CPC, reforma trabalhista – Lei n. 13.467/17 e a IN n.41/2018 do TST**, p.832.

requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que seja pertinente para a decisão da causa.

O art. 483, do CPC, estabelece alguns critérios para que o magistrado utilize deste meio de prova:

- I - julgar necessário para a melhor verificação ou interpretação dos fatos que deva observar;
 - II - a coisa não puder ser apresentada em juízo sem consideráveis despesas ou graves dificuldades;
 - III - determinar a reconstituição dos fatos.
- Parágrafo único. As partes têm sempre direito a assistir à inspeção, prestando esclarecimentos e fazendo observações que considerem de interesse para a causa.

Parte da doutrina entende que as partes têm o direito a assistir à inspeção, para prestar esclarecimentos e fazer observações que repute de interesse para causa. Contudo, há entendimento jurisprudencial no sentido de que, caso não seja realizada a intimação das partes para a realização da inspeção judicial, não há a configuração de cerceio do direito de defesa.

Pois, segundo entendimento de Mauro Schiavi¹¹⁵:

“(...) embora o CPC diga que as partes têm direito de assistir à diligência, poderá o Juiz do Trabalho, considerando os princípios da efetividade processual e busca da verdade real (arts. 765 da CLT e 370 do CPC), postergar o contraditório para a fase posterior ao término da diligência, pois a realidade tem demonstrado que, no âmbito trabalhista, dificilmente a inspeção judicial terá eficácia se as partes, e principalmente determinada empresa, forem previamente avisadas. Não se está com isso desconsiderado o contraditório, mas alterando o seu momento, uma vez que já está sedimentando na doutrina que, em determinados casos, o contraditório não precisa ser prévio, podendo o juiz, à luz dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e efetividade, avaliar o custo-benefício em postergá-lo”.

À luz do princípio da persuasão racional (art. 371 do CPC), a inspeção judicial deverá ser valorada pelo magistrado em paralelo com as demais provas dos

¹¹⁵ **Manual de direito processual do trabalho: de acordo com o novo CPC, reforma trabalhista – Lei n. 13.467/17 e a IN n.41/2018 do TST, p.834.**

autos. Conquanto, quando efetiva a inspeção judicial, a mesma tem grande poder de persuasão e pode prevalecer sobre outras provas existentes no processo. ¹¹⁶

¹¹⁶ Mauro Schiavi, **Manual de direito processual do trabalho: de acordo com o novo CPC, reforma trabalhista – Lei n. 13.467/17 e a IN n.41/2018 do TST**, p.835.

4. ÔNUS DA PROVA

4.1. Conceito

O ônus da prova é tema de inegável importância, tendo em vista sua repercussão no processo trabalhista, principalmente após as alterações trazidas pela Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017 (reforma trabalhista).

Ônus compreende em seu próprio termo a possibilidade de se fazer ou não algo. Possibilidade esta que caso não seja cumprida acarretará algumas consequências a quem não acompanhou o ônus, uma vez que poderão sofrer implicações desfavoráveis aos seus interesses.

Assim Nelson Nery Junior¹¹⁷ define ônus de provar:

“A palavra vem do latim, *onus*, que significa carga, fardo, peso, gravame. Não existe *obrigação* que corresponda ao descumprimento do ônus. O não atendimento do ônus de provar coloca a parte em desvantajosa posição para a obtenção do ganho de causa. A produção probatória, no tempo e na forma prescrita em lei, é ônus da condição da parte”.

Na visão de João Batista Lopes¹¹⁸:

“Entende-se por ônus a subordinação de um interesse próprio a outro interesse próprio; a obrigação é a subordinação de um interesse próprio a outro, alheio. Exemplos: a lei não impõe o dever ou a obrigação de arrolar testemunhas, requerer perícia ou juntar documentos, mas se a parte deixar de fazê-lo quando necessário, correrá o risco de não ver demonstradas suas alegações. Mas poderá ocorrer que os fatos venham a ser provados em razão de providências tomadas pelo adversário (v.g., autor alega atos de turbação ou esbulho que acabam por ser demonstrados pelas testemunhas arroladas pelo réu)”.

Para Guilherme de Souza Nucci¹¹⁹:

¹¹⁷ NERY JUNIOR, Nelson, Rosa Maria Andrade Nery. **Código de Processo Civil Comentado**. 4. ed. Revista e ampliada. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999. p.835. *apud* Zélia Maria Cardoso Montal, Luciana Paula de Vaz Carvalho, **Reforma trabalhista em perspectiva: desafios e possibilidades**, p. 197.

¹¹⁸ LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 38. *apud* Mauro Schiavi. **Provas no processo do trabalho**. 6.ed. rev. e ampl. São Paulo: Ltr, 2018. p. 97.

“Ônus representa um encargo, uma responsabilidade, uma incumbência. Possui um sentido negativo, valorando-se como obrigação da qual não se pode subtrair sob pena de sofrer as consequências desfavoráveis ao próprio interesse. É exatamente nesse prisma que se deve captar o ônus da prova”.

No entendimento de Mauro Schiavi¹²⁰, o ônus da prova “é um dever processual que incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito, e ao réu quanto aos fatos modificativos, extintos e impeditivos do direito do autor”. Dessa forma, quando a parte não se desincumbiu o ônus de provar, lhe gera uma situação desfavorável e favorável à parte contrária, na obtenção da pretensão posta em juízo.

Ainda, sobre o ônus da prova, escrevem Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco¹²¹:

“A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando à vitória na causa, cabe aparte desenvolver perante o juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. O juiz deve *secundum allegata et probata partium* e não só *secundum propriam sua conscientiam* – e daí o encargo, que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo=ônus)”.

Importante ressaltar que a incumbência do ônus pode ser alterada no decorrer do processo, pois em um primeiro momento, a pretensão é saber se o resultado da instrução processual foi completo ou não. Caso o resultado tenha sido completo, isto é, o convencimento do juiz, pouco importa saber quem produziu a prova ou de quem era o ônus probatório. Contudo, na hipótese de ter sido incompleta a produção de provas em instrução processual, caberá ao magistrado decidir quem tinha o ônus de produzi-la e não o fez, julgando de forma contrária àquele que detinha do ônus, porém, dele não se desincumbiu.¹²²

¹¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. São Paulo: RT, 2009. p. 22. *apud* Mauro Schiavi. **Provas no processo do trabalho**. 6.ed. rev. e ampl. São Paulo: Ltr, 2018. p. 97.

¹²⁰ SCHIAVI, Mauro. **Provas no processo do trabalho**. 6.ed. rev. e ampl. São Paulo: Ltr, 2018.p. 98.

¹²¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**, p.37. *apud* André Cremonesi, Carlos Augusto Marcondes de Oliveira Monteiro. **Audiência trabalhista**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 161.

¹²² Zélia Maria Cardoso Montal e Luciana Paula de Vaz Carvalho, **Reforma trabalhista em perspectiva: desafios e possibilidades**, p. 198.

Mauro Schiavi¹²³ destaca que a doutrina costuma classificar o ônus da prova em subjetivo e objetivo, da seguinte forma:

“O primeiro (subjetivo) pertine às partes, que têm o ônus de comprovar os fatos que alegam, segundo as regras de distribuição do ônus da prova. O segundo (objetivo) é dirigido ao juiz, pois se reporta ao raciocínio lógico do julgador no ato de decidir, analisando e valorando as provas”.

Contudo, o entendimento do autor é que o ônus da prova no processo é somente dirigido às partes, tendo em vista que o magistrado tem o dever constitucional de julgar e fundamentar em compasso com os elementos dos autos.

4.2. Diferença entre ônus e obrigação

Em rigor, não há uma obrigação legal de provar, mas tão somente, um ônus. Por esta razão, é necessário realizar essa diferença entre ônus e obrigação.

Nas palavras de Carnelutti (*Sistema*, p.94 e 95)¹²⁴:

“A diferença entre ônus e obrigação se funda na sanção diversa a quem não cumpre determinado ato; existe obrigação quando a inatividade dá lugar a uma sanção jurídica (execução ou pena); se, ao contrário, a abstenção, em relação ao ato determinado, faz perder somente os efeitos últimos desse mesmo ato, nos encontramos frente à figura do ônus”.

Já para Manuel A. Domingos de Andrade¹²⁵, o termo obrigação é usado, em sentido amplo, na linguagem jurídica, como sinônimo de dever jurídico ou como incluindo também a noção de sujeição.

Segundo Hernando Devis Echéandía (*Compendio de la prueba judicial*, t.I, p.195-195), em posicionamento trazido na obra de Cleber Lúcio de Almeida¹²⁶, são 06 (seis) diferenças entre obrigação e ônus:

¹²³ **Provas no processo do trabalho**. 6.ed. rev. e ampl. São Paulo: Ltr, 2018. p. 98.

¹²⁴ *Apud* Cassio Scarpinella Bueno. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.p. 497.

¹²⁵ **Teoria Geral das obrigações**, 3.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.p.1. *apud* Marcos Scalécio, Leone Pereira, Verônica Pavan. **Ônus da prova no processo do trabalho conforme o Novo CPC**. São Paulo: Ltr, 2017. p. 47.

1. A obrigação ou o dever são relações jurídicas passiva, e o ônus é uma relação ativa, como o direito e o poder;
2. Na obrigação ou no dever existe um vínculo jurídico entre o sujeito passivo e outra pessoa ou o Estado, o qual não existe no ônus;
3. Na obrigação ou dever se limita a liberdade do sujeito passivo, enquanto no ônus conserva completa liberdade de ordenar sua conduta;
4. Na obrigação ou no dever existe um direito (privado ou público) de outra pessoa a exigir seu cumprimento, coisa que não sucede no ônus;
5. O descumprimento da obrigação ou do dever é um ilícito que ocasiona na sanção, enquanto a inobservância do ônus é lícita, e, portanto, não é sancionável;
6. O cumprimento de uma obrigação ou dever beneficia sempre a outra pessoa ou a coletividade, ao passo que a observância do ônus somente beneficia o sujeito dela; por isto pode dizer-se que aqueles satisfazem um interesse alheio e esta somente um interesse próprio (sem que deixe de existir no primeiro caso um interesse próprio em libertar-se da obrigação ou dever, isto é, em adquirir a liberdade).

José Carlos Manhabusco e Amanda Camargo Manhabusco¹²⁷

classificam 02 (duas) funções básicas do ônus da prova:

- a) Incitar as partes a fazer prova de suas alegações;
- b) Auxiliar o magistrado a obter a certeza dos fatos, de modo que a sanar todas as suas dúvidas, ou seja, proporcionar-lhe um critério de julgamento capaz de evitar o *nom liquet* (falta ou insuficiência de provas).

Dessa forma, conclui-se que o ônus é unilateral e seu cumprimento não pode ser exigido pela parte contrária. Conquanto a obrigação é possível ser exigida pela outra parte, imposta pelo juiz. “À ideia de ônus da prova não se adjunge a sanção processual (...)”.¹²⁸

4.3. O ônus da prova no Processo Civil

¹²⁶ ALMEIDA, Cleber Lúcio de. **Direito processual do trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 478/479. *apud* José Carlos Manhabusco, Amanda Camargo Manhabusco. **(A) inversão do ônus da prova no processo do trabalho: (teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova)**. rev. e ampl. de acordo com o novo CPC. São Paulo: Ltr, 2017. p. 89 e 90.

¹²⁷ **(A) inversão do ônus da prova no processo do trabalho: (teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova)**, p. 90.

¹²⁸ *Fundamentos del derecho procesal*, 1951. *apud* Cassio Scarpinella Bueno. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.p. 498.

O art. 373 do CPC dispõe que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; ao réu, quanto à existência de fato modificativo, impeditivo ou extintivo daquele direito. Vejamos:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

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

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

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

I - recair sobre direito indisponível da parte;

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

Denota-se que o legislador adotou, no particular, a teoria de Chiovenda e, especialmente a de Carnelutti, para quem, quando determinada pessoa “opõe uma pretensão em juízo, deve provar os fatos que a sustentam; e quem opõe uma exceção deve, por seu lado, provar os fatos de que resultam”. (*apud* Moacyr Amaral Santos, *op. cit.* p. 307).¹²⁹

Se o ônus da não produção da prova deve ser distribuído entre o autor e ré, conforme sejam eles constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos, chega a ser intuitiva a necessidade de análise dos seus conceitos.

Para Chiovenda¹³⁰:

“os fatos constitutivos são os que dão vida a uma concreta da lei e à expectativa de um bem por parte de determinada pessoa; os extintivos são, em sentido contrário, os que fazem cessar a vontade concreta da lei e a conseqüente expectativa de um bem; os

¹²⁹ *Apud* Manoel Antonio Teixeira Filho. **Cadernos de processo do trabalho, n.13: prova: parte geral, I.** São Paulo. Ltr, 2018. p.82.

¹³⁰ *Ibid.*, p.78.

impeditivos se relacionam à falta de uma das circunstâncias que devem concorrer com os fatos constitutivos a fim de que estes produzam efeitos que lhe são inerentes e normais”.

Tratando-se de processo civil, entende Manoel Antonio Teixeira Filho¹³¹ que a distribuição do ônus da prova se deu de forma *lógica e justa*, pois este partiu do pressuposto da igualdade formal dos litigantes:

“Deste modo, e porque formalmente colocados em um plano de isonomia jurídica, ao autor incumbirá a prova dos fatos que alegou como condição necessária à incidência, em seu benefício, da vontade concreta da lei que ampara a sua pretensão deduzida em Juízo, do mesmo modo como o réu se atribuirá esse encargo processual sempre que opuser um fato capaz de modificar, impedir ou extinguir o direito do autor, pois conforme, vimos, *‘reus in excipiendo fit actor’*”.

Nas palavras de Zélia Maria Cardoso Montal e Luciana Paula de Vaz Carvalho¹³², o art. 373 do CPC, tem parentesco com os arts. 2.697 e 2.698 do Código Civil italiano, os quais positivaram as regras estática e dinâmica de repartição do ônus da prova, semelhante ao que já havia sido adotado pelo Código Civil português de 1966 (Código Civil português, art. 344, atualizado pela Lei n. 59/99, de 30/2006).

Zélia Maria Cardoso Montal e Luciana Paula de Vaz Carvalho¹³³ lembram que na legislação esparsa brasileira, já havia situações de inversão do ônus da prova, como por exemplo, no CDC, em favor do consumidor¹³⁴ e em matéria de publicidade¹³⁵, cujo ônus é de quem patrocina; e em ações judiciais de aposentadoria¹³⁶, em favor do segurado.

¹³¹ **Cadernos de processo do trabalho, n.13: prova: parte geral, I, p.82.**

¹³² **Reforma trabalhista em perspectiva: desafios e possibilidades**, p. 198.

¹³³ *Ibid.*, mesma página.

¹³⁴ Art. 6º, VIII, do CDC “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;”.

¹³⁵ Art. 38, do CDC “Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

¹³⁶ §1º do Art. 29-A da Lei n. 8.213/90 “Art. 29-A. O INSS utilizará as informações constantes no Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS sobre os vínculos e as remunerações dos segurados, para fins de cálculo do salário-de-benefício, comprovação de filiação ao Regime Geral de Previdência Social, tempo de contribuição e relação de emprego. § 1º O INSS terá até 180 (cento e

A distribuição do ônus da prova prevista no Código de Processo Civil pode ser estática ou dinâmica.

Na distribuição estática, o ônus da prova compete à parte que alegar os fatos, sendo que na hipótese de o réu alegar fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor, será seu ônus de provar tais fatos. Contudo, na distribuição dinâmica, caberá ao juiz distribuir o ônus da prova, considerando quem tem melhores condições de produzir a prova e não a quem alega.¹³⁷

Para Marcos Scalécio, Leone Pereira e Verônica Pavan, a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova permite ao magistrado, que atento às peculiaridades da causa, quanto à facilidade e dificuldade das provas ou nos casos previstos em lei, “a atribuir o ônus da prova de forma diversa para as partes, de forma fundamentada e atentando à facilidade probatória”.¹³⁸

Manoel Antonio Teixeira Filho explica que na prática há dificuldades para distinguir, com precisão, entre fatos constitutivos, modificativos, impeditivos e extintivos, motivo pelo qual rememora a lição de Liebman (*Corso di Diritto Processuale Civile*.1952, p. 153)¹³⁹, afirmando que tal critério poderá ser utilizado inclusive para separar as espécies de fatos mencionados. Vejamos:

“o melhor critério é o que qualifica como constitutivo o fato específico de que decore o efeito jurídico invocado pela parte, ‘despido de todas aquelas circunstâncias concomitantes que, embora sejam imprescindíveis para a produção de consequências jurídicas, não necessitam de prova, pelo seu caráter de normalidade, desde que para o fato específico a prova foi produzida”.

Segundo Manoel Antonio, esse critério respeita um dos seus princípios medulares, estadeado na igualdade formal das partes.

4.4. O ônus da prova no Processo do Trabalho

oitenta) dias, contados a partir da solicitação do pedido, para fornecer ao segurado as informações previstas no *caput* deste artigo”.

¹³⁷ Reforma trabalhista em perspectiva: desafios e possibilidades, p. 199.

¹³⁸ Ônus da prova no processo do trabalho conforme o Novo CPC, p.49.

¹³⁹ *Apud* Manoel Antonio Teixeira Filho. **Cadernos de processo do trabalho, n.13: prova: parte geral, I.** São Paulo. Ltr, 2018. p. 82.

A peculiaridade do processo do trabalho é fato inegável, já que como meio de efetivação do direito do trabalho traz em seu bojo a proteção dos interesses do trabalhador. A proteção, a qual se fez alusão, deve aplicar-se em todas as fases do processo, mormente no que tange à prova e ao ônus de produzi-la.

Anteriormente à Lei n. 13.467/2017, esta era a redação do art. 818, da CLT: “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer”.

Para alguns doutrinadores, a redação anterior era incompleta, “não abarcando as situações em que inexistiam provas nos autos ou as hipóteses em que houve a produção satisfatória de provas por ambas às partes, todavia elas estavam conflitantes”.¹⁴⁰

No mesmo sentido, Mauro Schiavi:¹⁴¹

“o art. 818 consolidado não resolvia situações de inexistência de prova no processo, ou de conflito entre as provas produzidas pelas partes. O juiz da atualidade, diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF), não pode furtar-se a julgar, alegando falta de prova nos autos, ou impossibilidade de saber qual foi a melhor prova. Por isso, a aplicação da regra de ônus da prova como fundamento de decisão é uma necessidade do processo contemporâneo, a prova dividida ou empatada”.

Portanto, inegável que o art. 818 da CLT, anterior a Lei n. 13.467/2017 não resolvia as regras do ônus da prova.

Para a corrente majoritária da doutrina, a nova redação do art. 818 da CLT, incorpora ao processo do trabalho as disposições do art. 373 do CPC, tanto ao ônus estático (incisos I e II), quanto ao ônus dinâmico (§1º).

Assim, a Lei n. 13.467/2017 alterou o texto legal do art. 818 da CLT, para constar expressamente o direito processual civil já havia pacificado, bem como o que a jurisprudência trabalhista já utilizava em sua maioria.¹⁴²

Ressalta-se que, antes da Reforma Trabalhista, o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da IN n.39, já havia entendido que os §§ 1º e 2º do art. 373 do CPC, aplicáveis ao processo trabalhista.

¹⁴⁰ Zélia Maria Cardoso Montal, Luciana Paula de Vaz Carvalho. **Reforma trabalhista em perspectiva: desafios e possibilidades**, p. 199.

¹⁴¹ **Provas no processo do trabalho**, p. 99.

¹⁴² Zélia Maria Cardoso Montal, Luciana Paula de Vaz Carvalho. **Reforma trabalhista em perspectiva: desafios e possibilidades**, p. 199.

Dispõe o art. 818, da CLT, com redação dada pela Lei n. 13.467/17 (Reforma Trabalhista):

“O ônus da prova incumbe:

I - ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante.

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

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

§ 3º A decisão referida no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”.

Explica Mauro Schiavi¹⁴³ que o ônus estático da prova fica disciplinado da seguinte forma: o reclamante tem o ônus de comprovar os fatos constitutivos do seu direito; e o reclamado, os fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor.

Como bem destacou Romero Batista Mateus da Silva¹⁴⁴:

“Com a Lei 13.467/2017 (reforma trabalhista), acabou a história de 74 anos do art. 818 da CLT, que procurava, em sua redação sintética, apartar-se do ônus da prova do processo civil e lançar luzes sobre uma espécie de aptidão da prova mais afeta ao empregador do que aos trabalhadores. A expressão clássica do art. 818 original, no sentido de que a prova incumbe a quem fizer as alegações, foi objeto de profundas reflexões pela doutrina trabalhista, que invariavelmente atribuíam ao empregador o encargo de demonstrar os fatos, muitos deles negados, com documentação, perícias e testemunhos que ele supostamente estava mais propenso a fazer. Mas desde sempre houve a influência do processo civil, com sua bem amarrada fórmula dos fatos constitutivos da pretensão, de um lado, e dos fatos modificativos, extintivos ou impeditivos, de outro lado, consagrada

¹⁴³ **Provas no processo do trabalho**, p. 99.

¹⁴⁴ SILVA, Homero Batista Mateus da. CLT comentada [livro eletrônico] – 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 358.

nos três CPC's pelos quais a CLT passou (1939, 1973 e 2015). Havia mesmo quem sustentasse que a redação muito abreviada do art. 818 da CLT representava uma espécie de lacuna, o que estava a exigir a aplicação subsidiária do processo civil – para desespero dos puristas, que reputam a simplicidade da CLT proposital, deliberada e diretamente ligada à vontade do legislador de um processo apartado de seu primo próximo. Os puristas perderam a batalha na Reforma de 2017. Os subsidiaristas venceram e, de alguma maneira, no meio de ampla revisão dos dispositivos da CLT, alguém se lembrou de cravar a solução do processo civil no corpo do art. 818, o qual nada mais tem a ver com a origem da CLT”.

Entretanto, Manoel Antonio Teixeira Filho¹⁴⁵ discorda dos que sustentam que o art. 818 da CLT, anterior a Reforma trabalhista, seja insuficiente para disciplinar a distribuição da carga probatória para os litigantes, sob argumento de que referido dispositivo legal deve ser o único a ser invocado para resolver os problemas relativos ao ônus da prova no processo do trabalho, desde que o intérprete saiba captar, com fidelidade, o seu verdadeiro conteúdo ontológico, haja vista que a CLT não é omissa, no particular, motivo pelo qual é vedada qualquer invocação supletiva do art. 373 do CPC. Ainda, acrescenta:

“Admitamos, apenas *ad argumentandum*, que em determinado caso o art. 818 da CLT, se revele, efetivamente, insatisfatório para resolver a matéria; nem por isso, todavia, deverá o intérprete, ato contínuo, arremessar-se aos braços do CPC, buscando socorro no art. 373. Constatada que seja a insuficiência do dispositivo processual trabalhista, competirá ao julgador verificar, em concreto, quem estava apto a produzir a prova, segundo os meios e condições de que realmente dispunha, pouco importando que se trate de prova positiva ou negativa ou de que o interesse fosse desta ou daquela parte. Assim, o princípio da *aptidão para a prova*, a que já se referira Porras López, deve ser eleito como o principal elemento supletivo do processo do trabalho, em cujo âmbito permanecerá em estado de latência, vindo a aflorar sempre que convocado para dirimir eventuais dificuldades em matéria de ônus da prova, proscrevendo-se, em definitivo, a presença incômoda do art. 373 do CLC, que nada mais representa – em última análise – do que uma abstração da realidade prática do processo do trabalho”.

Dessa forma, para o autor supramencionado, com a nova redação imposta a esse dispositivo pela Lei n. 13.467/2017, foi-se a norma que ensejava interpretação condizente com os princípios do processo do trabalho, dando lugar à

¹⁴⁵ **Cadernos de processo do trabalho, n.13: prova: parte geral, I, p. 86 – 87.**

norma rígida, como se processo civil fosse sendo que as realidades de ambos os processos são diferentes.

4.5. Prova do fato negativo

No que tange ao fato negativo, predominou na doutrina clássica que ele não deve ser objeto de prova. No entanto, a moderna doutrina é praticamente unânime em reconhecer que em uma negação há sempre uma afirmação implícita, podendo o réu provar contraprova no sentido de que o fato não existiu.

Nesse sentido, Carlos Henrique Bezerra Leite¹⁴⁶:

“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 e se demitiu”.

Manoel Antonio Teixeira Filho¹⁴⁷ cita outros exemplos marcantes dessa nova concepção doutrinária:

“Adolf Dietrich Wegger (*Über die Verbindlichkeit zur Beweisführung*, 3.ed., p. 104 s.) e Chiovenda (*Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, p. 505, 1943), havendo o notável mestre italiano esclarecido que toda afirmação é, ao mesmo tempo, uma negação, pois quando se atribui a uma coisa um predicado, negam-se todos os predicados *contrários* ou *diversos* dela”.

A jurisprudência trabalhista tem fixado o entendimento no sentido de que se o empregador nega ter dispensado o empregado, o ônus da prova é do empregador, diante do princípio da continuidade da relação de emprego, conforme Súmula n. 212, do C. TST¹⁴⁸, *in verbis*:

¹⁴⁶ BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de direito processual do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 567. *apud* Mauro Schiavi. **Provas no processo do trabalho**. 6.ed. rev. e ampl. São Paulo: Ltr, 2018. p. 103.

¹⁴⁷ **Cadernos de processo do trabalho, n.13: prova: parte geral, I**, p. 94

¹⁴⁸ Disponível em <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 06 de março de 2019, às 08h50.

“DESPEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado”.

Por outro lado, há o entendimento de que a prova do fato negativo é aquela modalidade de prova impossível, ou excessivamente difícil de ser produzida no processo, ou seja, é a hipótese de se provar algo que não ocorreu, como por exemplo, os consubstanciados na prova, pelo réu, de sua inocência.¹⁴⁹

Mauro Schiavi¹⁵⁰ ressalta que 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. Para tanto, cita o exemplo de acidente de trabalho, que nesse caso, havendo inversão do ônus da prova quanto à culpa pelo ocorrido, a reclamada deverá demonstrar que não agiu com culpa, tomando as diligências necessárias para evitar o acidente.

Nessa perspectiva, temos a seguinte ementa:

“Tanto a doutrina como a jurisprudência superaram a complexa construção do direito antigo acerca da prova dos fatos negativos, razão pela qual a afirmação dogmática de que o fato negativo nunca se prova é inexata, pois há hipóteses em que uma alegação negativa traz, inerente, uma afirmativa que pode ser provada. Desse modo, sempre que for possível provar uma afirmativa ou um fato contrário àquele deduzido pela outra parte, tem-se como superada a alegação de prova negativa, ou impossível (STJ 3. T, Resp 422.778, Min. Nancy Andrichi, j. 16.6.2007, maioria, DJU 22.8.2007)”.¹⁵¹

¹⁴⁹ Ricardo Souza Calcini, **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, p. 266.

¹⁵⁰ **Provas no processo do trabalho**, p. 103.

¹⁵¹ In: NEGRÃO, Teotônio. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 464. *apud* Mauro Schiavi. **Provas no processo do trabalho**. 6.ed. rev. e ampl. São Paulo: Ltr, 2018.p. 103.

5. DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

5.1. Requisitos

De acordo com a regra geral de divisão do ônus da prova, o reclamante deve provar os fatos constitutivos do seu direito e o reclamado, os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor (art. 818 da CLT e 373 do CPC). Contudo, em determinadas situações, há a possibilidade de o magistrado inverter esse ônus, transferindo o encargo probatório que cabia a uma parte para a parte contrária.¹⁵²

Dando guarida ao instituto da inversão do ônus da prova anuncia o Código de Defesa do Consumidor:

“São direitos básicos do consumidor:

(...) VIII – a facilitação na defesa de seus direitos, inclusive com 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 experiência”.

Na visão de Cândido Rangel Dinamarco¹⁵³: “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”.

Há divergências no sentido de aplicar a teoria da inversão judicial do ônus da prova disciplinada no Código de Defesa do Consumidor, sendo que alguns autores se mostram refratários, sob argumento de que a teoria é restrita às relações de consumo, e outros são plenamente favoráveis, sob justificativa de que há similitude de situações processuais em que se encontram o consumidor e trabalhador.¹⁵⁴

A regra de inversão tem bastante pertinência com o estado de hipossuficiência do reclamante, pois muitas vezes esse estado impede de

¹⁵² Mauro Schiavi, **Provas no processo do trabalho**, p. 104.

¹⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. V. III, p. 79. Apud Mauro Schiavi. **Provas no processo do trabalho**. 6.ed. rev. e ampl. São Paulo: Ltr, 2018. p. 104.

¹⁵⁴ Mauro Schiavi, **Provas no processo do trabalho**, p. 105-106.

comprovar suas alegações em juízo, ou essa prova se torna bastante onerosa, podendo inviabilizar a efetividade do próprio direito postulado. Como requisitos desta inversão, observando o art. 6º, VIII, da lei nº 8.078/1990, têm-se a faculdade do juiz, aliados aos requisitos alternativos da hipossuficiência ou verossimilhança da alegação.¹⁵⁵

Para Homero Batista Mateus da Silva¹⁵⁶, no intuito de ninguém ser surpreendido, tampouco tornar excessivamente difícil o encargo probatório, a inversão possui algumas regras básicas. Quais sejam:

- “a) Depende de previsão em Lei ou da constatação de impossibilidade ou de excessiva dificuldade; servem como exemplos casos em que o trabalhador faleceu e os dependentes não conseguem acessar documentos; atas de eleição e de funcionamento da CIPA, assim como o cronograma de metas do PPRA (programa de prevenção de riscos ambientais – NR 9), que eventualmente podem ser obtidos junto à entidade sindical, mas que são mais facilmente encontrados no departamento pessoal da empresa, porque têm guarda obrigatória; documentos relacionados com quadro de carreira e planos de cargos e salários, que, embora possam ter sido depositados na Superintendência Regional do Trabalho ou na entidade sindical, acham-se em poder da direção da empresa; comprovante de salário do paradigma, pois o empregado detém toda a documentação funcional do colega, ao passo que o reclamante possui apenas informações verbais ou tem de contar com a boa vontade do colega de emprestar-lhe a carteira de trabalho para fotocópia;
- b) Depende de decisão prévia do juiz (o § 1º menciona decisão fundamentada, mas toda decisão há de ser fundamentada);
- c) Caso se trate de decisão tomada em audiência, una ou inicial, provocará o adiamento da sessão, para o aparelhamento da parte;
- d) A excessiva dificuldade de uma parte deve preferencialmente representar a “maior facilidade” da outra parte, o que parece se encaixar em todos os exemplos já apresentados; no entanto, uma excessiva dificuldade não pode ser suprida por outra excessiva dificuldade (§ 3º), caso em que o juiz deverá ou se abster da inversão do ônus da prova ou julgar por outros meios cabíveis, inclusive por indícios e pelo uso da equidade (ambos assuntos esquecidos por muitos estudos de processo do trabalho)”.

Como exemplo de distribuição do ônus da prova feito de acordo com as circunstâncias do pedido e do processo, temos a Súmula 338 do TST¹⁵⁷, *in verbis*:

¹⁵⁵ Mauro Schiavi, **Provas no processo do trabalho**, p. 106-107.

¹⁵⁶ **CLT comentada [livro eletrônico]**, p. 357.

“JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 234 e 306 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula nº 338 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex-OJ nº 234 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir. (ex-OJ nº 306 da SBDI-1- DJ 11.08.2003)”

5.2. Momento da inversão do ônus da prova

Carlos Alberto Reis de Paula¹⁵⁸ consagra que:

“A inversão do ônus da prova é uma das peculiaridades do processo do trabalho, e esse fenômeno encontra sua justificativa na instrumentalidade do direito processual, de forma genérica, e nas particularidades do processo do trabalho de forma específica”.

E continua:

“A história nos revela que o nosso Direito material tem suas raízes ainda plantadas no direito romano, passando pelas linhas ibéricas, anglo-saxônica e canônica, principalmente no âmbito do direito civil e mercantil, de índole individualista e privatista. Vê-se o homem considerado apenas individualmente como sendo capaz de adquirir direitos, contrair obrigações, negociar, tornar-se proprietário, em um direito quase que exclusivamente real e obrigacional. De um lado, o indivíduo, do outro, a coisa (a *res* do direito romano), e, e entre eles, a relação acobertada pelo direito”.

¹⁵⁷ Disponível em <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 17 de março de 2019, às 12h10.

¹⁵⁸ PAULA, Carlos Alberto Reis de. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 113. *apud* José Carlos Manhabusco, Amanda Camargo Manhabusco. **(A) inversão do ônus da prova no processo do trabalho: (teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova)**. rev. e ampl. de acordo com o novo CPC. São Paulo: Ltr, 2017. p. 125.

A doutrina e jurisprudência são divergentes em relação ao momento da inversão do ônus da prova pelo juiz. A lei não disciplina essa questão.

A discussão gira em torno de saber se trata de regra de julgamento (após a instrução e por ocasião do julgamento) ou de atividade (na instrução do processo).

Para José Carlos Manhabusco e Amanda Camargo Manhabusco¹⁵⁹, o momento da inversão do ônus da prova pelo juiz deve ocorrer antes da audiência de instrução, e a decisão deve ser fundamentada, com base no art. 93, IX, da CF¹⁶⁰.

A justificativa se dá para que a parte contra a qual o ônus da prova foi invertido não seja surpreendida e possa produzir todas as provas que considerar pertinentes, preservando o contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, da CF).

No mesmo sentido é a visão de Mauro Schiavi¹⁶¹:

“(...) acreditamos, a fim de resguardar o contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, da CF), que a inversão do ônus da prova deve ser levada a efeito pelo juiz do Trabalho antes do início da audiência de instrução, em decisão fundamentada (art. 93, IX, da CF), 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 processo oportuno”.

José Carlos Manhabusco e Amanda Camargo Manhabusco esclarecem¹⁶²:

“apesar de o ônus da prova ser uma regra de julgamento, a inversão do ônus não é. Ela consiste numa regra de procedimento, a qual irá instruir às partes quanto à ‘situação’ das provas objeto da demanda, ou seja, se as provas relevantes ao julgamento da causa foram devidamente trazidas aos autos”.

¹⁵⁹ **(A) inversão do ônus da prova no processo do trabalho: (teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova)**, p. 125 – 126.

¹⁶⁰ “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”

¹⁶¹ **Provas no processo do trabalho**, p. 108.

¹⁶² **(A) inversão do ônus da prova no processo do trabalho: (teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova)**, p. 126 – 127.

Marcos Scalécio, Leone Pereira e Verônica Pavan¹⁶³ também entendem que o momento processual adequado para inversão do ônus da prova pelo juiz é antes da audiência de instrução, pelos seguintes fundamentos:

- a inversão do ônus da prova é exceção, e não a regra;
- os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa não poderão ser olvidados, de forma que o sistema processual deverá evitar ao máximo surpresas no andamento dos atos processuais;
- a inversão do ônus da prova somente na sentença prejudica em muito a produção probatória por parte do reclamado, sendo que a possibilidade de interposição de recursos não supre integralmente a formação do contraditório e da ampla defesa na fase de conhecimento até a sentença.

Embora a doutrina majoritária entenda que o momento da fixação do ônus no processo trabalhista deve ocorrer antes da audiência de instrução, há autores que defendem não ser possível adotar essa regra, como é o caso do Paulo Sérgio Jakutis¹⁶⁴:

“Com todo o respeito aos pensamentos contrários, o argumento da surpresa não é consistente. Se a regra é que a prova será produzida por quem tem as melhores condições para tanto, onde está a surpresa, quando o juiz declara que é o réu que está nessas melhores condições? Ora, o juiz só verifica – e DECLARA, nada além – o que está na realidade e é do conhecimento amplo das partes. Ele não cria a realidade. Portanto, assim como ocorre na regra da distribuição fixa do ônus da prova, onde a parte deve sempre interpretar o mundo exterior ao processo para perceber e compreender quais são os fatos constitutivos e os impeditivos, modificativos e extintivos (até onde sei, nunca se exigiu que o juiz, previamente, declarasse para as partes quais eram os fatos constitutivos envolvidos no conflito), também no caso da distribuição dinâmica do ônus d aprova a parte estará compelida a realizar um esforço de interpretação que independe da atuação do judiciário”.

Em que pese à maioria da doutrina entenda que o ônus da prova deve ocorrer antes da audiência de instrução, é possível que o magistrado inverta o ônus da prova na própria sentença, ou até mesmo o Tribunal fazê-lo segundo o seu livre convencimento, porém sempre com decisão devidamente fundamentada.

¹⁶³ **Ônus da prova no processo do trabalho conforme o Novo CPC**, p. 54.

¹⁶⁴ **O ônus da prova no processo protetivo do trabalho**, p. 182.

Nesse sentido, destaca-se a opinião de Cândido Rangel Dinamarco¹⁶⁵:

“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”.

Mauro Schiavi adverte que na hipótese de o magistrado inverter o ônus da prova por ocasião da sentença e a parte contra quem o ônus fora invertido não tiver produzido a prova, o juiz “deverá converter o julgamento em diligência para que parte tenha possa produzir a prova”.¹⁶⁶

5.3. Carga Estática (Teoria Estática) do ônus da prova

Segundo Marcos Scalécio, Leone Pereira e Verônica Pavan¹⁶⁷, a carga estática (teoria estática) do ônus da prova significa “o estudo das respectivas regras com fulcro no que está disposto previamente no ordenamento jurídico vigente. (...) A palavra estática é relacionada com algo que está parado, que não está em movimento”.

Portanto, a carga estática (teoria estática) é o estudo das regras que são previamente conhecidas e previstas no sistema processual sobre o ônus da prova.

Mauro Schiavi¹⁶⁸ esclarece que no Processo do Trabalho, o ônus estático da prova fica disciplinado da seguinte forma:

- a) o reclamante tem o ônus de comprovar os fatos constitutivos do seu direito;
- b) o reclamado, os fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor.

¹⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. V. III, p. 81. *apud* Mauro Schiavi. **Provas no processo do trabalho**. 6.ed. rev. e ampl. São Paulo: Ltr, 2018. p. 108.

¹⁶⁶ **Provas no processo do trabalho**, p. 110.

¹⁶⁷ **Ônus da prova no processo do trabalho conforme o Novo CPC**, p. 53.

¹⁶⁸ **Provas no processo do trabalho**, p. 99.

Zélia Maria Cardoso Montal e Luciana Paula de Vaz Carvalho¹⁶⁹ explicam que a nova redação do art. 818 da CLT, ao distribuir o ônus da prova de forma estática, considerou dois aspectos: a posição da parte na ação trabalhista (autor e réu) e a natureza dos fatos que fundamenta sua pretensão (constitutiva, extintiva, impeditiva ou modificativa).

Mauro Schiavi¹⁷⁰ conceitua os fatos constitutivos sendo “os que geram o direito do autor, como a prova da prestação pessoal de serviços, do horário em sobrejornada, do nexos causal entre a doença e função”.

Já os fatos impeditivos são aqueles que obstam o direito do autor, como por exemplo, tempo de função superior a dois anos na equiparação salarial.

Os fatos modificativos são aqueles que impedem que o pleito do autor seja procedente, devido às modificações ocorridas durante o contrato laboral, entre autor e ré, como por exemplo: transação, novação, compensação, confusão.

Por fim, elucida que os fatos extintivos são aqueles que extinguem o direito ou a pretensão postos em juízo pelo autor, como exemplos: prescrição e decadência.

No sentido da aplicabilidade da regra da repartição do ônus da prova disciplinada pela nova redação do art. 818 da CLT, o TST editou as Súmulas 460 e 461¹⁷¹, *in verbis*:

Súmula nº 460: VALE-TRANSPORTE. ÔNUS DA PROVA. É do empregador o ônus de comprovar que o empregado não satisfaz os requisitos indispensáveis para a concessão do vale-transporte ou não pretenda fazer uso do benefício.

Súmula nº 46: FGTS. DIFERENÇAS. RECOLHIMENTO. ÔNUS DA PROVA. É do empregador o ônus da prova em relação à regularidade dos depósitos do FGTS, pois o pagamento é fato extintivo do direito do autor (art. 373, II, do CPC de 2015).

Importante resaltar que, na avaliação da prova, o magistrado não deve aplicar o princípio *in dubio pro operario*, pois o direito processual do trabalho é um dos ramos do Direito Público, onde se tem a extrema aplicação do princípio da

¹⁶⁹ Reforma trabalhista em perspectiva: desafios e possibilidades, p. 200.

¹⁷⁰ Provas no processo do trabalho, p. 100.

¹⁷¹ Disponível em <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 17 de março de 2019, às 11h24.

legalidade. Dessa forma, havendo dúvida, o magistrado deve decidir de acordo com o ônus probatório e, na avaliação da prova, pelo princípio da persuasão racional, sob pena de violação do devido processo legal.¹⁷²

Verifica-se que a Lei n. 13.467/17 adotou expressamente a concepção estática do ônus da prova, porém tendo em vista que essa regra não abarca algumas situações, devido aos diversos obstáculos em relação à produção da prova, acrescentou a distribuição dinâmica do ônus da prova, com a possibilidade da sua inversão (§ 1º do art. 818 da CLT).¹⁷³

5.4. Carga Dinâmica (Teoria Dinâmica) do ônus da prova

Marcos Scalécio, Leone Pereira e Verônica Pavan¹⁷⁴ explicam que o estudo da carga dinâmica (teoria dinâmica) do ônus da prova “é moderno, e parte da premissa da possibilidade de o magistrado atribuir o ônus probatório a depender da análise das peculiaridades do caso concreto”.

Entende-se que a palavra dinâmica possui relação com algo em movimento.

Como nos traz Mauro Schiavi¹⁷⁵:

“No processo do trabalho, diante da necessidade de se dar efetividade ao acesso à ordem jurídica justa e não inviabilizar a tutela do direito à parte que tem razão, mas não apresentar condições favoráveis de produzir a prova do fato constitutivo do seu direito, é possível ao juiz do Trabalho atribuir o encargo probatório à parte que tem melhores condições de produzir a prova, aplicando a teoria do ônus dinâmico da prova. O juiz do Trabalho, como reitor do processo (art. 765 da CLT), deve ter sensibilidade, à luz das circunstâncias do caso concreto, de atribuir o encargo probatório ao litigante que possa desempenhá-lo com maior facilidade”.

A regra da distribuição dinâmica, prevista no § 2º do art. 373 do CPC, agora também vem expressa no §1º do art. 818 da CLT, como já previsto pela IN n. 39 do TST.

¹⁷² Ricardo Souza Calcini, **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, p. 258.

¹⁷³ Zélia Maria Cardoso Montal e Luciana Paula de Vaz Carvalho, **Reforma trabalhista em perspectiva: desafios e possibilidades**, p. 200.

¹⁷⁴ **Ônus da prova no processo do trabalho conforme o Novo CPC**, p. 54.

¹⁷⁵ **Provas no processo do trabalho**, p. 110.

A distribuição do ônus da prova deixa de ser rígida e generalizada para se tornar dinâmica, com a possibilidade de inversão do critério legal diante de causas peculiares ou presunções legais, conforme dispõe a nova redação conferida ao art. 818 da CLT, em face da Lei n. 13.467/17.¹⁷⁶

As palavras de Zélia Maria Cardoso Montal e Luciana Paula de Vaz Carvalho¹⁷⁷ são esclarecedoras:

“A distribuição dinâmica do ônus da prova tem fundamento no princípio da aptidão da prova, autorizando a inversão do ônus estático. Pelo princípio da aptidão para a prova, o ônus da prova deve recair sobre aquele que puder produzi-la com maior facilidade, com o menor sacrifício, ou sem uma dificuldade excessiva, gerando uma igualdade substancial dos litigantes no processo”.

Parte da doutrina e jurisprudência é contra a aplicação da teoria da carga dinâmica da prova, alegando que ela amplia de maneira irrefletida os poderes dos juízes, causa surpresa e por consequência, causa insegurança jurídica e viola o contraditório. Não obstante essas ponderações aludidas, em sentido oposto a doutrina e jurisprudência majoritária, afirma que a tendência do processo civil é de majoração dos poderes do juiz na direção do processo, no intuito de que os litigantes sejam tratados com isonomia real e a justiça seja implementada com maior efetividade. Além disso, os referidos princípios constitucionais da isonomia real, livre convicção do magistrado e acesso real à justiça, cerram ao magistrado atos destinadas a garantir o equilíbrio do processo, bem como na produção da prova.¹⁷⁸

Não obstante, trata-se de faculdade conferida ao magistrado, que deve ser exercida com equilíbrio, ponderação e razoabilidade, considerando-se as peculiaridades do caso concreto, o princípio do acesso real ou substancial à justiça, bem como a efetividade da prova no processo do trabalho.¹⁷⁹

Pautado nessa cautela e buscando a justiça da aplicação do instituto jurídico em estudo é que João Humberto Cesário¹⁸⁰ expressa:

¹⁷⁶ José Affonso Dallegrave Neto, Ernani Kajota, **Reforma trabalhista ponto a ponto**, p. 312.

¹⁷⁷ **Reforma trabalhista em perspectiva: desafios e possibilidades**, p. 201.

¹⁷⁸ **Provas no processo do trabalho**, p. 110 – 112.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 112.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 113.

“É fundamental saber que relativamente à distribuição do ônus da prova a legislação de regência traça tão somente diretrizes gerais para orientação básica dos atores processuais. Assim é que a atenuação dessas diretivas, fundada no princípio da aptidão para a prova, tem a cada dia ganhado destaque no foro trabalhista. Dito de outro modo, enquanto os art. 818 da CLT e 333 do CPC disciplinam a distribuição estática do encargo probatório, a praxis forense preconiza a repartição dinâmica do encargo probatório, para que por via dela se evitem julgamentos injustos, nos quais uma parte, não obstante possuir razão em uma contenda, veja inviabilizada a obtenção do bem da vida perseguido judicialmente, em virtude da impossibilidade de produzir uma prova para ela difícil, improvável ou mesmo impossível (*probatio diabolica*), enquanto a contraprova do seu adversário seria de tranquila veiculação”.

Ao utilizar a regra de distribuição dinâmica, o magistrado deverá, antes do momento da distribuição da prova, dar oportunidade para a parte se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. Assim, se proferida em audiência, a parte interessada poderá requerer seu adiamento para possibilitar a produção de prova.¹⁸¹

Nesse sentido, José Affonso Dallegre Neto:¹⁸²

“Cabe sublinhar que aludido adiamento só deverá ocorrer se houver requerimento da parte interessada. Ainda assim, caberá ao julgador, dentro de seu poder discricionário, decidir se há justificativa plausível para tanto, hipótese em que o súbito anúncio da inversão vulnere a garantia da ampla defesa. Caso se perceba que o requerimento da parte tem apenas o escopo de protelar o feito, ao magistrado caberá indeferir o requerimento em prestígio ao princípio da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF)”.

Importante apontar qual deve ser o critério adotado pelo juiz do Trabalho para justificar a inversão do ônus da prova, no caso concreto.

Ricardo Souza Calcini¹⁸³ afirma que teoricamente, é possível identificar três correntes no campo doutrinário:

i) a existência de uma presunção em favor de quem, originariamente, teria o encargo;

¹⁸¹ Zélia Maria Cardoso Montal e Luciana Paula de Vaz Carvalho, **Reforma trabalhista em perspectiva: desafios e possibilidades**, p. 201.

¹⁸² José Affonso Dallegre Neto, Ernani Kajota, **Reforma trabalhista ponto a ponto**, p. 314.

¹⁸³ **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, p. 260.

- ii) a aplicação subsidiária do art. 6º, VIII, do CDC, dada verossimilhança da alegação do trabalhador ou a sua hipossuficiência; e
- iii) quem seja a parte mais apta, no caso concreto, a se desincumbir do encargo probatório (carga dinâmica quanto ao ônus da prova).

O legislador ordinário optou pela adoção da distribuição dinâmica do ônus da prova, seja para os casos previstos em lei, seja diante de peculiaridades da causa relativas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.

Conforme § 3º do art. 818 da CLT, a inversão do ônus da prova, não pode “gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”. Trata-se da chamada prova diabólica.

Na nova redação do art. 818 da CLT, não há alteração correspondente ao § 3º do CPC/2015, uma vez que é inaplicável a distribuição diversa do ônus da prova por convenção das partes, devido à incompatibilidade dessa regra processual civil ao processo do trabalho.¹⁸⁴

Insta salientar que a doutrina moderna vem sustentando que o ônus da prova, é regra de instrução processual, além de ser regra de julgamento, devendo o magistrado, antes da instrução, analisar as teses da exordial e da defesa, bem como os fatos e as circunstâncias do processo, e fixar o ônus da prova à parte que esteja em melhores condições de produzi-las.¹⁸⁵

A teoria da carga dinâmica do ônus da prova não se confunde com a inversão do ônus da prova, em que pese com ela tenha contatos, pois “a inversão pressupõe a presença dos critérios previstos em lei, enquanto a carga dinâmica pressupõe circunstâncias e peculiaridades do caso concreto”. Ademais, a carga dinâmica se assenta no princípio da aptidão para a prova, não sendo necessária a presença de verossimilhança da alegação do reclamante.¹⁸⁶

Mauro Schiavi¹⁸⁷ afirma que o ônus da prova (ou teoria da carga dinâmica), pode ser aplicado nos casos previstos em lei; quando da impossibilidade

¹⁸⁴ Zélia Maria Cardoso Montal e Luciana Paula de Vaz Carvalho, **Reforma trabalhista em perspectiva: desafios e possibilidades**, p. 201.

¹⁸⁵ Ibid., mesma página.

¹⁸⁶ Mauro Schiavi, **Provas no processo do trabalho**, p. 113.

¹⁸⁷ Ibid., p. 114.

da produção da prova pela parte que detém o ônus da prova; quando há excessiva dificuldade probatória da parte que detém o ônus da prova; ou quando há maior facilidade de produção da prova pela parte que não detém o ônus da prova.

Ressalta-se que alguns autores entendem que os requisitos acima são cumulativos, exceto quando previsto em lei. Assim, o magistrado somente poderia aplicar o presente dispositivo quando da impossibilidade da produção da prova pela parte que detém o ônus da prova; quando há excessiva dificuldade probatória da parte que detém o ônus da prova; ou quando há maior facilidade de produção da prova pela parte que não detém o ônus da prova.¹⁸⁸

Por fim, defende-se que a teoria da distribuição dinâmica da prova contribuiria para um processo do trabalho mais apto a aplicar o direito material obreiro ao caso concreto, que busca eliminar obstáculos para que a parte hipossuficiente conseguisse traduzir para o universo processual, todos os fatos que envolveram o conflito, de forma efetiva.¹⁸⁹

Nesse sentido, Zélia Maria Cardoso Montal e Luciana Paula de Vaz Carvalho¹⁹⁰:

“Entendemos que a inversão do ônus da prova, mesmo sendo uma exceção à regra adotada pelo sistema probatório, é necessária para que se possa atingir maior eficácia na busca da justiça das decisões judiciais, porque essa opção possibilita a busca da verdade real para a parte que dificilmente conseguiria comprovar suas alegações. A aplicação da teoria dinâmica, com a inversão do ônus da prova, possibilita o restabelecimento do equilíbrio processual entre as partes, diante da eliminação das diferenças de capacidade de produção da prova”.

¹⁸⁸ Mauro Schiavi, **Provas no processo do trabalho**, p. 114.

¹⁸⁹ Paulo Sérgio Jakutis, **O ônus da prova no processo protetivo do trabalho**, p. 183.

¹⁹⁰ **Reforma trabalhista em perspectiva: desafios e possibilidades**, p. 197.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente trabalho verificou-se que as provas definem o destino da relação jurídica processual, motivo pelo qual são como o coração do processo.

O direito à prova é uma garantia fundamental processual, bem como um direito fundamental da cidadania para efetividade do princípio do acesso à justiça e acesso a uma ordem jurídica justa.

No entanto, é sabido que as provas produzidas nem sempre serão capazes de formar o convencimento do juiz, pois são precárias, ou inexistentes. Assim, diante da discricionariedade do julgador e diante da impossibilidade de julgar a lide sem apresentar seus motivos, o magistrado poderá utilizar-se do instituto da inversão do ônus da prova.

Este instituto tem como objetivo a modificação da situação de desequilíbrio existente entre o empregado e o empregador, uma vez que este apresenta maior facilidade na produção de provas, pois possui seu poder os documentos relativos ao trabalho.

Assim, com a finalidade de um processo justo é que surge inversão do ônus da prova na esfera processual trabalhista, para diminuir as desigualdades existentes.

Outrossim, a nova redação dada pela Reforma Trabalhista ao artigo 818 da CLT, que traz ao Processo do Trabalho a possibilidade da inversão do ônus da prova, possibilita a igualdade substancial entre as partes no processo e constata que elas apresentam condições diferenciadas no momento da produção das provas. A ampliação dos poderes do juiz do trabalho no momento da distribuição do ônus da prova, confere ao trabalhador a possibilidade de acesso a provas que antes não seria possível produzir.

Portanto, a aplicação da teoria dinâmica com a inversão do ônus da prova, possibilita o restabelecimento do equilíbrio processual entre as partes, diante da eliminação das diferenças de capacidade de produção da prova. Dessa forma, são respeitados os princípios do devido processo legal, do acesso à justiça, do contraditório e da plena defesa, à luz dos artigos 5º, LIV, XXXV, LV da CF/1988, além dos princípios da efetividade e da duração razoável do processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CALCINI, Ricardo Souza. **A teoria dinâmica do ônus da prova**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 84, nº 3, jul/set 2018.

CREMONESI, André; MONTEIRO, Carlos Augusto Marcondes de Oliveira. **Audiência trabalhista**. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio: o minidicionário da língua portuguesa**. 6.ed. rev. atualiz. Curitiba: Positivo, 2004.

GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. **Direito processual do trabalho**. 16. ed. rev., ampl. atual e adaptada. – São Paulo: Saraiva, 2007.

JAKUTIS, Paulo Sérgio. **O ônus da prova no processo protetivo do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2017.

MANHABUSCO, José Carlos; MANHABUSCO, Amanda Camargo. **(A) inversão do ônus da prova no processo do trabalho: (teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. rev. e ampl. de acordo com o novo CPC**. São Paulo: Ltr, 2017.

MONTAL, Zélia Maria Cardoso; CARVALHO, Luciana Paula de Vaz (organizadoras). **Reforma trabalhista em perspectiva: desafios e possibilidades**. São Paulo: Ltr, 2018.

NETO, José Affonso Dallegrove; KAJOTA, Ernani (coords.). **Reforma trabalhista ponto a ponto**. São Paulo: Ltr, 2018.

PAULO, Antonio de. **Pequeno dicionário jurídico**. 2.ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

SCALÉRCIO, Marcos; PEREIRA, Leone; PAVAN, Verônica. **Ônus da prova no processo do trabalho conforme o Novo CPC**. São Paulo: Ltr, 2017.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho: de acordo com o novo CPC, reforma trabalhista – Lei n. 13.467/17 e a IN n.41/2018 do TST**. – 14 ed. São Paulo: Ltr, 2018.

_____. **Provas no processo do trabalho**. 6.ed. rev. e ampl. São Paulo: Ltr, 2018.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **CLT comentada [livro eletrônico]** – 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Cadernos de processo do trabalho, n.13: prova: parte geral, I**. São Paulo. Ltr, 2018.

_____. **Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho: (Lei n.13.105, 16 de março de 2015)**. São Paulo. Ltr, 2015.