

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO  
NATÁLIA GONÇALVES DA SILVA**

**UMA ANÁLISE ACERCA DO *ONUS PROBANDI* TRABALHISTA E  
DAS IMPLICAÇÕES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL EM  
TAL INSTITUTO**

**Juiz de Fora  
2016**

**NATÁLIA GONÇALVES DA SILVA**

**UMA ANÁLISE ACERCA DO *ONUS PROBANDI* TRABALHISTA E  
DAS IMPLICAÇÕES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL EM  
TAL INSTITUTO**

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, sob orientação do Prof. Dr. Flávio Bellini de Oliveira Salles, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel.

**Juiz de Fora  
2016**

# **FOLHA DE APROVAÇÃO**

**NATÁLIA GONÇALVES DA SILVA**

## **UMA ANÁLISE ACERCA DO *ONUS PROBANDI* TRABALHISTA E DAS IMPLICAÇÕES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL EM TAL INSTITUTO**

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, sob orientação do Prof. Dr. Flávio Bellini de Oliveira Salles, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel. Submetido à Banca Examinadora composta pelos seguintes membros:

---

Orientador: Prof. Dr. Flávio Bellini de Oliveira Salles  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof. Me. Guilherme Rocha Lourenço  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof.<sup>a</sup> Esp. Mônica Barbosa dos Santos.  
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

( ) APROVADO

( ) REPROVADO

Juiz de Fora, 28 de novembro de 2016

## RESUMO

O presente artigo tem como tema o ônus da prova no processo do trabalho, propondo-se a realizar uma análise de tal instituto, com foco na aplicação supletiva do processo comum ao processo trabalhista, na teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório, nas implicações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil ao instituto alhures e na polêmica referente ao momento de inversão do *onus probandi*. Este trabalho examinará a possibilidade de aplicação do art. 373 do CPC/15, e seus parágrafos 1º e 2º, ao processo do trabalho, devido à simplicidade do art. 818 da CLT, que não é exaustivo quanto à questão do ônus da prova, ainda que não haja lacuna propriamente no referido diploma legal acerca do tema. Além disso, será aqui examinado o ônus dinâmico da prova, teoria de vertente espanhola e argentina, e sua possível aplicação ao processo do trabalho brasileiro, principalmente levando em consideração a previsão do art. 373, §§ 1º e 2º, do CPC/15, que caminha no mesmo sentido da teoria mencionada. Ademais, também será apreciado o momento de inversão do ônus probatório no Direito Processual do Trabalho, temática que dá ensejo a acirradas divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

**Palavras-chave:** Ônus da prova. Processo do trabalho. CLT. NCPC. Distribuição dinâmica. Momento de inversão. Implicações.

## ***ABSTRACT***

The present article has as its subject the burden of proof in the Labor Process, proposing to carry out an analysis of this institute, with a focus on the supplementary application of Common Process to the Labor Process, on the Dynamic Distribution Theory of Burden of Proof, on the implications brought by the New Code of Civil Process to the mentioned institute and in the controversy regarding the moment of inversion of the *onus probandi*. This article will examine the possibility of applying art. 373 of CPC/15, and its 1st and 2nd paragraphs, in the Labor Process, due to the simplicity of art. 818 of CLT, which is not exhaustive regarding the burden of proof, although there is no gap in the aforementioned legal diploma about the subject. Besides that, the dynamic burden of proof (an Spanish and Argentinean theory) and its possible application in the Brazilian Labor Process will be examined here, especially taking into account the prediction of art. 373, §§ 1st and 2nd, of CPC/15, which walks in the same direction of the mentioned theory. In addition, it will also be approached the moment of inversion of the burden of proof in the Labor Process, a topic that has several divergences in the Brazilian legal system.

**Keywords:** Burden of proof. Labor Process. CLT. NCPD. Dynamic Distribution. Moment of inversion. Implications.

## Uma análise acerca do *onus probandi* trabalhista e das implicações do Novo Código de Processo Civil em tal instituto

Natália Gonçalves da Silva<sup>1</sup>

### 1. INTRODUÇÃO

A temática da inversão do ônus da prova é das mais importantes para o Direito Processual do Trabalho, desde sua gênese. Com o advento do NCPC, contudo, o assunto tornou-se ainda mais relevante e complexo.

Este artigo tem como objetivo analisar a aplicação subsidiária e supletiva do processo comum ao processo do trabalho, sem que o Direito Processual Trabalhista perca sua autonomia. O presente estudo pretende analisar, igualmente, o instituto do ônus da prova trabalhista, também relacionado à aplicação supletiva do processo civil ao processo do trabalho, seus requisitos e seu momento de inversão. Por fim, proceder-se-á, ainda, a um exame da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e do art. 373, §§ 1º e 2º, do CPC/15 e suas implicações no processo trabalhista.

A problemática que se apresenta hoje, referente ao ônus probatório, tanto no processo do trabalho, quanto em outros ramos do Direito Processual, exige que, em primeiro lugar, seja realizada uma digressão acerca da autonomia do Direito Processual do Trabalho. Mas autonomia não é independência. A autonomia é examinada sob diversos aspectos, de sorte que, para que uma ciência seja autônoma, é necessário que seja dotada de autonomia doutrinária, didática, legislativa, jurisdicional e, sobretudo, científica. Quando se fala em autonomia científica, pressupõe-se a existência, no âmbito do Direito Processual Trabalhista, de institutos, princípios e fins próprios. E o processo do trabalho possui autonomia, sob todos esses aspectos.

No processo do trabalho, um exemplo de instituto próprio é o poder normativo da Justiça do Trabalho. De fim próprio, um exemplo seria a melhoria das condições de trabalho, sociais e de vida de todos os trabalhadores – fim maior deste segmento do processo, que inclusive se confunde com os fins do Direito Material do Trabalho. De princípio próprio, um exemplo seria

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora

o princípio da proteção, verdade fundante do Direito Material do Trabalho, que se transmite e revigora no âmbito processual trabalhista.

O princípio da proteção incide no processo do trabalho e um dos melhores exemplos dessa incidência reside, precisamente, na inversão do ônus da prova, vez que o ônus probatório é invertido, na processualística do trabalho, no mais das vezes, mediante a utilização de presunções que sempre, ou quase sempre, militam favoravelmente ao trabalhador, considerado hipossuficiente na relação de emprego. Isso não significa dizer que o Direito Processual do Trabalho rompe com a isonomia, tão cara ao Direito Processual como um todo. Muito pelo contrário: o caráter tutelar também do processo do trabalho visa a colocar as partes em uma igualdade real, vez que tal princípio pavimentava o caminho para que a isonomia possa, de fato, existir na seara processual trabalhista.

## **2. A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA E SUPLETIVA DO PROCESSO COMUM AO PROCESSO DO TRABALHO**

A aplicação subsidiária do CPC tem sido frequente no dia-a-dia dos operadores do Direito Processual do Trabalho. Primeiro, porque o processo do trabalho conta com em torno de cento e cinquenta artigos na CLT, o que é muito pouco. Existem diversos institutos do Direito Processual que sequer são disciplinados na seara trabalhista. Em que pese haja uma legislação processual trabalhista extravagante, ainda assim o corpo normativo do Direito Processual Trabalhista é insuficiente, diminuto, sobretudo ao se considerar a complexidade e a relevância do processo do trabalho na contemporaneidade.

Ocorre que, como a CLT exige compatibilidade com o processo do trabalho dos preceitos do processo comum a serem aplicados àquele, as normas processuais civis que não sejam compatíveis com o processo trabalhista não são aplicadas subsidiariamente. Muitas vezes, os operadores se valem de normas de outros diplomas legais, que não o CPC, notadamente das normas processuais do CDC.

Há uma particularidade no art. 769 da CLT, que autoriza a aplicação subsidiária das normas do processo comum ao processo do trabalho: esse artigo estabelece que a aplicação subsidiária só pode ocorrer em caso de omissão da legislação processual trabalhista e desde que haja compatibilidade entre o instituto que se pretende aplicar, do processo comum, com os princípios e valores que norteiam o processo do trabalho. Entretanto, muito antes do advento do NCPC, já havia discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre qual seria a amplitude que

se deveria conferir à ideia de omissão da legislação processual trabalhista, isto é, que tipo de lacuna, no processo do trabalho, estaria a autorizar a aplicação subsidiária do processo comum, sendo que duas vertentes delinearam-se ao longo do tempo.

A primeira vertente doutrinária e jurisprudencial, denominada vertente restritiva, muito apegada a noções como segurança jurídica e devido processo legal, entende que somente a lacuna normativa autoriza a aplicação subsidiária do processo comum ao processo trabalhista. A justificativa dessa vertente é no sentido de que o jurisdicionado não pode ser surpreendido com a aplicação de normas do processo comum ao processo do trabalho, normas estas que jamais poderia imaginar que seriam aplicadas a este.

A segunda vertente doutrinária e jurisprudencial, denominada vertente evolutiva, sistemática ou ampliativa e que vem ganhando força nos últimos anos, construiu um entendimento muito mais progressista e avançado, defendendo que as lacunas de que cogita o legislador processual trabalhista, no art. 769 da CLT, não são apenas normativas, mas também axiológicas e ontológicas. Na verdade, a adoção desse entendimento por parte significativa da doutrina e da jurisprudência fez com que, já antes da edição do NCPC, a aplicação do processo comum ao processo trabalhista não fosse apenas a subsidiária (que se verifica na hipótese de lacunas normativas), mas também a supletiva, que tem um caráter de complementação (a norma existe no processo do trabalho, mas talvez não seja satisfatória, não apresente a completez necessária).

Com a edição do CPC/15, permitiu-se (art. 5º) a aplicação supletiva e subsidiária de tal diploma legal a outros ramos do Direito Processual Brasileiro, como o trabalhista. Uma parte da doutrina entende que o CPC inovou, corroborando a aplicação subsidiária, que o legislador processual trabalhista já havia admitido no art. 769 da CLT, mas admitindo também a aplicação supletiva.

Já outra parte da doutrina entende que não há inovação alguma nisso, vez que a jurisprudência e a doutrina processuais trabalhistas já tinham caminhado nesse sentido. O NCPC somente estaria a corroborar a vertente evolutiva, que havia se tornado majoritária na seara processual trabalhista. Um exemplo de aplicação supletiva que já se operava antes do advento do CPC/15 diz respeito às hipóteses de impedimento e suspeição: o art. 801 da CLT trata das hipóteses de suspeição, mas o processo do trabalho não trata das hipóteses de impedimento. Contudo, há tempos as disposições do CPC, alusivas ao impedimento, já vinham sendo aplicadas ao processo trabalhista.

Em relação à aplicação supletiva do art. 373 do CPC/15, um exemplo seria o de um trabalhador que ingressa com uma ação, pleiteando a remuneração em relação a domingos

supostamente trabalhados. Se o empregador alega que houve o fato constitutivo (o trabalho aos domingos), mas que não há que se cogitar de não pagamento da remuneração em dobro, porque o pagamento foi devidamente efetuado, ele está alegando um fato autônomo, capaz de tornar inexigível o direito pleiteado, ou seja, um fato extintivo do direito do autor. À luz do art. 373 do CPC/15, isso faz com que o ônus da prova recaia sobre o reclamado.

Outro exemplo seria o de um reclamante que pretende o reconhecimento da relação de emprego, sendo que o reclamado limita-se a negar a existência do fato constitutivo (relação de emprego): o ônus da prova continua sendo de quem alegou o fato constitutivo (art. 818 da CLT). Todavia, se o reclamado vai além, dizendo que havia a prestação de serviços, mas em caráter de autonomia (sem subordinação), atrai para si o ônus da prova, vez que terá alegado um fato obstativo, impeditivo à configuração da existência de uma relação de emprego.

Vale ressaltar as palavras de Paulo Sérgio Jakutis, a fim de evidenciar a aplicação supletiva do processo civil ao processo do trabalho:

Não se precisa lutar contra o processo civil, nem há necessidade de ignorá-lo, na intenção de fortalecer o processo trabalhista. Tampouco há sentido em copiá-lo, reproduzindo o que não se encaixa na realidade que emerge do conflito entre o capital e o trabalho. O ponto de equilíbrio dessa equação está em degluti-lo – em termos modernistas/antropofágicos –, utilizando-o naquilo em que ele interessa às necessidades do direito do trabalho, isto é, remodelando-o dentro dos horizontes que o direito material fixa para o direito processual do trabalho e deixando de lado as arestas em que a adequação não é possível.<sup>2</sup>

De se ver que o NCPC vem apenas corroborar a possibilidade de aplicação supletiva do processo comum ao processo do trabalho. Nem poderia ser diferente, já que, se o art. 769 da CLT autoriza a aplicação subsidiária quando existe a lacuna, é evidente que, por razões de ordem lógica, o operador do processo do trabalho pode se valer da aplicação supletiva - já que, se pode o mais, também pode o menos. Assim, pode não existir uma lacuna, mas, se a norma não é completa, não é satisfatória, a aplicação supletiva deve ser admitida, como de fato tem sido na processualística do trabalho.

Na linha dessa aplicação supletiva, o processo do trabalho também se vale das normas processuais do CDC, particularmente as do campo probatório, que se afiguram mais consentâneas à processualística do trabalho, vez que a relação consumerista tem uma

---

<sup>2</sup> JAKUTIS, Paulo Sérgio. O ônus da prova no processo do trabalho. 841 f. 2014. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 37.

característica que guarda similitude com a relação processual trabalhista, qual seja, a existência da figura de um hipossuficiente, e foi por isso que o legislador previu a inversão do ônus da prova nas normas processuais do CDC. Essa inversão do ônus probatório do CDC tem inspirado os operadores do Direito Processual do Trabalho a inverter esse ônus, também na seara laboral.

Cabe ressaltar que o art. 15 do CPC/15 cogita da aplicação supletiva e subsidiária em caso de omissão, mas não exige a compatibilidade, diferentemente da CLT. Por conta disso, há quem entenda que o processo do trabalho teria perdido sua autonomia, o que parece absurdo, porque entender que o art. 15 teria aniquilado a autonomia científica do Direito Processual do Trabalho seria um retrocesso gigantesco, vez que essa autonomia é uma conquista do mundo do trabalho. O processo civil foi erigido segundo uma ótica completamente diferente daquela que norteou a gênese, o desenvolvimento e a própria realidade do Direito Processual do Trabalho. A lógica que norteia o processo civil é a lógica liberal, baseada no princípio da autonomia da vontade, ao passo que o Direito Processual do Trabalho foi criado sob uma lógica social. Desse modo, não se pode, de forma alguma, compactuar com o entendimento absurdo de que o processo do trabalho teria sido derogado pela disposição do art. 15 do CPC/15.

### **3. O ÔNUS DA PROVA TRABALHISTA**

Faz-se necessária uma breve explanação acerca do ônus da prova no processo do trabalho. O ônus probatório refere-se, de forma sucinta, a quem tem o encargo de provar, no âmbito da relação jurídica processual. Com efeito, as partes da relação jurídica processual têm o ônus de provar as alegações de fato que realizarem na peça exordial ou na contestação, assim como as demais alegações que fizerem durante o processo.

No processo trabalhista, há previsão expressa, especificamente no art. 818 da CLT, de que o ônus da prova incumbe a quem alega, ou seja, a parte tem o encargo de provar as alegações de fato que realizar. Entretanto, ainda que não seja omissa quanto ao ônus probatório, a legislação processual trabalhista é extremamente lacunosa, vez que o referido dispositivo legal é demasiadamente simplista. Tanto assim, que o próprio legislador processual trabalhista original cuidou de inserir no texto da CLT o art. 769, que autoriza a aplicação subsidiária do processo comum ao processo do trabalho. O CPC é a fonte subsidiária primeira do processo trabalhista, em sede de processo de conhecimento.

### 3.1 A inversão do *onus probandi* no Direito Processual do Trabalho

Como já dito, a CLT não é omissa a respeito da temática referente à inversão do ônus da prova. Seu art. 818 estabelece que o ônus de provar as alegações incumbe à parte que as fizer, mas essa regra é de 1943 e a crescente complexidade do processo do trabalho, além da maior relevância por ele adquirida ao longo do tempo, contribuíram para que os operadores do Direito do Trabalho tivessem que se socorrer das disposições do processo comum (art. 333 do CPC/73 ou art. 373 do CPC/15 e art. 6º, VIII, do CDC).

A regra do art. 373 do CPC não se revelou suficiente ao processo do trabalho e, desse modo, passaram a ser aplicadas as regras processuais do CDC, muito mais consentâneas com aquele. Sob inspiração das normas processuais comuns e do CDC, passou-se a inverter o ônus da prova nos domínios do processo trabalhista e isto confirma que o princípio da proteção se transmite ao Direito Processual do Trabalho, porque, no mais das vezes, essa inversão se opera mediante a utilização de presunções que militam a favor do trabalhador, sendo que este é protegido pela lei, não pelo juiz.

Nesse diapasão, de acordo com Carlos Henrique Bezerra Leite,

Justo é tratar desigualmente os desiguais, na mesma proporção em que se desigalam e o favorecimento é qualidade da lei e não defeito do juiz, que deve aplicá-la com objetividade, sem permitir que suas tendências pessoais influenciem seu comportamento.<sup>3</sup>

A CLT não prevê a inversão do ônus da prova, mas o CDC o faz e, diante da inequívoca omissão da CLT e da compatibilidade do CDC com o processo do trabalho, tem-se usado as normas processuais do diploma legal consumerista na seara laboral.

Carlos Henrique Bezerra Leite<sup>4</sup> afirma, diferentemente, que a CLT cuida, sim, da inversão do ônus da prova e que ela o faz em seu art. 852-D, curiosamente um artigo que se aplica, tão somente, ao rito procedimental sumaríssimo. O autor afirma que tal artigo estaria a autorizar a inversão do ônus da prova, ao dispor que:

Art. 852-D: O juiz dirigirá o processo, com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitá-lo

---

<sup>3</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. São Paulo: LTr, 2009. p. 57.

<sup>4</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.<sup>5</sup>

A redação deste dispositivo, no entendimento de Bezerra Leite<sup>6</sup>, daria ensejo à inversão do ônus da prova no processo do trabalho. Alguns rechaçam esse entendimento, no sentido de que esse dispositivo se aplica apenas ao rito sumaríssimo. Bezerra Leite obtempera, afirmando que esse dispositivo não se aplica somente ao rito sumaríssimo, mas a todo o processo do trabalho, e que não seria razoável que o magistrado não o aplicasse a qualquer processo, independentemente do rito procedimental a que o processo esteja sujeito, porque o juiz deve dirigir o processo em busca da verdade real e a aplicação desse dispositivo estaria a contribuir, de forma significativa, para que a verdade real seja efetivamente alcançada.

A despeito de todas essas considerações, o próprio Bezerra Leite faz uma ressalva importante, dizendo que, independentemente do dispositivo legal que se use como pano de fundo para a inversão do ônus da prova, a inversão só será admissível quando não existirem outras provas nos autos, capazes de propiciar a formação da convicção do magistrado.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, VIII, consagra a inversão do ônus da prova, estabelecendo determinados requisitos para que ela se opere, quais sejam:

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 experiência.<sup>7</sup>

No processo do trabalho, faz-se a aplicação supletiva do CDC, mas também aqui existem requisitos para que a inversão do ônus probatório se realize.

O primeiro requisito é a faculdade do juiz, ou seja, o juiz tem a prerrogativa de inverter o ônus da prova, podendo fazê-lo de ofício, independentemente de provocação das partes, mas a melhor doutrina sustenta que só haverá necessidade de inversão do ônus da prova quando não houver outros elementos nos autos que possam propiciar a formação do convencimento do magistrado.

---

<sup>5</sup> BRASIL, Consolidação das Leis do Trabalho. 1943. Incluído pela Lei nº 9.957, de 2000.

<sup>6</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016

<sup>7</sup> BRASIL, Código de Defesa do Consumidor. 1990.

O segundo requisito é o da hipossuficiência do reclamante e essa hipossuficiência não é, necessariamente, econômica. Aqui, a hipossuficiência adquire uma outra dimensão, qual seja, a de o reclamante ter dificuldade ou grande dificuldade de produzir a prova. Isso é muito frequente no processo trabalhista, vez que a prova é muito mais facilmente produzida pelo tomador de serviços, já que é ele quem detém a prova documental. Além disso, o tomador de serviços conta com um exército de testemunhas, ao passo que o empregado tem grandes dificuldades de produzir a prova testemunhal, até porque, muitas vezes, as testemunhas ainda são empregadas do reclamado e dificilmente testemunharão em prejuízo das teses defensivas deste.

O terceiro requisito é a verossimilhança da alegação – alegação verossímil é a que tem aparência de verdade. O juiz deve sopesar, diante da alegação, se há mais motivos para crer do que para não crer na veracidade da afirmação do autor.

Mas há uma advertência, que é feita por Edilton Meireles, a respeito desse requisito:

Considerando as regras ordinárias de experiência, apreciar se a alegação é verossímil ou se a parte requerente é hipossuficiente. Quanto à hipossuficiência, ao Juiz Trabalhista, segundo regras de experiência, cabe decidir se, mesmo percebendo ganhos acima de dois salários mínimos, o reclamante-trabalhador tem condições ou não de arcar com os custos do processo laboral. Da mesma forma, essas regras de experiência devem ser utilizadas na inversão do ônus da prova com fundamento na hipossuficiência do autor, para que se evitem situações que afrontem o bom senso e agridam o princípio da razoabilidade. Conquanto a lei utilize da conjunção disjuntiva “ou” ao mencionar os pressupostos necessários à inversão do ônus da prova (verossímil a alegação “ou” hipossuficiente o demandante), entendemos que sempre que seja inverossímil a alegação da inicial, o Juiz não deve inverter esse encargo, mesmo diante da hipossuficiência do autor, sob pena de possibilitar que o processo se transforme em instrumento de locupletamento ilícito por parte do requerente.<sup>8</sup>

O reclamante quase sempre é hipossuficiente (possui dificuldades de produzir a prova) e, nessa linha, sempre ou quase sempre se operaria a inversão do ônus da prova, caso se considere o conectivo “ou”, mas não é este o melhor entendimento, vez que é necessário que a alegação seja verossímil e o reclamante seja hipossuficiente.

O exemplo mais comum de inversão do ônus da prova é dado pelo entendimento consubstanciado na Súmula 338 do TST: se o trabalhador ingressa em juízo, pleiteando horas

---

<sup>8</sup> MEIRELES, Edilton. Inversão do ônus da prova no processo trabalhista. Revista Juris Plenum. [CD-ROM], v. 2, Caxias do Sul-RS: Plenum, 2005.

extras, o ônus da prova incumbe a ele, já que a prova incumbe a quem alega, mas, se a reclamada for uma empresa que possua mais de 10 (dez) empregados, é obrigada a ter controle de jornada, de sorte que, se não colacionar aos autos, com a defesa, os cartões de ponto, atrairá para si o ônus probatório.

Um outro exemplo seria o das ações em que os reclamantes pleiteiam danos materiais e morais, em razão da ocorrência de acidente do trabalho. Vem tomando corpo na Justiça do Trabalho o entendimento de que, nesses casos, deve ser invertido o ônus da prova, porque o empregador reúne melhores condições de produzir a prova, em relação a situações dessa natureza, ao passo que o empregado tem dificuldades para produzi-la.

### **3.2 O momento de inversão do ônus da prova no processo do trabalho**

Qual seria o momento processual para a inversão do ônus da prova? Em que momento o juiz pode inverter o ônus? Esta talvez seja a indagação mais difícil, vez que a doutrina não é uníssona a respeito.

Há autores, como Kazuo Watanabe, que entendem que essa inversão pode ocorrer na sentença, ao argumento de que as regras de inversão do ônus probatório seriam regras de julgamento e não de atividade. De acordo com Watanabe, “as regras de distribuição do ônus da prova são regras de juízo e orientam o juiz, quando há um *non liquet* em matéria de fato, a respeito da solução a ser dada à causa”<sup>9</sup>. O autor ainda assevera que

Somente após a instrução do feito, no momento de valoração das provas, caberá ao juiz habilitado afirmar se existe ou não situação de *non liquet*, sendo caso ou não, conseqüentemente, de inversão do ônus da prova. Dizê-lo em momento anterior será o mesmo que proceder ao julgamento da causa, o que é de todo inadmissível.<sup>10</sup>

Já o STJ e outros doutrinadores entendem que a inversão do ônus da prova é regra de instrução e a decisão judicial que determina a inversão deve ser proferida no momento de saneamento do processo. Caso não o seja, a decisão judicial deve assegurar à parte, sobre a qual não incumbia o ônus inicialmente, nova oportunidade de manifestação nos autos. Esse

---

<sup>9</sup> WATANABE, Kazuo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forende, 1992. P. 494.

<sup>10</sup> Idem, ibidem, p. 496.

entendimento é muito mais consentâneo com o contraditório, com a ampla defesa e com o devido processo legal.

Segue o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a inversão do ônus da prova é regra de julgamento e que deve ser realizada no momento de saneamento do processo:

A Seção, por maioria, decidiu que a inversão do ônus da prova de que trata o art. 6º, VIII, do CDC é regra de instrução, devendo a decisão judicial que determiná-la ser proferida preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurar à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo a reabertura de oportunidade para manifestar-se nos autos. EREsp 422.778-SP, Rel. originário Min. João Otávio de Noronha, Rel. para o acórdão Min. Maria Isabel Gallotti (art. 52, IV, b, do RISTJ), julgados em 29/2/2012. <sup>11</sup>

Nessa mesma linha de raciocínio, segue jurisprudência do STJ:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. CIRURGIA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE INSTRUÇÃO. ARTIGOS ANALISADOS: 6º, VIII, E 14, § 4º, DO CDC. 1. Ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais, ajuizada em 14.09.2005. Dessa ação foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 25.06.2013. 2. Controvérsia acerca da responsabilidade do médico na cirurgia estética e da possibilidade de inversão do ônus da prova. 3. A cirurgia estética é uma obrigação de resultado, pois o contratado se compromete a alcançar um resultado específico, que constitui o cerne da própria obrigação, sem o que haverá a inexecução desta. 4. Nessas hipóteses há a presunção de culpa, com inversão do ônus da prova. 5. O uso da técnica adequada na cirurgia estética não é suficiente para isentar o médico da culpa pelo não cumprimento de sua obrigação. 6. A jurisprudência da 2ª Seção, após o julgamento do REsp 802.832/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 21.09.2011, consolidou-se no sentido de que a inversão do ônus da prova constitui regra de instrução, e não de julgamento. 7. Recurso especial conhecido e provido (STJ – REsp

---

<sup>11</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Secretaria de Jurisprudência. Informativo Nº: 0492. Período: 27 de fevereiro a 9 de março de 2012. Disponível em: <[www.stj.jus.br/docs\\_internet/informativos/RTF/Inf0492.rtf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0492.rtf)> Acesso em: 25 out. 2016.

1395254/SC 2013/01322420-9, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15-10-2013, 3ª T., DJe 29-1-2013)<sup>12</sup>

No processo do trabalho, o momento de inversão deve se operar antes da audiência de instrução, mediante decisão fundamentada, a fim de que a parte, em relação à qual o ônus vai se operar, não seja surpreendida. O NCPC corrobora esse entendimento, em seu art. 373, § 1º.

Edilton Meireles entende que a regra de inversão do ônus prova, prevista pelo art. 6º, VIII, do CDC, é regra de atividade e não de julgamento:

O disposto no art. 6º, inciso VIII, do CDC não estabelece uma simples regra de julgamento mas, sim, um comando que prevê um procedimento a ser adotado pelo juiz, vinculado às atividades a serem desenvolvidas pelas partes, especialmente pelo réu-fornecedor, ao se impor a este um ônus processual que ordinariamente não lhe seria exigível. A partir dessa decisão, o juiz estaria autorizado, para compatibilizá-la à atividade procedimental, a inverter os demais encargos processuais, como, por exemplo, em relação ao ônus pecuniário da realização da perícia quando determinada de ofício, numa verdadeira alteração da regra estabelecida no art. 33, in fine, do CPC que impõe ao autor esse encargo. Assim, o juiz estaria, a partir dessa inversão do ônus da prova, autorizado a adotar todas as providências procedimentais necessárias à efetivação desse direito do autor-consumidor. Seria, portanto, uma regra de atividade e não uma regra de julgamento (...) Assim, por exemplo, na reclamação trabalhista onde seja necessária a realização de prova pericial para comprovar o labor em condições perigosas, sendo o reclamante hipossuficiente, deve o juiz inverter o ônus da prova, incumbindo à demandada o ônus de comprovar o fato contrário. Evidentemente que o juiz deve verificar se o fato alegado na inicial é verossímil, pois a não comprovação das afirmações do réu, em sua defesa, acarretará a presunção de veracidade do aduzido pelo autor, o que pode conduzir a uma aberração jurídica, que repugna a consciência comum, em não existindo dita.<sup>13</sup>

Alguns dos que entendem que a inversão do ônus da prova é uma regra de julgamento, afirmam, inclusive, que nenhuma nulidade haverá se o juiz declarar invertido o ônus da prova antes do julgamento ou mesmo no julgamento. Ou seja, estaria prejudicada a possibilidade de a parte, sobre a qual recair o ônus, em razão da inversão, manifestar-se sobre a decisão de inversão.

---

<sup>12</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1395254/SC 2013/01322420-9, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15-10-2013, 3ª T., DJe 29-1-2013. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24712655/recurso-especial-resp-1395254-sc-2013-0132242-9-stj/inteiro-teor-24712656>>. Acesso em: 25 out. 2016.

<sup>13</sup> MEIRELES, Edilton. Inversão do ônus da prova no processo trabalhista, cit.

Bezerra Leite<sup>14</sup>, em sentido contrário a esse entendimento, assinala que a decisão que inverte o ônus probatório deve ser fundamentada, informando o magistrado as razões que o levaram à inversão do ônus. Isso atende ao princípio da fundamentação das decisões judiciais e também está em consonância com os princípios do devido processo legal e da ampla defesa. A melhor doutrina do processo do trabalho caminha nesse sentido.

Convém registrar que há quem entenda que a declaração de inversão do ônus da prova pode ocorrer, ainda, no julgamento da demanda em grau de recurso, na instância ordinária (TRT), o que parece ainda mais equivocado. Há julgados que admitem na instância extraordinária, mas isto é uma excrescência, vez que é vedado o reexame de provas nessa instância.

#### **4. A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA E A APLICAÇÃO SUPLETIVA DO ART. 373, §§ 1º E 2º, DO CPC/15 AO PROCESSO TRABALHISTA**

O art. 333 do CPC/1973, aplicado subsidiariamente ao processo trabalhista, aduzia que incumbe ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito e, ao réu, os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor. Todavia, essa distribuição trazida pelo código antigo era rígida, considerando apenas a posição da parte no processo e a natureza do fato controverso, mas não levando em conta as peculiaridades do caso concreto, nem as dificuldades que as partes podem ter para produzir as provas dos fatos controversos. Essa previsão estava em consonância com a concepção individualista e liberal do processo civil, que possui como valor fundante a autonomia da vontade, mas não em consonância com a concepção social do Direito Processual do Trabalho.

Já o CPC/15, em seu art. 373, incisos I e II, reitera a previsão do antigo artigo correspondente, no CPC/73. No entanto, seus parágrafos 1º e 2º preveem uma distribuição mais flexível do ônus da prova, a fim de proporcionar maior efetividade aos direitos assegurados pela ordem jurídica. Senão, veja-se:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

(...)

---

<sup>14</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

§ 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.<sup>15</sup>

Os parágrafos 1º e 2º do art. 373 do CPC/15 são desdobramentos da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, de vertente argentina e espanhola, que não se confunde com a inversão do ônus da prova, embora sejam evidentes os pontos de contato entre ambas. A inversão do ônus da prova pressupõe a presença dos critérios previstos em lei, que existem na regra pré-fixada para o ônus da prova. Já a distribuição dinâmica do ônus da prova, diferentemente da inversão, assenta-se no princípio da aptidão para produzir a prova, sendo que a adoção dessa teoria não pressupõe a presença da verossimilhança da alegação do autor.

Tal teoria traz o entendimento de que o juiz deve levar em consideração as especificidades do caso concreto e, caso verifique que a parte que teria o encargo de produzir a prova se encontra sem mínimas condições de o fazer, poderá distribuir o ônus da prova, atribuindo o encargo probatório à outra parte, que possui maior e melhor capacidade de produzi-la. Desse modo, ao magistrado é concedida a prerrogativa de avaliar qual das partes da relação jurídica processual possui melhores condições de suportar o encargo de provar.

Nesse mesmo sentido, Alexandre de Freitas Câmara assevera que:

Moderna doutrina tem afirmado a possibilidade de uma distribuição dinâmica do ônus da prova, por decisão judicial, cabendo ao magistrado atribuir o ônus da prova à parte que, no caso concreto, revelar melhores condições de a produzir. Busca-se, com isso, permitir que o juiz modifique a distribuição do ônus da prova quando verifique que este impõe a uma das partes a o ônus da prova diabólica.<sup>16</sup>

Alexandre Câmara<sup>17</sup> ainda faz uma ressalva no sentido de que essa distribuição dinâmica do ônus da prova somente tem fundamento quando a parte, a quem inicialmente caberia o ônus probatório, não possui capacidade de produzir a prova.

<sup>15</sup> BRASIL, Código de Processo Civil, 2015.

<sup>16</sup> CÂMARA, Alexandre de Freitas. Lições de direito processual civil. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, v. 1, p. 439.

<sup>17</sup> CÂMARA, Alexandre de Freitas. Lições de direito processual civil. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, v. 1.

A distribuição dinâmica tende a equilibrar as forças da relação jurídica processual, as quais, diga-se de passagem, são notoriamente assimétricas na relação jurídica processual trabalhista. A adoção dessa teoria consubstancia uma medida de aplicação do princípio da isonomia, mas sua adoção é exceção, não regra.

Existem críticas à teoria do ônus dinâmico da prova, no sentido de que o autor pode efetuar pedidos impossíveis, abusando da distribuição dinâmica do ônus da prova e também ingressando com ações fúteis, apostando em obter benesses, por conta da vantagem que a distribuição dinâmica lhe concede. No entanto, o legislador processual civil preveniu situações como essas, prevendo, no § 2º do art. 373, que o ônus dinâmico probatório não pode gerar situação de prova impossível para a outra parte.

Por outro lado, a teoria é consentânea com a tendência do processo contemporâneo de uma ampliação dos poderes dos juízes na instrução. Não bastasse isso, ela prestigia vários princípios que norteiam o nosso ordenamento, tais como os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade formal e substancial das partes, do acesso à justiça, da igualdade, da boa-fé e da cooperação.

Mas não se pode perder de vista que a adoção de tal teoria não deve se desvirtuar. O desvirtuamento pode representar riscos imensuráveis, tais como gerar uma situação em que a desincumbência do encargo probatório em relação a uma das partes, ao entendimento de que aquela prova é diabólica, acabe por atribuir o mesmo encargo à outra parte, configurando a mesma situação (porque, em alguns casos, a prova é impossível para ambas as partes).

A aplicação dessa teoria requer necessária cautela. Também aqui, tal como se verifica na inversão do ônus, deve o magistrado fundamentar a decisão, ao atribuir o ônus da prova à outra parte, ou seja, de forma diversa daquilo que enuncia a regra geral. Além disso, o magistrado deve fazer a distribuição do ônus antes da instrução processual, de forma que a parte, a quem incumbir o ônus, possa se manifestar.

O art. 818 da CLT, de forma singela, quase que lacônica, diz que a prova incumbe a quem alega, a quem fizer as alegações, adotando a teoria estática do ônus da prova. De longa data, já era aplicado o art. 333 do CPC/73 ao processo do trabalho e, hoje, é aplicado o art. 373 do CPC/15. Essa aplicação supletiva do art. 373 do CPC/15 ao processo do trabalho pode resultar na adoção da teoria do ônus dinâmico da prova também na seara trabalhista.

A Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova é compatível com o processo do trabalho e há autores, como Paulo Sérgio Jakutis<sup>18</sup>, que afirmam que a jurisprudência trabalhista

---

<sup>18</sup> JAKUTIS, Paulo Sérgio. A influência do Novo CPC no ônus da prova trabalhista. O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho. Editora Juspodivm, 2015.

já aplica tal teoria em questões que envolvem jornada e vínculo de emprego, tendo como grandes exemplos de adoção da Teoria do Ônus Dinâmico as Súmulas 212 e 338, ambas do TST.

Além disso, são diversas as justificativas para a adoção da Teoria do Ônus Dinâmico da Prova no processo do trabalho, a saber: a distribuição dinâmica do ônus probatório garantiria maior igualdade substancial na relação jurídica processual trabalhista, haja vista as diversas desigualdades, tanto econômicas, quanto sociais, entre as partes no processo do trabalho; a CLT é omissa quanto à distribuição dinâmica do ônus probatório na processualística do trabalho; o juiz deve ser interlocutor, agindo no sentido de buscar maior cooperação entre as partes, não mero expectador do processo, decidindo de forma justa e equa; os artigos 8º e 769 da CLT, conjugados com o art. 15 do CPC/15, autorizam a aplicação supletiva do processo comum ao processo trabalhista, quando houver compatibilidade entre ambos, podendo o magistrado suprir as omissões na seara trabalhista.

Mauro Schiavi<sup>19</sup> assevera que a distribuição dinâmica do ônus da prova pode ser utilizada no processo do trabalho em algumas hipóteses: reparações por danos morais, assédio moral, assédio sexual, discriminação em geral, entre outras. Isso porque, em todas essas questões, existe a dificuldade probatória do autor e essa é muito grande, justificando-se, portanto, a adoção da teoria. Schiavi ressalva que, mesmo nesses casos, o magistrado deve sopesar a boa-fé do trabalhador, a seriedade da alegação e todas as circunstâncias que envolvam o caso concreto.

## 5. CONCLUSÃO

O tema do ônus da prova possui extrema relevância tanto para o Direito Processual do Trabalho, quanto para a ciência processual como um todo. Todavia, a simplicidade da previsão do art. 818 da CLT faz com que, na legislação processual trabalhista, seja supletivamente aplicado o CPC. A inversão do ônus probatório, prevista pelo art. 6º, VIII, do CDC e pelo art. 373 do CPC/15 é compatível com o processo trabalhista, atendendo à previsão do art. 769 da CLT e, por isso, tal instituto já é adotado pelo processo do trabalho.

O momento de inversão do ônus da prova ainda dá causa a grande controvérsia na doutrina, mas o entendimento da melhor doutrina e do STJ é no sentido de que a regra de

---

<sup>19</sup> SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. De acordo com o novo CPC. 11. Ed. São Paulo: Editora LTr. 2016.

inversão é regra de instrução e a decisão judicial que inverte o ônus da prova deve ocorrer no momento de saneamento do processo. Desse modo, a parte terá oportunidade de manifestação nos autos e serão assegurados os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Além disso, a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova tem grandes possibilidades de ser admitida na processualística do trabalho, por conta de sua flexibilidade, a fim de viabilizar uma prestação jurisdicional mais justa e efetiva, principalmente diante da desigualdade existente entre empregado e empregador, quanto às melhores condições de produzir a prova.

Conclui-se que há a possibilidade de aplicação subsidiária e supletiva do processo comum ao processo trabalhista, quando houver omissões na legislação processual trabalhista e desde que exista compatibilidade entre o preceito que se pretende aplicar, do processo comum, e os princípios, valores e singularidades do processo do trabalho. O grande problema é que há uma inércia legislativa em relação ao processo trabalhista, segmento processual que, numa primeira fase, serviu como laboratório experimental das grandes conquistas do processo contemporâneo, notadamente a celeridade, a oralidade e a gratuidade, e que experimentou várias inovações, as quais foram trasladadas para o Direito Processual Civil.

O processo do trabalho cumpriu um papel de vanguarda, de pioneirismo para a ciência processual como um todo. Mas, de muitos anos para cá, bem poucas foram as inovações no âmbito processual trabalhista, fazendo com que o processo do trabalho perdesse muito esse papel de vanguarda que sempre o caracterizou. Seria, desse modo, necessária a edição de uma Lei Geral de Processo do Trabalho ou de um Código de Processo do Trabalho, a fim de que se encerrassem, em definitivo, todas as discussões trazidas pelo presente artigo. O processo do trabalho, a partir do momento em que é um processo autônomo, cientificamente falando, deveria ter um corpo de normas que, efetivamente, garantissem essa autonomia.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. A Teoria Dinâmica do ônus da prova. **O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho**. Editora Juspodivm, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1395254/SC 2013/01322420-9, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15-10-2013, 3ª T., DJe 29-1-2013. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24712655/recurso-especial-resp-1395254-sc-2013-0132242-9-stj/inteiro-teor-24712656>>. Acesso em: 25 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Secretaria de Jurisprudência**. Informativo Nº: 0492. Período: 27 de fevereiro a 9 de março de 2012. Disponível em: <[www.stj.jus.br/docs\\_internet/informativos/RTF/Inf0492.rtf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0492.rtf)> Acesso em: 25 out. 2016.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Lições de direito processual civil**. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, v. 1.

JAKUTIS, Paulo Sérgio. A influência do Novo CPC no ônus da prova trabalhista. **O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no Processo do Trabalho**. Editora Juspodivm, 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEIRELES, Edilton. Inversão do ônus da prova no processo trabalhista. Revista Juris Plenum. Caxias do Sul-RS: Plenum, 2005. CD-ROM, v. 2.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2001. 200 p.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. De acordo com o novo CPC. 11. Ed. São Paulo: Editora LTr. 2016.

SILVA, Antônio Álvares da; NETO, Platon Teixeira de Azevedo. Os poderes instrutórios do juiz do trabalho e o ônus probatório na vigência do Novo CPC. **Revista LTr**, Vol. 80, nº 05, Maio de 2016.

WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

I CONGRESSO DE DIREITO PROCESSUAL DA FACULDADE DE DIREITO DA UFJF, 2016, Juiz de Fora.