
CAPÍTULO II

PONDERAÇÕES SOBRE A APLICAÇÃO DA TEORIA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO TRABALHISTA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO ART. 373 DO NOVO CPC

Luiza Barreto Braga Fidalgo¹

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Da acepção jurídica da prova; 2.1 Princípios regentes; 2.2 Valoração da prova; 3. Do ônus probatório no processo trabalhista; 3.1 Incompletude do art. 818 da CLT e aplicação do art. 333 do CPC/73; 3.2 Possibilidade de inversão do ônus da prova; 3.3 Teoria da carga dinâmica do ônus da prova; 3.4 Do diálogo entre o processo civil e o processo trabalhista; 4. Conclusão

RESUMO

Esse artigo tem como escopo a investigação acerca dos pontos negativos e positivos, bem como a viabilidade fática, da aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova no processo trabalhista. No Direito Processual Comum, o Novo CPC consagrou de forma expressa essa teoria, cujo pioneirismo de previsão e de efetiva utilização foi do/no Código de Defesa do Consumidor/Direito das Relações de Consumo. Para alcançar esse mister, procedeu-se a um

¹ Graduando em Direito – Universidade Federal da Bahia. Integrante do Grupo de Pesquisa “SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS”. Técnica Judiciária do TRT – 5ª Região desde maio/2014. Foi estagiária do SAJU – UFBA de junho/2012 a fevereiro/2014, do Escritório de Advocacia “Rego, Nolasco e Lins” de janeiro/2014 a maio/2014 e é associada estudante da Associação Baiana de Defesa do Consumidor – ABDECON desde janeiro/2014. Foi Bolsista do Programa Jovens Talentos, no período de agosto/2012 a julho/2013, e do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação à Extensão Universitária (PIBIEX), no período janeiro/2014 a junho/2014. Endereço Eletrônico: fidalgoluiza@gmail.com.

esclarecimento sobre conceitos básicos sobre prova, sobre o ônus probatório, sobre a possibilidade de inversão e de aplicação da teoria da carga dinâmica do ônus da prova, bem como sobre a relação dialógica entre o processo civil e o trabalhista. Nesse particular, houve o cotejo entre dispositivos dos diplomas celetistas e os processuais comuns para que se analisasse se há compatibilidade normativa e principiológica no que tange ao direito probatório entre esses dois distintos âmbitos da *práxis* forense, mantendo-se como alicerce as previsões constitucionais que circundam o tema.

PALAVRAS-CHAVES: Ônus da Prova; Carga Dinâmica; Processo Trabalhista; Processo Cível; Compatibilidade.

ABSTRACT:This article is scoped research on the negative and positive points as well as the factual feasibility of applying dynamic theory of burden of proof in the labor process. In the Common Law Procedure, the New CPC consecrated expressly that theory, whose pioneering forecast and actual use was the / in the Consumer Protection Code / Law of Consumer Affairs. To achieve this mister, it proceeded to the clarification of basic concepts of proof on the evidential burden on the possibility of inversion and application of the theory of dynamic load of the burden of proof and on the dialogic relationship between the civil procedure and labor. In this regard, there was a comparison between devices of CLT diplomas and common procedure for that examine whether there are normative and principled compatibility regarding the probative right between these two different areas of forensic practice, keeping a foundation the constitutional provisions surrounding the theme.

KEY-WORDS: Proof of Charge; Dynamic Load; Process Labor; Civil Procedure; Compatibility.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo apresenta como lastro teórico a análise minuciosa acerca da viabilidade estrutural e da conjuntural da aplicação da teoria da carga dinâmica do ônus probatório no Processo do Trabalho. A justificativa teórica desse trabalho está umbilicalmente ligada ao exame da compatibilidade fática do artigo 373 do Novo CPC com os princípios e normas celetistas.

A Consolidação das Leis Trabalhistas foi elaborada em 1943, disciplinando tanto o direito adjetivo quanto o direito material na esfera trabalhista. Ainda que tenha havido diversas inovações normativas durante as décadas seguintes, constata-se que esse Decreto-Lei permanece defasado no tratamento de relevantes temas processuais. Nesse particular, identifica-se, por exemplo, que a matéria atinente à prova e à distribuição do seu ônus não foi exaustivamente tutelada por esse conjunto normativo, o que impulsiona os profissionais da área jurídica a buscarem em dispositivos do processo comum a completude para o tratamento dessa temática. O Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 333, dispunha sobre o cabimento do ônus da prova para o autor quanto a fato constitutivo de seu direito e ao réu quanto a fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do autor. O Código de Defesa do Consumidor, pioneiramente, previu de forma

expressa as possibilidades de inversão do ônus da prova e de aplicação da teoria da carga dinâmica do ônus probatório, desde que atendidos os requisitos constantes na Lei 8.078/1990. Nesse contexto, o advento do Novo CPC com a positivação dessa última teoria representa um avanço na construção de uma produção probatória mais razoável e equânime.

A Lei 13.105/2015 trouxe, outrossim, um dispositivo bastante polêmico no que atine à aplicação das normas gerais de processo. O artigo 15 desse diploma dispõe que “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”. Ocorre que, *a priori*, seria possível cogitar a existência de um conflito normativo entre esse texto legal e o quanto previsto pelo artigo 769 da CLT. No presente artigo, estudar-se-á se a ideia de compatibilidade entre as normas trabalhistas e as de outros ramos jurídicos exigida pelo diploma celetista terá, ou não, sido derogada pela *novatio legis*. No que concerne à importância social dessa pesquisa, sobressai o fulcro de tecer ponderações preliminares acerca de conhecimentos teóricos e de ordem prática que circundam essa temática para que se colabore na resolução dos conflitos trabalhistas de maneira

equânime, prezando pelo respeito à busca da verdade real também no campo do direito processual.

2. DA ACEPÇÃO JURÍDICA DE PROVA

No que concerne às acepções jurídicas de prova, há a hipótese em que esse termo é empregado como “meio de prova”, correspondendo ao modo através do qual a parte pretende evidenciar os fatos que intenta demonstrar em juízo. Outra aplicação possível do vocábulo prova no cotidiano jurídico refere-se a sua utilização como “convencimento do juiz”, em consonância com os elementos presentes nos autos do processo. Coqueijo Costa (1995, p. 324) adota explicitamente a supracitada divisão, sustentando que a prova possui dois sentidos em direito. Pelo mais amplo, representa o complexo de elementos de que um juízo pode fazer uso para alcançar o conhecimento dos fatos relevantes para a solução de uma lide, sendo esses elementos os depoimentos pessoais, os documentos, testemunhos, perícias, indícios e presunções, que podem ser apresentados pelas partes, por iniciativa do magistrado ou por terceiros. Em sua acepção mais estrita, prova é uma porção dos elementos suprarreferidos, por meio dos quais o autor intenta convencer o julgador acerca da ocorrência dos fatos em que lastreia sua pretensão.

2.1 PRINCÍPIOS REGENTES

A jurisprudência e a doutrina que tratam do processo civil comum convergem na eleição dos princípios basilares concernentes à prova. Dentre eles, alguns têm origem direta na Constituição Federal, tais como o princípio do “acesso à justiça”, do “contraditório” e da “ampla defesa”, umbilicalmente ligados ao que parte da doutrina chama de “direito fundamental à prova.” Quanto aos princípios correlatos à fase instrutória do processo, é possível apontar o “princípio da identidade física do juiz”, o “princípio da imediação ou da “imediaticidade”, o “princípio do livre convencimento motivado do juiz” ou da “persuasão racional do juiz” e o “princípio da aquisição da prova.”(BUENO, 2007, p. 241/243)

No âmbito processual trabalhista, a doutrina se aproxima, mas não é uníssona na identificação dos princípios probatórios. Para Mauro Schiavi (2013, p. 602/609), são princípios regentes da prova no Direito Processual do Trabalho: 1) Necessidade da Prova; 2) Contraditório e ampla defesa; 3) Licitude e probidade da prova; 4) Oralidade; 5) Aquisição processual da prova no Processo do Trabalho; 6) Livre-convencimento motivado do juiz; 7) Busca da Verdade Real; 8) Aptidão para a prova; 9) Princípio da lealdade processual e boa-fé. Carlos Henrique Bezerra Leite (2010,

p.544/560) menciona os seis primeiros princípios trazidos por Schiavi, mas, em lugar dos três últimos, ressalta como princípios probatórios o princípio da “unidade da prova”, o da “imedição” e o “*in dubio pro misero*”. Ainda é possível vislumbrar como princípios probatórios o da “igualdade de oportunidade de prova”, o da “oportunidade de prova”, o da “comunhão da prova”, o da “obrigatoriedade da prova” e o da “disponibilidade da prova”.(MARTINS, 2011, p. 316) Destes, serão pormenorizados somente os princípios da aquisição processual da prova, do livre convencimento motivado, da busca da verdade real, da aptidão da prova e do *in dubio pro misero*, por maiores ligações com o tema objeto do presente estudo.

No que concerne ao princípio da aquisição processual da prova no Processo do Trabalho, Mauro Schiavi (2013, p. 605) dispõe que, “uma vez produzida a prova no processo, ela passa a pertencer ao processo, integrando o corpo processual, independentemente da parte que a produziu.” Essa máxima está consubstanciada no art. 371 do CPC de 2015. Esse princípio materializar-se-á na concepção de que a prova produzida nos autos não poderá mais ser deles desentranhada, com ressalva para as situações específicas em que a lei autoriza essa retirada (LEITE, 2010, p. 555), tal como no art 432, parágrafo único, do CPC de 2015.

O princípio do livre-convencimento motivado do juiz também é denominado de princípio da persuasão racional, o qual faculta que o juiz firme seu convencimento, de forma livre, acerca da verossimilhança dos fatos da causa, desde que explicita as razões de sua convicção. (SCHIAVI, 2013, p. 606). A esse sistema jurídico que disciplina a posição do magistrado na aferição da prova processual se contrapõe o sistema da certeza legal. O art. 371 do Novo CPC consagra esse princípio. Na CLT, é o art. 832 que determina que deverá constar na sentença a “apreciação das provas” e os “fundamentos da decisão”.

O princípio da busca da verdade real, ainda que mais comum no processo penal, amolda-se perfeitamente ao processo trabalhista, especialmente se considerado o art. 765 da CLT. (SCHIAVI, 2013, p. 606) Complementa José Cairo Júnior (2011, p. 420) que a verdade acerca das afirmativas dos fatos, almejada no âmbito desse princípio, nem sempre é absoluta, visto que concerne, na maioria dos casos, a fatos que ocorreram no passado, que podem se deteriorar na memória de testemunhas ou em documentos coadunados aos autos. A autorização normativa expressa para que os magistrados determinem quaisquer diligências necessárias ao esclarecimento das demandas trabalhistas está em plena

consonância com o princípio da primazia da realidade, corolário do Direito do Trabalho.

O princípio da aptidão para a prova está em consonância com a tese que será discutida nesse trabalho científico, normatizada pelo Novo CPC, pois, como assevera Sérgio Pinto Martins (2011, p. 316), esse princípio corresponderá à diretriz de que “a parte que tem melhores condições de fazer a prova o fará, por ter melhor acesso a ela ou porque é inacessível à parte contrária (...) independentemente de ser autor ou ré. Torna-se, nesse íterim, substancial assinalar que não remete esse princípio à inversão do ônus da prova disciplinado pelo art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, mas trata de, sob a égide dos princípios constitucionais do acesso à justiça, do contraditório, da ampla defesa e da igualdade substancial dos litigantes, atribuir o ônus probatório a quem detenha melhores condições materiais ou técnicas de produzir a prova em juízo. (SCHIAVI, 2013, p. 607)

O princípio do “*in dubio pro misero*” representa a alternativa de o magistrado, havendo dúvida razoável nos autos, interpretar a prova produzida em prol do empregado, o qual, em regra, é autor da ação trabalhista. (LEITE, 2010, p. 557) Sob esse prisma, para Coqueijo Costa (1995, p. 326), “conflitante ou dividida a prova, decide-se em favor do

empregado, por força do princípio *in dubio pro operario*”. Cumpre ressaltar que o reconhecimento da razoabilidade e da legitimidade desse princípio não é unânime na doutrina, pois parte dos juízes e operadores do direito entendem que deve preponderar no processo a igualdade entre as partes.

2.2 VALORAÇÃO DA PROVA

A valoração da prova apresenta-se como a avaliação da capacidade de persuasão, de que sejam dotados os elementos de prova contidos no processo. No processo hodierno, essa valoração é realizada majoritariamente pelo magistrado, a quem poucos e singulares parâmetros valorativos são determinados pela lei. (DINAMARCO, 2009, p. 100). No que concerne a essa escassez de escalonamento valorativo probatório, assevera Coqueijo Costa (1995, p. 325) que, não tendo as leis processuais imposto uma hierarquia entre os meios de prova existentes, cada uma possui seu valor intrínseco, constatando-se que a “distinta eficácia dos meios de prova será dada por meio do contato mais ou menos imediato que provoque entre o Juiz e os meios de prova”. Sob esse ângulo, tecidas essas conclusões preliminares, o magistrado aplicará o direito à espécie, acolhendo ou rejeitando os requerimentos feitos pelas partes.

Constata-se que o art. 371 do Novo CPC guarda correspondência legislativa parcial com o art. 131 do CPC de 1973, pois, como pontua Fredie Didier (2015, p. 102) houve a retirada do termo “livremente”, presente no diploma não mais em vigor, que ensejava interpretação dúbia, podendo, se mal compreendido, dar a falsa idéia de que o magistrado estava livre para valorar a prova como lhe aprouvesse. O atual art. 371 contém o cerne do princípio da aquisição processual e não deixa dúvidas quanto à expressa adoção do princípio do livre convencimento motivado, ambos já esmiuçados em tópico anterior. Sublinhe-se que, na seara trabalhista, em que o processo possui grande carga oral, a conduta das partes no deslinde dos autos e na audiência pode influenciar, de forma significativa, a convicção do magistrado, a depender do grau de honestidade, arrogância, boa-fé, segurança ao depor e cooperação com a justiça, por exemplo.

Ainda é preciso pontuar a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da aplicação do princípio do *in dubio pro operário* no processo trabalhista, sendo predominante a tese da incompatibilidade desse princípio do direito material com o direito adjetivo, devendo o magistrado trabalhista, nas hipóteses de prova dividida, decidir a lide contra quem recaiu o ônus probatório. (SCHIAVI, 2013, p. 634 e 636) Ainda que o supracitado princípio seja um corolário do direito do

trabalho, em termos processuais, notadamente com as mudanças trazidas pelo parágrafo primeiro do art. 374 do Novo CPC, sobressai a necessidade de maiores ressalvas para que não se sacrifique o direito de uma parte devido ao não esclarecimento de fato cuja obrigação de comprovar era de responsabilidade do *ex adverso*.

3. DO ÔNUS PROBATÓRIO NO PROCESSO TRABALHISTA

A Consolidação das Leis Trabalhistas, bem como a legislação processual cível pátria, deixaram para a doutrina e a jurisprudência o encargo de construir um conceito de ônus, instituto que permanece sendo mal compreendido mesmo entre muitos operadores do direito. Ônus, para Leonardo Rodrigo Xavier (2004, p. 55), difere de obrigação, visto que “trata-se de um agir fundado na liberdade da parte e não na correspectiva pretensão de outrem.” No mesmo sentido, Coqueijo Costa (1995, p. 329) sustenta que quem possui interesse na afirmação tem sobre si o ônus – não o dever – da prova, visto que o ato de provar está umbilicalmente ligado a interesses próprios, não havendo portanto, relação nem sujeição. Nessa senda, no momento da sentença, caso se depare com ausência ou incompletude de prova para demonstrar a veracidade dos fatos controvertidos, o

magistrado decidirá a causa em desfavor daquele a quem o sistema legal imputou o ônus da prova. Esta será a ideia adotada no presente trabalho.

3.1 INCOMPLETUDE DO ART. 818 DA CLT E APLICAÇÃO DO ART. 333 DO CPC/73

O Decreto-Lei 5452/1943 não pormenorizou plenamente a disciplina do ônus probante, apresentando como dispositivos esparsos que se relacionam ao tema, por exemplo, os artigos 818, 852-D e o parágrafo oitavo do artigo 896. O art. 818 consagra regra geral nos processos trabalhistas, a de que a prova das alegações recai sobre a parte que as fizer. A redação constante no art. 852-D, aplicável ao procedimento sumaríssimo, é a positivação da liberdade/dever que o julgador tem de dirigir o processo, inclusive limitando ou excluindo as provas que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, apreciando-as na esteira do princípio do livre convencimento motivado, prestigiado pelo art. 371 do Novo CPC. O parágrafo oitavo do mencionado art. 896 trata da imputação do ônus de provar a divergência jurisprudencial alegada ao recorrente, estando em harmonia, portanto, com a máxima de que a alegação deverá ser comprovada por quem a fez.

Para o magistrado, importa o que está sendo demonstrado nos autos, sendo irrelevante quem produziu essa demonstração, tal como já tratado quando da explanação do princípio da aquisição processual da prova no Processo do Trabalho. Pontua Sérgio Pinto Martins (2011, p. 318) que a incompletude da CLT em tratar da distribuição do ônus da prova decorre do fato de ela ter como referência o CPC de 1939, que também era lacunoso quanto a esta disciplina. Na *práxis* forense, torna-se essencial reconhecer que, caso aplicado literalmente, o art. 818 da CLT causaria grandes distorções. Nesse particular, Wagner Giglio e Claudia Corrêa (2007, p. 227) acentuam que, tendo-se em vista que toda negativa contém, implicitamente, a afirmativa contrária, a repartição do *onus probandi* ficaria na pendência, de forma literal, da habilidade do redator da petição inicial e da contestação: para se eximir da carga de prova de haver sido despedido, bastaria ao autor sustentar que a cessação da relação de emprego não decorreu de acordo, pedido de demissão ou abandono de emprego.

Dado o tratamento insuficiente da CLT sobre a repartição do ônus probatório, doutrina e jurisprudência majoritária aplicavam subsidiariamente à seara trabalhista a previsão do art. 333 do CPC, tendo em vista que essa norma guarda pertinência e compatibilidade com os princípios e

ditames trabalhistas. Comunga com esse entendimento José Augusto Rodrigues Pinto (2005, p. 460), para quem, em sua base, o tratamento dispensado pelo art. 818 da CLT se assemelha ao dado pelo art. 333 do CPC, variando quanto à maior ou menor explicitação conferida à repartição do ônus probatório. O art. 818 da CLT, bem como o art. 333 do CPC de 1973, consagravam o denominado ônus estático da prova, por vezes cunhado como ônus tarifado da prova, por independer da natureza do processo e dos fatos da causa. Com o advento do CPC de 2015, positivou-se na legislação processual cível, através do parágrafo primeiro do art. 373 do referido diploma, a denominada teoria da carga dinâmica do ônus da prova, que será pormenorizada adiante. Manteve o referido dispositivo, porém, a já citada regra geral de que: cabe ao autor provar fato constitutivo de seu direito e ao réu provar fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor.

Dada a necessidade de maior aprofundamento e esclarecimento de controvérsias sobre a temática, o Tribunal Superior do Trabalho editou enunciados sumulares que cuidam da imputação do ônus da prova em situações específicas. Exemplificam esse zelo jurisprudencial as redações das Súmulas 6, VIII; 16; 212; 254 e 338. O inciso oitavo da súmula n. 6 positiva o entendimento disciplinado pelos incisos do art. 333 do CPC de 1973, atualmente presente no art. 373

do CPC de 2015. De acordo com a redação do item I da Súmula 338, constitui ônus do empregador que possuir mais de dez empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, parágrafo segundo, da CLT, acarretando a não-apresentação injustificada desses controles de frequência presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, passível de ser elidida por prova em contrário. Carlos Henrique Bezerra Leite (2010, p. 566) complementa que, no que tange ao ônus de provar as horas extraordinárias, à exceção do quanto já disciplinado por esse enunciado, a jurisprudência majoritária indica que o ônus de provar a jornada de labor alegada e delimitada na inicial é do autor da ação, visto que constitui fato constitutivo do direito às horas extras.

Acrescente-se, ainda, a relevância das Orientações Jurisprudenciais editadas pelo TST para a tutela da matéria. No que concerne ao vale-transporte, a SDI-I mantinha em vigor, até 31/05/2011, a OJ n. 215, segundo a qual “É do empregado o ônus de comprovar que satisfaz os requisitos indispensáveis à obtenção do vale transporte.” A OJ n. 233, da mesma Seção, que permanece eficaz, dispõe que “A decisão que defere horas extras com base em prova oral ou documental não ficará limitada ao tempo por ela abrangido, desde que o julgador fique convencido que o procedimento questionado

superou aquele período.” Para Sérgio Pinto Martins (2011, p. 321), a prova oral tem de ser limitada ao tempo laborado pela testemunha em concomitância com o reclamante, cabendo ao autor evidenciar todo o período em que houve labor extraordinário. A OJ n. 301, alvo de severas críticas doutrinárias, devido à possível obrigação que seria imputada à empresa de provar fato negativo, encontra-se, desde 31/05/2011, cancelada.

Ante o exposto, constata-se que as lacunas existentes no diploma celetista para a tutela da repartição do ônus da prova impulsionaram doutrina e jurisprudência a buscar na legislação processual comum alternativas de aplicação subsidiária. Nesse panorama, o art. 333 do CPC/73 despontou como uma possibilidade de complementação. Estudando-se o referido artigo, percebe-se que houve correspondência legislativa parcial dele com o art. 373 do Novo CPC. Entretanto, quanto à redação de seus incisos, não houve mudanças estruturais. Nesse particular, preservou-se a regra geral de que recai sobre o autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito e sobre o réu a prova dos fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do autor. Trazendo-se exemplos da seara trabalhista, é possível citar como fatos constitutivos do direito do reclamante a existência da relação de emprego, o despedimento e o labor em feriados. Já para a

reclamada, imputa-se a prova de cumprimento integral de contrato a termo, pagamento das indenizações legais, da remuneração do feriado em dobro, como fatos extintivos; a existência de pedido de demissão, justa causa para despedimento, gozo de descanso em outro dia da semana, como fatos modificativos ou impeditivos do direito do autor. (GIGLIO, 2007, 227)

Para Humberto Theodoro Júnior (2014, p. 1435) “Quando, todavia, o réu se defende através de defesa indireta, invocando fato capaz de alterar ou eliminar as consequências jurídicas daquele outro fato invocado pelo autor, a regra inverte-se. É que, ao se basear em fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor, o réu implicitamente admitiu como verídico o fato básico da petição inicial, ou seja, aquele que causou o aparecimento do direito que, posteriormente, veio a sofrer as consequências do evento a que alude a contestação.”

3.2 POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Contemporaneamente, vigora, na *práxis* forense trabalhista, a possibilidade de inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor (LEITE, 2010, p.569). Essa regra de distribuição

da prova, consagrada de forma pioneira pela Lei 8.078/90, apesar de não constar na CLT, tem sido continuamente usada no processo trabalhista, por com ele guardar grande pertinência, visto que, não raro, o estado de hipossuficiência do reclamante o obstaculiza de produzir provas de suas alegações fáticas em juízo, ou essa prova se mostra excessivamente onerosa, apresentando o risco de impedir a efetividade do próprio direito que se postula. (SCHIAVI, 2013, p. 621). Nesse sentido têm se manifestado jurisprudência e doutrina dominantes.

Favoráveis à aplicação dessa tese na seara trabalhista, José Cairo Júnior (2011, p. 460) e Coqueijo Costa (1995, p. 329) reportam suas teorias ao quanto previsto no art. 333, parágrafo único do CPC de 1973. José Cairo Júnior (2011, p. 460) defendia, na vigência do CPC/73, que a nulidade da convenção que distribuía de modo diverso o ônus da prova (art. 333, parágrafo único) pode ser mitigada no processo trabalhista, atribuindo-se validade a ela caso, por exemplo, demonstre-se que foi realizada após a extinção do contrato de trabalho e desde que não torne a prova excessiva para o hipossuficiente. Complementa Coqueijo Costa (1995, p. 329) que essa norma se refere a elementos probatórios de direito material, prevendo a possibilidade de inversão do ônus da prova, mediante ajuste dos contratantes. Nessa senda, como o

parágrafo único só nulifica a inversão convencionada nas situações que traz em seus dois incisos, para o autor, será ela válida nos demais casos em que houver distribuição, de modo diferente, do ônus probatório, podendo atingir reclamante ou reclamado.

Paralelamente, acentue-se que, sendo a inversão do ônus da prova instrumento processual de facilitação da defesa dos direitos do consumidor – no caso da Justiça do Trabalho, reclamante – ele está adstrito à isonomia no processo civil, não sendo possível que dele se lance mão para que se facilite que o consumidor (ou reclamante) vença a demanda. (CABRAL, 2008, p. 420) Rodolfo Pamplona Filho e Tércio Souza (2013, p. 389) acrescentam que há quem entenda que o art. 852-D da CLT autorize expressamente a inversão do ônus da prova, podendo ser aplicado não apenas ao procedimento sumaríssimo, mas, também, ao rito ordinário. Entendem esses autores, porém, que, para que se viabilize a inversão do ônus da prova, é preciso que se identifiquem os requisitos que autorizam a sua realização de acordo com o art. 6º, inciso VIII, do CDC, quais sejam: “exercício da faculdade pelo juiz, verossimilhança das alegações ou quando, no particular, evidenciada a hipossuficiência da parte em produzir a prova, segundo as regras de experiência.” (PAMPLONA FILHO E SOUZA, 2013, p. 389) É possível reconhecer na

jurisprudência do C.TST situações em que houve repartição do ônus probatório de forma divergente ao quanto previsto nos artigos 818 da CLT e 333 do CPC/73, mas em comunhão do quanto consagrado pelos parágrafos primeiro e segundo do art. 373 do CPC de 2015.

Quanto ao momento da inversão do ônus probatório, sustentam Nelson Nery Júnior e Rosa Nery (2015, p. 994) que, se o juiz, antes de proferir a sentença, inverter o ônus probante, não estará, somente por essa razão, prejudgando a causa, não ensejando, essa conduta, suspeição do magistrado. Pontue-se, ainda, que o parágrafo terceiro do art. 373 do CPC/15 conservou o cerne do já citado parágrafo único do art. 333 do CPC/73, tendo havido o adendo de que as partes podem convencionar de forma expressa distribuição diversa do ônus probatório, podendo essa celebração ocorrer antes ou depois do processo, na forma do parágrafo quarto do art. 373 do Novo CPC. Atente-se ainda para o fato de que, por meio da edição das já citadas Súmulas 212, 254 e 338 o Tribunal Superior do Trabalho sinalizara, em dadas circunstâncias, ser favorável à inversão do ônus da prova através de presunções firmadas em favor do empregado².

² Nesse sentido, vide: TRT-5 - RecOrd: 00008051120105050010 BA 0000805-11.2010.5.05.0010, Relator: JEFERSON MURICY, 5ª. TURMA, Data de Publicação: DJ 25/11/2013. EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO.

3.3 TEORIA DA CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Conceitualmente, a Teoria da Carga Dinâmica na Produção do Ônus da Prova representa a possibilidade que o magistrado tem de atribuir o ônus probatório à parte que apresentar condições mais favoráveis de produzi-la. Para Mauro Schiavi (2013, p. 624), a carga dinâmica do ônus da prova possui lastro nos princípios da aptidão para a prova, cooperação processual, boa-fé objetiva das partes no processo e também em critérios de justiça e razoabilidade, devendo ser aplicada como forma de efetivar o acesso a uma ordem jurídica justa. Pontue-se, ainda, que esta última teoria não se confunde com a da inversão do ônus da prova, ainda que elas guardem semelhanças. Enquanto a inversão do ônus da prova é teoria cujos pressupostos para que haja sua aplicação estão previstos na lei, a carga dinâmica dispensa o requisito da presença de verossimilhança da alegação do autor, fundando-se, precipuamente, no princípio da aptidão para a prova.

HORAS EXTRAS. JORNADA DE TRABALHO. CONTROLES DE PONTO. OMISSÃO PELO EMPREGADOR. ÔNUS DA PROVA. Disponível em < <http://trt-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/166001672/recurso-ordinario-record-8051120105050010-ba-0000805-1120105050010>>. Acesso em 04 dez.2015.

Configurando-se claramente como exceção à regra geral, há quem sustente que a técnica do ônus dinâmico da prova representa, no novo Código, uma hipótese de inversão do ônus probatório através de decisão judicial fundamentada, devendo, portanto, ser aplicada com cautela redobrada. Vale ressaltar, ainda, que a parte contra quem foi invertido o ônus probatório, mediante a configuração dos requisitos da carga dinâmica, está protegida pelo princípio de direitos humanos que veda que se obrigue alguém a produzir prova contra si mesmo. (NERY JÚNIOR E NERY, 2015, p. 997). Na seara trabalhista, ganha respaldo a aplicação da teoria da carga dinâmica visto que, apesar de, com frequência, ser perceptível no âmbito material a identificação de prática laboral sujeita a condições de trabalho inadequadas, não raro o empregado encontra óbices para reunir testemunhas ou constata-se impedido de produzir uma prova complexa devido à insuficiência de recursos econômicos para tanto. (PAMPLONA FILHO E SOUZA, 2013, p. 387)

Diante do exposto, percebe-se que a repartição do ônus probatório não deve ocorrer *in abstracto*, mas deve atender às peculiaridades de cada caso concreto. Ademais, com a positivação dessa teoria pelo CPC de 2015, houve o estabelecimento de parâmetros que precisam ser respeitados para que o magistrado, de forma fundamentada, reparta de

forma diversa o encargo probatório. Como pressupostos formais gerias para que possa haver a redistribuição do ônus da prova pelo juiz, Fredie Didier aponta a) decisão motivada; b) momento da redistribuição – antes do proferimento da decisão e c) proibição de a redistribuição implicar prova diabólica reversa. Nesse particular, atente-se para o parágrafo segundo do art. 373 do Novo CPC, cuja redação é expressa no sentido de que alicerça a técnica da repartição do ônus probatório de forma dinâmica a idéia de que o encargo que seja diversamente atribuído a uma parte não seja impossível ou excessivamente difícil de ser demonstrado. Cumpridos os requisitos legais para sua aplicação, vislumbra-se a configuração da teoria dinâmica do ônus probatório como a materialização do princípio da busca da verdade real.

3.4 DO DIÁLOGO ENTRE O PROCESSO CIVIL E O PROCESSO TRABALHISTA

A Consolidação das Leis Trabalhistas não foi exauriente na disciplina da matéria probante. Dada a incompletude do art. 818 desse diploma para nortear o regime geral de produção e distribuição das provas, ainda que não haja a omissão propriamente expressa pelo art. 769 da CLT, entende-se pela aplicação do Código de Processo Civil e pelas demais normas do Direito Processual Comum que sejam compatíveis com os

princípios trabalhistas, nos moldes do quanto indicado na segunda parte da redação desse artigo. Constata-se, assim, claramente, que a expressão utilizada pelo art. 769 da CLT para que possa se cogitar da aplicação subsidiária do direito processual comum é “nos casos omissos.” Todavia, ressalva Wagner Giglio (2007, p. 227) que, ainda que não haja propriamente a omissão preconizada pelo referido artigo da CLT no que tange ao tratamento do ônus probatório, diante da “inconveniência” do art. 818 desse diploma, a jurisprudência tem aceitado a aplicação subsidiária do art. 333 do CPC, o que foi materializado pelo já citado inciso oitavo da súmula n. 6. Em comunhão com essa tese, Wolney de Macedo Cordeiro defende que o modelo de aplicação da legislação processual comum apenas quando houver efetiva omissão material da norma trabalhista encontra-se defasado, e que a letargia em que o direito processual do trabalho se apresenta, em contraponto com a evolução do processo civil, demanda a revisão hermenêutica do modelo de aplicação subsidiária. (ATHAYDE CHAVES, 2007, p.27)

O artigo 15 do Novo CPC prevê que “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”, não guardando correspondência legislativa com dispositivos presentes no

diploma anterior. Nelson Nery Júnior (2015, p. 232) pontua que o próprio Decreto Lei 5452/1943 dispõe, por meio do já citado art. 769, que, inexistindo regramento específico, o CPC será subsidiariamente aplicado aos processos judiciais trabalhistas, desde que com os princípios e normas dessa Especializada guarde compatibilidade. Nessa senda, discute-se se a semântica do art. 15 do Novo CPC de algum modo seria conflitante ou capaz de derogar o quanto previsto no art. 769 da CLT, por ser *novatio legis*. A favor da preponderância do quanto previsto no diploma trabalhista para esse ramo da Justiça, há a justificativa de utilização do critério da especialidade.

Sustenta-se, porém, ser aparente, não real, o conflito existente entre os suprarreferidos artigos 769 da CLT e 15 do CPC/15, sendo plenamente possível a coexistência pacífica de ambos, na esteira do quanto defendido por Mauro Schiavi (MIESSA, 2015, p. 56). Para esse autor, o artigo 15 e as disposições do Novo CPC influenciarão doutrina e jurisprudência no sentido da reforma de muitas teses trabalhistas, mas são normas gerais, incapazes, portanto, de revogar os artigos 769 e 889 da CLT, que são normas especiais aplicáveis ao processo trabalhista. Como segundo argumento para sua tese, Schiavi assevera que o art. 769 da CLT fala em processo comum, não propriamente em processo

civil para acolmar as lacunas da legislação processual trabalhista. Em sentido contrário, Edilton Meireles (MIESSA, 2015, p. 53) sustenta que o processo do trabalho não é autônomo frente ao processo civil brasileiro, o que tornaria coerente e plausível que o art. 15 do Novo CPC tenha revogado o art. 769 da CLT. Consoante esse autor, haverá a aplicação subsidiária do processo cível quando houver plena ausência de norma celetista sobre o tema, incidindo a aplicação supletiva nos casos em que o diploma trabalhista dispuser sobre a matéria discutida, mas de forma incompleta. Outrossim, sustenta o autor que, quando a lei mais específica dispuser de modo a esgotar a matéria, afasta-se a hipótese de aplicação supletiva, ressaltando-se que, nos momentos em que não se está diante de uma omissão absoluta ou relativa, toda regra do CPC que visar ampliar o acesso à Justiça do Trabalho, for compatível com a celeridade processual e intentar a plenitude da efetividade das decisões judiciais será aplicável à seara trabalhista. (MIESSA, 2015, p. 41 e 47)

Independente da concepção sobre autonomia do processo do trabalho ou revogação do art. 769 da CLT que se adote, deve-se ter em mente que o objetivo primaz de uma aplicação supletiva e/ou subsidiária da legislação processual cível na Justiça do Trabalho continua sendo a busca da materialização do princípio da verdade real. Nessa seara,

defende-se que continua sendo requisito indispensável para a aplicação no processo trabalhista a compatibilidade do dispositivo – seja ele do CPC ou da legislação extravagante – com os princípios da celeridade processual, da efetividade das decisões judiciais, da duração razoável do processo e, principalmente, do já citado princípio da busca da verdade real.

4. CONCLUSÃO

É perceptível o anacronismo do tratamento processual da repartição do ônus probatório da CLT no que concerne às demandas hodiernas. Nesse contexto, as inovações previstas pelo Novo CPC figuram como uma positivação da alternativa de utilização dos institutos da inversão do ônus da prova e da distribuição dinâmica do ônus probatório no campo da legislação processual comum. Conforme já explicitado no decorrer desse artigo, constata-se que o C. TST editara enunciados sumulares em que expressamente consagrava a inversão do ônus da prova, mormente por meio de presunções favoráveis ao empregado, mesmo quando essa técnica era prevista apenas pelo CDC.

Outrossim, a compatibilidade dessas novas normas com os princípios e enunciados reconhecidos pela/na seara trabalhista figura como uma excelente oportunidade de atendimento da

necessária atualização do processo do trabalho, cujo principal diploma normativo há muito não sofre substanciais mudanças no campo da repartição do ônus probatório. Na esteira do quanto discutido anteriormente, sustenta-se que o art. 15 do CPC de 2015 não derogou o art. 769 da CLT, sendo vital que sejam aplicadas à Justiça Especializada apenas as normas que comunguem com os essenciais princípios de celeridade processual, razoável duração do processo, busca da verdade real e efetividade das decisões judiciais.

Defende-se, ademais, ser o processo do trabalho uma disciplina autônoma, sem que isso implique o seu afastamento da legislação extravagante e do diploma processual cível. O principal intuito da aplicação supletiva e subsidiária do CPC ao processo do trabalho continuará sendo a materialização de um processo mais equânime, em que se priorize a materialização da verdade dos fatos, razão pela qual entende-se que o parágrafo primeiro do art. 373 do Novo CPC, conjugado com o parágrafo segundo do mesmo artigo, consagra norma plenamente aplicável às lides trabalhistas.

REFERÊNCIAS

ATHAYDE CHAVES, Luciano. Organizador. **Direito processual do trabalho: reforma e efetividade**. São Paulo: LTr, 2007.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 5452**, DE 1º DE MAIO DE 2015. Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm> Acesso em 31 out. 2015.

_____. **LEI Nº 5.869**, DE 11 DE JANEIRO DE 1973. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm> Acesso em 29 out. 2015.

_____. **LEI Nº 8.078**, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. Código de Defesa do Consumidor. Diário Oficial da União. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm> Acesso em 29 out. 2015.

_____. **LEI Nº 13.105**, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em 29 out. 2015.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAIRO JÚNIOR, José Cairo. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. Salvador: Jus Podivm, 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Processo Civil**. Volume I, 18ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

COQUEIJO COSTA. **Direito Processual do Trabalho**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1995.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2009.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Atlas, 2015.

GIGLIO e CORRÊA, Wagner D. e Claudia Giglio Veltri. **Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2007.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**, 8ª edição. São Paulo: LTr, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros**. 32ª edição. São Paulo: Atlas, 2011.

MIESSA, Elisson. Organizador. **O Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do Trabalho**. São Paulo: Jus Podivm, 2015.

NERY JÚNIOR E NERY, Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PAMPLONA FILHO e SOUZA, Rodolfo e Tercio. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Processo trabalhista de conhecimento**. São Paulo: LTr, 2005.

SCHIAVI, Mauro. **Curso de direito processual do trabalho**. 6ª edição. São Paulo: LTr, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, volume I, 55ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA QUINTA REGIÃO, RecOrd: 00008051120105050010 BA 0000805-11.2010.5.05.0010, Relator: JEFERSON MURICY, 5ª. TURMA, Data de Publicação: DJ 25/11/2013. Disponível em <<http://trt-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/166001672/recurso-ordinario-record-8051120105050010-ba-0000805-1120105050010>>. Acesso em 04 dez. 2015.

XAVIER, Leonardo Rodrigo. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Direito processual civil avançado**, volume I, 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.