

## O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

Augusta Azzolin Xavier<sup>1</sup>

João Roberto Cegarra<sup>2</sup>

### Resumo

O presente trabalho, produzido com objetivo de analisar as peculiaridades pertinentes ao ônus da prova na Justiça do Trabalho, traz em seu cerne o estudo quanto aos conceitos e regras aplicadas com relação à apresentação da prova judicial em âmbito geral e seu emprego frente ao instituto do ônus probatório. Apresentado em forma de revisão bibliográfica, sob análises doutrinária, jurisprudencial e legal, a pesquisa revela a aplicação subsidiária do processo comum na seara laboral, frisando as recentes alterações incidentes sobre o tema. Verifica-se, ao longo do estudo, a correlação dos princípios aplicáveis ao ordenamento jurídico pátrio na busca pela obtenção da prestação jurisdicional justa e suas implicações com respeito à execução dos preceitos quanto ao encargo probatório. Por intermédio da apresentação de exemplos extraídos de súmulas, doutrinas e julgados, o estudo busca salientar a importância do domínio do tema por parte do operador do direito, destacando as consequências decorrentes da execução de suas regras.

**Palavras-chave:** Ônus da prova. Processo trabalhista. Peculiaridades.

## LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO DEL TRABAJO

### Resumen

El presente trabajo, producido con el objetivo de analizar peculiaridades pertinentes a la carga de la prueba en la Justicia del Trabajo, trae en su núcleo el estudio en cuanto a los conceptos y reglas aplicadas con relación a la presentación de la prueba judicial en ámbito general y su empleo frente al instituto de la carga probatoria. La investigación revela la aplicación subsidiaria del proceso común en la cámara, presentando en forma de revisión bibliográfica, bajo análisis doctrinal, jurisprudencial y legal, resaltando las recientes alteraciones incidentes sobre el tema. Se observa, a lo largo del estudio, la correlación de los principios aplicables al ordenamiento jurídico patrio en la búsqueda por la obtención de la prestación jurisdiccional justa y sus implicaciones con respecto a la ejecución de los preceptos en cuanto al gravamen probatorio. Por medio de la presentación de ejemplos extraídos de súmulas, doctrinas y juzgados, el estudio busca subrayar la importancia del dominio del tema por parte del operador del derecho, destacando las consecuencias derivadas de la ejecución de sus reglas.

**Palabras clave:** Onus de la prueba. Proceso laboral. Peculiaridades.

---

<sup>1</sup> XAVIER, Augusta Azzolin. Advogada. Graduada em Direito pela Faculdade Eduvale de Avaré e Licenciada em Letras pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA). Especialista em Gestão e Direito de Trânsito pela Faculdade Mário Schenberg. E-mail: gutaazzolin@hotmail.com.

<sup>2</sup> CEGARRA, João Roberto. Pós-graduado em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Anhanguera-UNIDERP. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera- UNIDERP. Professor dos Cursos de Direito e Administração de Empresas na Faculdade EDUVALE de Avaré. Assistente de Juiz- TRT 15ª Região. Graduado em Administração de Empresas pela FACCA. Contato: cegarra@uol.com.br

## **1 INTRODUÇÃO**

Na análise do processo para a realização de seu julgamento, o julgador deve avaliar os elementos contidos nos autos, dentre os quais as provas, em determinados momentos, revelam sua posição de destaque.

Se para a prolação da sentença o magistrado se deparar com fato que necessitaria de prova, mas que não se encontra provado, aplicará as regras do ônus da prova, identificando a parte que detinha o encargo de apresentar a prova e não o fez. O ônus de provar determinada alegação pode incidir sobre qualquer das partes, dependendo da necessidade da apresentação de prova ou da ausência de elementos para a conclusão da lide.

Na Justiça do Trabalho, diversas diretrizes com relação ao ônus probatório estão dispostas em orientações jurisprudenciais, súmulas e outras fontes como os princípios e as classificações doutrinárias, que subsidiam o entendimento para a justa aplicação do instituto.

O conhecimento das circunstâncias que pedem a instrução probatória é de suma importância não só para o julgador, mas para qualquer operador do direito que atua no processo.

Ante a complexidade existente para a aplicação do instituto e a importância de seu domínio, pela influência que exerce no processo, podendo ser parâmetro para decisão em relação a um ou mais pedidos, o presente trabalho revela sua importância, contribuindo para a melhor compreensão quanto às regras do ônus da prova no processo do trabalho.

Para melhor compreensão do instituto, faz-se necessário analisar as peculiaridades do ônus da prova no processo trabalhista sob a égide das regras aplicadas ao processo civil, que por força do artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), subsidiariamente o assistem, bem como as disposições contidas no próprio texto consolidado e ainda, com análise do entendimento jurisprudencial e doutrinário.

## **2 Aspectos Gerais da Prova**

Em seu sentido literal, a palavra prova significa “aquilo que atesta a veracidade ou a autenticidade de algo” (FERREIRA, 2001, p.564). Desta definição extrai-se que, não somente dentro de um processo judicial, o intuito da prova é sempre demonstrar algo de modo que outros possam constatar sua veracidade, sua verdade, algo que se relaciona de maneira lógica e coerente com o que se quer comprovar.

No âmbito processual, ao acionar o Poder Judiciário na busca da solução de uma lide, seja ela trabalhista ou não, a parte demandante interpõe ação levando aos autos sua verdade, para que, por intermédio da análise dos componentes existentes nos autos, haja a prestação da tutela jurisdicional. Para tanto, se faz necessária a demonstração das alegações apresentadas no processo, de maneira que nele contenha, além dos argumentos apresentados e da fundamentação legal pertinente, os elementos da situação que se pretende demonstrar, para assim, fazer jus à tutela pretendida.

Tais elementos são fundamentais para a demanda. São indícios, sinais, indicações que apontam como verdadeiras as afirmações contidas no processo. Os elementos aqui tratados são as chamadas provas judiciais, pois buscam, deveras, provar a verdade das alegações introduzidas no processo judicial, com objetivo de atingir o julgador.

A produção de provas é disposta em lei com certa flexibilidade, no sentido de garantir aos litigantes o direito de apresentação dos indícios necessários para o convencimento do julgador, o que se verifica do disposto no artigo 369, do Código de Processo Civil:

Art. 369. 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.

Não obstante, a prova deve ser necessária, de modo que não haverá produção de prova dos fatos não associados ao que se quer pedir. Por conseguinte, os fatos que necessitam ser provados, aqueles pertinentes, relevantes ou controvertidos dentro do processo, que farão surgir o interesse nas provas desses fatos, sendo estas, aptas a influenciar no convencimento do julgador, são objeto de prova.

O Código de Processo Civil, por meio do artigo 374, apresenta a relação dos fatos que independem de prova, onde, além dos fatos notórios, dos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, daqueles em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade, encontram-se os fatos admitidos nos autos como incontroversos, corroborando com o conceito de que o objeto da prova deve corresponder aos fatos controvertidos. Entretanto, pode ocorrer de fatos não contestados necessitarem de prova, como no exemplo dado por Schiavi (2014, p.150) “por exemplo os fatos que não parecem verossímeis segundo o que ordinariamente acontece ou que são fora do padrão médio da sociedade, e também os fatos impossíveis ou pouco prováveis”.

Há ainda, a possibilidade de se ter que fazer prova do direito, isto é, ter que provar, nos termos do que prescreve o artigo 376 do CPC, o teor do direito alegado, conforme se

extrai do texto do referido dispositivo: “Art. 376. A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar”. Também, conforme dispõe a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINB), em seu artigo 14, com relação à prova do direito estrangeiro, “Art. 14. Não conhecendo a lei estrangeira, poderá o juiz exigir de quem a invoca prova do texto e da vigência”.

A prova do direito trata-se, porém, de exceção, podendo ser requerida ou não pelo magistrado, isso porque pressupõe-se que o julgador conheça o direito.

Em especial, no que se refere à Justiça do Trabalho, o magistrado corriqueiramente se depara com alegações referentes às convenções e acordos coletivos, além de sentenças normativas e regulamentos de empresas, hipóteses em que pode, de igual maneira, determinar que se faça prova dos instrumentos normativos.

Ainda no âmbito laboral, a utilização das provas segue, com algumas peculiaridades, a amplitude do rol exemplificativo contido no Capítulo XII, do Código de Processo Civil, iniciado com o artigo 369, já citado, que dispõe acerca da possibilidade de apresentação das provas no processo, determinando que todos os meios legais e moralmente legítimos são aceitos e podem ser empregados pelas partes.

Nota-se que o limite imposto às partes quanto ao direito de utilização de provas consiste na aplicação do princípio da boa fé processual, vez que o artigo trata dos meios moralmente legítimos, aplicação que se sobrepõe ao princípio da liberdade da produção das provas, na medida em que as partes devem agir com lealdade durante o trâmite processual. Ainda, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVI, estabelece a vedação da utilização da prova ilícita, determinando que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Assim, presume-se que as partes apresentem no processo suas provas, com a lealdade que lhes cabe.

### **3 Ônus da Prova**

No tocante à apresentação de provas no processo, a incumbência dada às partes pela norma legal tem reflexo direto no julgamento da demanda. Não se trata de haver imposição de penalidade pela não apresentação da prova que incumbia à parte, mas sim, da simples consequência de não ter no processo a demonstração daquilo que alega, o que influirá no julgamento da lide por parte do magistrado vinculado ao feito, posto que “[...] o ônus

probatório se refere a regras de julgamento, que indicam ao juiz como deve sentenciar na ausência de provas sobre os fatos controvertidos”, conforme considera o juiz e doutrinador César Pereira da Silva Machado Júnior (1995, p.90), referindo-se à importância do ônus da prova.

### **3.1 Ônus Perfeito e Ônus Imperfeito**

A doutrina classifica o encargo probatório como ônus perfeito e ônus imperfeito, em que o ônus perfeito acarreta efeito prejudicial direto ao demandante que deixou de agir, como no caso em que a parte não interpõe recurso de sentença desfavorável aos pedidos por ela formulados, enquanto que, no ônus imperfeito, não necessariamente a parte que deixou de se desincumbir de seu ônus acarretará para si malefícios, podendo ocorrer até mesmo a apresentação de prova por parte do outro litigante, de maneira despropositada, em seu favor (TEIXEIRA FILHO, 2009, p. 971)

Pelo princípio da comunhão das provas ou da aquisição processual da prova, a prova apresentada no processo pode ser aproveitada em favor da parte que a apresentou ou pode subsidiar a alegação da parte contrária, uma vez que é considerada como pertencente ao processo e não às partes. Nesta lógica, pode ocorrer o ônus imperfeito, por exemplo, quando a reclamada junta aos autos convenção coletiva de trabalho que prevê cominação de multa por descumprimento de determinado ajuste e o julgador, acolhendo a alegação da exordial que contém, inclusive, o pedido de pagamento da multa e entendendo pela existência do descumprimento de determinada cláusula do instrumento, aplica a pena à ré, por força do expresso no documento apresentado, mesmo não tendo o autor se desincumbido do ônus que lhe cabia (LEITE, 2015, p.705).

Seguindo o princípio mencionado, dentre as diversas possibilidades de incidência do ônus imperfeito, este se realiza quando, por exemplo, não se desincumbindo o réu do encargo probatório de apresentar comprovante da entrega de Equipamentos de Proteção Individual frente ao pedido de adicional insalubridade formulado pelo autor e contestado em defesa, o autor e suas testemunhas declaram que os mesmos eram regularmente entregues, concordando com o laudo do perito que avaliou tais equipamentos como excludentes da condição insalubre existente no labor do reclamante.

Em resumo, na hipótese do ônus imperfeito, o litigante que detinha o encargo probatório e dele não se desincumbe, tendo como benefício a prova apresentada pela outra parte, livra-se, deveras, da aplicação da regra do ônus da prova que lhe desfavoreceria.

Com isso, embora a indicação do sofrimento das consequências pela não desincumbência do ônus pela parte pareça apontar obrigatoriamente para o não acolhimento de sua pretensão, quando se trata de ônus imperfeito essa afirmativa não é absoluta, podendo ocorrer produção da prova necessária pela outra parte, quando esta não observa o ônus probatório, havendo possibilidade de sucesso em determinados casos. No entanto, a inobservância da regra quanto ao encargo probatório pode ser determinante no processo.

### **3.2 Ônus Subjetivo e Ônus Objetivo**

A incumbência da apresentação de provas no processo, na demanda iniciada, que contém alegações e pedidos, cabe, em regra, à parte que se dirigiu ao juízo na busca da tutela pretendida, assim como a negativa cabe à parte contrária, no caso de fatos incontroversos.

Encontra-se, na doutrina, a divisão do encargo probatório classificada em dois aspectos, conforme preleciona Marcus Vinicius Rios Gonçalves:

O ônus da prova pode ser encarado sob o aspecto subjetivo e o objetivo. Do ponto de vista subjetivo, ele constitui uma distribuição de encargos entre as partes, cabendo a cada qual provar as alegações que formulou, para tentar convencer o juiz da sua veracidade. (GONÇALVES, 2004, p.424).

O encargo que cabe às partes quanto à apresentação de provas é chamado de ônus subjetivo, pelo qual devem fazer prova de suas alegações concernentes aos pedidos formulados na ação ou acerca de fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor, no caso da parte demandada.

Apresentar prova de fato extintivo do direito do autor significa demonstrar a razão pela qual o direito pleiteado foi extinto, como na hipótese de haver acordo cumprido e homologado judicialmente quanto à questão pretendida, por exemplo. Quanto aos fatos impeditivos, pode o réu apontar a incapacidade da parte, a ilicitude do ato, dentre outras comprovações que o impeçam de obter a tutela pretendida. Já prova de fato modificativo, diz respeito a uma relação jurídica anteriormente existente e que foi modificada, como no caso de haver prova de pagamento parcial do valor pleiteado.

Ainda, no que diz respeito ao ônus do reclamado na ação trabalhista, segue-se o disposto no artigo 341, do Código de Processo Civil, pelo qual cabe ao réu impugnar especificamente as alegações formuladas pelo autor, sob pena de serem consideradas verdadeiras, com ressalva das exceções determinadas no próprio dispositivo, para os casos de

defensor público, advogado dativo e curador especial, dispensados do chamado ônus da impugnação especificada dos fatos.

No entanto, este mesmo ônus não atinge somente a parte demandada, consoante leciona Fredie Didier Júnior:

Embora se trate de regra prevista para a contestação, aplica-se, por analogia, à réplica: cabe ao autor impugnar especificadamente os fatos novos suscitados pelo réu em sua defesa, sob pena de admissão e, portanto, de incontrovérsia do fato, cuja prova se dispensa (art. 374, 111, CPC). (DIDIER JR, 2015, p. 652).

Percebe-se, portanto, que a simples interpretação da disposição legal quanto ao ônus probatório não esgota sua incidência, sendo necessária a verificação dos elementos que compõem cada processo especificamente para a correta identificação do ônus subjetivo.

Com respeito à incumbência de provar e à apreciação desta por parte do magistrado, o chamado ônus subjetivo relaciona-se com as partes que contendem no processo, enquanto que o ônus objetivo da prova está ligado à atividade do juiz, pela apreciação das provas, independentemente de qual das partes as tenha juntado aos autos (CESÁRIO, 2015. p.127).

O magistrado deve avaliar as circunstâncias do processo, suas alegações e as provas apresentadas, de maneira a julgar a lide com base nos elementos do processo, independentemente de quem tenha produzido determinada prova, ou seja, o ônus objetivo relaciona-se ao vínculo do sentenciante com os elementos probatórios do processo, desatados de quem os tenha produzido. É o que preleciona o artigo 371, do Código de Processo Civil de 2015: “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”.

Da mesma maneira, o juiz não pode se esquivar de sua obrigação de julgar a demanda, devendo ele, diante de dúvidas em relação às alegações, por não existirem provas suficientes no processo, utilizar-se da regra do ônus da prova como supedâneo de seu julgamento.

Conclui-se, portanto, que o aspecto subjetivo do ônus da prova será considerado somente se aplicado o aspecto objetivo, observando o ônus da prova como regra de julgamento. Em outras palavras, o juiz somente aplicará os preceitos do ônus da prova no julgamento do processo, quando neste não encontrar provas suficientes para sua convicção, caso em que se socorrerá das regras quanto ao aspecto subjetivo do ônus da prova.

### **3.3 Quanto à Distribuição do Ônus Da Prova**

#### **3.3.1 Distribuição Estática do Ônus Probatório Sob o Aspecto da Igualdade Formal**

Dada a importância da apresentação das provas dentro do processo judicial trabalhista, as regras quanto à distribuição do encargo de provar encontram-se positivadas na Consolidação das Leis do Trabalho e no Código de Processo Civil. A CLT determinava, em seu artigo 818: “a prova das alegações incumbe à parte que às fizer”, estabelecendo assim, de modo simplificado, a norma a ser seguida em relação ao ônus da prova. O CPC, por sua vez, em seu artigo 373, *caput* e incisos, dispõe que a incumbência do ônus da prova recai sobre o autor quanto ao fato constitutivo de seu direito e sobre o réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Quanto à disposição contida na CLT, a redação da Lei número 13.467, de 13 de julho de 2017, famigerada reforma trabalhista, alterou Consolidação das Leis do Trabalho, trazendo o que se pode chamar de texto praticamente idêntico ao disposto no artigo 373 do CPC:

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 [...].

Já quanto à alteração ocorrida quando da reforma do CPC, a disposição contida no início do artigo 373 já existia no texto do Código de Processo Civil de 1973, sendo reproduzida pelo Código de 2015 e fazendo perdurar a regra anteriormente estabelecida.

Os dispositivos legais citados tratam da distribuição estática do ônus da prova, assim denominada pela doutrina. Sendo assim, em geral, as alegações do reclamante devem ser por ele provadas, assim como o réu deve comprovar a tese contrária, conforme aquilo que contestar, seguindo assim a distribuição que, a princípio, configura uma ordenação mais justa, observando a busca pelo equilíbrio e pela igualdade entre as partes.

O conceito da distribuição justa parece simples se assim analisado, no entanto, diante dessa regra quanto ao ônus probatório, segue-se a igualdade tal como a expressa no texto constitucional relativamente à igualdade formal, assim denominada pela doutrina para aludir ao texto do artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal.

Nesta perspectiva, o constitucionalista José Afonso da Silva distingue isonomia formal de isonomia material, citando, além do disposto na Carta Magna, o artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que dispõe que “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum”. Para o doutrinador, tal disposição trata da igualdade formal no plano político, culminando, com efeito, em desigualdade, por pautar-se puramente na igualdade perante a lei,

sem considerar as diferenças existentes na sociedade, que abrange diversos grupos, não sendo uniforme, como idealizado pelo documento internacional (SILVA, 2005. p. 214).

Já o texto da Constituição Federal de 1988, embora disponha na primeira parte de seu artigo 5º, *caput*, com relação ao princípio da igualdade de maneira simplista, consoante à redação do artigo supracitado, ainda no *caput*, garante igualdade sobre grupos diversos, dispondo vedações, o que concerne ao que seria a chamada igualdade material, inserta em diversos pontos da Carta Maior e prezada no direito pátrio como garantia de tratamento isonômico.

Neste sentido, Fredie Didier Jr. (2015, p. 98) considera que “Por mais paradoxal que possa parecer, o tratamento distinto é, em alguns casos, a principal forma de igualar as partes”.

Manoel Antônio Teixeira Filho, tratando especificamente da disposição contida no artigo 333 do antigo Código de Processo Civil, relaciona a igualdade formal aqui tratada com a distribuição estática do ônus da prova da seguinte maneira: “Nada mais lógico e justo tenha o processo civil distribuído, desta forma, o ônus objetivo da prova entre os litigantes, sabendo-se que artigo do pressuposto da igualdade formal que os caracteriza” (TEIXEIRA FILHO, 2009, p. 973).

Destarte, a distribuição estática do ônus da prova, seja em demanda trabalhista ou diversa, se única fosse, como imposição no direito probatório, seguiria a aplicação da mera igualdade formal, desconsiderando as diferenças presentes nos casos concretos tutelados.

### **3.3.2 Distribuição Dinâmica do Ônus Probatório Sob o Aspecto da Igualdade Material ou Substancial**

Como já visto, a diretriz apresentada no *caput* e incisos do atual artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho traz a regra geral, determinando a distribuição estática do ônus da prova, assim como no artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015. Em ambos os dispositivos, o §1º autoriza aplicação excepcional à regra por parte do magistrado, a exemplo do texto do referido parágrafo, do artigo 818 do texto Consolidado:

§ 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.

Acostada de forma subsidiária ao direito básico do consumidor, disposto no artigo 6º, inciso VIII, da Lei nº 8.078/1990, que institui o Código de Defesa do Consumidor e juntamente com a aplicação de diversas súmulas e precedentes dos Tribunais da Justiça do Trabalho, a distribuição do ônus da prova em sua forma dinâmica, como chamada pela doutrina, já vinha sendo aplicada nos processos da Justiça laboral antes de ser positivada pelo Código de Processo Civil de 2015 e a redação dada pela Reforma Trabalhista de 2017.

A título de exemplo quanto à utilização da distribuição do ônus da prova, a Súmula número 212, do Tribunal Superior do Trabalho, mantida pela Resolução número 121/2003 dispõe que “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”.

Seguindo a regra da distribuição estática, tal como a prescrita no *caput* do artigo 818 da CLT, a condição aduzida pelo autor teria que por ele ser provada, no entanto, conforme mencionada súmula, o ônus recai sobre o empregador. Acontece, por exemplo, nos casos de contrato por tempo indeterminado em que o empregador, para o relato de dispensa imotivada, alega abandono de emprego ou qualquer outra hipótese de justa causa sem, no entanto, apresentar provas de sua afirmação, sendo detentor do ônus probatório mesmo que não alegasse tese contrária, mas pela simples negação, tendo em vista a proteção do princípio consignado na súmula supra.

A proteção ao trabalhador, com intuito de alcançar o tratamento igualitário a ser dispensado às partes, justifica a aplicação deste e de outros princípios que obtém respaldo na Constituição Federal, a exemplo do artigo 7º, inciso I, que dispõe ser direito dos trabalhadores a “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”, reforçando a compreensão da existência do princípio da continuidade da relação de emprego.

Nesta linha de raciocínio, Resende (2014, p.99), ao tratar do mencionado princípio, preceitua que sua motivação é pautada na presunção de que o empregado, em virtude de sua necessidade de sobrevivência, aplique sua força de trabalho com ânimo de continuidade, tendo em vista que depende da relação de trabalho para fins alimentares.

No mesmo sentido, agora com referência à prova da relação de emprego, Renato Saraiva e Aryana Manfredini ressaltam que a simples negativa por parte do empregador, quanto à alegação da relação de emprego não atrai o ônus probatório, porém, se em defesa o

empregador aponta situação diversa, impeditiva do direito do autor, como a de ser ele autônomo, terá então a incumbência do ônus de provar a ausência da relação de emprego. (SARAIVA; MANFREDINI, 2016, p.347).

Outro entendimento jurisprudencial consubstanciado na seara trabalhista, alusivo à situação recorrente nas varas e tribunais é a distribuição do ônus da prova em relação ao pleito de horas extras, em que a incumbência da apresentação de controle de jornada recai sobre o empregador, nos termos da Súmula 338, do Tribunal Superior do Trabalho

#### JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA

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. II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. 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).

Nota-se claramente a intenção de se estabelecer um processo equânime, no sentido de que, mesmo sendo alegação do reclamante a prestação de horas extras, não seria viável impor-lhe o fardo de fazer prova dos registros de sua jornada, considerando que em regra o controle é feito pelo empregador.

A súmula, assim como o artigo 74, §2º da CLT, tratam das empresas com mais de dez empregados, estabelecendo que a presunção pela não apresentação dos registros pode ser suprimida ante a apresentação de prova em contrário. Cuida ainda, dos chamados cartões de ponto “britânicos”, cuja marcação retrata horários invariáveis, presumindo tratar-se de fraude, sendo, na realidade, impraticável.

O intuito da distribuição dinâmica é assegurar a existência de igualdade entre as partes, não somente a igualdade descrita na lei, mas a igualdade material, a que se busca no caso concreto relativamente aos litigantes.

No campo da jurisdição laboral, na grande maioria das vezes, a busca da igualdade material se baseia na proteção da parte que, por diversos aspectos, mostra-se em desvantagem, sendo na maioria das vezes, o trabalhador.

Neste seguimento, destaca-se a importância do princípio da aptidão para a prova, que se relaciona com a distribuição do encargo probatório, visando a proteção do trabalhador, que por vezes, não dispõe de meios para demonstrar seus direitos.

Busca-se, portanto, o equilíbrio na lide processual, de modo que as partes possam receber tratamento isonômico e agir no processo, estando, na medida do possível, no mesmo patamar.

Como complementação das disposições legais quanto ao ônus probatório, o §2º do artigo 373, do Código de Processo Civil, determina que “A decisão prevista no §1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”, mensagem que se identifica no texto do §3º do artigo 818 da CLT.

Nota-se que a busca pela distribuição justa do encargo probatório, pretende, como a situação da aplicação da distribuição dinâmica, pela análise do caso concreto, deixar o texto frio da norma, que impõe a igualdade pura e formal, para dar condições ao julgador, de aplicar a regra que facilite a comprovação da realidade.

Entretanto, não se deve impor à determinada parte incumbência que lhe prejudique, sendo encargo de custoso alcance ou mesmo impossível. O ônus probatório aplicado de maneira descabida, conforme referido pelo parágrafo em comento, acarreta consequências determinantes no deslinde da demanda, trazendo insegurança à parte que, tendo o encargo, juntamente com a impossibilidade ou dificuldade em obtenção probatória, terá quase que extinta a possibilidade de defesa quanto ao respectivo objeto em discussão.

O legislador, portanto, ao dispor com relação à distribuição dinâmica do ônus da prova, teve-se à possibilidade da chamada prova diabólica, o que torna antagônica a fuga da regra da distribuição estática, considerando que a finalidade da mudança na repartição do encargo busca a facilidade de produção da prova.

### **3.4 Prova da Negativa e a Incumbência do Ônus da Prova**

Usualmente, ao se deparar com a necessidade de contestar as alegações do autor, o réu invoca a negativa contra as afirmações contidas na inicial, o que a doutrina costuma chamar de alegação de fato negativo. Ocorre quando, por exemplo, na demanda laboral, o reclamante, tendo como incontroversa a relação de emprego, alega que foi dispensado sem justa causa e o reclamado somente argumenta que não ocorreu a dispensa sem justa causa.

No que tange ao ônus probatório, os primeiros conceitos estabelecidos com respeito à sistemática, provenientes do direito romano, davam conta de que os fatos negativos não dependiam de prova, proporcionando situação favorável à parte que empregava a técnica,

porém, resultando, na maioria das vezes, em insegurança jurídica, se observada a situação fática.

O entendimento atual, doutrinário e jurisprudencial, considerando que a negativa de um fato carrega consigo a afirmação de um fato oposto, é no sentido de que a alegação de fato negativo deve ser, como as demais alegações, objeto de prova.

Neste mesmo timbre, Carlos Alberto Reis de Paula preceitua:

Não é porque a forma da frase seja negativa que seu conteúdo é negativo. Aparentemente, trata-se de uma negativa, quando, em verdade, o que se faz é uma afirmação. É o que ocorre, por exemplo, quando se afirma que o veículo não é azul. Sob a aparência de negativa, se está a afirmar que ele é de outra cor, como o preto. Portanto, se nas negações há afirmações, dizer-se que o fundamento para não se provar a negativa está no fato de ser impossível a prova das negativas corresponde a afirmar, igualmente, ser impossível a prova das afirmativas (PAULA, 2010, p.79).

Em conformidade com a posição da doutrina majoritária, os Tribunais vêm estabelecendo a uniformização do entendimento quanto à necessidade de prova de certos fatos negativos, como no caso da Súmula número 490 do Tribunal Superior do Trabalho, que trata do vale-transporte e o ônus do empregador, determinando que “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”.

Em que pese os exemplos dados acerca da apresentação da negativa por parte do reclamado, esta pode ser utilizada também pelo reclamante, bastando que apresente fato negativo em seu pleito. Sendo assim, se não houvesse necessidade de provar a alegação do fato apresentado, mesmo descabido, tanto o autor quanto o réu teriam possibilidade de obtenção de julgamento favorável.

Contudo, ainda que no entendimento atual as alegações negativas sejam passíveis de prova, não se pode impor encargo impossível ou excessivamente difícil a qualquer das partes, conforme já mencionado, devendo o julgador ater-se a cada caso concreto para a incumbência do ônus da prova de maneira justa e buscando a equidade entre as partes.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O instituto estudado se faz relevante por tratar-se de mecanismo essencial que auxilia para a obtenção do resultado justo nas demandas, aplicando os princípios garantidores dos direitos inerentes às partes.

Observa-se a complexidade das regras para a aplicação do ônus da prova especificamente no processo do trabalho, haja vista a presença dos princípios protetores da

parte subordinada, os quais são imprescindíveis para o alcance de um tratamento equânime a ser dispensado aos litigantes.

Com a compreensão desde os conceitos básicos da prova, seu objeto e delimitações dos fatos que devem ser provados, constrói-se o entendimento da aplicação do ônus probatório, elencando as características que direta e indiretamente estão ligadas ao instituto, correlacionando-as com os princípios constitucionais e os demais princípios específicos aplicáveis em seara trabalhista.

Sendo assim, trata-se de importante aporte aos operadores do Direito que atuam em defesa das garantias das partes para uma prestação jurisdicional justa, contribuindo para a compreensão das principais características do ônus da prova no processo do trabalho sob a ótica do novo Código de Processo Civil e da recente alteração legislativa apresentada pela Lei nº 13.467/2017 (Reforma trabalhista).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 18 mar. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 17 mar. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Brasília, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em 20 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Brasília: Diário Oficial da União, 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 18 mar. 2017.

BRASIL. **Lei nº. 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)**. Brasília: Diário Oficial da União, 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm)>. Acesso em: 15 set. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 212**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em 16 jun. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 338**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em 19 out. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 490**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em 20 out. 2017.

CESÁRIO, João Humberto. **Provas no processo do trabalho**: de acordo com o novo código de processo civil. Cuiabá: Instituti JHC, 2015.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed., Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **“Mini Aurélio Século XXI Escolar: o minidicionário da língua portuguesa”**. 4. ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2001.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. Saraiva. São Paulo: 2004.

MACHADO JUNIOR, César Pereira da Silva. **O ônus da prova no processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1995.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho Esquematizado**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

SARAIVA, Renato; MANFREDINI, Aryanna. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 13 ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

SCHIAV, Mauro. **Coleção preparatória para concursos jurídicos**: Processo do trabalho. v. 16. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed., revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional, Emenda Constitucional nº 48, de 10 ago. 2005. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Curso de Direito Processual do Trabalho**: Processo de Conhecimento - 2. Vol. II. São Paulo: LTr, 2009.