

INSTITUTO VALE DO CRICARÉ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
CURSO DE DIREITO

DANIEL DE MENEZES CUNHA

**O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO À LUZ DO
NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – LEI N.º 13.105/15**

SÃO MATEUS

2016

DANIEL DE MENEZES CUNHA

**O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO À LUZ DO
NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – LEI N.º 13.105/15**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré,
como requisito parcial para a obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Montalvan Antunes Rodrigues.

SÃO MATEUS
2016

DANIEL DE MENEZES CUNHA

**O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO À LUZ DO NOVO CÓDIGO
DE PROCESSO CIVIL – LEI N.º 13.105/15**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso do Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em DD de mês de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Montalvan Antunes Rodrigues
Faculdade Vale do Cricaré
Orientador

Prof.
Faculdade Vale do Cricaré

Profª.
Faculdade Vale do Cricaré

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Deus pela vida, sabedoria e saúde.

À minha mãe Solange Maria de Menezes Cunha pela educação, amor e carinho.

Aos professores do curso de Direito pelo repasse de parte de seus conhecimentos e colaboração com a minha formação.

Aos meus colegas e amigos da FVC por toda amizade, descontração e bons momentos juntos durante estes cinco anos.

“Posso não concordar com uma palavra do que você diz, mas defenderei até a morte o seu direito de dizê-lo.”

Voltaire

RESUMO

No presente trabalho, estudaremos o instituto da prova, que é tido como pilar central no âmbito processual do direito, desde a origem do mecanismo da prova até a atualidade, conceituando-a e identificando seu objeto e sua finalidade.

Aprofundaremos quanto à prova no tocante ao Processo do Trabalho, explicitando os seus princípios norteadores neste sistema processual específico. Analisaremos o ônus da prova e a sua inversão no Processo do Trabalho, fazendo uma interligação com o Novo Código de Processo Civil (NCPC) - Lei nº 13.105 de 18 março de 2015, que é um dos grandes temas recentes no mundo jurídico, por culminar com uma grande reforma no sistema processual, considerado como referência em todo o ordenamento jurídico, principalmente por refletir sobre o Processo do Trabalho, que recebe os influxos da sistemática processual civil em razão do artigo 769 da CLT.

Palavras-chave: Inversão do Ônus da Prova; Processo do Trabalho; Novo Código de Processo Civil.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	8
2	O INSTITUTO DA PROVA: CONCEITO, OBJETO E FINALIDADE.....	10
3	A PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO.....	13
3.1	PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO	14
3.1.1	Princípio da unidade.....	14
3.1.2	Princípio da necessidade.....	15
3.1.3	Princípio da Igualdade de Oportunidade	15
3.1.4	Princípio da Legalidade.....	17
3.1.5	Princípio da Imediação	18
3.1.6	Princípio da Lealdade ou Probidade	18
3.1.7	Princípio da Obrigatoriedade da Prova.....	18
3.2	MEIOS DE PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO.....	20
3.2.1	Depoimento Pessoal e Confissão	24
3.2.2	Prova Testemunhal	26
3.2.3	Prova Documental	28
3.2.4	Prova Pericial	29
3.2.5	Inspeção Judicial	31
4	ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO.....	34
4.1	O ÔNUS DA PROVA SUBJETIVO X O ÔNUS DA PROVA OBJETIVO .	35
5	A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO	37
5.1	CRITÉRIOS PARA A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO	41
5.1.1	Princípio da Proteção	41

5.1.2	Princípio da aptidão para a prova	43
5.1.3	Regras de pré-constituição da prova.....	45
5.2	MOMENTOS PARA A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO.....	46
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
	REFERÊNCIAS.....	49

1 INTRODUÇÃO

Nas sociedades primitivas, onde nasceu o direito, não havia o instituto da prova, pois não se buscava a realidade dos fatos, uma vez que, o mais forte era o vencedor do conflito, sem que houvesse uma decisão por terceiro. No passar dos anos, perdurou-se a ausência da presença de um terceiro na decisão do conflito, o que configura em uma abdicação da razão ou do direito por uma das partes, por meio da autocomposição. Com a evolução social e fortalecimento do Estado, surgiram os primeiros árbitros, e com a necessidade de demonstrar, pelas partes, a razão da verdade, é que surgiram os primeiros mecanismos de prova.

Nas sociedades antigas, acreditava-se que o Direito tinha origem divina, ou seja, a demonstração da verdade dos fatos estava diretamente ligada à religião, como por exemplo, através de juramentos, que, segundo o doutrinador João Batista Lopes:

“consistiam na invocação da divindade como testemunha da verdade do fato que se alega. Era acompanhado de certas formalidades, exigindo-se a impreciação feita pelo jurador, que pedia à divindade fosse castigado, em caso de mentira. Tal meio de prova era amplamente adotado pelos gregos e romanos, não só por razões religiosas, como também pela própria necessidade, a falta da escrita e pela impossibilidade de colheita de depoimentos orais.” (LOPES, 1974, p. 10)

O Estado, com o passar dos tempos e o desenvolvimento das sociedades, foi se fortalecendo cada vez mais, principalmente quanto ao seu papel nas relações de conflito das pessoas. Dessa forma, nasceu a obrigatoriedade da arbitragem nos litígios e, conseqüentemente, a supremacia da justiça pública sobre a privada. Com efeito, a religião deixou de ser o pilar da solução dos conflitos.

Com o poder de decisão dado a terceira pessoa, que faria o juízo de arbitragem, a demonstração da verdade dos argumentos passou a ser necessária para que fosse alcançado o êxito por uma das partes. Dessa forma, a produção de provas dos acontecimentos e fatos foi se concretizando.

Atualmente, a prova é considerada um meio essencial para a base da solução de conflitos, pois é a partir dela que se chega à verdade real dos fatos. Estampa-se, em cores vivas, e se torna evidente para historiadores e operadores do direito, que o

mecanismo de busca pela verdade evoluiu, admiravelmente, no que diz respeito à logicidade e à cientificidade na formação da prova.

No âmbito do direito processual a prova é a ferramenta utilizada para a demonstração da veracidade dos fatos controvertidos. A regra geral determina que os fatos devem ser provados, com exceção dos que forem notórios, afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, tidos como incontroversos, e, em cujo favor, milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Art. 374. Não dependem de prova os fatos:

I - notórios;

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos no processo como incontroversos;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

No Processo do Trabalho, assim como no Processo civil, o ônus da prova quanto aos fatos incumbe à parte que os alegar. Todavia, essa regra geral pode ser flexibilizada através de critérios específicos que serão analisados ao longo do presente trabalho, em conformidade com o Novo Código de Processo Civil, que trouxe algumas inovações acerca do ônus da prova, com aplicação subsidiária no Processo do Trabalho.

No decorrer do presente trabalho, será analisado o instituto da prova, a prova especificamente no processo do trabalho, a distribuição do ônus da prova no processo do trabalho, e ainda, uma análise da inversão do ônus da prova no processo do trabalho, fazendo-se uma reflexão em conformidade com o Novo Código de Processo Civil.

2 O INSTITUTO DA PROVA: CONCEITO, OBJETO E FINALIDADE

A palavra “prova” teve origem no latim *probatio*, que, por sua vez, emana do verbo *probare*, que possui significado de examinar, persuadir, demonstrar.

Nery Junior, conceitua prova da seguinte maneira:

“As provas são os meios processuais ou materiais considerados idôneos pelo ordenamento jurídico para demonstrar a verdade, ou não, da existência e verificação de um fato jurídico.” (NERY JUNIOR, 1997, p. 611)

Na irretocável conceituação resumida de Chiovenda (2002, p. 109): “provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes do processo”

Tamanha a importância da prova para o mundo jurídico que, Carnelutti (2003) chegou a afirmar que as provas são o coração do processo, por ser por meio delas o destino da relação jurídica processual será definido.

A prova, pode ainda ser definida como todo meio utilizado pelas partes do processo para convencer o julgador da existência de um fato material, sendo ainda, o instrumento pelo qual o julgador obtém a verdade real nos autos, com intuito de alcançar uma justa solução ao litígio. Nesta linha de raciocínio, Almeida (2006) defende que:

“Provar é formar a convicção do juiz sobre a existência ou inexistência dos fatos que são objeto da demanda. Prova, nesta ordem de ideias, é a demonstração da verdade do fato alegado.” (ALMEIDA, 2006, p. 537)

Assim, a prova é o instrumento pelo qual as partes de um processo evidenciam a existência e veracidade de um fato, para assim, convencer o julgador de suas pretensões.

Há de se ressaltar que não são todos os fatos alegados pelas partes que são o objeto da prova, uma vez que há fatos em que a prova faz-se desnecessária. O fato a ser provado deve ser relevante, pertinente ao conhecimento do julgador e

controverso. Nesse sentido, podemos considerar que se limita a prova aos fatos controvertidos, relevantes e determinados (DE PAULA, 2001).

É censo comum que disciplinar todas e quaisquer relações individuais e coletivas de trabalho através de disposições legais é uma tarefa muito difícil, quiçá impossível. Atento a esta situação os legisladores da CLT, na tentativa de suprir qualquer lacuna que poderia ter eventualmente sido deixada quando da edição do diploma legal, logo em seu artigo 8º, parágrafo único, determinou que o “direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”.

Do ponto de vista de normas direcionadas ao direito processual do trabalho, a CLT se mostra também cautelosa, ao fazer expressa menção de subsidiariedade no artigo 769, voltado à fase de conhecimento, e no artigo 889, com aplicabilidade à fase executória. Vejamos, para melhor compreensão a redação dos citados artigos 769 e 889, ambos da CLT:

[...]Art. 769 — Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

[...]

Art. 889 — Aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal.

Analisando, de forma literal, os artigos supratranscritos, pode-se concluir que, na ausência de normas trabalhistas, e desde que haja compatibilidade de princípios, será aplicado ao direito do trabalho as normas contidas no direito comum; na fase de conhecimento do processo do trabalho o direito processual comum e na fase executória de créditos trabalhistas, será aplicada a Lei 6.830/1980 que versa sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública.

O Novo Código de Processo Civil, reforçou ainda mais a aplicação subsidiária prevista no artigo 769 da CLT, que nos traz que o direito processual comum será aplicado ao processo do trabalho nos casos omissos e que haja compatibilidade de princípios, quando expressamente trouxe o seguinte comando legal no artigo 15: “Art.15 - Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou

administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”

Como já mencionado anteriormente neste trabalho, nem todos os fatos dependem de dilação probatória, assim, aplica-se ao Processo do Trabalho a norma contida no artigo 374 do Código de Processo Civil – CPC, que elenca quais tipos de fatos independem de provas, sendo eles: os notórios; afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; admitidos no processo como incontroversos; em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Colacionando o disposto no artigo supramencionado, de Almeida ensina que:

”A notoriedade, a confissão, a incontrovérsia e a presunção legal permitem ao juiz tomar o fato alegado como verdadeiro, dispensando a parte de provar a sua veracidade, funcionando, portanto, como excludentes da necessidade de prova.” (ALMEIDA, 2006, p. 542).

O objeto da prova, como já podemos perceber, é o fato em si, uma vez que o direito será conhecido pelo julgador, enquanto a sua finalidade é trazer ao conhecimento do julgador, por meio das provas contidas nos autos do processo, a verdade real dos fatos, para que profira tome a decisão mais justa.

No entendimento de Theodoro Júnior (2011, p. 428) “[...] o processo moderno procura solucionar os litígios à luz da verdade real e é, na prova dos autores, que o juiz vai buscar essa verdade”.

Assim, a obtenção da verdade é o motivo e a finalidade última da prova no processo. Na clássica visão de Carrara (1944, p. 291) “a certeza está em nós; a verdade está nos fatos”.

3 A PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

A fase probatória no processo, tanto do trabalho, quanto do civil e do penal – fazendo menção aos grandes ramos do direito – é a fase para a qual todas as atenções dos envolvidos na lide e do julgador se atentam.

A relevância da instrução processual fica ainda mais evidente quando se tem em mente que a prova somente é produzida na primeira instância, em momento próprio, servindo para todo o restante do processo.

Analisando o instituto da prova no processo do trabalho, deparamo-nos com o disposto no artigo 818 da Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT, que nos norteia que: "A prova das alegações incumbe à parte que as fizer". Ocorre que este norte trazido pela CLT abre um leque de dúvidas ao mundo jurídico sobre a possibilidade do referido comando legal ser suficiente a alcançar a justiça distribuindo desta maneira o ônus da prova

É de conhecimento dos operadores do direito que o dispositivo supramencionado não é, nem de longe, suficiente para atender às necessidades da Justiça do Trabalho e à sua realidade, tendo em vista que existem fatos que são difíceis para o empregado angariar as provas necessárias, em face de, na maioria dos casos, ter acesso reduzido aos documentos da relação, mormente porque sempre de posse do empregador

Assim, a instrução probatória no direito processual, não é somente norteadada pelo disposto no artigo 818 da CLT, mas também por uma série de princípios que norteiam a prova no processo do trabalho dada a insuficiência prática deixada pelo contido no referido artigo.

3.1 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

No processo do trabalho existem alguns princípios norteadores que rumam a prova, sendo alguns deles: Princípio da unidade; Princípio da necessidade; Princípio da igualdade de oportunidade; Princípio do contraditório; Princípio da legalidade; Princípio da imediação; Princípio da lealdade ou probidade; Princípio da obrigatoriedade da prova.

3.1.1 Princípio da unidade

O princípio da unidade reza que as provas sejam apreciadas globalmente, desta forma, para cada causa de pedir e respectivo pedido, as provas devem ser apreciadas em seu conjunto, mesmo que esse seja constituído de diversos meios de prova.

Desta forma, é necessário que os elementos probatórios sejam considerados em sua totalidade, formando um conjunto unitizado sujeito ao julgamento do judiciário. Sem este conjunto, considerar-se-ia apenas a apreciação isolada de provas contraditórias entre si, o que acarretaria em uma instabilidade jurídica no processo de composição da lide.

3.1.2 Princípio da necessidade

O princípio da necessidade da prova exige que as alegações devam ser provadas, pois a prova é a base da sentença, devendo os fatos narrados ser comprovados para que o órgão jurisdicional possa admiti-los como verdadeiros

3.1.3 Princípio da Igualdade de Oportunidade

Quanto ao princípio da igualdade de oportunidade o artigo 125, I, do CPC, dispõe que as partes terão igualdade de tratamento na instrução processual. Neste raciocínio, Teixeira Filho (1994) entende que aos litigantes é necessário conferir oportunidades iguais para requererem a produção de provas, ou para produzi-las, sendo que, ao infringir esta garantia o processo poderá ser conduzido, virtualmente, à nulidade, por restrição do direito de defesa.

A Carta Magna, também faz alusão a este princípio em seu artigo 5º, caput: “Todos são iguais perante a lei[...]”. (BRASIL, 1988).

Contudo, o princípio da igualdade de oportunidade não deve ser considerado de forma absoluta, considerando que a hipossuficiência de uma das partes, poderá quebrar a isonomia processual, especificamente no que tange à valoração e ônus da prova.

Assim, de Paula (2001) considera que:

“A correta compreensão da índole do Direito do Trabalho mostra-nos que não tem a finalidade de realizar uma justiça comutativa, mas sim uma justiça distributiva. Para tanto impõe-se o combate à desigualdade real, quer se manifeste no campo político, econômico ou social.” (DE PAULA, 2001, 125)

Assim sendo, para dar efetividade às normas dos artigos 5ª da Constituição Federal e 125, I, do CPC, temos que analisá-lo de forma relativa.

Neste sentido, de Paula (2001) defende que este princípio pode ser entendido e analisado como um Princípio Desigual, tendo em vista, as inúmeras desigualdades existentes entre o empregado e o empregador, ou seja, nesta ótica, deve-se tratar de forma desigual o empregador e o empregado, uma vez que a filosofia de tratar os desiguais na medida das suas desigualdades é verdadeira para se alcançar a paridade de forças.

Tal princípio esta petreamente insculpido no artigo 5, inciso LV da Constituição Federal de 1988. Vejamos:

[...]

Artigo 5º: [...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Trata-se de um princípio essencial do ramo do Direito Processual. Por este princípio, as partes devem ter ciência de atos processuais nos autos, sendo-lhes garantida condições iguais para ambas partes se manifestarem.

Sendo assim, do ponto de vista estritamente jurídico, Câmara (2011) analisa que o princípio do contraditório pode ser definido como a garantia de ciência bilateral dos atos e termos do processo com a consequente possibilidade de manifestação sobre os mesmos.

Contudo, o princípio do contraditório não é apenas um princípio específico da prova, mas sim um princípio de todo o processo em si. Nesses termos, o ensinamento de Teixeira Filho (1994) defende que o contraditório não pode ser considerado como uma peculiaridade da prova, mas sim como uma das características mais profundas de todo o processo, além disso as audiências serão públicas de acordo com o artigo 813 da CLT, a qual encontra raízes na máxima latina *audiatur et altera pars*. Vejamos o artigo 813 da CLT:

Art. 813 - As audiências dos órgãos da Justiça do Trabalho serão públicas e realizar-se-ão na sede do Juízo ou Tribunal em dias úteis previamente fixados, entre 8 (oito) e 18 (dezoito) horas, não podendo ultrapassar 5 (cinco) horas seguidas, salvo quando houver matéria urgente.

§ 1º - Em casos especiais, poderá ser designado outro local para a realização das audiências, mediante edital afixado na sede do Juízo ou Tribunal, com a antecedência mínima de 24 (vinte e quatro) horas.

§ 2º - Sempre que for necessário, poderão ser convocadas audiências extraordinárias, observado o prazo do parágrafo anterior.

Assim sendo, este princípio é considerado absoluto não podendo ser violado, o que pode ocasionar na nulidade do processo.

3.1.4 Princípio da Legalidade

No que diz respeito ao princípio da legalidade, este prevê que uma vez que a lei determinar um meio de produção da prova, esta não poderá ser produzida de outra maneira.

Seguindo a filosofia deste princípio, as partes não dispõem de todos os meios probatórios a sua disposição, sendo necessário seguir os limites fixados em lei para a sua obtenção. O princípio da legalidade da prova está expresso no artigo 5º, LVI, da Constituição da República: “[...] são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.” (BRASIL, 1998).

Contudo, a análise deste princípio deve ser feita em conjunto com o princípio da razoabilidade e da hipossuficiência do trabalhador, uma vez que, a prova obtida por meios ilícitos deve ser admitida quando não houver outro meio apto para demonstrar a verdade dos fatos alegados.

Nesta linha de interpretação, temos, de acordo com Leite (2010) que:

O princípio da proibição de prova ilícita vem sendo mitigado, em casos concretos, com base nos princípios da proporcionalidade (ou da razoabilidade), segundo o qual não se deve chegar ao extremo de negar validade a toda e qualquer prova obtida por meios ilícitos, como por exemplo, uma gravação sub-reptícia utilizada por empregada que deseja fazer prova de que fora vítima de assédio sexual pelo seu empregador ou superior hierárquico, sem o conhecimento deste. (LEITE, 2010, p. 548)

Assim, os diversos dispositivos legais que estabelecem o tempo e modo de produção das provas devem ser analisados em conjunto com o princípio da legalidade.

3.1.5 Princípio da Imediação

O princípio da imediação nos traz que, como sujeito da relação jurídica processual, o juiz é quem dirige a atividade probatória das partes ao indeferir ou colher as provas solicitadas, como também, ao determinar as diligências necessárias ao esclarecimento dos fatos aduzidos em juízo, assim há e deve haver direta intervenção do juiz na instrução probatória.

3.1.6 Princípio da Lealdade ou Probidade

Quanto ao princípio da lealdade ou da probidade, ambos garantem que a realidade não seja deformada e, para tanto, admitem-se somente os meios legais e moralmente legítimos para a prova da verdade dos fatos alegados na ação ou na defesa.

3.1.7 Princípio da Obrigatoriedade da Prova

O princípio da obrigatoriedade da prova funda-se no fato de que tanto as partes quanto o Estado desejam o esclarecimento da verdade dos fatos alegados, portanto, se as partes não apresentarem determinada prova necessária, ou que tenha sido requerida pelo julgador, poderão ser penalizadas.

Neste sentido, as simples alegações apresentadas pelas partes, tanto em defesa como na exordial, são insuficientes para demonstrar a verdade real.

Sendo assim, nas palavras de Schiavi (2012), temos que:

Por este princípio, as partes têm o encargo de comprovar suas alegações em juízo. Não basta alegar, a parte deve provar. Diz a doutrina clássica que o sucesso do processo depende da qualidade da atividade probatória da parte. De outro lado, é bem verdade que a necessidade da prova depende do encargo probatório das partes no processo e da avaliação das razões da inicial e da contestação (arts. 818, da CLT e 333 e 334, do CPC). (SCHIAVI, 2012, p. 582)

Neste mesmo raciocínio, Teixeira Filho (1994) defende que:

Com efeito, os fatos narrados em Juízo devem ser cabalmente provados para que o órgão julgante os admita como verdadeiros. [...] necessidade está em que o Juiz não se pode deixar impressionar com meras alegações expendidas pelas partes, exigindo-lhe a lei que decida, que forme a sua convicção, com apoio na prova produzida nos autos. (TEIXEIRA FILHO, 1994, p. 63 e 64)

Assim, para motivar o convencimento do magistrado, faz-se necessária a prova para que o juiz tenha subsídios. Para tanto, excetuando os fatos notórios; afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; admitidos, no processo, como incontroversos; em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade; as partes devem provar suas alegações, sob pena de sua pretensão ser julgada improcedente, visto que não se desincumbiu do onus probandi.

Desta forma, observa-se que apesar de a confissão ficta atrair a presunção da veracidade dos fatos alegados na inicial, ela goza de presunção iuris tantum, assim, necessita-se apreciá-la em conjunto com as demais provas produzidas no feito. Vejamos o artigo 319 do CPC:

[...]

Art. 319. A petição inicial indicará:

[...]

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

No entanto, as alegações exordiais devem prevalecer caso seja verificado que não há elementos de convicção contrárias. Resta claro que a característica tutelar do Direito do Trabalho e a correta aplicação de seus princípios conferem ao julgador instrumentos hábeis para assegurar uma distribuição mais eficaz do ônus probatório e assim alcançar a verdade real dos fatos.

No mundo jurídico há uma importantíssima diferenciação entre a verdade formal e a verdade real, sendo que a primeira é a que resulta do processo, embora possa não encontrar exata correspondência com os fatos, como aconteceram historicamente. Já a verdade real é aquela a que chega o julgador, reveladora dos fatos tal como ocorreram historicamente e não como querem as partes que apareçam realizados. Insta ressaltar, mais uma vez, que a verdade real é obtida pelas provas e será o pilar fundamental para que o julgador aplique o direito de forma mais justa.

3.2 MEIOS DE PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

Os meios de prova no Processo do Trabalho são considerados por Teixeira Filho (1994) como os dispositivos por intermédio dos quais o Magistrado obtém informações probatórias necessárias ao estabelecimento da verdade formal.

Neste mesmo raciocínio, o conceito de meio de prova admite duplo significado, ou seja, pode ser interpretado para “designar a atividade do Juiz ou das partes para a produção das provas, como também os instrumentos ministrados ao Juiz no processo para formar o seu convencimento” (NASCIMENTO, 2011, p, 253).

Assim, Malta (2006) aponta que os meios de prova estão relacionados a dois sistemas legais: o enumerativo e o exemplificado. No que diz respeito ao sistema legal enumerativo, este explica quais são os únicos meios de prova admissíveis, enquanto que o exemplificativo se refere a alguns meios, porém, admite outros. Alguns autores afirmam que o CPC é baseado no sistema enunciativo, contudo, outros autores

consideram que a imprecisão da referida lei pode ser interpretada como se esta utiliza-se do sistema exemplificativo. Um exemplo para tal imprecisão não esclarecida no CPC é referente ao abstruso conceito dos meios de prova moralmente legítimos.

Entretanto, os meios de prova possibilitam um contato direto e imediato entre o juiz e as coisas ou fatos à provar, o que torna este dispositivo eficaz, neste passo Costa (1978) defende que:

“As leis processuais não criam uma ordenação lógico-jurídica dos meios de prova. Cada prova tem seu valor intrínseco, segundo seu modo de ser e segundo os resultados que em cada processo são aptos a produzir. Porém, é evidente que se a lei não estabelece uma hierarquia entre os vários meios de prova, alguns deles são mais eficazes do que outros, e essa distinta eficácia está dada pelo contato mais ou menos imediato que provoque entre o juiz e os motivos de prova.” (COSTA, 1978, p. 285)

De acordo com o artigo 369 do Código de Processo Civil, temos:

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.

Sem embargo ao disposto, o Estatuto Processual Civil especificou os meios de prova, sendo estes: depoimento pessoal, confissão, prova testemunhal, exibição de documentos ou coisa, prova documental, prova pericial e inspeção judicial.

Nesta linha, Theodoro Júnior (2011) pauta como meios de prova os indícios e as presunções, bem como a prova emprestada. Contudo, este raciocínio não é pacífico, sobremaneira, no que tange a presunção e o indício, para tal lide, Almeida (1995) defende que:

“não são meios de prova, senão um instrumento do raciocínio do julgador, que, partindo de um fato provado, infere a existência de outro, este sim, capaz de produzir a consequência jurídica pretendida”, já quanto a prova emprestada este mesmo autor entende que “em nenhum outro processo, como o Processo do Trabalho, deve a prova emprestada incidir com tanta intensidade, em decorrência da economia e celeridade processuais (...)” (ALMEIDA, 1995, p. 31)

A Consolidação das Leis do Trabalho embora não enumere taxativamente os meios de prova admissíveis no processo do trabalho, faz referência a alguns destes, sendo estes:

- a) Quanto ao interrogatório das partes, pela redação do artigo 848 da CLT, vejamos:

Art. 848 - Terminada a defesa, seguir-se-á a instrução do processo, podendo o presidente, ex officio ou a requerimento de qualquer juiz temporário, interrogar os litigantes.

§ 1º - Findo o interrogatório, poderá qualquer dos litigantes retirar-se, prosseguindo a instrução com o seu representante.

§ 2º - Serão, a seguir, ouvidas as testemunhas, os peritos e os técnicos, se houver.

- b) Quanto à confissão, baseado no artigo 844 da CLT:

Art. 844 - O não-comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não-comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato.

Parágrafo único - Ocorrendo, entretanto, motivo relevante, poderá o presidente suspender o julgamento, designando nova audiência.

- c) Quanto à prova documental, dado pelo exposto nos artigos 787 e 830:

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

[...]

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

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

- d) Quanto à prova testemunhal, redigida em diversos artigos pela CLT, são estes:

Art. 819 - O depoimento das partes e testemunhas que não souberem falar a língua nacional será feito por meio de intérprete nomeado pelo juiz ou presidente.

§ 1º - Proceder-se-á da forma indicada neste artigo, quando se tratar de surdo-mudo, ou de mudo que não saiba escrever.

§ 2º - Em ambos os casos de que este artigo trata, as despesas correrão por conta da parte a que interessar o depoimento.

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

Art. 821 - Cada uma das partes não poderá indicar mais de 3 (três) testemunhas, salvo quando se tratar de inquérito, caso em que esse número poderá ser elevado a 6 (seis).

Art. 822 - As testemunhas não poderão sofrer qualquer desconto pelas faltas ao serviço, ocasionadas pelo seu comparecimento para depor, quando devidamente arroladas ou convocadas.

Art. 823 - Se a testemunha for funcionário civil ou militar, e tiver de depor em hora de serviço, será requisitada ao chefe da repartição para comparecer à audiência marcada.

Art. 824 - O juiz ou presidente providenciará para que o depoimento de uma testemunha não seja ouvido pelas demais que tenham de depor no processo.

Art. 825 - As testemunhas comparecerão a audiência independentemente de notificação ou intimação.

Parágrafo único - As que não comparecerem serão intimadas, ex officio ou a requerimento da parte, ficando sujeitas a condução coercitiva, além das penalidades do art. 730, caso, sem motivo justificado, não atendam à intimação.

[...]

Art. 828 - Toda testemunha, antes de prestar o compromisso legal, será qualificada, indicando o nome, nacionalidade, profissão, idade, residência, e, quando empregada, o tempo de serviço prestado ao empregador, ficando sujeita, em caso de falsidade, às leis penais.

Parágrafo único - Os depoimentos das testemunhas serão resumidos, por ocasião da audiência, pelo secretário da Junta ou funcionário para esse fim designado, devendo a súmula ser assinada pelo Presidente do Tribunal e pelos depoentes.

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

[...]

Art. 848 - Terminada a defesa, seguir-se-á a instrução do processo, podendo o presidente, ex officio ou a requerimento de qualquer juiz temporário, interrogar os litigantes.

[...]

§ 2º - Serão, a seguir, ouvidas as testemunhas, os peritos e os técnicos, se houver.

e) Quanto à prova pericial, baseada no artigo 827 e no artigo 848, § 2º da CLT:

Art. 827 - O juiz ou presidente poderá argüir os peritos compromissados ou os técnicos, e rubricará, para ser junto ao processo, o laudo que os primeiros tiverem apresentado.

[...]

Art. 848 - Terminada a defesa, seguir-se-á a instrução do processo, podendo o presidente, ex officio ou a requerimento de qualquer juiz temporário, interrogar os litigantes.

[...]

§ 2º - Serão, a seguir, ouvidas as testemunhas, os peritos e os técnicos, se houver.

Vale ressaltar que, no processo trabalhista a produção probatória segue uma ordem, a qual, de acordo com Malta (2006), pode ser enumerada como:

1. Juntada de documentos;
2. Perícia;
3. Depoimentos pessoais e de testemunhas.

Entretanto, Malta (2006) ainda defende que a ordem enumerada anteriormente não necessita ser seguida para a produção de todas as provas, ou seja, todas as provas necessitam ser produzidas, porém, não possui uma ordem fixa de produção. Nesta ótica, o magistrado indica a produção da prova de acordo com a ordem mais compatível com as especificidades processuais. Contudo, é de praxe que as provas cuja produção dispense a produção de outras provas, devem ser produzidas antecedidas às dispensáveis.

3.2.1 Depoimento Pessoal e Confissão

O depoimento pessoal, de acordo com Saad (1994), é o depoimento feito pela parte reclamante ou reclamada acerca dos fatos relacionados com a questão que deu origem ao processo.

A Consolidação das Leis do Trabalho transcreve em seu art. 820 sobre a obrigatoriedade do comparecimento das partes à primeira audiência. Esta obrigatoriedade possibilita que as partes entre em conciliação, porém, não sendo acertado o acordo, o Juiz inquirirá as partes e as testemunhas. Vejamos sua redação:

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

Theodoro Júnior (2011) baseia-se no CPC e defende que a sanção decorrente do não comparecimento em juízo é a confissão, sendo que, tal consequência consiste em admitir os fatos contrários ao interesse da parte faltosa e favoráveis ao adversário como verdadeiros. Entretanto, sua imposição, dependerá do depoente ser intimado com a antecedência prevista no § 1º do artigo 385 do CPC:

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

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

Neste sentido, a confissão consiste em uma declaração, que pode ser feita por qualquer das partes. Assim, qualquer uma das partes pode fazê-la reconhecendo, totalmente ou parcialmente, a veracidade dos fatos que lhe são danosos e que favorecem a outra parte. Vale ressaltar que a confissão sobre direitos indisponíveis não terá validade (SAAD, 1994).

O objeto da confissão é sempre considerado como fato jurídico, e de acordo com Miranda (1997):

“há de prestar-se à decisão do mérito desfavorável ao confitente. Há de se ter relevância que influa a favor do interesse da parte contrária. Pode-se confessar fato jurídico ilícito, ato-jurídico lícito, ato-fato jurídico ilícito e ato jurídico lícito, ato jurídico stricto sensu, ou qualquer negócio jurídico” (MIRANDA, 1997, p. 319).

A confissão pode ser entendida a partir dos ensinamentos de Nascimento (2011), o qual explana sobre seu emprego no processo trabalhista e a relação entre esta e o depoimento pessoal:

“Assim, a confissão é uma prova que pesa sobre quem a faz e em favor da parte contrária, mera confirmação das alegações do adversário. Observa-se, em consequência, que depoimento pessoal e confissão não é a mesma coisa. Pode haver depoimento pessoal sem confissão. Como também pode haver confissão extrajudicial, esta admitida com muita reserva no processo trabalhista. Mas pode haver confissão, no processo trabalhista, fora do depoimento pessoal na contestação, desde que haja o reconhecimento parcial ou total de fatos alegados pelo autor na contestação.” (NASCIMENTO, 2011, p. 255)

No âmbito trabalhista, Almeida (1997, p. 145) dá exemplo prático dos efeitos que a confissão pode gerar:

“(…) quando se tratar da existência do contrato de trabalho, contestado, na defesa, pelo reclamado, a confissão, por este, de fatos geradores de uma relação de emprego prova a existência daquele ajuste e de obrigações trabalhistas do confitente. Neste caso, portanto, a confissão, meio de prova, transformou-se em negócio jurídico, com plena eficácia.” (ALMEIDA, 1997, p. 145)

Portanto, a confissão é a aceitação dos fatos alegados pela parte contrária, como verdadeiros, produzida quer no depoimento pessoal, como é mais comum, quer

em atos processuais, quer em outros atos processuais e mesmo extrajudicialmente (NASCIMENTO, 2011).

3.2.2 Prova Testemunhal

De acordo com Almeida (1995) o termo testemunha refere-se a pessoa física, capaz, estranha à relação jurídica processual, que comparece a juízo levada pela parte interessada, ou por ela arrolada e intimada pelo juízo, para depor, após ser compromissada, sobre fatos controvertidos de que tenha conhecimento.

Para uma visão geral da prova testemunhal, é interessante observar as anuências referentes ao arranjo das testemunhas. Segundo a Consolidação das Leis do Trabalho:

[...]

Art. 821 - Cada uma das partes não poderá indicar mais de 3 (três) testemunhas, salvo quando se tratar de inquérito, caso em que esse número poderá ser elevado a 6 (seis).

[...]

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

Entretanto, existe uma diferença entre as testemunhas inábeis e as testemunhas defeituosas, sendo que a testemunha inábil é aquela que não pode depor, enquanto que a testemunha defeituosa é ouvida, dando a suas declarações o mérito que possa ter.

Quanto a intimação da a testemunha o novo Código de Processo Civil dispõe o que segue em seu artigo 455:

Art. 455. Cabe ao advogado da parte informar ou intimar a testemunha por ele arrolada do dia, da hora e do local da audiência designada, dispensando-se a intimação do juízo.

§ 1o A intimação deverá ser realizada por carta com aviso de recebimento, cumprindo ao advogado juntar aos autos, com antecedência de pelo menos

3 (três) dias da data da audiência, cópia da correspondência de intimação e do comprovante de recebimento.

§ 2o A parte pode comprometer-se a levar a testemunha à audiência, independentemente da intimação de que trata o § 1o, presumindo-se, caso a testemunha não compareça, que a parte desistiu de sua inquirição.

§ 3o A inércia na realização da intimação a que se refere o § 1o importa desistência da inquirição da testemunha.

§ 4o A intimação será feita pela via judicial quando:

I - for frustrada a intimação prevista no § 1o deste artigo;

II - sua necessidade for devidamente demonstrada pela parte ao juiz;

III - figurar no rol de testemunhas servidor público ou militar, hipótese em que o juiz o requisitará ao chefe da repartição ou ao comando do corpo em que servir;

IV - a testemunha houver sido arrolada pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública;

V - a testemunha for uma daquelas previstas no art. 454.

§ 5o A testemunha que, intimada na forma do § 1o ou do § 4o, deixar de comparecer sem motivo justificado será conduzida e responderá pelas despesas do adiamento.

Todavia, caso a testemunha, devidamente intimada, não compareça para depor, é necessário que se atribua a pena de condução. Para tanto, Miranda (1997) explana que o dever de testemunha está intimamente ligado ao dever de concorrer para a realização do direito objetivo e para a pacificação das partes. Sendo este um dever perante o Estado, e não somente perante as partes. Além disso, este dever não é ligado à nacionalidade, nem à cidadania, sendo considerado um dos deveres primordiais do homem.

Uma das peculiaridades no Processo Civil, referente ao rol de testemunhas refere-se ao depósito em cartório com cinco dias de antecedência do mesmo pelas partes. Contudo, para o Processo do Trabalho, não existe a necessidade deste depósito prévio, vejamos o que ensina Teixeira Filho (1994):

“No processo do trabalho, portanto, quer se trate de procedimento ordinário ou sumário, não há exigência para o depósito prévio, por qualquer das partes, do nome, qualificação, endereço etc., das suas testemunhas; se estas, convidadas, deixarem de comparecer, serão intimadas pelo Juiz, por iniciativa própria ou a requerimento do litigante interessado, repelindo-se, por incompatível com este processo, as disposições constantes do CPC acerca da matéria.” (TEIXEIRA FILHO, 1994, p. 330)

Entretanto, Nascimento (2011, p. 158), aponta para o cuidado que se deve ter para com a prova testemunhal:

“A possibilidade de erro na decisão fundada em testemunho de má fé sempre existe. Nem sempre a má-fé impede a verdade; às vezes a testemunha não sabe ou não tem meio de revelar a verdade o que sabe e a dificuldade de conhecer da testemunha não difere da dificuldade de conhecer do homem. Florian adverte que a testemunha não comunica a verdade objetiva, mas as

suas próprias percepções e o processo informativo interno destas, pesando toda sorte de defeitos em sua informação: defeitos de informação, falta de reflexão crítica, impulsividade, pouca facilidade de relacionar uns fatos com outros, falta de controle, escassa inteligência, defeitos de memória ou de narração etc., sem contar a falta de vontade em dizer a verdade.”

3.2.3 Prova Documental

O renomado doutrinador Humberto Theodoro Júnior (2011, p. 442) define documento em dois sentidos, tanto no sentido lato quanto no sentido estrito. No sentido lato, o documento

“não compreende apenas os escritos, mas toda e qualquer coisa que transmita diretamente um registro físico a respeito de algum fato, como os desenhos, as fotografias, (...)”

Já no que tange o sentido estrito, define o supramencionado doutrinador:

“Em sentido estrito cuida-se especificamente dos documentos escritos, que são aqueles em que o fato vem registrado através da palavra escrita, em papel ou outro material adequado”. (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 442)

Segundo o estudioso Tostes Malta, há ainda uma segunda classificação dos documentos, e na visão deste doutrinador ainda mais importante, em públicos e particulares, sendo os documentos públicos aqueles “constantes dos livros e notas oficiais, como a escritura registrada em seu livro de tabelião” enquanto os particulares “documento de feitura do interessado, totalmente escrito ou por este assinado” e em (MALTA, 2006, p. 387).

Tem-se como a função do documento:

“em dar existência ou validade a alguns atos jurídicos que não são considerados existentes sem a respectiva documentação, portanto, o documento funciona em alguns casos como requisito *ad solemnitatem* ou *ad substantiam*. Outras vezes, a sua função é meramente processual, independentemente o ato da sua existência ou não” (NASCIMENTO, 2011, p. 262).

Conforme determinação do artigo 787 da CLT, a prova documental deverá ser apresentada junto com a petição inicial, quando a embasar, no caso do Reclamante. Vejamos:

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

Importante ressaltar que a prova documental somente será aceita se estiver no original ou declarada autêntica pelo advogado sob sua responsabilidade pessoal, ou quando conferida a respectiva pública-forma ou cópia perante o juiz ou tribunal. É o que determina o artigo 830, *in verbis*:

Art. 830. O documento em cópia oferecido para prova poderá ser declarado autêntico pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal.
Parágrafo único. Impugnada a autenticidade da cópia, a parte que a produziu será intimada para apresentar cópias devidamente autenticadas ou o original, cabendo ao serventuário competente proceder à conferência e certificar a conformidade entre esses documentos.

Na hipótese de serem juntados documentos, em audiência, após a contestação, à parte contrária da que tiver juntado será concedida vista dos mesmos, cabendo em razões finais ou à concessão por requerimento de prazo, produzir prova em contrário. Vale mencionar que a impugnação à juntada de prova em audiência ou após a reclamação/contestação é apenas cabível quando juntado o documento intempestivamente ou quando apresentar vícios formais (MALTA, 2006).

Para o doutrinador Teixeira Filho (1994, p. 282) a arguição de falsidade do documento, seja ela material ou ideológica, incumbe a parte que a fizer; quando se tratar de arguição de falsidade à assinatura o ônus será da parte que produziu o documento, todavia, em qualquer das hipóteses o magistrado poderá de ofício tomar a iniciativa de determinar a realização do consequente exame pericial.

3.2.4 Prova Pericial

A prova pericial deve ser tida como a atuação de um profissional técnico na revelação de determinados fatos ou documentos e seu depoimento especializado, onde este deverá apresentar ao juízo um parecer sobre seu exame dos fatos e/ou documentos (ALMEIDA, 1997, p. 216).

O momento oportuno para o requerimento da prova pericial é na própria petição inicial no caso do Reclamante ou na contestação, no caso da Reclamada.

Nos processos trabalhistas as provas periciais mais frequentes tendem a provar um ambiente de insalubridade, de periculosidade, percepção de comissões, equiparações salariais, acidentes de trabalho e moléstias profissionais (NASCIMENTO, 2011, p. 265).

A realização dos exames periciais dá-se por perito designado pelo magistrado, que fixará prazo razoável para entrega do laudo pericial, sendo facultado às partes apresentarem quesitos a serem respondidos pelo perito e ainda a indicação de um assistente técnico que poderá apresentar no mesmo prazo assinado pelo perito, laudo técnico.

Caso falte ao perito nomeado pelo juiz conhecimento para realização do exame, ou caso o mesmo deixe de cumprir o prazo estipulado, nos traz o 468, inciso I e II do Código de Processo Civil, a possibilidade da sua substituição, podendo ainda lhe ser fixada multa pelo atraso do processo. Vejamos:

Art. 468. O perito pode ser substituído quando:
I - faltar-lhe conhecimento técnico ou científico;
II - sem motivo legítimo, deixar de cumprir o encargo no prazo que lhe foi assinado.
§ 1º No caso previsto no inciso II, o juiz comunicará a ocorrência à corporação profissional respectiva, podendo, ainda, impor multa ao perito, fixada tendo em vista o valor da causa e o possível prejuízo decorrente do atraso no processo.

No entendimento do doutrinador Wilson de Souza Campos Batalha (1995, p.125) a prova pericial pode ser tida como: exames, vistorias e avaliações. Sendo que “os exames consistem em perícias sobre documentos, pessoas ou contas; as vistorias constituem a inspeção ocular de coisas ou móveis ou imóveis, através de peritos; as avaliações constituem a fixação da qualidade ou quantidade de coisas, serviços, ou fatos e estimativa dos respectivos valores.”

A prova pericial, deve ser usada apenas quando os meios ordinários de prova não sejam suficientes, esse é o entendimento de Humberto Theodoro Júnior (2011, p. 479): “Somente haverá perícia, portanto, quando o exame do fato probando depender

de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova, ainda, tiver utilidade, diante dos elementos disponíveis para exame.”

Nos ensina Manoel Antônio Teixeira Filho (1994, p. 373):

“Conseqüência concreta desse princípio é a faculdade que ao magistrado a lei defere de não ficar adstrito ao laudo pericial, podendo construir o seu convencimento com outro elementos ou fatos provados nos autos (CPC, art. 436), desde que indique, na sentença, os motivos que o, levaram a assim decidir (CPC, art. 131). Correta, por isso, a difundida afirmação de que o parecer não transita em julgado (*dictum expertorum nunquam transit in ream iudcatam*)

Assim, apesar de ser uma prova altamente técnica e importante ao resultado do processo, o juiz não está adstrito ao laudo pericial para julgar, tendo em vista o princípio da livre persuasão do juiz, que traz aos magistrados a liberdade para formarem seu convencimento baseado em qualquer prova do processo.

3.2.5 Inspeção Judicial

Para Humberto Theodoro, a “inspeção judicial é o meio de prova que consiste na percepção sensorial direta do juiz sobre qualidades ou circunstâncias corpóreas de pessoas ou coisas relacionadas com litígio”. (THEODORO, 2011, p. 427).

Podendo ser realizada em qualquer fase processual, a inspeção judicial é atividade do juiz que visa esclarecer fatos que tenham relação com o julgamento da lide.

A inspeção judicial está breve e claramente disposta no Código de Processo Civil, em seus artigos 481 a 484:

Art. 481. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa.

Art. 482. Ao realizar a inspeção, o juiz poderá ser assistido por um ou mais peritos.

Art. 483. O juiz irá ao local onde se encontre a pessoa ou a coisa quando:

I - julgar necessário para a melhor verificação ou interpretação dos fatos que deva observar;

II - a coisa não puder ser apresentada em juízo sem consideráveis despesas ou graves dificuldades;

III - determinar a reconstituição dos fatos.

Parágrafo único. As partes têm sempre direito a assistir à inspeção, prestando esclarecimentos e fazendo observações que considerem de interesse para a causa.

Art. 484. Concluída a diligência, o juiz mandará lavrar auto circunstanciado, mencionando nele tudo quanto for útil ao julgamento da causa.

Parágrafo único. O auto poderá ser instruído com desenho, gráfico ou fotografia.

Como a inspeção judicial não é mencionada na CLT, este instituto é utilizado no processo trabalhista seguindo as normas supracitadas do CPC, que são aplicadas subsidiariamente ao processo do trabalho.

Apesar de a inspeção judicial não estar claramente mencionada na CLT, há doutrinadores que entendem que as diligências trazidas no artigo 765 da CLT poderá se tratar de inspeção judicial. Vejamos o referido artigo diz:

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

Assim, desde que interesse à causa e que seja útil e relevante ao esclarecimento do litígio, a inspeção judicial está incluída entre as diligências que o Juiz e os Tribunais Regionais do Trabalho estão autorizados a determinar.

No processo do trabalho, assim como no Processo Civil, a inspeção judicial é ato processual que consiste numa diligência para verificação que apresente grande relevância para o esclarecimento do processo, feita pessoalmente pelo juiz, através de análise sensorial, por isso o entendimento de alguns doutrinadores de que a CLT veladamente traz a inspeção judicial no seu artigo 765.

Vale ressaltar que na inspeção judicial o magistrado utiliza todos os seus sentidos como por exemplo: a audição para verificação de sons (plágio musical), ruídos (ruídos incômodos); o olfato, odores (vizinhança de curtumes mal aparelhados); o paladar (degustação do vinho que o comprador recusou por acetificado); do tato (aspereza de um tecido)". (COSTA, 1978, p. 45).

A inspeção judicial é o ato pelo qual o juiz se transporta para o lugar que se refere a lide, ou em que se encontra a coisa que a motiva, para obter elementos de formação da sua convicção.

A inspeção judicial é uma diligência destinada à apreciação de um estado de coisas ou de fatos que aparecem e que não exigem conhecimento especial. Sendo “o ato processual mediante o qual o juiz observa, apreende e percebe qualquer forma por si mesmo, determinado objeto sensível (pessoa ou objeto material) ou determinada característica desse objeto”. (NASCIMENTO, 2011, p. 272).

A relevância e utilização da inspeção judicial divide a doutrina. Parcela entende como “uma das provas mais importantes e em muitas ocasiões inclusive necessárias, para a investigação dos fatos, em todos os tipos de processos” (NASCIMENTO, 2011, p.272). Outra parcela da doutrina, adotada por Vicente Greco Filho, entendem que a inspeção judicial é “o último dos meios de prova regulados pelo Código (...)” (OLIVEIRA, 1975, p.470), “de pessoas ou coisas”. (MARTINS, 1999, p.289).

4 ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

O termo “ônus” significa obrigação, dever, encargo de alguém ou de uma das partes. Assim, ônus da prova significa o dever da parte de fazer prova de suas alegações para o reconhecimento da veracidade das mesmas pelo julgador. Alexandre de Freitas Câmara ensina que ônus da prova é “todo elemento que contribui para a formação da convicção do juiz a respeito da existência de determinado fato” (CÂMARA, 2008).

Nesta senda, ao requerente incube provar as alegações trazidas na petição inicial, enquanto ao requerido incube fazer prova das teses de defesa.

No Processo do Trabalho e também no Processo Civil, fazer prova do que foi alegado não é apenas uma obrigação da parte, mas sim um encargo. Tal distinção fica evidente em casos que o juiz julga procedente um pedido sem que tenha sido produzida prova pela parte vencedora, utilizando-se, para tanto, apenas as provas produzidas pela parte contrária.

Segundo Teixeira Filho:

“A diferença entre ônus e obrigação se funda na sanção diversa a quem não cumpre determinado ato; existe obrigação quando a inatividade dá lugar a uma sanção jurídica (execução ou pena); se, ao contrário, a abstenção, em relação ao ato determinado, faz perder somente os efeitos últimos desse mesmo ato, nos encontramos frente à figura do ônus”. (TEIXEIRA FILHO, 1994, p. 108)

Assim, temos que o ônus da prova está ligado aos interesses da parte. Se a parte que tem o ônus de provar não o faz, suportará um prejuízo processual de ser, possivelmente, vencida pela parte contrária, uma vez que somente suas alegações não terão o poder persuadir o julgador.

Alguns renomados doutrinadores, dividem o ônus da prova em ônus da prova objetivo e ônus da prova subjetivo.

4.1 O ÔNUS DA PROVA SUBJETIVO X O ÔNUS DA PROVA OBJETIVO

O ônus da prova subjetivo decorre do artigo 373 do Código de Processo Civil, o qual pode ser aplicado subsidiariamente ao Processo do Trabalho, recaindo sobre o autor o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito, e ao réu o ônus de provar os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor.

Art. 373. O ônus da prova incumbe:
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.
[...]

Nesse sentido é o ensinamento do ministro de Paula:

“Para tanto, parte-se da premissa que as partes, quando comparecem a juízo, têm interesses diversos, e o maior interessado que o juiz se convença da veracidade de um fato é o litigante a quem aproveita o reconhecimento dele como verdadeiro. Esse interesse da prova passa a ser uma necessidade para que o litigante obtenha êxito, pelo que procurará valer-se dos meios que a lei permita usar para persuadir o julgador na instrução do processo. Nesse sentido é que se fala em ônus subjetivo da prova, também denominado ônus formal por José Carlos Barbosa Moreira”. (DE PAULA, 2001, p. 116)

O ônus da prova objetivo está atrelado à atividade jurisdicional. Caso o conjunto probatório produzido na instrução processual for insuficiente para a formação do convencimento do julgador, dada a relevância da atuação do magistrado na solução dos litígios, é permitido ao julgador complementar o acervo probatório dos autos em busca da verdade real, nos termos do disposto no artigo 765 da CLT, o qual possibilita o juízo determinar a produção de provas de ofício diante da falta de elementos satisfatórios.

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

Nesse entendimento, temos os ensinamentos de Teixeira Filho:

“A objetividade, assim, se relaciona à distribuição da carga da prova, feita por lei, e não à pessoa do Juiz: e em que pese essa participação legal do ônus

tenha como destinatários os litigantes, nem por isso se pode afirmar que ele seja subjetivo”. (TEIXEIRA FILHO, 1994, p. 111)

Vale frisar que no ponto de vista objetivo, pouco importa quem produziu a prova, já que pelo princípio da aquisição da prova pelo processo, uma vez produzida a prova, esta passa a pertencer ao processo e não aos litigantes, podendo ser aproveitada por qualquer das partes. Assim entende-se que:

“Importante não é a conduta das partes na instrução (ônus subjetivo), mas o resultado da instrução e sua avaliação e julgamento pelo juiz (ônus objetivo). Não interessa quem produziu a prova, mas sim o que se provou e sua análise pelo magistrado.” (DIDIER JÚNIOR *et al*, 2008, p. 74)

Podemos concluir assim, que o ônus da prova objetivo é aquele distribuído pela lei, quando o magistrado se depara com um conjunto probatório precário e da falta dos demais elementos necessários para a formação de um juízo sólido diante da lide instaurada. Assim sendo, por todo o exposto, é de clareza solar que a classificação do ônus da prova em subjetivo e objetivo é necessário para que fique bem determinado o papel das partes e do juiz, não esquecendo a íntima relação entre os dois aspectos dessa noção.

5 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

Antes da reforma do código de processo civil ocorrida em 2015, com vigência a partir de 2016, o ônus da prova era distribuído de forma estática, em que, nos termos do inciso I do art. 333, do CPC/1973, como regra, ao autor incube provar o fato constitutivo do seu direito, e ao réu, os fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor. Ocorre que, tal estaticidade de distribuição de ônus da prova, suscitava algumas situações de injustiça quando havia uma das partes que era por algum motivo hipossuficiente em relação a outra e não tinha como provar o fato constitutivo acerca do seu direito.

Com o advento da Lei nº 13.105/2015 -Novo Código de Processo Civil, vigente desde 18 de março de 2016, houve uma significativa alteração do sistema de distribuição do ônus da prova que passou a não mais ser estática, mas sim dinâmica. Com o NCPC há a possibilidade de o juiz modificar a distribuição do ônus da prova de acordo com as peculiaridades de cada caso, sendo possível equilibrar eventuais desequilíbrios de condições probatórias entre autor e réu, para que o encargo probatório dos fatos alegados seja distribuído para a parte que tenha mais facilidade para produzir a prova, seja por questões econômicas, administrativas, etc.

A inversão do ônus da prova surgiu no direito do consumidor, quando o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, inciso VIII, faculta ao magistrado inverter o ônus da prova nos processos onde há relação de consumo, no caso de evidente a hipossuficiência do consumidor e a verossimilhança da alegação do mesmo.

A eficácia para uma decisão mais justa, como consequência da inversão do ônus da prova, trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, foi sendo percebida tanto pela Justiça Comum, como pela Justiça do Trabalho. Os operadores do direito vislumbraram a dificuldade de realização de provas pelas regras estáticas atinentes à distribuição do ônus das provas entre as partes quando havia hipossuficiência de uma em relação a outra.

A doutrina e a jurisprudência, no ramo do Direito e Processo do Trabalho, em alguns específicos casos, adotavam a inversão do encargo probatório, transferindo a prova que seria do trabalhador para o empregador, seguindo o que reza o princípio da proteção, escorada na hipossuficiência do empregado em produzir provas, a exemplo dos casos de assédio sexual e moral.

Tal aplicação da inversão do ônus da prova nos ramos do Direito e do Processo do trabalho também podem ser exemplificadas por algumas súmulas do TST: Súmula 6, inciso VIII, 16, 212, 254, 338. Podemos citar também, decisões que adotam a teoria da aplicação dessa distribuição dinâmica da prova, *in verbis*:

EMENTA: INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. TÉCNICA DE JULGAMENTO CONSENTIDA PELA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA. ATIVAÇÃO JUNTO AO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO. A despeito da natural disparidade de forças que existe entre empregado e empregador, na maioria dos feitos processados perante esta Justiça Especializada, a norma processual do trabalho que trata da distribuição do ônus da prova não contempla expressamente a possibilidade da inversão do ônus da prova. Embora haja sua positivação em outros diplomas processuais, assim não ocorre entre nós. Isso, no entanto, não a afasta do Direito Processual do Trabalho. E, assim, a Justiça do Trabalho não está impedida de se valer dessa técnica de julgamento, podendo utilizá-la sempre que a distribuição dinâmica do ônus da prova assim recomendar. Sua aplicação encontra sólido suporte doutrinário e jurisprudencial, pelo que seu uso é não só possível, mas também recomendável, como imperativa medida de justiça. (00235-2009-063-03-00-4 RO, 6ª T., TRT 3ª R., Rel.: Convocado Vítor Salino de Moura Eça, in DeJT 6/12/10, g.o.)

A inversão do ônus da prova do fato constitutivo do direito facilita a busca pela verdade real que é o objetivo da prova e o embasamento subjetivo da decisão do magistrado.

A lógica fundamental da inversão do ônus da prova, nos termos do filósofo Aristóteles, é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. (DONIZETTI, 2016).

A inversão do ônus da prova traz uma cooperação processual, na qual o juiz atribui o ônus à parte que tenha melhores condições de produzi-la, tendo em vista que a instrução probatória é uma necessidade para a formação da convicção do magistrado, sendo um dever de colaboração com o judiciário na descoberta dos fatos, conforme expresso no art. 378, do NCPD “Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.”, que é reflexo da regra

geral expressa no art 6º do NCPC, segundo o qual “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

No Processo do Trabalho, segundo o artigo 818 da CLT, a prova das alegações incumbe à parte que as fizer, com aplicação subsidiária do 373 do novo CPC, que expressa que o ônus da prova incube ao autor a demonstração dos fatos constitutivos de seu direito, e ao réu, a dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Todavia, uma das principais inovações trazidas no NCPC foi a positivação do § 1º, do art. 373, que traz a previsão da aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, com a possibilidade de inversão diante das peculiaridades do caso concreto, *in verbis*:

[...]

§ 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.

[...]

Do irretocável parágrafo primeiro do NCPC, extrai-se que o magistrado, evidenciando o desequilíbrio entre as partes quanto a dificuldade x facilidade de obtenção da prova, poderá atribuir o ônus à parte dotada de mais facilidade probatória, desde que o faça por decisão fundamentada, facultando-lhe defesa de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Tal artigo se aplica ao Processo do Trabalho, vez que no art. 15 do NCPC e o artigo 769 da CLT expressam que, na ausência de normas que regulem processos trabalhistas, as disposições do NCPC serão aplicadas supletiva e subsidiariamente. Vejamos:

[...]

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.(NCPC, 2015)

Quanto ao artigo 769 da CLT, vejamos:

Art. 769 - Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título. (CLT, 1943)

A aplicação da inversão do ônus da prova ao Processo do Trabalho, de forma subsidiária, contribuir para a proteção da parte hipossuficiente na relação jurídica, que, na esmagadora maioria das vezes, é o obreiro.

O trabalhador é parte hipossuficiente em relação ao empregador, não apenas economicamente, mas também probatoriamente, pois o empregador possui os meios capazes de demonstrar a verdade dos fatos.

Vale ressaltar que permanece a regra geral da distribuição estática do ônus da prova, conforme exposto no artigo 818 da CLT e caput e nos incisos I e II, do artigo 373 do NCPC já mencionados. Dessa forma, as partes iniciam o processo tendo conhecimento de quais fatos devem provar. Todavia, inegável o avanço no sentido de que, em casos específicos, o juiz fará a distribuição do ônus da prova de forma diversa da regra geral, invertendo-o quando necessário.

A reforma quanto à distribuição do ônus da prova no NCPC contribui de maneira significativa para a Justiça do Trabalho. Sendo que, observada a hipossuficiência do empregado, a sua subordinação ao empregador, entre outros nos casos que o desequilíbrio ficar evidente aos olhos do magistrado, a distribuição do ônus da prova com maiores responsabilidades para o empregador, tende a igualar as partes processualmente.

5.1 CRITÉRIOS PARA A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

São critérios para a inversão do ônus da prova a observância do Princípio da proteção, do Princípio da aptidão para a prova e das regras de pré-constituição da prova e as máximas de experiência. Vejamos:

5.1.1 Princípio da Proteção

O Princípio da Proteção, que de acordo com a classificação de Rodriguez (2002), se subdivide em outros três: Princípio *in dubio promiser*, princípio da prevalência da norma mais favorável ao trabalhador e princípio da preservação da condição mais benéfica.

A regra geral do direito processual o Brasil é a de equivalência de posição entre os litigantes, sendo que ambas as partes estão numa mesma posição jurídica no que tange à instrução probatória. Todavia, no Direito do Trabalho, em face da hipossuficiência do trabalhador frente ao empregador, a maior parte da doutrina entende que a prova é regada ao Princípio da proteção, todavia, outra parcela entende a não aplicação do referido princípio ao instituto da prova, sendo que parte dos doutrinadores olham muito desconfiadamente para a maneira como ele é aplicado nos dias de hoje. É o caso do professor Wagner Giglio, como podemos ver:

"embora muitas outras fossem necessárias, algumas normas processuais de proteção ao trabalhador já existem, a comprovar o princípio protecionista. Assim, a gratuidade do processo, com isenção de pagamento de custas e despesas, aproveita aos trabalhadores, mas não aos patrões; a assistência judiciária gratuita é fornecida ao empregado, mas não ao empregador; a inversão do ônus da prova por meio de presunções favorece o trabalhador, nunca ou raramente o empregador; o impulso processual *ex officio* beneficia o empregado, já que o empregador, salvo raras exceções, é o réu, demandado, e não aúfere proveito da decisão: na melhor das hipóteses deixa de perder..." (GIGLIO, 2000, p. 67)

O Princípio da Proteção cuida do amparo jurídico do trabalhador, tendo em vista que este se encontra em posição inferior no contrato de trabalho, em razão da sua dependência econômica e subordinação ao empregador. Neste prisma, o Direito do Trabalho assegura um conjunto de prerrogativas ao trabalhador, a fim de equilibrar a relação formada com o vínculo trabalhista.

Vimos que o Princípio da proteção subdivide-se em outros três Princípios, entre eles o *In dubio pro misero* que, segundo Leite (2005), consiste na possibilidade de o juiz, em caso de dúvida razoável, interpretar a prova em benefício do empregado, geralmente autor da ação trabalhista, invertendo o ônus da prova em favor do trabalhador.

Corroborando o entendimento do ministro de Paula:

No campo da valoração da prova, sustentamos que o princípio tutelar se aplica quando a prova é insuficiente ou se apresenta dividida. Não se trata de um princípio que será aplicado simplesmente para suprir deficiências probatórias no processo, área específica do ônus da prova. (DE PAULA, 2001, p, 144 e 145)

A aplicação deste princípio deverá ser feita de forma cautelosa. O juiz não deve imputar automaticamente o ônus da prova ao empregador sempre que se aplicar o princípio do *in dubio pro misero*, devendo ser verificada pelo juiz a verossimilhança das alegações trazidas aos autos.

A segunda subdivisão do princípio da proteção é o Princípio da prevalência da norma mais favorável ao trabalhador, que nos diz que, quando duas ou mais normas dispuserem sobre o mesmo tipo de direito, independentemente da hierarquia, será aplicada a que for mais favorável ao empregado. Tal princípio foi positivado claramente no artigo 620 da CLT: “Art. 620. As condições estabelecidas em Convenção quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordo”.

A terceira subdivisão do princípio da proteção, qual seja, o Princípio da condição mais benéfica, tem a função de, segundo Amauri Mascaro Nascimento:

“(...) solucionar o problema da aplicação da norma no tempo para resguardar as vantagens que o trabalhador tem nos casos de transformações prejudiciais que poderiam afetá-lo, sendo, portanto, a aplicação, no direito do trabalho, do princípio do direito adquirido do direito comum” (NASCIMENTO, 2011)

O princípio da condição mais benéfica pode evidentemente ser encontrado no artigo 468 da CLT. Vejamos:

“Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Parágrafo único - Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança”

Vale ressaltar mais uma vez que a hipossuficiência indicada no presente trabalho não é apenas a econômica, mas também probatória, pois na maior parte dos casos, o empregador que controla os meios capazes de demonstrar a veracidade dos fatos, uma vez que por ser o dono do empreendimento, possui controle dos documentos inerentes ao contrato de trabalho dos seus funcionários, que podem ser utilizados para provar fatos alegados.

5.1.2 Princípio da aptidão para a prova

O Princípio da aptidão para a prova nos traz que a prova deve ser produzida pela parte que possuir melhores condições de produzi-la, mesmo que os fatos tenham sido alegados pela parte contrária.

Dessa forma, o princípio da aptidão para a prova reflete a própria inversão do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho, uma vez que buscar findar o desequilíbrio processual entre o empregado e empregador. Assim é o ensinamento do jurista e ministro de Paula:

A aplicação no ônus da prova do princípio da aptidão atende ao escopo social do processo, que é eliminar conflitos mediante critérios justos.

[...]

O fundamento para a aplicação do princípio da aptidão está na justiça distributiva aliada ao princípio da igualdade, cabendo a cada parte aquilo que normalmente lhe resulta mais fácil. O critério será o da proximidade real e de facilidade do acesso às fontes de prova. (DE PAULA, 2001, p.142 e 143)

Nos casos em que o encargo probatório for excessivamente oneroso ao empregado, pelo fato de a prova que pretenda produzir esteja em poder do empregador, será aplicado o princípio em pauta para inverter o ônus da prova. Igualmente ocorrerá quando o conteúdo do documento for de comum interesse entre as partes.

Viana ensina com maestria que:

Para nós, ainda que a prova se revele extremamente difícil ou até impossível para ambas as partes, deve-se concluir que o empregador poderia ter-se precavido. E mesmo que, num caso ou noutro, assim não seja, o fato é que, em última análise, é a empresa quem cria o risco da demanda e, por extensão, o risco da prova; cabe-lhe, pois, prevalentemente suportá-lo. (VIANA, 1994, p. 1223)

O Tribunal Regional do Trabalho -17ª Região também já se manifestou nesse sentido:

EMENTA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TOMADOR DE SERVIÇOS. TERCEIRIZAÇÃO. SÚMULA Nº 331 DO EGRÉGIO TST. É dever do ente público, em observância aos princípios constitucionais da supremacia do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade do interesse público, quando celebra um contrato, fiscalizar a sua execução, sob pena de restar caracterizada a culpa in vigilando. Partindo dessa premissa e compatibilizando o entendimento com os princípios aplicáveis à justiça do trabalho, o Colendo TST tem decidido que "compete ao ente público, quando pleiteada em juízo sua responsabilização pelos créditos trabalhistas inadimplidos pelo contratado, apresentar as provas necessárias à demonstração de que cumpriu a obrigação prevista em lei". E prossegue o Tribunal Superior que "caso o ente público não se desvencilhe desse encargo processual, na forma dos artigos 818 da CLT e 333, II, do CPC, restará caracterizada a culpa in vigilando da Administração Pública, decorrente da omissão quanto ao dever legal de fiscalização da execução do contrato administrativo. Trata-se de hipótese em que o ônus probatório é transferido ao ente público em face do princípio da aptidão para a prova, cuja incidência, no Processo do Trabalho, resulta da maior vulnerabilidade processual e material do trabalhador"(AIRR - 23000-17.2009.5.18.0251 , Relator Ministro: Carlos Alberto Reis de Paula, Data de Julgamento: 04/05/2011, 8ª Turma, Data de Publicação: 06/05/2011). (...)
. (TRT-17 - RO: 0001031-53.2014.5.17.0006, Relator: DESEMBARGADOR MARIO RIBEIRO CANTARINO NETO, Data de Julgamento: 11/04/2016, 3ª Turma, Data de Publicação: 22/04/2016).

Assim, podemos entender que a prova será produzida pela parte que detiver melhores condições de produzi-las, e não obrigatoriamente por quem teria alegado o fato carente de prova.

5.1.3 Regras de pré-constituição da prova

Determina a legislação trabalhista que, específicos atos rotineiros do contrato de trabalho sejam documentados, tais como controle de jornada, pagamentos, advertências a empregados, dentre outros.

Neste prisma, a prova pré-constituída é aquela elaborada antes da demanda judicial e que normalmente se encontra em poder de uma das partes, mesmo que não tenha a intenção de utilizá-la judicialmente.

Dessa forma, a lei ou o magistrado determinaram em específicas situações que o empregador apresente um documento relacionado ao contrato de trabalho ainda que estes provem fatos alegados pelo empregado, invertendo assim o ônus da prova.

Assim nos ensina Márcio Túlio Viana:

“Tentando definir um critério rígido, concluímos que toda vez que a lei, por uma razão ou por outra, exigir a preconstituição da prova, e o empregador não cumprir a exigência, o ônus *probandi* se inverte. E pouco importa se o juiz determinou ou não que a parte trouxesse aos autos a prova legalmente exigida: tal como acontece com os recibos de salário, cabe ao interessado a iniciativa de sua juntada.” (VIANA, 1994, p. 1224)

Dessa forma, pode-se concluir que diante da imposição da lei ou do magistrado para que a parte elabore ou exiba prova, deve ela juntar aos autos, mesmo que se de interesse da parte contrária.

Nesse sentido é a súmula 338 do TST ao estabelecer que “é ônus do empregador que conta com mais de 10 empregados o registro da jornada de trabalho, e a não apresentação injustificada dos controles de frequência (cartão de ponto) etc, gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário”. (BRASIL, 2003)

5.2 MOMENTOS PARA A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

A inversão do ônus da prova pode ser requerida pelo empregado em sua petição inicial, assim como pode também o magistrado, como dirigente processual, de ofício, inverter o ônus da prova, independentemente de requerimento da parte.

Na justiça comum, é na fase de saneamento do processo que preferencialmente aplica-se a inversão do ônus da prova, uma vez que em outra fase, o magistrado deverá conceder dilação probatória à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo.

Todavia, no Processo do Trabalho, não existe o saneamento do processo. Na seara trabalhista, o magistrado toma conhecimento do processo em audiência, através da qual decidirá quanto a inversão do ônus da prova.

No Processo do Trabalho, o momento da audiência é o que, em regra, poderão ser produzidas as provas, ou seja, quando o juiz começa a instrução do processo, conforme o artigo 848, § § 1º e 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas.

Schiavi (2009, p. 525, *apud* NEVES, 2016) aponta dois momentos mais oportunos para a inversão do ônus probatório na Justiça do Trabalho, quais sejam: antes do início da audiência de instrução e na própria sentença, *in verbis*:

[...] a fim de resguardar o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, da CF), a inversão do ônus da prova deve ser levada a efeito pelo Juiz do Trabalho antes do início da audiência de instrução, em decisão fundamentada (art. 93, IX, da CF), a fim de que a parte contra a qual o ônus da prova foi invertido não seja pega de surpresa e produza as provas que entende pertinentes, durante o momento processual oportuno. (SCHIAVI, 2009, p. 525)

Com o exposto acima, podemos concluir que, é necessário que o magistrado aguarde, ao menos, o recebimento da defesa por parte do empregador, que ocorrerá justamente em audiência, e a partir daí, será feita uma análise pelo magistrado da presença ou não dos requisitos que ensejam a necessidade da redistribuição dinâmica do ônus da prova, desde que se observe os princípios do contraditório e ampla defesa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, podemos afirmar que as discussões referentes ao ônus da prova têm seu lugar de destaque junto à sociedade capitalista. Esta afirmativa é validada pelo fato deste sistema econômico possuir, como principais características, a exploração e a lucratividade, as quais refletem no surgimento de um abismo socioeconômico entre as classes sociais.

Desta forma, embates entre o empregado e o empregador necessitam do auxílio e do respaldo do Poder Judiciário para solução de tal conflito. Entretanto, a resolução da lide instaurada necessita de uma análise quanto à veracidade dos fatos alegados tanto pelo réu, quanto pelo autor. Isto é, tais fatos alegados necessitam de provas.

Para tal auxílio a resolução da lide, o poder de decisão é dado a terceira pessoa, que faz o juízo de arbitragem. Dessa forma, a produção de provas dos acontecimentos e fatos foi se concretizando, ou seja, a prova é considerada um meio essencial para a base da solução de conflitos, pois é a partir dela que se chega à verdade real dos fatos

Desta forma, o magistrado utiliza-se das provas produzidas para formar seu convencimento e solucionar tal lide. Porém, em algumas situações, as provas apresentadas são precárias, ou, até mesmo, inexistentes, o que impossibilita tal decisão do magistrado. Para solucionar estes cenários específicos, porém não muito isolados, o juiz pode valer-se do instituto da inversão do ônus da prova.

O mecanismo citado segue a máxima do processo justo, que instaura o tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais na medida das suas desigualdades, ou seja, tal mecanismo considera que o empregador está mais suscetível a exibir uma quantidade maior de provas, devido ao fato de que este tem posse de diversos documentos referentes à relação de trabalho.

Assim, afirma-se que o dispositivo de inversão do ônus da prova objetiva contrabalançará a situação de desequilíbrio entre o empregado e o empregador.

A ilação final a que se chega é de que o princípio da igualdade, instituído pela Carta Magna, o qual prima pelo tratamento dos desiguais na medida das suas desigualdades, pode ser considerado como um norteador para a utilização da inversão do ônus da prova no Processo do Trabalho, permitindo ainda uma maior efetividade da tutela jurisdicional plena dentro da Justiça do Trabalho.

REFERÊNCIAS

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

ALMEIDA, Isis de. **Manual de Direito Processual do Trabalho**, 1997.

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

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Tratado de Direito Judiciário do Trabalho**, 1995.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 28 out. 2016.

_____. Decreto-Lei nº. 5.452, de 1º mai. 1943. **Consolidação das leis do trabalho**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em 19 out. 2016.

_____. Lei nº. 5.869, de 11 jan 1973. **Código de Processo Civil**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em 19 out. 2016.

_____. Lei nº. 13.105, de 16 mar 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 19 out. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 06, alterada em 14 de setembro de 2012. **Diário de Justiça**, Brasília, 27 de setembro de 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 212, de 21 de novembro de 2003. **Diário de Justiça**, Brasília, 21 de novembro de 2003.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 217, de 21 de novembro de 2003. **Diário de Justiça**, Brasília, 21 de novembro de 2003.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 338, de 21 de novembro de 2003. **Diário de Justiça**, Brasília, 21 de novembro de 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. I. vol. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. São Paulo: LEUD Livraria e Editora Universitária de Direito, 2003.

CARRARA, Francesco. **Programa del Curso de Derecho Criminal** Dictado em la Real Universidad de Pisa. Trad. Sebastian Soler. Buenos Aires: Editorial Depalma, vol. 2. 1944.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3. Ed v. III,. 109. Campinas: Bookseller, 2002.

COSTA, Coqueijo. **Direito Judiciário do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

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

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 2. ed.. v. 2. Salvador: JusPODIVM, 2008.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GIGLIO, Wagner D. **Direito processual do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2000.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.

LOPES, João Batista. **Manual das provas no processo civil**. Campinas: Kennedy, 1974.

MALTA, Christóvão Piragibe Tostes Malta. **Prática de Processo Trabalhista**. 34ª edição. São Paulo: LTR, 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho**: doutrina e prática forense, modelos de petições, recursos, sentenças e outros. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MATO GROSSO, Tribunal Regional do Trabalho 23ª Região. Recurso Ordinário: 614201104123002. Relator: Convocado Nicanor Fávero. **Diário de Justiça**, Mato Grosso, 02 fev. 2012.

_____. Recurso Ordinário: 774201100723000. Relator: Edson Bueno. **Diário de Justiça**, Mato Grosso, 27 abr. 2012.

MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região. Recurso Ordinário: 00512003420095030095. Relatora: Convocada Taisa Maria M. de Lima. **Diário de Justiça**, Minas Gerais, 11 mai. 2010.

_____. Recurso Ordinário: 00962201101303000. Relator: Paulo Roberto Sifuentes Costa. **Diário de Justiça**, Minas Gerais, 02 abr. 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral e comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson; *et al.* **Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 611.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **O processo na justiça do trabalho**: doutrina, jurisprudência, Enunciados e Súmulas Em sintonia com a nova constituição. 3. ed. Revista e ampliada. – São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda. 1995.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTR, 2002.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1994.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 2ª ed. São Paulo: Editora LTr, 2009

SÜSSEKIND, Arnaldo *et. al.* **Instituições de direito do trabalho**. 13. ed. v.2. São Paulo: LTr, 1997.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **A prova no processo do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 1994.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

VIANA, Márcio Túlio. **Critérios para a inversão do ônus da prova no processo do trabalho**. Revista Ltr. São Paulo, v.58, n.7, p. 1218-1224, 1994.