



Jayne Carvalho de Souza Araujo

O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

Monografia apresentada como requisito à obtenção da aprovação no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito e Processo do Trabalho do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

Professor:

Brasília – DF

2011



O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

Trabalho apresentado como requisito à obtenção da aprovação no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito e Processo do Trabalho do Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP.

Professor:

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a Deus, pois sem ele nada seria possível.

A instituição SEST/SENAT e a todos do meu círculo de amizade que, de uma forma ou de outra se fizeram presentes nessa caminhada, colaborando sempre de alguma forma.

Aos meus Professores e Márcia Helena que durante toda a trajetória do curso e em todos os momentos que precisei me apoiaram.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por me dar o dom da vida e pela oportunidade e cursar uma pós-graduação.

A minha família, pai, mãe, irmãos e amigos que direta e indiretamente colaboraram para que obtivesse êxito neste trabalho.

Aos meus Professores, a todos os colaboradores e amigos conquistados nessa casa de ensino que durante toda esta trajetória do curso e em todos os momentos estiveram presentes.

RESUMO

Trata a presente monografia do estudo do ônus da prova no processo do trabalho, cujo objetivo concentra-se na esfera trabalhista, onde se tomam como parâmetro as reflexões feitas sobre o assunto, sobretudo aquelas que defendem a aplicação exclusiva das normas e princípios trabalhistas, restringindo ao máximo a utilização das normas do processo civil.

O estudo do tema desenvolveu-se em três capítulos.

No capítulo primeiro descrevem-se os dados históricos mais importantes da história do Processo do Trabalho e da Justiça do Trabalho.

O capítulo segundo apresenta natureza jurídica da prova, conceito, princípios, objeto, classificação e momento de produção da prova e meios de prova.

No capítulo terceiro aborda-se diretamente o tema em estudo. A sinopse histórica imprescindível para a compreensão do atual estado em que se encontra o instituto da prova, dados e conceitos de doutrinadores, a diferença entre ônus e obrigação, bem como entre ônus subjetivo e objetivo e finalmente, o ônus da prova no processo trabalhista.

Palavras-chave: Processo do Trabalho – Justiça do Trabalho – Processo Trabalhista

SUMÁRIO

RESUMO	05
INTRODUÇÃO	09
1. CAPÍTULO I – ASPECTOS GERAIS DO PROCESSO E DA JUSTIÇA DO TRABALHO.....	10
1.1. Breve histórico do processo do trabalho e da justiça do trabalho	10
1.2. Fontes do direito processual do trabalho	18
1.3. Princípios do direito processual do trabalho	20
2. CAPÍTULO II – A PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO	23
2.1. Natureza jurídica da prova	23
2.2. Conceito de prova	24
2.3. Princípios norteadores da prova	27
2.4. Objeto da prova	29
2.4.1. Dos fatos que impedem de prova	31
2.5. Da prova do direito	32
2.6. Da prova dos acordos e convenções dos regulamentos das empresas e dos Tratados e Convenções Internacionais	33
2.7. Da classificação e do momento de produção da prova	34
2.8. Dos meios de prova	38
2.8.1. Prova documental	40
2.8.2. Depoimento pessoal e confissão	41
2.8.3. Prova testemunhal	42

2.8.4. Prova pericial	44
2.8.5. Inspeção judicial	45
3. CAPÍTULO III – ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO	
TRABALHO	47
3.1. Sinopse histórica	47
3.2. Conceito de ônus da prova	49
3.3. Ônus, dever ou obrigação	50
3.4. Ônus subjetivo e objetivo	52
3.5. Artigo 818 da Consolidação das Leis Trabalhistas frente ao artigo 333 do Código de Processo Civil	53
3.6. Ônus da prova no processo do trabalho	56
3.7. Ônus da prova na justiça do trabalho	65
3.8. Inversão do ônus da prova	66
3.9. Ônus da prova como fato negativo	66
CONSIDERAÇÕES FINAIS	68
REFERÊNCIAS	70

INTRODUÇÃO

A presente monografia trata da prova no âmbito trabalhista, no entanto como o tema se mostrou imensamente vasto foi restringida ao estudo do ônus da prova no processo do trabalho, escolhido principalmente dada sua importância prática na solução das lides levadas a Justiça Trabalhista.

O objetivo do trabalho concentra-se no estudo do ônus da prova na esfera trabalhista, onde se tomam como parâmetro as reflexões feitas sobre o assunto, mormente aquelas que defendem a aplicação exclusiva das normas e princípios trabalhistas, restringindo ao máximo a utilização das normas do processo civil. Possui, ainda, como escopo o preenchimento de requisito curricular do curso de graduação em Direito desta Universidade. O método utilizado é o indutivo.

O estudo do tema desenvolveu-se em três capítulos.

No capítulo primeiro descrevem-se os dados históricos mais importantes da história do Processo do Trabalho e da Justiça do Trabalho, analisando-se por fim as fontes e os princípios do processo trabalhista.

O capítulo segundo, por tratar da prova, toma extensões maiores do que o primeiro, dada a complexidade do tema e a necessidade de um estudo que esclareça suas características elementares. Portanto, este capítulo está dividido basicamente desta forma: natureza jurídica da prova, conceito, princípios, objeto, classificação e momento de produção da prova e meios de prova.

No capítulo terceiro aborda-se diretamente o tema em estudo. Primeiramente, parte-se da sinopse histórica imprescindível para a compreensão do atual estado em que se encontra o instituto da prova, em seguida são dados os vários conceitos dos doutrinadores, em terceira e quarta etapas estuda-se a diferença entre ônus e obrigação, bem como entre ônus subjetivo e objetivo, no quinto tópico os art. 333 do Código de Processo Civil e o artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho são confrontados, e finalmente o último item cuida exclusivamente do ônus da prova no processo trabalhista.

CAPÍTULO I - ASPECTOS GERAIS DO PROCESSO E DA JUSTIÇA DO TRABALHO

1.1. Breve Histórico do Processo do Trabalho e da Justiça do Trabalho

O Processo do Trabalho começa a se desenvolver no século XIX, quando surge a classe dos assalariados, sem nenhum amparo legal, posto que estavam a mercê exclusiva dos empresários, obtendo como único meio de defesa a greve¹.

A Revolução Industrial, segundo Wagner Giglio, "... determinou profundas mudanças nas condições de trabalho. A utilização de máquinas que faziam como o tear, o serviço de vários trabalhadores causou o desemprego em massa. O aumento da oferta de mão-de-obra, diante da pequena procura por trabalhadores, acarretou o aviltamento dos salários. O grande lucro propiciado pelas máquinas trouxe como consequência a concentração de riquezas nas mãos dos poucos empresários e o empobrecimento generalizado da população." ²

A greve foi o primeiro movimento de autodefesa, utilizado para reivindicação dos interesses dos trabalhadores, sendo que muitas vezes a violência imperava, ocasionando depredação de patrimônio, diminuição da produção e conseqüentemente redução dos lucros.

O Estado vigente à época era de cunho liberal. Assim, as relações entre patrões e trabalhadores não possuíam regulamentação, deixando de serem acolhidas as reivindicações trabalhistas, o que tornava cada vez mais freqüente o número de greves, diminuía os lucros e não gerava riqueza para o estado.

Assim com a diminuição da geração de riquezas, empobrecimento da nação e conturbação da ordem interna o estado abandonou sua posição de alheamento e passou a interferir nesses movimentos, ditando normas para a solução dos conflitos trabalhistas.³

Na mesma linha, ensina Amauri Mascaro Nascimento, para quem o direito processual do trabalho surge, mais precisamente, quando o estado passa a interferir

¹ SAAD, Eduardo Gabriel. **Direito Processual do Trabalho**, São Paulo: LTr, 1994, p. 35.

² GIGLIO, Wagner D. **Direito Processual do Trabalho**, São Paulo: Saraiva1997, p.1

³ GIGLIO, Wagner D. Op. cit., p.1

na ordem econômica e social, desvirtuando-se de sua filosofia liberal, o que significou o início da regulamentação das relações de trabalho⁴. Com a intervenção do Estado sucederam-se três fases para a resolução dos conflitos trabalhistas: conciliação espontânea, tentativa de conciliação obrigatória e mediação, assim perfeitamente explicadas por Wagner D. Giglio⁵:

(...) ordenou o estado às partes em conflito que, através de seus representantes, se reunissem e discutissem suas reivindicações, tentando chegar a um acordo para a volta ao trabalho.

No auge do acirramento dos ânimos, essa primeira medida, chamada de tentativa de conciliação obrigatória, não produziu os resultados desejados, e foi sucedida por outra, a de mediação, ao tomar o estado a iniciativa de designar um seu representante para participar das discussões, com o objetivo de ajudar a encontrar uma solução aceitável por ambos os contendores.

Assim, a tentativa de conciliação, antes espontânea, passou a ser obrigatória e, posteriormente, a contar com um mediador, que na verdade representava os interesses do estado na pronta composição do conflito.

Quando se fala em surgimento do Direito Processual do Trabalho é necessário primeiramente citarmos o *Conseils de Prud' Hommes*, em 1806, que conforme Ives Granda da Silva Martins Filho⁶ "... são os primeiros organismos especializados na solução dos conflitos entre patrões e empregados. Os *Conseils de Prud' Hommes* nasceram na França em 1806, no entanto, tiveram uma fase embrionária em 1426 e 1464 quando Luís XI autorizou os *prud' hommes* a solucionarem os conflitos entre os fabricantes da seda em Lyon. Em 1776 os *Conseils de prud' hommes* foram extintos, tendo em vista a idéia liberalista que valorizava o individualismo e condenava qualquer tipo de associação.

A volta do *Conseils de prud' hommes* na França e seu funcionamento são desta forma relatados por Amauri Mascaro Nascimento⁷:

(...) os fabricantes de seda de Lyon, aproveitando visita ali realizada por Napoleão I, solicitaram a volta dos *Conseils de prud' hommes*, mostrando as dificuldades decorrentes da sua supressão e as vantagens que o restabelecimento poderia trazer. Foram atendidos e Napoleão, mediante lei, em 18 de março de 1806, determinou a instituição dos conselhos, constituídos de

⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**, 1996, p.17

⁵ GIGLIO, Wagner D. Op. cit., p. 2

⁶ FERRARI, Irany et.al. **História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998, p.112.

⁷ NASCIMENTO, Amauri. Op. cit., p. 18

empregadores e com atribuições para terminar, por via de conciliação, as questões trabalhistas e julgar, com força definitiva, as reclamações de valor até 60 francos. O conselho funcionava diariamente, das 11 às 13 horas; as partes não pagavam custas e, além das reuniões de conciliação, semanalmente o plenário do Conselho se reunia para decisões. Conquanto esse órgão fosse constituído apenas em Lyon, a lei previa a possibilidade da instituição de organismos idênticos em outras cidades, de tal sorte que em 1921 existiam 205 Conselhos. Uma cidade não podia ter mais de um Conselho, porém era admitida a divisão do conselho de uma cidade em seções.

Como é imprescindível a citação dos *Conseils de prud hommes* para o entendimento do nascimento do processo do trabalho, é também necessário estudar-se, mesmo que rapidamente, as origens do direito processual trabalhista na Itália, dada sua influência na formação do sistema jurídico trabalhista brasileiro, e na Alemanha devido sua aproximação com o nosso sistema.

A Justiça do Trabalho na Itália constitui-se de uma forma semelhante a França, lá também existiram os *Conseils*, como informa Eduardo Gabriel Saad: “... no último quartel do século passado, constituíram-se na Itália organismos bem, semelhantes aos *Conseils de Prud’ hommes*. Era a força irradiante das idéias napoleônicas, sem embargo do desaparecimento de quem criara esse instituto. Na época do corporativismo, com Mussolini, a intervenção da Justiça nos conflitos trabalhistas se alargou consideravelmente”.⁸

O funcionamento dos Conselhos na Itália acontecia da seguinte forma:

(...) eram constituídos de representantes dos empregadores e competentes para conhecer as diferentes controvérsias surgidas na Indústria. No entanto, o âmbito de atuação desses conselhos era restrito, ampliando-se posteriormente, em 1893, para outras categorias além do setor econômico da seda para o qual foram criados passando a sua composição a ter de 10 a 20 membros, em número igual para cada representação. ...Os conselhos tinham dois órgãos, uma comissão de conciliação, constituída por um presidente e dois representantes classistas, e um tribunal, composto de quatro membros, além do presidente e do vice-presidente. Das decisões proferidas pelo Tribunal cabiam recursos para o juiz de paz da cidade, além de outro recurso para a Corte de Cassação.⁹

⁸ SAAD, Eduardo Gabriel. Op. cit., p.44

⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit., p. 24

A Justiça do Trabalho na Alemanha dá seus primeiros sinais por volta de 1808, quando surgiram os Tribunais Industriais Reais, logo em seguida alastrando-se por outras regiões, como ensina Amauri Mascaro Nascimento:

(...) Essas organizações preparavam gradativamente, o terreno, para a constituição, em 1890, de Tribunais Industriais em diferentes partes da Alemanha, sob a iniciativa da autoridade estatal, competentes para conhecer conflitos individuais e coletivos. Integravam esses órgãos, um presidente e um vice-presidente, nomeados pelas autoridades administrativas locais e quatro assessores eleitos em um número igual para representar os grupos, com mandato por um período de um a seis anos. As partes podiam ser representadas no processo por um parente ou amigo e a conciliação desempenhava importante papel. As decisões proferidas nos conflitos individuais tinham força obrigatória. Nos dissídios coletivos, os tribunais atuavam como órgãos de conciliação. Em 1904, a competência desses tribunais, até então restrita à indústria, estendeu-se do comércio. Decreto de 1923 do Ministro do Trabalho do Reich regulamentou o procedimento dos Tribunais Industriais e Comerciais”.¹⁰

Hodiernamente, “... o novo processo do trabalho na Itália disciplinado pela Lei nº 533, de 11.08.73, diz respeito apenas às controvérsias individuais de trabalho e às controvérsias em matéria de previdência e assistências obrigatórias”, já na França “... a doutrina não se tem preocupado muito com a distinção entre dissídios individuais e coletivos, e a Alemanha adota “... o sistema de conciliação e arbitragem com vistas à celebração de convenções coletivas de trabalho “¹¹.

Comparando-se a evolução histórica do processo do trabalho, na França, Itália e Alemanha, inegavelmente a conciliação e composição paritária são as características, mais marcantes, sendo que o Brasil, como se verá a seguir, não fugiu destas características.

No Brasil, os conflitos nas relações de trabalho em um primeiro momento, eram dirimidos com a aplicação da legislação comum (leis civis e comerciais), é o que se observa da sinopse legislativa feita por Wilson Campos de Souza Campos Batalha:

De acordo com as leis de 13 de setembro de 1830 e de 11 de outubro de 1837, bem como o Decreto de 15 de março de 1842, seguiram o rito sumaríssimo as causas derivantes dos contratos de locação de serviço, nas hipóteses ali fixadas, competindo-lhes o

¹⁰ Idem, p.22

¹¹ BATALHA. Wilson de Souza Campos. **Tratado de Direito Judiciário do Trabalho**, 1995, p. 235

juízo a juizes comuns. Estas disposições legais foram revogadas pelo Decreto n. 2827, de 15 de março de 1879, o qual só se referia à locação de serviços aplicados à agricultura e às empreitadas e trabalhos concernentes a obras e fábricas respectivas à agricultura; as demais locações de serviços seriam reguladas pela Ordenação do Livro IV, Título 29 a 35, e art. 226 e segs. do Código de Comércio. Este Decreto confiou aos Juizes de Paz a competência para dirimir tais dissídios com alçada até 50\$000 e competência, mediante apelação devolutiva para o juiz de Direito, qualquer que fosse a quantia, sendo estabelecido o rito sumário “¹²”.

Os “Tribunais ruraes no Estado”, instituídos pela Lei paulista n. 1869, de 10 de novembro 1922, surgiram para solucionar contratos de locação de serviços agrícolas. Esses órgãos foram os primeiros que se voltavam apenas para lides de natureza trabalhista, sendo compostos por um juiz de direito, um locador e outro locatário (composição paritária).¹³

Outros importantes órgãos que devem ser destacados são as Comissões Mistas de Conciliação, que tinham como função conciliar os dissídios coletivos, e as Juntas de Conciliação e Julgamento, especializadas em conciliar e julgar dissídios individuais, ambas criadas em 1932. Cabe ressaltar que esses órgãos não eram integrantes do Poder Judiciário.¹⁴

Após 1932 outras organizações também se formaram, como informa Amauri Mascaro Nascimento, e apesar de não pertencerem ao Poder Judiciário possuíam poderes de decisão, tais órgãos eram os seguintes: “(...) as juntas perante Delegacias de Trabalho Marítimo (1933), o Conselho Nacional do Trabalho (1934) e uma jurisdição administrativa para férias (1933). Para acidentes de trabalho (1934), foi previsto inquérito policial e processo judicial. Esses órgãos atuaram, paralelamente, com as juntas.¹⁵

A proposta de instituição da Justiça do Trabalho rendeu grandes discussões, mas a Assembléia Nacional Constituinte de 1934, convocada por Getúlio Vargas, concedeu-lhe apenas caráter administrativo, com previsão no art. 122 da Constituição de 1934. A principal tese, contrária a formação de uma Justiça do Trabalho foi do deputado Levi Carneiro que considerava a *mentalidade Judiciária inadequada a solução dos conflitos trabalhistas, entendendo que juizes leigos, despidos de senso jurídico decidiriam mais prontamente as controvérsias laborais*¹⁶.

¹² BATALHA, Wilson de Souza Campos. Op. cit., p. 261

¹³ MAIOR Jorge Luiz Souto. **Petição Inicial no Processo do Trabalho**, 1996, p.170

¹⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit., p.31

¹⁵ Idem, p.33

¹⁶ FERRARI, Irany et. AL, Op. cit., p.184

Importante, também é ressaltar os debates entre Waldemar Ferreira e Oliveira Viana que precederam a organização da Justiça do Trabalho. O Prof. Waldemar Ferreira, de tendências neoliberais e formação jurídica, era contrário tanto, à representação classista, tendo em vista a onerosidade excessiva que causaria aos cofres públicos, quanto à outorga de poder normativo à Justiça do Trabalho, pois entendia que a Justiça do Trabalho possuía poder jurisdicional e não legislativo. Já o Prof. Oliveira Viana, sociólogo e defensor do corporativismo sustentava a outorga do poder normativo à Justiça do Trabalho, na doutrina Anglo-americana, calcada no princípio da ‘eficiência do serviço público’¹⁷

Em 1937, com o golpe dado por Getúlio Vargas, que criou o Estado Novo, outorgando a Constituição de 1937, “... além de ser mantida a previsão da Justiça do Trabalho na Constituição (art.139), ficavam os partidários do corporativismo de mãos livres para a estruturação, através da legislação infraconstitucional, de uma Justiça do Trabalho calcada no modelo fascista italiano.¹⁸

Apenas em 1941, como relata Eduardo Gabriel Saad, é que a Justiça do Trabalho foi devidamente organizada:

A 1º de maio de 1941, pelo Decreto n. 1237, regulamentado pelo n. 6596, de 12 de dezembro de 1941, a Justiça do trabalho, finalmente ganhou autonomia. Dotou-a de poderes próprios (“*notio*” e “*imperium*”). Contudo, seus magistrados, ainda aí, não gozavam da mesma proteção dada aos Juízes da Justiça Comum. Garantias que só foram estendidas à magistratura do trabalho pelo Decreto-lei n. 9797 de 9 setembro de 1946. Nove dias após era promulgada a CF, de 18 de setembro de 1946, que situou a Justiça do Trabalho no Poder Judiciário.

Foi o Decreto n. 9797, de 1946, pouco antes da promulgação da Constituição de 1946, que incluiu a Justiça do Trabalho entre os órgãos do Judiciário¹⁹.

As Constituições seguintes mantiveram a autonomia da Justiça do trabalho, e ampliaram-na, sendo que o deslinde de todos os litígios entre empregados e empregadores deveriam ser dirimidos na Justiça do Trabalho. A Constituição de 1988, como não poderia deixar de ser, manteve a autonomia dessa Justiça²⁰.

¹⁷ Idem, p. 142

¹⁸ Ibid., p.143

¹⁹ SAAD, Eduardo Gabriel. Op. cit., p.47

²⁰ BATALHA, Wilson de Souza Campos. Op. cit., p. 263

Quanto à introdução da Justiça do Trabalho no Poder Judiciário, Amauri Mascaro Nascimento explica:

A integração da Justiça do Trabalho no Poder Judiciário é consequência natural da evolução histórica dos acontecimentos. Na sociedade empresarial, as controvérsias entre trabalhadores e empresários assumem especial significado. O Estado, intervindo na ordem econômica e social, não pode limitar-se a dispor sobre a matéria trabalhista. Necessita também de aparelhamento adequado para a solução dos conflitos de interesses, tanto no plano individual como no coletivo. Assim, a existência de um órgão jurisdicional do Estado para questões trabalhistas é o resultado da própria transformação da idéia de *autodefesa* privada, em *processo judicial estatal*, meio característico de decisão dos litígios na civilização contemporânea.²¹

Pode-se dizer em síntese, que a Justiça do Trabalho no Brasil, segundo as informações de Jorge Luiz Souto Maior, reportando-se a Alcides de Mendonça Lima, apresenta três fases:

a) até a Revolução de 1930, sem nenhuma entidade de caráter geral, quer oficial, quer privada, com competência para solucionar os conflitos de classe, salvo alguns incipientes órgãos criados em São Paulo; b) da Revolução de 1930 até o Decreto-lei n. 1.237, de 2 de maio de 1939, que definitivamente, organizou a instituição especializada; e c) do mencionado Dec. Lei até a Constituição Federal de 18 de setembro de 1946, que, com primazia, incluiu, expressamente, os juízes e tribunais trabalhistas entre os órgãos do Poder Judiciário (art. 94, V, combinado com o art. 122, ambos daquela Carta)²².

No Brasil, como nos informa Campos Batalha: “Foi mantido pela Constituição de 1988, o princípio da paridade da representação de empregadores e empregados, nos diversos órgãos da Justiça do Trabalho, com ressalva apenas dos juízes comuns investidos da administração da Justiça especializada, foram declarados órgãos

²¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit., p. 36

²² MAIOR, Jorge Luiz Souto. Op. cit., p.170

desta Justiça pelo art. 111, o Tribunal Superior do Trabalho, os Tribunais Regionais e as Juntas de Conciliação e Julgamento.”²³

A Justiça do Trabalho é sempre alvo de críticas e sugestões para sua modificação, no caso brasileiro, muitos sugerem a eliminação da paridade, e o aproveitamento dos juízes do trabalho na Justiça Comum, em Varas Especializadas em questões trabalhistas, como informa Wagner Giglio²⁴, o que tornaria novamente frágil a situação dos empregados frente aos empregadores, tendo em vista ter a Justiça Comum características diferentes da Justiça do Trabalho.

Quanto ao futuro do Direito Processual do Trabalho e da Justiça do Trabalho, Wagner Giglio,²⁵ entende que:

A Codificação do Direito Processual do trabalho, embora menos difícil que a do direito material, não é provável, diante das condições sociais e econômicas que atravessamos.

Pressupondo que a Justiça do Trabalho não perderá, com a propalada eliminação dos juízes classistas, sua identidade como ramo autônomo do Poder Judiciário, a previsão mais segura é a de que continue o desdobramento interno e a especialização dos órgãos componentes da Justiça do Trabalho. A expansão do número de órgãos não parece provável, nos próximos anos, salvo, por exceção e em obediência a preceito constitucional, a criação de Tribunais Regionais nos Estados em que ainda não foram instalados.

A elaboração de um Código de Processo do Trabalho que atendesse a necessidade de celeridade que exige a lide trabalhista, e fosse adequado as normas de direito material seria para o Processo do Trabalho um meio de livrar-se da influência marcante e muitas vezes prejudicial do Processo Civil, bem como firmaria finalmente sua identidade.

No Brasil, onde o desequilíbrio de classes é vergonhoso, e a exploração ao trabalho, seja ele prestado por adulto ou criança é revoltante, a Justiça e o Processo do Trabalho são instrumentos para que a igualdade entre os homens, pelo menos no aspecto econômico, deixe de ser mito.

²³ BATALHA, Wilson de Souza Campos. Op. cit., p. 297

²⁴ GIGLIO, Wagner D. Op. cit., p.07

²⁵ Idem, p.546

1.2. Fontes do Direito Processual do Trabalho

Cabe em primeiro lugar, conceituar o que sejam as fontes de direito, para então elencar aquelas que vêm de encontro ao Direito Processual do Trabalho. Explica Tostes Malta que "... em sentido formal fontes do direito são as formas com que se apresenta uma regra jurídica para impor-se: lei, decreto, etc., e em sentido material, fontes são os valores sociais que o direito positivo ampara ou, segundo idéia análoga, as realidades sociais de onde o direito emana como a vontade do povo em uma democracia."

26

Isis de Almeida destaca como fontes do Direito Processual do Trabalho

a:

CF, as leis, decretos regulamentadores, as portarias ministeriais, os Regimentos Internos dos Tribunais Regionais e do Superior Tribunal do Trabalho, a jurisprudência, a doutrina, as Convenções (quando subscritas, adotadas e regularmente homologadas em decretos legislativos), mas também as suas Recomendações (quando aceitas para inserção em norma de direito positivo nacional), os acordos e convenções e, por último, usos e costumes processuais, ressalvando que os princípios gerais do direito processual apenas serão fonte do direito processual do Trabalho se tomados sob a ótica trabalhista.²⁷

Para Wilson de Souza Campos Batalha²⁸, são fontes do Direito Processual: a lei processual, os usos e costumes forenses, a analogia, os princípios gerais do direito, a equidade, a jurisprudência. Quanto à doutrina, este autor entende que opiniões teóricas tendentes à formação de uma dogmática jurídica, por mais autorizadas que sejam, não constituem fontes de direito.

As sentenças normativas e os pactos coletivos (acordos e convenções), para Eduardo Gabriel Saad, devem ser citadas como fonte de direito material do trabalho, equivocando-se quem menciona como fonte de direito processual, isto porque, no entender do autor as sentenças normativas e os pactos coletivos criam novas condições de trabalho, mas não inovam no campo processual.

²⁶ MALTA, Christovão Piragibe Tostes. **Prática do processo trabalhista**, 1996, p. 83

²⁷ ALMEIDA, Isis de. **Manual de Direito Processual do Trabalho**, 1997, p.24.

²⁸ BATALHA, Wilson de Souza Campos. Op. cit., p.173

²⁷ SAAD, Eduardo Gabriel. Op. cit., p.59

Amauri Mascaro Nascimento enumera como fontes do direito processual do trabalho as leis constitucionais, leis ordinárias (Consolidação das Leis do Trabalho, Código de Processo Civil), Decretos, Regimentos Internos dos Tribunais, as portarias e os costumes.²⁹

Uma questão que deve ser suscitada quando se estuda as fontes do direito processual do trabalho, é quanto à possibilidade de normas jurídicas processuais trabalhistas serem constituídas por meio de fontes não estatais de direito, ou seja, por meio de outra norma que não seja a lei. Amauri Mascaro Nascimento vislumbra esta possibilidade, e assim se manifesta:

O problema maior, no entanto, está em saber se podem ser constituídas normas jurídicas processuais trabalhistas através de outras normas e não apenas da lei, e a resposta é afirmativa quando vemos que há tratados internacionais sobre a matéria, dentre os quais, no Brasil, o Tratado de Itaipu, prevendo que os conflitos trabalhistas ocorridos entre os trabalhadores dessa obra serão resolvidos segundo regras que o tratado estabelece para unificar o aspecto jurisdicional, e atribuindo poderes à jurisdição trabalhista para decidir as questões que envolvem os trabalhadores brasileiros.³⁰

Quanto aos costumes, existem autores que acreditam na irrelevância do mesmo como fonte de direito processual, este é o caso, por exemplo, de Wilson de Souza Campos Batalha³¹. Outros autores como Eduardo Gabriel Saad³² e Amauri Mascaro de Nascimento³³ entendem que ao costume deve se atribuir condição secundária e não se admitir que contrarie a lei.

A hierarquia, segundo Tostes Malta³⁴, das fontes do Direito Processual do Trabalho obedece a seguinte ordem: Constituição, leis, tratados internacionais e decretos – leis, decretos e regimentos dos Tribunais.

²⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit., p.36

³⁰ Idem, p. 38

³¹ BATALHA, Wilson de Souza Campos. Op. cit., p.175

³² SAAD, Eduardo Gabriel. Op. cit., p.57

³³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit., p. 138

³⁴ MALTA, Christóvão Piragibe Tostes. Op. cit., p.85

1.3. Princípios do Direito Processual do Trabalho

“Princípios são as verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional. Isto é, como pressupostos exigidos pela necessidade da pesquisa e da práxis.” Este é o conceito de Miguel Reale³⁵. Baseando-se no exposto, tem-se que os princípios, por darem a idéia de origem, determinam como será a forma, os objetivos, os meios e os fins que um determinado sistema quer alcançar. Portanto o Direito Processual do Trabalho deve manter o caráter protecionista do Direito Material do Trabalho, para que não perca sua essência, que consiste na proteção ao trabalhador.

Em primeiro lugar, é bom ter-se em conta que princípios e peculiaridades do processo trabalhista não devem ser confundidos, distinguindo-se, pelas seguintes características:

(...) a) os princípios são necessariamente gerais, enquanto as peculiaridades são restritas, atinentes a um ou a poucos preceitos ou momentos processuais; b) os princípios informam orientam e inspiram preceitos legais, por dedução, podem eles ser extraídos, via raciocínio indutivo, das peculiaridades não se extraem princípios, nem delas derivam normas legais; c) os princípios dão organicidade a institutos e sistemas processuais, peculiaridades, não, pois esgotam sua atuação em âmbito restrito, geralmente atinente ao procedimento não processo.”³⁶

Wagner Giglio³⁷ ensina que existem apenas sete princípios próprios e exclusivos do processo trabalhista, são eles: **o protecionista** (caráter tutelar do direito material do trabalho se transmite e vigora também no direito processual do trabalho); **da jurisdição normativa** (utilização da via processual para criar ou modificar norma jurídica); **da despersonalização do empregador** (garantir o trabalhador contra as alterações na estrutura jurídica ou propriedade da empresa); **da simplificação procedimental** (revelado pelo *jus postulandi*, pela comunicação postal dos atos processuais, nomeação de perito único...); **da extrapetição** (possibilita ao juiz conceder mais, ou coisa diversa, do que foi pedido, como salários em dobro, juros e correção

³⁵ REALE, Miguel *apud* VASCONCELLOS, Ana Maria de. Princípios do processo do trabalho. In: VIEIRA, Pedro Benjamim. et. al **Manual do Juiz Classista da Justiça do trabalho**. 2. ed.São Paulo: LTr, 1996, p.121

³⁶ GIGLIO, Wagner D. Op. cit., p.65

³⁷ Idem, p.64

monetária...); **da iniciativa de ofício do juiz**; e por último o da **coletivização das ações individuais** (solução rápida e econômica para dirimir casos de insalubridade ou de periculosidade de um estabelecimento comercial). Os quatro primeiros princípios são chamados de concretos, pois já informam o direito positivo e, os três últimos são chamados de ideais, não existindo ainda no direito positivo, e sim fazendo parte da reivindicação dos doutrinadores.

Ao contrário do que entende Wagner Giglio, Isis de Almeida³⁸ considera o processo trabalhista incompleto e assistemático, portanto “... não se encontra no “ponto” de ter definidos seus próprios princípios, sendo válido, pois, tratar dos que são clássicos no processo civil com as peculiaridades que adquirem ao serem transportados para o campo trabalhista, assinalando-se a maior ou menor ênfase que recebem nesse enfoque”.

São princípios que orientam o processo trabalhista, para Isis de Almeida:³⁹ o princípio do dispositivo, do inquisitório ou inquisitivo, da concentração, da oralidade, da imediatidade, da celeridade processual, da eventualidade, do contraditório, da conciliação, do *jus postulandi*, do duplo grau de jurisdição, da *non reformatio in pejus*, e os princípios da preclusão e da perempção.

Apesar de o autor entender, como já foi dito, que o processo do trabalho não está em fase de ter princípios próprios definidos, considera o *jus postulandi* um princípio peculiaríssimo ao processo trabalhista, assim como o da conciliação, elencando os princípios da concentração e da oralidade, da imediatidade e da celeridade processual como princípios basilares deste processo.

Tostes Malta⁴⁰ elenca como princípios e métodos do processo do trabalho e do processo em geral, os seguintes: tecnicismo, economia, celeridade, oralidade, concentração, eventualidade, imediação e identidade física do juiz, métodos dispositivo e inquisitório, contraditório ou método da igualdade ou da audiência jurídica, convencimento racional do juiz, instrumentalidade da forma dos atos processuais, publicidade, duplo grau de jurisdição, lealdade processual, livre dicção do direito objetivo, imparcialidade de juiz, e por último, a preclusão.

A característica tutelar do Direito do Trabalho reflete no Processo do Trabalho por este ser instrumento daquele, assim muitos autores consideram o princípio tutelar como um megaprincípio, do qual vem derivar os seguintes princípios: da despersonalização do empregador, o da coletivização das ações individuais, o da iniciativa “*ex officio*” da ação, e em determinadas situações, o da ultra e extrapetição.⁴¹

³⁸ ALMEIDA, Isis de. Op. cit., p. 35

³⁹ Idem, p. cit. 71

⁴⁰ MALTA, Chistóvão Piragibe Tostes. Op. cit., p.90.

⁴¹ GONÇALVES, Ione Salin. O processo do trabalho. In: LEDUR, Felipe (coord.). **Modernização do direito processual do trabalho**. São Paulo: LTR, 1990, p.14.

A enumeração de princípios específicos do Processo do Trabalho vem particularizá-lo, e assim como Wagner Giglio, Ana Maria Vasconcellos, elenca o princípio protecionista, o da conciliabilidade, o da representação paritária, o da inaceitação da inépcia da inicial, o do julgamento extrapetição, o da coletivização das ações individuais, sendo que os quatro últimos são considerados emergentes.

Muitos dos princípios eleitos pelos autores citados, salvo raras exceções, não são princípios exclusivos e próprios do processo do trabalho e sim de todo e qualquer processo. Esta acomodação da doutrina representa uma atitude descompromissada, que vem em prejuízo ao caráter protecionista do Direito e do Processo do Trabalho, tornando-os suscetíveis de má aplicação de suas normas, ou de no mínimo, uma aplicação distorcida.

O direito processual do trabalho deve ser elaborado com o propósito de corrigir as desigualdades, deve-se evitar que o litigante economicamente mais forte se sobreponha ao hipossuficiente, simplesmente por ser o economicamente mais forte, e um dos meios para impedir esta desigualdade latente é a justa aplicação dos princípios que regem o Direito Processual do Trabalho.

Neste passo, vale ressaltar o posicionamento de Manoel Antônio Teixeira Filho quanto a aplicação das normas de Processo Civil no Processo Trabalhista, sem o devido cuidado:

Impõe-se que o faça, contudo, com a necessária cautela, na medida em que a adoção irrefletida de normas processuais civis pode implicar uma perigosa transubstanciação do direito processual do trabalho, fazendo com que se distancie da influência que sobre ele exerce o direito material do trabalho. É preciso não se esquecer que o processo civil se lastreja no dogma da *igualdade formal* das partes, que informa o direito substancial comum e que constitui, mesmo, o sustentáculo de todo o direito positivo liberal e racionalista, que se edificou no processo histórico da Revolução Francesa de 1789. Já o direito material do trabalho, ao contrário, consagra a *desigualdade real* das partes, fixada como pressuposto para a sua atuação protectiva do trabalhador (...)

É precisamente da *desigualdade real* das partes, no plano das relações jurídicas materiais intersubjetivas, que devem ser extraídos os princípios fundamentais que, *de lege ferenda*, deverão reger o direito processual correspondente.⁴²

⁴² TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **A prova no processo do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 1997. p.87.

CAPÍTULO II - A PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

2.1. Natureza jurídica da prova

A primeira teoria que foi, durante muito tempo, sustentada quanto à natureza jurídica da prova entendia que, como ela muitas vezes preexistia ao processo, então não havia dúvida de que era própria do direito material. A tese contrária entendia que o instituto da prova era exclusivamente processualista.⁴³

Amauri Mascaro Nascimento⁴⁴ indica cinco tendências que buscam a natureza jurídica da prova: a) a prova é um fenômeno de direito material; b) a segunda é a teoria da prova como fenômeno de natureza mista, material e processual; c) a terceira teoria é a da natureza unicamente processual; c) a quarta teoria é a divisão das normas sobre a prova em normas de direito material e direito processual; e) a quinta, e última teoria, sustenta que a prova pertence ao direito judicial⁴⁵.

Segundo Tostes Malta⁴⁶, as teorias acima mencionadas dizem respeito à natureza das normas que regulam a prova e não o instituto da prova e, ainda ensina que a prova é tanto estudada como o conjunto de informações que as partes levam ao juiz para que este forme seu conhecimento, como no sentido de que o juiz, formando sua convicção sobre os fatos debatidos na lide, conclui ter realmente ocorrido, isto é, ter ficado provado. Assim emprega-se a palavra prova para designar a atividade das partes, bem como ao resultado dessa atividade.

A teoria mista, que entende ser a prova instituto tanto de direito material como de direito processual, encontra guarida, no direito brasileiro, em Eduardo Gabriel Saad,⁴⁷ que desta forma se manifesta sobre o assunto:

Em primeiro lugar, cabe-nos frisar que o Direito Processual, mais do que qualquer outro ramo do direito, estuda sistemática e profundamente o instituto da prova para fixar suas finalidades, sua forma e seus fins.

Inobstante, nossa posição diante da matéria não é radical.

⁴³ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Op. cit., p. 27

⁴⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit., p. 249

⁴⁵ De acordo com Amauri Mascaro Nascimento direito judicial é aquele que busca uma relação jurídica existente entre a justiça estatal e o indivíduo. Op. cit., p. 249

⁴⁶ MALTA, Christóvão Piragibe Tostes. Op. cit., p. 383

⁴⁷ SAAD, Eduardo Gabriel. Op. cit., p.343.

No momento de formação de um ato jurídico, criam as partes certas provas (que qualificamos pré constituídas) tendentes a resguardar os direitos derivados desse mesmo ato e dissipam dúvidas, no espírito de terceiros quanto a sua autenticidade e isto antes de qualquer apreciação judicial.

É ela útil num eventual litígio submetido à Justiça.

Tais considerações nos fazem concluir que o instituto da prova interessa, a um só tempo, ao Direito Material e ao Direito Processual.

Manoel Antônio Teixeira Filho⁴⁸. é filiado a teoria que prega ter a prova natureza exclusivamente processual baseando-se no fato que com o Código de Processo Civil de 1973, tomou para si, o disciplinamento da matéria a respeito da prova, eliminando a referência às leis materiais que eram aludidas no *Codex* de 1939.

Sob este prisma, quando se tratar da utilização das normas pertinentes a prova que está contida no Código de Processo Civil, fato este que não causa espanto eis que é falha a Consolidação do Trabalho neste tópico, o profissional do direito deve estar atento para que não haja uma má aplicação das normas de processo civil no processo do trabalho acarretando danos as partes.

2.2. Conceito de Prova

A prova ao longo do tempo vem passando por uma série de influências históricas, assimilando as características de cada época. Assim, em um primeiro momento não havia prova, as lides eram solucionadas com base na lei do mais forte. Logo após este período, a prova submete-se a uma autoridade, que por sua vez seguia os ditames da igreja, sendo que as provas eram obtidas por meio de veneno, fogo, água fervente... Como resquício da fase religiosa, a prova, em um terceiro momento, assume um caráter predominantemente humano. Hoje vigora o princípio do livre convencimento do juiz com dever de motivação.⁴⁹

A par desses dados, pode-se entrar no conceito de prova, cabendo ressaltar que nem o Código de Processo Civil, nem a Consolidação das Leis do Trabalho contêm um conceito de prova, todos os conhecidos são fruto dos doutrinadores. Deve-se ter em mente a importância da prova, tendo em vista ser nela que se materializa a verdade

⁴⁸ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Op. cit., p. 28

⁴⁹ ALMEIDA, Lúcio Rodrigues de. **Prova Trabalhista**. Rio de Janeiro: Aide, 1995. p. 48

dos fatos, sendo possível a justa e satisfatória solução da lide, não implicando, no entanto, que em nome da verdade, os meios de prova faltem com respeito à lei, não sendo produzidos às claras e utilizando-se de subterfúgios.

O eminente jurista Coqueijo Costa dá a prova, dois sentidos: um amplo e o outro restrito. No sentido amplo “(...) é o complexo de elementos de que um juízo dispõe para o conhecimento dos fatos relevantes para a solução de uma demanda. Tais elementos são: depoimentos pessoais, documentos, testemunhos, perícias, indícios e presunções, podem ser fornecidos pelas partes, por iniciativa do juiz, ou eventualmente por terceiros. No sentido mais estrito, prova é uma parte dos elementos acima referidos”⁵⁰

Ensina Humberto Theodoro Júnior⁵¹ que a prova pode ser conceituada em dois sentidos, objetivo e subjetivo: o primeiro define a prova como o instrumento ou o meio hábil, para demonstrar a existência de um fato, e o segundo, como a certeza originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório.

Manoel Antônio Teixeira Filho⁵² assevera que a prova não é resultado, e sim um meio, advertindo para o cuidado que merece a diferença entre o significado de prova e de meio probante, eis que se a prova for considerada um meio, explica o autor, inevitavelmente qualquer documento juntado aos autos constituiria, por si só, prova do fato a que se refere, ignorando-se com isto, a apreciação judicial acerca desse meio de prova, apreciação que resultaria na revelação do resultado que tal meio produziu. Assim, para o autor, prova é a demonstração, segundo as normas legais específicas, da verdade dos fatos relevantes e controvertidos no processo.⁵³

⁵⁰ Costa, Coqueijo. **Direito Judiciário do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 284

⁵¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

p.414

⁵² TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. p. cit., p.34

⁵³ Manoel Teixeira Filho, desta forma explica seu conceito a respeito de prova: “... (1) *demonstração* por que, em concreto, atividade probatória, que às partes preponderantemente incumbe em decorrência do ônus objetivo que a lei lhes atribui (CLT, art. 818), consiste em trazer aos autos a verdade dos fatos alegados e com base nos quais deverão desenvolver um raciocínio lógico, tendente a influir na formação do convencimento do órgão jurisdicional; (2) *segundo as normas legais específicas* por que o direito processual não apenas estabelece as modalidades de prova admitidas em Juízo (CPC, art. 332), mas também disciplina o procedimento probatório das partes; (3) *da verdade dos fatos* porque, regra genérica, o objeto das provas são os fatos (CPC, art.332); só excepcionalmente se exigirá prova do direito (CPC, art. 337); (4) *relevantes* porque a prova não deve incidir sobre todos os fatos narrados na ação, mas somente em relação àqueles que se revelam importantes (relevantes) para a justa composição da lide; (5) e *controvertidos* porquanto devem ficar fora do campo da prova os fatos incontroversos, assim entendidos, os que, sendo afirmados por uma das partes, são confessados pela parte contrária (CPC, arts. 302 e 334, II); os admitidos no processo como incontroversos (CPC, art.334, III), bem assim os notórios (art.334, I) e aqueles em cujo valor milita a presunção legal de existência ou de veracidade (art.334, IV); *no processo*, vez que os fatos a serem provados

Alsina⁵⁴ na sua formulação do conceito de prova sustenta que o ato de provar é demonstrar a verdade, partindo daí para seu conceito de prova judicial:

Sob esse prisma, a prova judicial é a confrontação da versão de cada parte, com os meios produzidos para aboná-la. O juiz procura reconstituir os fatos valendo-se dos dados que lhe são oferecidos e dos que puder procurar por si mesmo nos casos em que está autorizado a proceder de ofício. A missão do Juiz é, por isso, análoga à do historiador, enquanto ambos tendem a averiguar como ocorreram as coisas no passado, utilizando os mesmos meios, ou seja, os rastros ou sinais que os fatos deixaram.

Outro autor que também se preocupa em analisar a prova tanto objetivamente como subjetivamente é Tostes Malta⁵⁵. Prova em sentido objetivo é o conjunto de informações de que o juiz vem a dispor para solucionar um conflito de interesses, e o que o juiz considerou intimamente revela o sentido subjetivo da prova.

Já para, Lúcio Rodrigues de Almeida⁵⁶, “provar significa estabelecer a verdade. Chama-se de prova, em geral, qualquer processo da mente pelo qual se adquire a certeza de alguma coisa. Em linguagem jurídica, dentro dos limites do Direito Processual, prova é a demonstração da verdade dos fatos deduzidos em juízo”.

Dos conceitos de prova descritos, vê-se que os autores firmam suas definições tanto no estado de certeza proporcionado ao juiz, como acreditam ser a mesma instrumento que revela a existência de um fato ou a demonstração da verdade, contrapondo-se ao estabelecido por Manoel Antônio Teixeira Filho que, basicamente, entende ser a prova o resultado, ou seja, a demonstração da verdade propriamente dita, o que parece o mais acertado, isto porque, definir a prova sustentando-se na convicção que esta causa ao juiz não passa de um engano, haja visto ser esta a finalidade da prova⁵⁷ e

são os que foram trazidos pelas partes ao conhecimento do juiz; assim os fatos que permanecerem à margem do litígio (embora pudessem ser relevantes) ou, que foram narrados intempestivamente, não podem ser destinatários da prova – “*Quod non est in actis non est in mundo*”, adverte o conhecido apotegma jurídico, de larga e proveitosa aplicação na realidade forense. Op. cit., p. 35

⁵⁴ apud, Amauri mascaro nascimento, p.248.

⁵⁵ MALTA, Chirstóvão Piragibe Tostes Op. cit., p.377.

⁵⁶ Almeida, Lúcio Rodrigues de, Op. cit., p.22.

⁵⁷ Segundo Manoel Antônio Teixeira Filho, a prova visa “... fundamentalmente, a convencer o Juiz, que figura, deste modo como o seu principal destinatário (*iudice fit probatur*). Op. cit., p. 61.

acreditar ser a prova um instrumento para a demonstração da verdade é confundi-la com os meios de provas⁵⁸.

2.3 Princípios Norteadores da Prova

O estudo dos princípios reitores da prova torna-se mais relevante na medida em que sua finalidade é o descobrimento da verdade, e para tanto não basta uma interpretação superficial dos fatos é necessário um conhecimento globalizado do sistema jurídico onde estão sendo produzidos os meios de prova a fim de que o caso concreto seja devidamente solucionado.

Neste sentido manifesta-se Ana Maria de Vasconcellos:

A nosso ver, a principal função dos princípios é a de se revelar instrumento de integração do ordenamento jurídico, suprindo direta ou indiretamente, as omissões do legislador.

Quando a ordem jurídica não consegue abarcar o Direito através da lei, surge um espaço vazio a ser preenchido no ato de julgar, podendo o Juiz, neste caso, visando à solução dos casos omissos, recorrer à analogia, à equidade e aos princípios gerais do direito (...).⁵⁹

Amauri Mascaro Nascimento⁶⁰ indica como princípios reitores da prova no processo do trabalho, os seguintes: princípio da necessidade, da unidade, da lealdade ou probidade, da contradição, da igualdade de oportunidade, da legalidade, da imediação e o da obrigatoriedade da prova.

O princípio da necessidade da prova exige que as alegações devam ser provadas, pois a prova é a base da sentença. O princípio da unidade reza que as provas sejam apreciadas globalmente. Quanto à lealdade ou probidade ambas vem garantir que a realidade não seja deformada. A oportunidade de conhecer e discutir uma prova é dada a parte pelo princípio da contradição. A igualdade de oportunidade garante às partes, que o pedido de realização de uma prova seja análogo. O princípio da legalidade prevê que uma vez a lei determinando um meio de produção da prova, esta não poderá ser produzida de outra maneira. A imediação significa a direta intervenção do juiz na instrução probatória.

⁵⁸ Os meios de prova são, para Manoel Antônio Teixeira Filho, "... as fontes por intermédio das quais o juiz obtém os elementos de prova necessários ao estabelecimento da verdade formal." Idem, p. 85.

⁵⁹ VASCONCELLOS, Ana Maria de. Op. cit., p. 122.

⁶⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit., p. 249

Os princípios da obrigatoriedade da prova fundam-se no fato de que tanto as partes quanto o estado desejam o esclarecimento da verdade, portanto se às partes não apresentarem determinada prova podem acabar sofrendo sanções no caso de omissão.⁶¹

Ao comentar o princípio da necessidade da prova Manoel Antônio Teixeira Filho entende que deste princípio extraí-se a regra de que o juiz não deve decidir com base no seu conhecimento pessoal dos fatos, salvo exceções, já que se encontra tangido pelo dever legal da imparcialidade. Quanto ao princípio da contradição, Amauri Mascaro Nascimento apenas se refere à impugnação da prova, o que é ampliado por Manoel Antônio Teixeira Filho já que este vislumbra a possibilidade da produção da contraprova⁶².

O princípio que causa real divergência entre estes dois autores é o da obrigatoriedade de prova, segundo o qual, como leciona Amauri Mascaro Nascimento⁶³, “... a prova é de interesse não só das partes, mas também do Estado, que quer o esclarecimento da verdade, as partes podem ser compelidas pelo Juiz a apresentar no processo determinada prova, sofrendo sanções no caso de omissão, especialmente as presunções que passam a militar contra aquele que se omitiu a favor de quem solicitou”. Tal exegese deste princípio, para Manoel Antônio Teixeira Filho⁶⁴, é equivocada, pois ensina que não há obrigação de provar em juízo a verdade dos fatos, o que existe é um ônus objetivo, portanto se não há obrigação não há que se falar em sanção processual.

O douto Wagner Giglio toma como princípios da prova trabalhista aqueles que informam a teoria da prova no Direito Processual do Civil, prevalecendo, segundo ele, o sistema do livre convencimento motivado. “O Juiz do Trabalho, como o Juiz do Direito, atenderá aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegado pelas partes, para formar seu convencimento, devendo, nada obstante, fundamentar os despachos e sentenças”.⁶⁵

O princípio da convicção racional motivada consiste na liberdade de o juiz examinar a prova colhida ficando obrigado a motivar porque razão desprezou uma prova ou acolheu outra⁶⁶, assim as partes estão protegidas contra eventuais arbitrariedades, já que o convencimento não se pode formar apenas por impressões subjetivas, como determina o art. 131 do Código de Processo Civil.

⁶¹ Idem, *ibidem*.

⁶² TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Op. cit., p.64.

⁶³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit., p. 249.

⁶⁴ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Op. cit., p.70

⁶⁵ GIGLIO, Wagner D. Op. cit., p.187.

⁶⁶ SAAD, Eduardo Gabriel. Op. cit., p.346.

Apesar de estar o juiz atrelado a motivação, quando se der a apreciação das provas, não implica que existam critérios legais de ponderação. Na formação do convencimento o juiz buscará apoio nos fatos e circunstâncias constantes dos autos.⁶⁷ Segundo Coqueijo Costa “pelo princípio da livre apreciação da prova o juiz não está adstrito, sequer, a considerar verdadeiros os fatos sobre cujas proposições estão de acordo às partes⁶⁸”.

Não obstante o princípio da livre convicção do juiz, Wilson de Souza Campos Batalha compreende que o juiz deve ter como guia certos preceitos, quais sejam:

- a) na apreciação das testemunhas, devemos ponderar os seus ditos e não contá-los, dando mais crédito às que, pelas circunstâncias especiais em que se encontravam e pela sua honorabilidade, possam informar melhor sobre a realidade dos fatos; b) no contraste de documentos e testemunhas, têm aqueles prevalência, salvo quando se trate de provar má-fé, em algumas de suas modalidades; c) quando, no conflito de provas testemunhais, for absolutamente impossível chegar a qualquer conclusão, deve o feito ser decidido contra quem tinha a seu cargo o ônus da prova.

Do exposto, percebe – se que o princípio da livre apreciação judicial tem o condão de evitar abusos por parte dos magistrados, ao mesmo tempo lhe confere liberdade suficiente para decidir conforme o que está nos autos sem ficar amarrado a fórmulas pré- determinadas. Adverte, neste sentido, Santiago Sentis Melendo: “A prova requer iniludivelmente, a liberdade. Onde falta liberdade, haverá sucedâneos de prova, porém não haverá prova”⁶⁹.

2.4. Objeto da Prova

Quando um direito é violado, o titular deste direito pode ir a juízo proteger ou tentar restaurar seus interesses, assim o fato que causou a violação do direito, ou prejuízo à parte, é que deve ser provado. Explica Moacyr Amaral Santos “que a ação tem por fundamento um ponto de fato. O ponto de fato deve ser provado, porque é na

⁶⁷ BATALHA, Wilson de Souza Campos. Op. cit., p.143

⁶⁸ COSTA, Coqueijo. Op. cit., p.286

⁶⁹ *apud* Coqueijo Costa. Direito Judiciário do Trabalho – Rio de Janeiro. Forense, 1978, p.284

verdade resultante dessa prova que a sentença, a ser proferida no processo, vai se assentar para restaurar em sua inteireza e plenitude o direito ameaçado ou violado”⁷⁰.

Neste passo, leciona Lúcio Rodrigues de Almeida: “As dúvidas surgidas em torno das afirmações feitas pelo autor e pelo réu, no processo, constituem as questões de fato, a respeito das quais cumpre ao juiz decidir. As questões de fato são o objeto da prova. Daí por que se dizer que constituem o objeto da prova as alegações de fato e não os fatos alegados, surgindo, então, o interesse na prova.”⁷¹

Como visto os fatos são o objeto da prova, mas nem por isso todos devem ser provados, os que devem suscitar interesse das partes são os relevantes, pertinentes ao processo e controvertidos.

Moacyr Amaral Santos indica como fatos suscetíveis de prova os controvertidos, relevantes e determinados. Explica o eminente jurista que se não há controvérsia basta à mera aplicação do direito, quanto aos fatos relevantes ensina serem os que devem ter conexão com a causa podendo influir na decisão, já os fatos determinados, possuem características suficientes que os distinguem de outros que lhe sejam semelhantes.⁷²

Para um fato ser objeto de prova são necessários requisitos, como por exemplo, o da alegação e contestação pelas partes, sua admissão como verdadeiro, sua prova deve ser permitida e, por fim, o fato tem que ser admissível.⁷³

Quanto a impugnação dos fatos o art. 302 do Código de Processo Civil, impõe ao réu a manifestação precisa sobre os fatos narrados na petição inicial, sob pena de serem presumidos verdadeiros os não contestados. A impossibilidade de confissão a respeito dos fatos, a petição inicial desacompanhada de instrumento público que a lei considerar da substância do ato, a contradição com a defesa constitui exceção a regra contida no *caput* do dispositivo mencionado.

Alerta Manoel Antônio Teixeira Filho para a presunção de veracidade dos fatos não expressamente impugnados:

⁷⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 3. ed. . São Paulo: Max Limonad, (s/d), v. I, p.15.

⁷¹ ALMEIDA, Lúcio Rodrigues de, Op. cit., p.26

⁷² , SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de processo civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva., 1995, v.2, p.335.

⁷³ Armando Porras Lopez apud Manoel Antônio Teixeira Filho, p.45

(...) a presunção de veracidade dos fatos não expressamente impugnados não deve produzir, de plano, os efeitos processuais que lhe são inerentes, pois estes poderiam esbarrar na prova constante dos autos. Temos verificado, por exemplo, com certa frequência o réu não se pronunciar quanto à alegação do autor no sentido de que sua jornada diária de trabalho excedia a ordinária, embora junte os cartões de ponto pelos quais se constata que a jornada sempre foi ordinária, tal como fixada em lei. Conquanto lhe tenha sido aberto vista desses documentos, o autor não os impugna. Seria desarrazoado supor-se, na espécie mencionada, que a matéria relativa à jornada extraordinária estaria incontroversa, em face de o réu não haver contestado expressamente a alegação do autor; ora, bem, a junção dos cartões de ponto pelo réu constitui, sem dúvida, uma forma de manifestação oposta às alegações expendidas pelo autor quanto á duração da jornada de trabalho. Não se quer, com, isto, insinuar que os aludidos cartões se tornariam um meio de prova prevalecente, absoluto, mas, sim, que a sua existência nos autos foi suficiente para *configurar uma controvérsia* sobre a matéria, impondo-se, por isso, a inclusão da jornada de trabalho como um dos pontos sobre os quais deverá incidir a instrução do procedimento.⁷⁴

2.4.1. Fatos que Independem de Prova

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

Fatos notórios são os fatos cujo conhecimento fazem parte da cultura normal de determinado setor social, ao tempo do pronunciamento judicial.⁷⁵ A estes fatos não devem faltar dois elementos essenciais quais sejam, a generalidade e a verdade, no entender de Manoel Antônio Teixeira Filho. Em síntese o fato notório deve ser conhecido de todos, estar imbuído de publicidade, fazer parte do conhecimento de qualquer classe social.

No que tange aos fatos confessados, não necessitam de prova pelo simples fato de carecerem de controvérsia, não há mais o que se discutir quanto a veracidade de um fato que a própria parte prejudicada declarou estar correto, no entanto Coqueijo Costa entende que a confissão contra a notoriedade é ineficaz.⁷⁶

⁷⁴ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Op. cit., p.43.

⁷⁵ Calamandrei apud Lúcio Rodrigues de Almeida, p.28.

⁷⁶ COSTA, Coqueijo. Op. cit., p. 293.

Para Lúcio Rodrigues de Almeida, fatos incontroversos são “... aqueles sobre os quais não se estabelecem debates entre os litigantes; porque, pelo consentimento expresso ou pelo silêncio, são tidos como verdadeiros, se o contrário não resultar do conjunto das provas”⁷⁷

Lembra Humberto Theodoro Júnior que quando se tratar de direitos indisponíveis, ou os provenientes do estado da pessoa natural as partes não estão dispensadas da produção de provas. Saliente-se que não é cabível a contestação por negação geral, o réu deve responder cada item especificamente, ou seja, deve manifestar-se contrário a cada fato alegado.⁷⁸

Quanto aos fatos que a lei presume existentes ou verdadeiros é oportuno transcrever o que leciona Manoel Antônio Teixeira Filho: “... a parte invocadora da presunção legal de existência de veracidade do fato não está obrigada a provar o fato presumido, mas, sim, o fato no qual a lei assenta a presunção”.⁷⁹ As presunções legais podem ser absolutas ou relativas, as primeiras não admitem prova em contrário, sendo que quando se tratar de presunções relativas esta será admitida.

Em matéria trabalhista, um exemplo prático referente as presunções é o fornecido por Manoel Antônio Teixeira Filho:

(...) bastando verificar-se o art. 477 da CLT, pelo qual, inexistindo acordo de prova sobre condição essencial ao contrato firmado oralmente, esta se presume existente como se a tivessem ajustado os interessados na conformidade dos preceitos jurídicos adequados a sua legitimidade. Também no parágrafo único do art. 456, do mesmo texto, se lê que na falta de prova ou inexistindo cláusula expressa, entende-se (isto é presume-se) que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com sua condição pessoal.⁸⁰

2.5. Da Prova do Direito

É sabido que o juiz é obrigado a conhecer o direito positivo nacional, não podendo escusar-se de julgar alegando desconhecimento da lei, nem mesmo que esta é lacunosa ou obscura. A prestação jurisdicional é uma obrigação do Juiz.

⁷⁷ ALMEIDA, Lúcio Rodrigues, Op. cit., p.29.

⁷⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p.416.

⁷⁹ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Op. cit., p.52.

⁸⁰ Idem, p.52.

Neste sentido, ensina Moacyr Amaral Santos⁸¹:

Não sendo lícito às partes alegar a ignorância da lei e, de outro lado, não se permitindo ao juiz deixar de despachar ou sentenciar, sob nenhum pretexto, decorre a desnecessidade de provar-se a lei. E, visto que a lei é a fonte primordial, principal, imediata e direta do direito, generaliza-se o princípio, universalmente aceito de que as regras de direito independem de prova. E independem, principalmente, por que o juiz conhece o direito – *iura novit curia*.

O princípio de que as regras de direito de prova independem de prova esbarra no artigo 337 do Código de Processo Civil, já que este dá ao juiz a possibilidade de fazer com que a parte que alegou o direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário venha a provar seu teor e vigência. Esta exceção decorre do fato de que o juiz deve conhecer o direito comum, ilógico seria pensar que o magistrado conhecesse todas as leis estrangeiras, municipais e estaduais, todos os regulamentos, etc.

Tendo-se como parâmetro o art. 337 do Código de Processo Civil o teor e a vigência são os objetos da prova. A prova do teor da lei será produzida através de certidão passada pela repartição estadual ou municipal competente, ou através de jornal oficial, etc., e a vigência da lei poderá ser provada apresentando-se pareceres de juriconsultos, etc.⁸²

2.6. Da Prova dos Acordos e Convenções, dos Regulamentos das Empresas e dos Tratados e Convenções Internacionais.

Os acordos e convenções coletivas embora possuam elevado grau de importância no âmbito trabalhista, não se encaixam no conceito de fato notório, sendo impossível ao magistrado conhecer todos eles. Como leciona Manoel Antônio Teixeira Filho⁸³:

(...) calcando o empregado o seu pedido em cláusula constante de acordo ou de convenção coletiva, caberá a ele provar-lhe o teor e a vigência (embora esta, em regra, venha expressa no próprio instrumento), sob pena de ser rejeitada a sua pretensão, vez que,

⁸¹ SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit., p.340.

⁸² TEIXEIRA FILHO, Manoel. Antônio. Op. cit., p. 342

⁸³ Idem, p. 58

diante da maré – montante de tais ajustes coletivos existentes no país, seria insensato exigir-se que o Juiz tivesse conhecimento de todos eles.

Quanto aos regulamentos da empresa se estiverem relacionados com a controvérsia estabelecida na ação deverão ser juntadas aos autos. Os tratados e convenções internacionais não se confundem com o direito estrangeiro de que trata o artigo 337 do Código de Processo Civil, no entanto pode-se aplicá-lo a matéria analogicamente, ou seja, a parte somente estará obrigada a produzir prova da existência do Tratado ou Convenção Internacional se o juiz determinar.⁸⁴

Depois do breve estudo que tratou do objeto da prova, é oportuno salientar que a finalidade da prova é convencer o juiz sobre a veracidade dos fatos alegados em juízo. Manoel Antônio Teixeira Filho⁸⁵ complementa esta afirmação advogando que secundariamente a prova visa persuadir a parte contrária de que o fato alegado é o condizente com a verdade, obviamente que na prática isto raramente vem a ocorrer.

Moacyr Amaral Santos, explica rápida e sucintamente, porque a finalidade da prova consiste na convicção do juiz: “A questão de fato se decide pelas provas. Por estas se chega à verdade, à certeza dessa verdade, à convicção. Em conseqüência, a prova visa como fim último, inculir no espírito do julgador a convicção da existência do fato perturbador do direito a ser restaurado”⁸⁶.

2.7. Da Classificação e do Momento de Produção das Provas

Wilson de Souza Campos Batalha⁸⁷ classifica as provas levando em consideração o interesse prático, dispensando aquelas que dividem a prova em plena e semiplena, direta e indireta, histórica e crítica. A classificação abordada consiste em apenas duas: provas judiciais e extrajudiciais, provas constituídas e pré-constituídas. Desta forma, se pronunciando o autor:

Prova judicial, como o nome indica, é a produzida em juízo e extrajudicial à realizada fora dele. As provas colhidas em

⁸⁴ Idem, p. 60

⁸⁵ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Op. cit., p. 62.

⁸⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit., p.15.

⁸⁷ BATALHA, Op. cit., p.100.

inquéritos policiais constituem espécie do gênero provas extrajudiciais.

Prova pré-constituída denomina-se o fato constante de um documento autêntico, revestido de formalidades legais, para ser empregado, quando preciso for, com o caráter de prova jurídica. Diz-se prova casual o testemunho produzido em um escrito, que não se fez com o direito intuito, por parte de seu autor, de provar alguma coisa.

As provas pré-constituídas que fazem parte da classificação de Wilson de Souza Campos Batalha, possuem grande relevância no âmbito trabalhista, como bem lembra Isis de Almeida⁸⁸:

(...) no mundo jurídico do contrato de trabalho os fatos vão correndo e vão comprovando-se, naturalmente em documentos ou em testemunhos estabelecidos em atos praticados em juízo ou fora dele, mas sempre eternizados de alguma forma documental. Recibos, lançamentos contábeis, ordens de serviço, correspondência, vistorias, cartões ou folhas de ponto, cartas de advertência ou suspensão, testemunhas instrumentais, testemunhas fiscais permanentes etc. São provas *ad perpetuam rei memoriam*, o mais das vezes sem maior preocupação de que venham a ser utilizada em juízo.

Essas são as provas pré-constituídas

Manoel Antônio Teixeira Filho⁸⁹, levando em conta os critérios estabelecidos por Malatesta classifica a prova de acordo com o : o objeto, o sujeito e a forma da prova. O critério que utiliza o objeto divide-a em direta e indireta direta é a que tem relação com o fato probando, tome-se como exemplo as testemunhas que presenciaram pessoalmente o fato sobre o qual controvertem as partes. A prova indireta é aquela que se relaciona com outro fato probando, a partir do qual, por um processo de raciocínio lógico, se chega aquele. O sujeito da prova é a pessoa ou coisa donde dimana a prova, segundo seja o sujeito a prova será pessoal ou real, pessoal se decorre de uma afirmação da parte ou de testemunha, e real se for materialmente verificável. Quanto a forma pode ser documental, testemunhal e material.

Os indícios e as presunções, de acordo com os ensinamentos de Isis de Almeida⁹⁰, estão inseridos na espécie das provas indiretas, porque somente por um raciocínio lógico, revelam a existência ou a veracidade de um fato. Discordando deste ponto de vista tem-se Manoel Antônio Teixeira Filho⁹¹, para quem as presunções constituem mero raciocínio lógico, realizado pelo Juiz, não

⁸⁸ ALMEIDA, Isis de Almeida. Op. cit., p. 115.

⁸⁹ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Op. cit., p. 80.

⁹⁰ ALMEIDA, Isis de. Op. cit., p.115.

⁹¹ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Op. cit., p. 385.

constituindo meio de prova, e os indícios não passam de meras probabilidades de ser verdadeiro o fato, e o vestígio do fato.

O momento de produção da prova “é o da reprodução, no processo, dos fatos afirmados pelas partes. É o ato do juiz, com intervenção supletiva das partes”⁹². O espaço reservado para a produção da prova dentro do processo é o da instrução processual ou dilação probatória, este espaço limita-se na fixação da causa, como antecedente, e nas razões finais, como conseqüente.⁹³

Isis de Almeida⁹⁴ faz um rápido apanhado dos artigos pertinentes ao momento de produção da prova ressaltando, inclusive, as exceções:

(...) a prova, em regra, deve ser produzida em audiência mesmo porque tem de ser colhida direta e pessoalmente pelo juiz. É o que prescrevem os arts. 336 e 446, II, do CPC. E, na CLT, ainda que não haja disposição expressa a esse respeito, outro não é o entendimento, segundo se infere do que consta nos arts. 818 a 830 e 843 a 851, cumprindo acrescentar que a ênfase que se dá aos princípios da oralidade e da concentração, no processo trabalhista, só pode levar a tal direção.

No *caput* do precitado art. 336 do CPC, ressalva-se disposição especial em contrário, significando, naturalmente, que ficam excluídas da regra as provas que, pela sua natureza, tenham de ser colhidas em local próprio, como, por exemplo, as perícias em geral, ou tenham de ser trazidas aos autos em instrumentos adequados, como são os documentos. As coisas — uma espécie do gênero prova documental — devem ser apresentadas em audiência, salvo impossibilidade natural.

A prova, como dito, deve ser produzida em audiência, sendo cabível lembrar que nesta Justiça Especializada é una a audiência, no entanto e para que seja viabilizada é necessária a tripartição em inicial, de instrução e de julgamento. Neste diapasão, Manoel Antônio Teixeira Filho⁹⁵:

(...) o processo especializado, adaptando-se a esse fracionamento, fixa três momentos para a produção das provas: 1) com a inicial; 2) com a resposta do réu (na primeira audiência); 3) na audiência de instrução (que é a segunda), valendo observar que, quanto à prova documental, a sua produção deve restringir-se aos dois primeiros, momentos (...)

⁹² SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit., p. 325.

⁹³ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Processo trabalhista de conhecimento**. 3. ed. São Paulo: Ltr, 1994.

⁹⁴ ALMEIDA, Isis de. Op. cit., p. 133

⁹⁵ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Op. cit., p. 73.

Para Moacyr Amaral Santos⁹⁶ a produção da prova passa por três momentos: a proposta da prova, a sua admissão pelo juiz e a sua produção. O momento da proposta é ato das partes, já que são estas que se encontram em condições para confirmar suas alegações. A admissão pelo juiz da prova é ato em que este admite ou repele a prova proposta. Por último o momento da produção, que apenas ocorre se as provas forem admitidas.

A fase de instrução inicia no momento em que a petição é ajuizada, continuando na primeira audiência quando é oferecida a contestação e encerrando-se na segunda. Em virtude de a segunda audiência destinar-se preponderantemente a coleta de provas, estando, neste ponto, mais evidenciado o princípio da oralidade afirma-se equivocadamente que aí é iniciada fase instrutória.⁹⁷

Moacyr Amaral Santos⁹⁸ faz alusão ao princípio da oralidade demonstrando quão relevante este tema é para o momento de produção da prova:

Exatamente no procedimento probatório se assinala o sistema da *oralidade*, esposado no Código de Processo Civil, com os princípios da *imediatidade*, da *concentração da causa* e da *identidade física do juiz*. As provas, como os atos culminantes do processo, se concentram na audiência de instrução e julgamento, onde se produzem as de natureza oral, se completam oralmente os exames periciais, e todas se debatem (Cód. Proc. Civil, arts. 336, 452 e 454) A regra está no art. 336: “Salvo disposição especial em contrário, as provas devem ser produzidas em audiência”. Na produção das provas, põe-se o juiz em contato imediato com as partes e com as testemunhas, tomando-lhes depoimentos (Cód. Proc. Civil arts 344, 410 e 452), ou com o perito e assistentes técnicos, ouvindo informações e exigindo-lhes esclarecimentos (Cód. Proc. Civil art. 452, n° I) (...)

Em contraponto, ao entendimento de que a fase de instrução é iniciada na segunda audiência, Lúcio Rodrigues de Almeida⁹⁹, com base no art. 848, § 1º da Consolidação das Leis do Trabalho, entende que a fase de instrução inicia-se na primeira audiência, embora reconheça que a fase probatória já começa com a juntada de documentos pelos litigantes.

*Coqueijo Costa*¹⁰⁰ informa que existem dois momentos para a produção da prova, quais sejam o da proposição e o da admissão da prova: “O momento da proposição da prova reside na determinação dos fatos a provar e indicação dos meios de prova. O momento da admissão da prova diz respeito ao poder que o juiz tem de indeferir

⁹⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit., p. 355.

⁹⁷ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Op. cit., p. 73.

⁹⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit., p. 355.

⁹⁹ ALMEIDA, Lúcio Rodrigues de. Op. cit., p. 65.

¹⁰⁰ COSTA, Coqueijo. Op. cit., p. 285.

o inútil ou impossível, ou que vise à demonstração de fatos por meios inadequados ou inadmissíveis...”

2.8. Dos Meios de Prova

Amauri Mascaro Nascimento¹⁰¹ entende que o conceito de meio de prova comporta duplo significado, podendo ser utilizado tanto 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”.

Já para Manoel Antônio Teixeira Filho¹⁰² meios de prova são “as fontes por intermédio das quais o Juiz obtém os elementos de prova necessários ao estabelecimento da verdade formal”.

Os meios de prova estão relacionados a dois sistemas legais, como lembra Tostes Malta¹⁰³: “o *enumerativo*, que elucida quais são os únicos meios de prova admissíveis, e o *exemplificativo* que menciona alguns meios, mas tolera outros. (...) Autores de renome sustentam que o sistema do CPC é o enunciativo, mas a imprecisão do Código leva a concluir-se que adotou o sistema exemplificativo. O CPC não esclarece, por ex., o complexo conceito dos meios de prova moralmente legítimos.”

Os meios de prova revelam sua eficácia, quando tornam possível um contato direto e imediato entre o juiz e as coisas ou fatos a provar, neste passo lecionando Coqueijo Costa¹⁰⁴:

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.

De acordo com o artigo 332 do Código de Processo Civil “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são

¹⁰¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit., p. 253.

¹⁰² TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio Op. cit., p. 85.

¹⁰³ MALTA, Christóvão Piragibe Tostes. Op. cit., p. 385.

¹⁰⁴ COSTA, Coqueijo. Op. cit., p. 285

hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”. Não obstante ao disposto, o Estatuto Processual Civil especificou os meios de prova, são eles: depoimento pessoal, confissão, exibição de documentos ou coisa, prova documental, prova testemunhal, prova pericial e inspeção judicial.

Humberto Theodoro Júnior¹⁰⁵ arrola como meios de prova, as presunções e os indícios, bem como a prova emprestada. Tal entendimento não é pacífico, sobremaneira, no que tange a presunção e o indício que para Lúcio Rodrigues de Almeida¹⁰⁶, “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 (...)”.

A Consolidação das Leis do Trabalho embora não enumere taxativamente os meios de prova admissíveis no processo do trabalho, faz referência aos seguintes: “ao interrogatório das partes (art. 848); b) à confissão (art.844, *caput*); c) à prova documental (arts. 787, 830); d) à prova testemunhal (arts. 819, 820, 821 a 825, 828,829, 848, § 2º); e) à prova pericial (arts. 827, 848, § 2º)”¹⁰⁷.

Antes de adentrar-se no estudo dos meios de prova em espécie, é relevante mencionar sua ordem de produção, que segundo se infere dos ensinamentos de Tostes Malta¹⁰⁸, no processo trabalhista serão produzidas nesta ordem: juntada de documentos, perícia, depoimentos pessoais e de testemunhas. No entanto, ensina o autor: “... nem sempre, porém, todas essas provas são produzidas e a ordem não é obrigatória. O juiz deve determinar a produção da prova de acordo com a ordem que lhe pareça mais compatível com a economia processual. As provas cuja produção puder dispensar outras devem ser produzidas em primeiro lugar”.

¹⁰⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 425.

¹⁰⁶ ALMEIDA, Lúcio Rodrigues de. Op. cit., p. 31.

¹⁰⁷ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Op. cit., p. 86.

¹⁰⁸ MALTA, Christóvão Piragibe Tostes. Op. cit., p. 385.

2.8.1. Prova Documental

Humberto Theodoro Júnior¹⁰⁹ define documento 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, (...). 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”.

A principal classificação dos documentos é a que os divide em particular “documento de feitura do interessado, totalmente escrito ou por este assinado” e em documento público que “é o constante dos livros e notas oficiais, como a escritura registrada em seu livro de tabelião”¹¹⁰.

A função do documento consiste “em dar existência ou validade a alguns atos jurídicos que não são considerados existentes sem a correspectiva documentação, portanto, o documento funciona em alguns casos como requisito *ad solemnitatem* ou *ad substantiam*. Outras vezes, a sua função é meramente processual, independendo o ato da sua existência ou não”.¹¹¹

A prova documental deverá ser apresentada junto com a reclamação, como determina o artigo 787 da CLT, sendo que apenas será aceito se estiver no original ou em certidão autêntica, ou quando conferida a respectiva pública-forma ou cópia perante o juiz ou tribunal. (art.830). Vale lembrar que os documentos que não sejam fundamentais ao pedido e à contestação, podem ser apresentados em razões de recurso.¹¹² Juntados os documentos, em audiência, após a contestação, cada uma das partes terá vista dos mesmos, cabendo razões finais ou requerimento de prazo para produzir prova em contrário. Ressalta-se que a impugnação é apenas cabível quando juntado o documento intempestivamente ou quando apresentar vícios formais.¹¹³

O artigo 399 do Código de Processo Civil prevê que o juiz poderá, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, requisitar as repartições: a) as certidões necessárias à prova das alegações das partes; b) os procedimentos administrativos nos causa em que for

¹⁰⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 442.

¹¹⁰ MALTA, Christóvão Piragibe Tostes. Op. cit., p. 387.

¹¹¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit., p.262.

¹¹² SÜSSEKIND, Arnaldo et. al. **Instituições de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 1997, v.2.

¹¹³ MALTA, Christóvão Piragibe Tostes. Op. cit., p. 388.

interessado a União, Estado, o Município, ou as respectivas entidades da administração pública indireta.

Lembra Manoel Antônio Teixeira Filho¹¹⁴ que a arguição de falsidade do documento, seja ela material ou ideológica, incumbe a parte que a fizer; quando se tratar de contestação à assinatura o ônus será da parte que produziu o documento, em qualquer das hipóteses o Juiz do Trabalho pode tomar a iniciativa de determinar a realização do conseqüente exame pericial.

2.8.2. Depoimento Pessoal e Confissão

Depoimento pessoal, para Eduardo Gabriel Saad¹¹⁵, “é a declaração feita pela parte — Reclamante ou Reclamado — sobre os fatos relacionados com o litígio que deu origem ao processo”.

Decorre do art. 820 da Consolidação das Leis do Trabalho que o comparecimento das partes à primeira audiência é obrigatório. Só assim será possível tentar-se a conciliação. Malograda essa tentativa, o Juiz inquirirá as partes e as testemunhas.

A sanção decorrente do não comparecimento em juízo é a confissão (art.342, § 2º do CPC), tal conseqüência consiste “em admitir como verdadeiros os fatos contrários ao interesse da parte faltosa e favoráveis ao adversário. Sua imposição, todavia dependerá do depoente ser intimado com a antecedência prevista no § 1º do art.343.”¹¹⁶

A confissão consiste em uma declaração, que pode ser feita por qualquer das partes. Na confissão qualquer uma das partes pode fazê-la reconhecendo, total ou parcialmente, a verdade de fatos que lhe são prejudiciais e que favorecem a outra parte. Importante ressaltar que a confissão sobre direitos indisponíveis não terá validade.¹¹⁷

O objeto da confissão é sempre fato jurídico, que como ensina Pontes de Miranda “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

¹¹⁴ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Op. cit., p. 282.

¹¹⁵ SAAD, Eduardo Gabriel. Op. cit., p.358.

¹¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p.429.

¹¹⁷ SAAD, Eduardo Gabriel. Op. cit., p.363.

ilícito, ato-jurídico lícito, ato-fato jurídico ilícito e ato jurídico lícito, ato jurídico *stricto sensu*, ou qualquer negócio jurídico”.¹¹⁸

Amauri Mascaro Nascimento¹¹⁹ explica mais detalhadamente a confissão, tecendo comentários 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 conseqüência, 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. Confissão é, portanto, aceitação dos fatos alegados pela parte, como verdadeiros, produzida quer no depoimento pessoal, como é mais comum, quer em atos processuais, quer em outros atos processuais e mesmo extrajudicialmente.

Isis de Almeida¹²⁰ dá exemplo prático, no âmbito trabalhista, 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.

2.8.3. Prova Testemunhal

“Testemunha é 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”¹²¹

¹¹⁸ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, tomo IV, p. 319.

¹¹⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit., p. 255.

¹²⁰ ALMEIDA, Isis de. Op. cit., p. 145.

¹²¹ ALMEIDA, Lúcio Rodrigues de, Op. cit., p.95.

Para uma visão geral da prova testemunhal, interessante observar as palavras de Délio Maranhão¹²²:

Segundo a Consolidação (art. 821) cada uma das partes não poderá indicar mais de três testemunhas, salvo quando se tratar de inquérito, caso em que esse número poderá ser levado a seis. A testemunha que for parente até o terceiro grau, amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes não prestará compromisso, e seu depoimento valerá como simples informação (art.829). Não há confundir, porém, testemunhas inábeis com testemunhas defeituosas; a testemunha inábil não pode depor, enquanto a simplesmente defeituosa é ouvida, dando a suas declarações o mérito que possa ter. (p.1370)

Toda a testemunha intimada tem o dever de testemunhar, com dispõe o art. 412 do Código de Processo Civil, caso não cumpra esta regra impõe-se a pena de condução. Pontes de Miranda lembra que o dever de testemunha “é ligado ao dever de concorrer para a realização do direito objetivo e para a pacificação das partes. É dever perante o Estado; e não perante as partes. Não é ligado à nacionalidade, nem à cidadania. É um dos ‘deveres do homem, com se fala de ‘direitos do homem’”¹²³

O artigo 440 do Código de Processo Civil prevê o indeferimento da inquirição de testemunhas quando a prova versar sobre fatos já provados por documento ou confissão, ou fato que só pode ser provado por documento ou por exame pericial.

No Processo Civil as partes deverão depositar em cartório cinco dias antes da audiência o rol de testemunhas, diferentemente do Processo do Trabalho, como ensina Manoel Antônio Teixeira Filho¹²⁴:

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.

Alerta, Amauri Mascaro Nascimento¹²⁵, para o cuidado que se deve ter com a prova testemunhal:

¹²² SÜSSEKIND, Araldo et. al. Op. cit., p.1370.

¹²³ MIRANDA, Pontes de. Op. cit., p. 445.

¹²⁴ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Op. cit., p. 330.

(...) 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 (...)

2.8.4. Prova Pericial

A perícia “deve ser encarada sob dois aspectos: como a atuação de um técnico na revelação de determinados fatos e como o depoimento especializado de um profissional sobre esses mesmos fatos e, neste caso, contendo uma ‘apreciação’, um ‘parecer’ ”¹²⁶. O requerimento da perícia deve ser feito na petição inicial ou na contestação. No processo trabalhista as perícias mais freqüentes dizem respeito a insalubridade, periculosidade, comissões, equiparações salariais, acidentes de trabalho e moléstias profissionais¹²⁷.

Os exames periciais serão realizados por perito único designado pelo juiz, que fixará o prazo para entrega do laudo. As partes poderão indicar um assistente, cujo laudo deverá ser apresentado no mesmo prazo assinado pelo perito. Segundo o artigo 424, incisos I e II do Código de Processo Civil, em caso de não possuir conhecimento técnico ou científico ou se deixar de cumprir o encargo no prazo determinado o perito ou assistente poderá ser substituído¹²⁸.

Segundo Wilson de Souza Campos Batalha¹²⁹ a prova pericial abrange três modalidades: exames, vistorias e avaliações, explicando que “os exames consistem em perícias sobre documentos, pessoas ou contas; as vistorias constituem a inspeção ocular de

¹²⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit., p. 158.

¹²⁶ ALMEIDA, Isis de Almeida. Op. cit., p. 216.

¹²⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit., p. 265

¹²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 480.

¹²⁹ BATALHA, Wilson de Souza Campos. Op. cit., p. 125.

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.”

Humberto Theodoro Júnior¹³⁰ leciona que a perícia só pode ser admitida quando a apuração do fato litigioso não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento. “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.”

Na apreciação da prova pericial o juiz apenas está adstrito ao princípio da persuasão racional, como ensina Manoel Antônio Teixeira Filho¹³¹:

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’*)

2.8.5. Inspeção Judicial

Para Manoel Antônio Teixeira Filho¹³² inspeção judicial “é ato pelo qual o Juiz, no curso do processo, por sua iniciativa ou a requerimento da parte, e com o objetivo de buscar esclarecimentos acerca de fatos relevantes para a decisão da causa, examina, diretamente, em Juízo ou no local em que se encontrem pessoas ou coisas, utilizando-se, para isso, de suas percepções sensoriais comuns”

A inspeção judicial é atividade do juiz que visa esclarecer fatos que tenham relação com o julgamento da lide, pode ser realizada em qualquer fase do processo, e finda a diligência o juiz mandará lavrar o auto circunstanciado, conforme determinam os arts. 440 e 443 do Código de Processo Civil:

Art.440. 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 `a decisão da causa.

¹³⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 479

¹³¹ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Op. cit., p.373

¹³² TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Op. cit., p. 380.

Art. 443 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.

Ensina Pontes de Miranda que na inspeção judicial “se supõe que o juiz entregue os seus sentidos para que a sua percepção sensorial leve à assunção de prova. Pode consistir em ter ouvido palavras ou frases, inclusive por telefone, ou gravada, ou o que um papagaio repete por ter aprendido com uma das partes”¹³³.

Com intuito de evitar confusões entre a inspeção e a perícia é cabível explanar a diferença existente entre ambas. No exame pericial o juiz atribui ao perito o dever de examinar pessoas, coisas, lugares..., enquanto que na inspeção judicial é o juiz que diretamente vem examinar estas pessoas, coisa e lugares, colhe dados para formar sua convicção.¹³⁴

O objeto da inspeção judicial consiste em pessoas e coisas. “Quanto às pessoas, quaisquer podem ser sujeitas a inspecionamento se isso é de interesse para se decidir a causa. A coisa pode ser de propriedade e de posse, ou só de posse. Se há provas, evidentes, o que se há de entender é o que o juiz indefira o requerimento, ou se abstenha de inspetar, porque aí não interesse à decisão da causa”¹³⁵.

A inspeção judicial pode dar-se, no caso de utilização no processo trabalhista, para investigar denúncia do reclamante no sentido de que a reclamada mantém documentos assinados em branco em determinado lugar. O juiz, presentes as partes, se o desejarem, pode dirigir-se pessoalmente à empresa e ali apurar se é verdade o que o reclamante alega.¹³⁶

¹³³ MIRANDA, Pontes de. Op. cit., p.502.

¹³⁴ ALMEIDA, Lúcio Rodrigues de. Op. cit., p.120.

¹³⁵ MIRANDA, Pontes de. Op. cit., p. 503.

¹³⁶ MALTA, Christóvão Piragibe Tostes. Op. cit., p. 417.

CAPÍTULO III - ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

3.1. Sinopse Histórica

O estudo do ônus da prova remonta a antigüidade, e vem desafiando os processualistas através dos tempos, como lembra Campos Batalha¹³⁷:

Já na antigüidade, essa questão fundamental constituía o cerne das preocupações de *Aulus Gellius* (“Noctes Atticae”, Liv. XIV Cap. II), o qual, após uma série de divagações, lembrava o seu mestre, o filósofo *Favorinus*, e apoiar-se no ensinamento de *Catão*: se as provas não *convencem*, deve-se decidir o feito a favor do litigante mais probo; se ambos tiverem igual reputação, deve-se decidir a favor do réu: “*si pares essent, seu boni pariter seu mali, tum illi, unde petitur, credetur, ac secundum eum judicaretur*”

No Direito Romano vigorou a máxima – *semper ônus probandi ei incumbit qui dicit* – ou seja – *semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*. Incumbe o ônus da prova a quem diz, ou afirma, ou age, como a interpretação era gramatical, tudo parecia mostrar que ao autor cumpria o ônus da prova, no entanto como a defesa não implica apenas em negar o fato afirmado pelo autor, consistindo também na articulação, muitas vezes, de outra afirmação por parte do réu, que também deve ser provada, surgiu a regra *reus in excipiendo fit actor*, assim enunciada por Ulpiano *reus in exceptione actor est*.¹³⁸

Dos glosadores até o Código de Processo Civil Brasileiro de 1939, Manoel Antônio Teixeira Filho¹³⁹ faz uma interessante relação que vale o relato:

Posteriormente os glosadores, manuseando os textos romanos e baseados em *Paulus* (“Digesto”, Livro XXII, Título III, fragmento n.2), elaboraram um sistema de distribuição da carga probatória calcado em duas regras fundamentais: “*afirmatia non neganti incumbit probatio* e “*negativa non sunt probanda*”

¹³⁷ BATALHA, Wilson de Souza Campos. Op. cit., p.81.

¹³⁸ SANTOS, Moacyr Amaral Santos. Op. cit., p. 345.

¹³⁹ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Op. cit., p. 104.

A partir daí, empenhou-se equivocadamente a doutrina em pôr à frente, na elaboração de critérios voltados à distribuição desse ônus, se a prova era positiva ou negativa, pois se sustentava ser impossível a segunda. Essa atitude constitui a grande característica do Direito medieval, que se infiltrou em parte no Direito português antigo e acabou por repercutir no Código de Processo Civil brasileiro, de 1939, em cujo art. 209, § 1º, se estatui: “Se o réu, na contestação, negar o fato alegado pelo autor, a *este* incumbirá o ônus da prova.”

É oportuno trazer à tona as considerações de Jonatas Milhomens¹⁴⁰ quanto a evolução da história do ônus da prova:

Nos processos primitivos, quando, para destrincar a lide, se provocava a manifestação da divindade, e um grande número de lides se dirimia por meio de juramento, a possibilidade de carrear vitória pela simples prestação de juramento induzia a que, pelo mais das vezes, se reputasse a prova um *direito* do réu. À proporção que se transmuda o caráter da lide para se converter em decisão de controvérsias sobre os plinto da convicção do juiz, vai-se aguçando a necessidade de provas mais perfeitas. A subministração da prova se opera então como um encargo, e dois fatos concorrem para se onerar com esse encargo o autor, primeiro, a condição mesma de autor, como indicador de lide; e, depois, o interesse para o autor de, à medida que esse período de transição apouque a seriedade dos juramentos, tomar a si a prova, a fim de obviar ao juramento do adversário. Sem embargo, nem toda prova que se torne necessária para influir a convicção do juiz, é incumbida ao autor. Quando o réu não se limita a negar direito do autor, mas afirma que o direito desapareceu, toca-lhe provar o fato extintivo, e outro ocorre quanto aos fatos impeditivos. Essa é uma regra que encontramos aplicada também em nosso direito comum. As fontes romanas inserem, a esse propósito alguns textos que se perpetuaram como a base da doutrina do ônus da prova; mas, em verdade, não são em si mesmos muito completos.

Na teoria clássica vigorou o preceito que determina que, *incumbe o ônus da prova àquela das partes que alega a existência de um fato do qual pretenda induzir uma relação de direito*, baseado nos *actori incumbit onus probandi* e *reus exceptione actor est*, foram partidários desta teoria Lessona, Mattirollo, Ricci, Garsonnet et Bru, João Monteiro.¹⁴¹

¹⁴⁰ MILHOMENS, Jonatas. **A prova no processo do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p.121.

¹⁴¹ SANTOS, Moacyr Amaral Santos. Op. cit., p. 346.

A teoria dos modernos processualistas é baseada na distinção básica entre os fatos constitutivos, extintivos, modificativos ou impeditivos, orientada pelas lições de Chiovenda,¹⁴² para quem o autor deve provar os fatos constitutivos, isto é, os fatos que normalmente produzem determinados efeitos jurídicos; o réu deve provar os fatos impeditivos, isto é, a falta daqueles fatos que normalmente concorrem com os fatos constitutivos, modificativos, falta que obsta que estes fatos produzam o efeito que lhes é natural. Igualmente, ao réu incumbe a prova dos fatos extintivos, que são os que fazem cessar uma vontade concreta de lei e a conseqüente expectativa de um bem.

3.2. Conceito de ônus da prova

O ônus da prova é tema de inegável importância, tendo em vista sua repercussão no processo, principalmente no trabalhista, onde sua igual distribuição nem sempre atende a necessidade da parte hipossuficiente. “O problema do ônus da prova é de lógica porquanto, não podendo o juiz saber o que sucedeu, é necessário que as partes precisem evidenciar a ocorrência dos fatos que invoquem favorecendo-as. As regras sobre o ônus da prova estabelecem um critério, que procura traduzir justiça e lógica a propósito de quais são as categorias de eventos que devem ser comprovadas pelo autor e pelo réu”.¹⁴³

Amauri Mascaro Nascimento¹⁴⁴ sustenta que “... ônus da prova é a responsabilidade atribuída à parte para produzir uma prova e que, uma vez não desempenhada satisfatoriamente, traz, como conseqüência, o não reconhecimento, pelo órgão jurisdicional, da existência do fato que a prova destina-se a demonstrar”.

Na tentativa de estabelecer seu conceito de ônus da prova, José Rodrigues Pinto¹⁴⁵, traça sucintamente o caminho percorrido pela atividade investigatória na instrução processual:

(...) Em princípio, qualquer dos sujeitos goza da ampla liberdade de atuação, no intuito de colher e trazer aos autos do processo a prova dos fatos que ali estejam motivando a controvérsia. Todavia, uma reflexão elementar sobre a *conveniência* de fazer a prova leva a

¹⁴² CHIOVENDA apud BATALHA, Wilson de Souza Campos. Op. cit., p.85;

¹⁴³ MALTA, Christóvão Piragibe Tostes. **A prova no processo trabalhista**. São Paulo: LTr, 1997, p.133.

¹⁴⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit., p. 274.

¹⁴⁵ PINTO, José Rodrigues. Op. cit., p.307.

concluir que cada um irá procurá-la em consonância com os fatos sustentadores de sua postulação.

Partindo-se dessa noção prévia de *conveniência*, que diz respeito ao interesse privado de cada sujeito, chega-se à noção jurídico-processual do *dever* de o beneficiário da prova mostrá-la dentro da instrução

Isso leva a *divisão do ônus da prova*, nem mais nem menos do que o dever legal de cada postulante de desenvolver a atividade probatória dos fatos que, por sua natureza e em função dela, sirvam para convencer da verdade de sua existência, dando suporte à postulação, como acontece com os fatos constitutivos, ou retirando esse suporte ao litigante contrário, como acontece com os extintivos.

Apesar de não expor claramente seu conceito de ônus da prova Vicente Greco Filho¹⁴⁶ informa os princípios de onde este decorre:

1º) o princípio da indeclinabilidade da jurisdição, segundo o qual o juiz não pode, como podia o romano, esquivar-se de proferir uma decisão de mérito a favor ou contra uma parte porque a matéria é muito complexa, como um *non liquet*; 2º) o princípio dispositivo, segundo o qual às partes cabe a iniciativa da ação e das provas, restando ao juiz apenas atividade de complementação, a elas incumbindo o encargo de produzir as provas destinadas a formar a convicção do juiz; 3º) o princípio da persuasão racional na apreciação da prova, segundo o qual o juiz deve decidir segundo o alegado e provado nos autos (*secundum allegata et probata partium*) e não segundo sua convicção íntima (*secundum propriam conscientiam*).

Para Russomano¹⁴⁷ “ônus da prova é a exigência que a lei faz a um dos litigantes para a demonstração da autenticidade dos fatos que foram alegados. E, na forma do art.818, incumbe a quem houver feito a alegação. Como, porém, isso não é direito do adversário, nem chega a ser obrigação do interessado (...).”

3.3 Ônus, Dever ou Obrigação

Ponto que deve ser apreciado durante o estudo do ônus da prova, é o que diz respeito a diferença entre ônus e dever, pois como sustenta Isis de Almeida¹⁴⁸, esta

¹⁴⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 199

¹⁴⁷ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à CLT**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 891.

¹⁴⁸ ALMEIDA, Isis de. *Op. cit.*, p. 125.

discussão doutrinária é relevante tendo em vista serem as regras relativas à produção da prova estabelecidas em função do interesse dos litigantes.

Ensina Moacyr Amaral Santos¹⁴⁹ que traduz-se apropriadamente *onus probandi* para dever, necessidade de provar, o que não implica que esta idéia de ver seja equivalente à obrigação, tendo como pressuposto a idéia de dever jurídico, assim: “... Não se trata de um dever jurídico. Mesmo porque não existe um direito que lhe seja correlato, nem propriamente qualquer sanção pelo seu não cumprimento. Trata-se apenas dever no sentido de interesse, de necessidade, necessidade de produzir a prova para formar-se a convicção do juiz a respeito dos fatos alegados”.

Pontes de Miranda¹⁵⁰ estabelece a diferença entre dever e ônus, baseado no entendimento de que é interesse da própria da parte ver os fatos que alegou serem admitidos como verdadeiros:

(a) o dever é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade; há relação jurídica entre dois sujeitos, um dos quais é o que deve: a satisfação é do interesse do sujeito ativo; ao passo que (b) o ônus é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos: satisfazer é do interesse do próprio onerado. Não há sujeição do onerado; ele escolhe entre satisfazer, ou não ter a tutela do próprio interesse. Por onde se vê como a teoria do ônus da prova diz respeito, de perto à pretensão à tutela jurídica.

Nas palavras de César Pereira da Silva Machado Júnior¹⁵¹: “ônus probatório não é um dever, equivalente a uma obrigação, uma vez que não existe um direito correspondente ou a aplicação de uma ação decorrente, mesmo porque, não tenha a parte se desincumbido dessa necessidade probatória, sua pretensão, pode ser acolhida, quando, por exemplo, a parte contrária produziu a prova que inicialmente lhe incumbia.”

Para Isis de Almeida¹⁵², ônus e dever diferem porque no primeiro não há a obrigação no sentido jurídico que caracteriza o segundo, explica o autor: “Ao dever jurídico vincula-se uma sanção externa, positiva, pois existe uma cominação ou ameaça legal de uma pena. No ônus da prova há uma incumbência, um encargo. O conceito não contém a idéia de pena e, por conseqüência, nada é cominado juridicamente a quem não prova”.

¹⁴⁹ SANTOS, Moacyr Amaral Santos. Op. cit., p. 94.

¹⁵⁰ MIRANDA, Pontes de. Op. cit., p. 253.

¹⁵¹ MACHADO JÚNIOR, César Pereira da Silva. **O ônus da prova no processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 89.

¹⁵² ALMEIDA, Isis de. Op. cit., p. 125.

Segundo Tostes Malta¹⁵³, ônus da prova não é mesmo que dever de provar, e nenhuma parte tem esse dever: “A prova é ônus ou encargo no sentido de condição para atingir-se o resultado que se deseja na lide. Quem está onerado com a prova deve produzi-la para que o processo possa ser decidido a seu favor, mas senão a produzir não sofrerá penalidades como quem descumpre certas obrigações, nem pode ser compelido a provar; apenas a matéria de fato, em princípio, é considerada pelo juiz como correspondente à versão da parte contrária”.

Compactuando com o ensinado por Pontes de Miranda, Manoel Antônio Teixeira Filho¹⁵⁴ conclui que: “a necessidade de provar, pois, não emerge de uma obrigação ou de um dever processual das partes, se não que se vincula, diretamente, ao seu interesse em ver admitidos como verdadeiros, pela sentença, os fatos que constituem o pressuposto da pretensão *in iudicio deducta*.”

3.4. Ônus subjetivo e ônus objetivo

Coqueijo Costa¹⁵⁵ faz distinção entre ônus subjetivo e ônus objetivo, o primeiro “consiste na indagação que se deve fazer acerca de qual dos litigantes há de suportar o “risco da prova frustrada”, sendo que o segundo se volta para o magistrado, porquanto, para este, quando da elaboração da sentença, importará o demonstrado e não quem demonstrou.”

Diverge deste entendimento Manoel Antônio Teixeira Filho¹⁵⁶, para quem é impossível sustentar-se a afirmação de que há um ônus objetivo voltado para o juiz, pois como é sabido o julgador na apreciação da prova deverá utilizar-se de critérios de avaliação, tendo em vista estar atrelado ao sistema do livre convencimento motivado, dentro desta ótica ensina:

Por fim, não nos parece que o ônus, em relação às partes, seja *subjetivo*; trata-se, a nosso ver, de ônus *objetivo*, vez que oriundo de *disposição legal* específica; vale dizer, porque fixado pelo *direito positivo processual*.

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

¹⁵³ MALTA, Christóvão Piragibe Tostes. Op. cit., p.133.

¹⁵⁴ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Op. cit. p., 110.

¹⁵⁵ COSTA, Coqueijo. Op., cit., p., 290.

¹⁵⁶ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Op. cit., p.111.

participação legal do ônus tenha como destinatários os litigantes, nem por isso se pode afirmar que ele seja subjetivo.

Vicente Greco Filho¹⁵⁷ não destoa dos dois autores mencionados a respeito do significado de ônus subjetivo, ou seja, da necessidade de a parte provar para vencer ou das conseqüências para a parte que deveria provar e não o fez. No entanto, ao tratar do ônus objetivo, chega a seguinte conclusão: “Há que se reconhecer a impropriedade da expressão “ônus objetivo”, porque o juiz não tem ônus, mas dever funcional de decidir, ainda que a prova seja complexa ou os fatos estejam incertos. Podemos, também, chamar o “ônus objetivo” de princípio da comunhão da prova, ou seja, a prova vale para ambas as partes independentemente de quem a tenha produzido.”

3.5. Art. 818 da CLT frente art. 333 do CPC

O artigo 333 do Código de Processo Civil dispõe que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; ao réu, quanto à existência de fato modificativo, impeditivo ou extintivo daquele direito. Tratando-se de processo civil, entende Manoel Antônio Teixeira Filho¹⁵⁸ que a distribuição do ônus da prova se deu de forma lógica e justa, pois este partiu do pressuposto da igualdade formal dos litigantes:

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

Os fundamentos da repartição do ônus da prova no Processo Civil, como informa Arruda Alvim,¹⁵⁹ são os seguintes:

1º) o da igualdade da disposição dos litigantes; 2º) o de se imprimir “auto-responsabilidade” aos litigantes, princípio em verdade dessumido do primeiro; assim, por exemplo, o litigante que não age diligentemente, dentro dos prazos (preclusão temporal), é

¹⁵⁷ GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 203.

¹⁵⁸ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Op. cit., p. 111.

¹⁵⁹ ALVIM, Arruda. Op. cit., p. 435.

responsável pelas conseqüências advindas da sua inércia, ou seja, deve suportar o que possa decorrer da omissão. Justifica-se expressão “auto-responsabilidade”, no sentido de que alguém é “responsável” pelos seus atos ou omissões. É certo, porém, que o sentido tradicional de responsabilidade é o transitivo, vale dizer, o de dirigir-se a outrem, e, pois, supõe outra pessoa.

Para Marco Túlio Viana¹⁶⁰ a norma do artigo 818 da CLT está calcada na máxima *Semper onus probandi ei incumbit quit dicit*, que foi, nas palavras do autor, literalmente transposta para o mencionado dispositivo. Já no campo civilista, a regra foi explicitada por Carnellutti, donde deriva a atual disposição assumida pelo artigo 333 do Código de Processo Civil. (pag. 1219)

A Consolidação das Leis do Trabalho ao tratar da distribuição do ônus da prova dispensou apenas um único artigo que é o 818 onde está determinado que: “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.”, em função de sua simplicidade, há uma ampla aplicação do artigo 333 do Código de Processo Civil - com base no disposto no art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho. Muitos juristas, entre eles Isis de Almeida¹⁶¹ entendem cabível a aplicação subsidiária do artigo 333 do Código de Processo Civil:

No direito trabalhista, se o ônus da prova está em uma curtíssima disposição, suscetível, desde logo, de apelo ao CPC – “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer” (art. 818 da CLT) -, quanto a deveres é mais categórico. Ameaçador até. Mas não na área da prova especificamente. (...) Diante, portanto, do atual CPC, invidiosa é a necessidade de, no estudo do Processo Judiciário do Trabalho, incluir uma especulação em torno dos deveres mencionados *supra*, uma vez que, em face da omissão da CLT, as disposições do CPC devem ser aplicadas.

Em contraponto a Isis de Almeida, César Pereira da Silva Machado Júnior¹⁶²:

(...) os artigos 818 da CLT e 333 do Código de Processo Civil dizem única e exclusivamente a mesma coisa, e a aplicação exclusiva do art. 818, com a exclusão da aplicação subsidiária do art. 333 do CPC, em nada altera a situação que enfrentamos na prática diária do foro
A afirmativa de que “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer”, é o mesmo que atribuir ao autor o ônus de demonstrar os

¹⁶⁰ VIANA, Marco Túlio. **Crítérios para a inversão do ônus da prova no processo do trabalho**, In: Revista LTr, São Paulo, nº 10/94.

¹⁶¹ ALMEIDA, Isis de. Op. cit., p.125

¹⁶² MACHADO JUNIOR, César Pereira da Silva. Op. cit., p. 94.

fatos constitutivos de seu direito, e ao réu os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito alegado.

As duas disposições legais se resumem em uma única disposição.

(...)

Todavia, a insuficiência de tais disposições legais é clara, como pretendemos demonstrar a seguir.

A disseminada aplicação do artigo 333 do Código de Processo Civil as lides trabalhistas é lembrada por Wagner Giglio¹⁶³:

Diante da notória inconveniência desse art. 818 da CLT, a jurisprudência vem aceitando, fazendo de sua existência, a aplicação subsidiária do art. 333 do CPC, apesar de não haver omissão da legislação processual trabalhista que autorizasse a invocação desta última norma (cf. art.769 da CLT).

Assim, aceita a jurisprudência que “ônus da prova incumbe: ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

O artigo 769 da CLT disciplina a aplicação subsidiária do Direito Processual comum em caso de omissão do Direito Processual do Trabalho. Portanto, a aplicação do artigo 333 do Código de Processo Civil, na distribuição do ônus da prova no processo trabalhista, torna-se impossível frente a inexistência de omissão, já que a matéria encontra-se disciplinada no art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Lúcio Rodrigues de Almeida refere-se à superioridade da norma processual trabalhista à processual civil acerca da distribuição do ônus da prova, ao abstrair as figuras de autor e réu:¹⁶⁴

(...) A regra que impera no Processo trabalhista é a de quem alega deve prová-lo. O fato será constitutivo, impeditivo modificativo, extintivo, do direito, independentemente da posição das partes no processo.

É que, para a doutrina moderna, vale as partes a mesma coisa perante o órgão julgador. Tanto quem afirma, como quem nega, devem provar de igual modo os pontos sobre os quais se baseiam os pedidos, a sua defesa direta ou a sua exceção. Não se vive mais nos tempos do individualismo jurídico romano, em que o réu era absolvido quando o autor não oferecia prova definitiva de sua demanda.

Sempre que o empregador fizer uma alegação oposta à do empregado e destinada a elidi-la será daquele e não deste o ônus de

¹⁶³ GIGLIO, Wagner D. Op. cit., p. 189.

¹⁶⁴ ALMEIDA, Lúcio Rodrigues de. Op. cit., p. 43.

provar a veracidade de sua afirmação, ainda que negativa. Se o empregador não se desincumbir do encargo probatório, presumir-se-á verdadeira a alegação do empregado.

Partilhando desse entendimento encontra-se Manoel Antônio Teixeira Filho¹⁶⁵:

Concluimos, portanto, que o artigo 818 da CLT, desde que o intérprete saiba captar, com fidelidade, o seu verdadeiro conteúdo ontológico, deve ser o único dispositivo legal a ser invocado para resolver os problemas relacionados ao ônus da prova no processo do trabalho, vedando-se, desta forma, qualquer invocação supletiva do art.333, do CPC, seja porque a CLT não é omissa, no particular, seja porque há manifesta incompatibilidade com o processo do trabalho.

3.6. Ônus da Prova no Processo do Trabalho

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

A distribuição do ônus da prova no âmbito do Processo Civil, como já mencionado, seguiu o princípio da igualdade formal de partes, o que vem de encontro ao apregoado por este ramo do direito processual. No entanto quando tratar-se de Direito Processual do Trabalho a aplicação se torna inviável frente à colisão de princípios. Neste passo, Manoel Antônio Teixeira Filho¹⁶⁶:

O que não nos parece ser possível, pelas razões expostas, é trasladar-se para o processo do trabalho, onde a *desigualdade real* das partes é fato inomitável, o critério civilista a respeito da distribuição do ônus objetivo da prova, que se sabe estar estribado, ao contrário, ao pressuposto da igualdade formal dos litigantes. Não somos nós quem estamos a proclamar essa *desigualdade*, já denunciou, há muito, a própria doutrina alienígena, como se lê em *Giovanni Tesorieri* (“Lineamenti di Diritto Processuale del Lavoro”, Padova, Cedam 1975, pág.4): “Quando o dador do trabalhado e o trabalhador assumem no processo as vestes formais de partes, não cessam por isso de ser o que sempre terão sido; a história de suas

¹⁶⁵ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Op. cit., p. 117

¹⁶⁶ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Op. cit., p.

relações não se transforma em outra história: é a mesma que continua”.

José Augusto Rodrigues Pinto¹⁶⁷ lembra que a CLT em seu artigo 818 traça roteiro idêntico ao artigo 333 do Código de Processo Civil, embora a norma trabalhista seja mais sucinta, atribuindo o ônus de provar os fatos à parte que os alegar. Ao autor caberá a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos. Para o autor esta rigidez da lei vem sendo abrandada, conforme ensina o mencionado jurista:

O princípio da proteção ao hipossuficiente econômico tem impellido a jurisprudência trabalhista a abrandar o traçado rígido dessa divisão de ônus, invertendo-o, de referência a fato constitutivo cuja comprovação seria problemática para o empregado, em razão de sua própria subordinação jurídica. O abrandamento se faz por meio do artifício de *presumir-se verdadeiro*, “*juris tantum*”, o fato constitutivo alegado, o que deve reverter ao empregador o dever da prova ilidente da presunção.

Isis de Almeida¹⁶⁸ mostra-se cauteloso a aplicação do princípio da proteção: “A índole protecionista do direito material tem de refletir no processo, não aponto de gerar desigualdade de tratamento entre as partes na tramitação judicial da causa, mas, por exemplo, quanto aos critérios de avaliação da prova; em especial, quando esteja em jogo interesse material ou moral do empregado em uma dispensa por justa causa”.

A Juíza do Trabalho Ione Salin Gonçalves¹⁶⁹ defende, acertadamente, a necessidade de uma regulamentação do ônus da prova, distinta do processo comum, baseada nos ensinamentos de Chiovenda – (...) a investigação probatória de ofício, impõe a busca de regras próprias, afastando aquelas que a tradição jurídica previu para realidade diversa. Nas palavras da autora: “Assim, há que se ter imensa cautela ao valorar as manifestações de vontade do trabalhador relativas a renúncias, transações e mesmo em recibos de quitação. Por outro lado, ao empregador incumbirá, independente de quem alegue, a prova do cumprimento de suas obrigações legais e contratuais. Deve provar aquele que está apto a fazê-lo.”

A desigualdade do empregado frente ao empregador toma proporções maiores que as habituais quando se trata da produção das provas, pois como não bastasse o

¹⁶⁷ PINTO, José Rodrigues Pinto. Op. cit., p. 309.

¹⁶⁸ ALMEIDA, Isis de. Op. cit., p. 43.

¹⁶⁹ GONÇALVES, Ione Salin. O processo do trabalho. In: LEDUR, Felipe (coord.) **Modernização do direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 199, p.16.

estado de sujeição em que se encontra o trabalhador, o empregador é quem detém os meios de prova. Sob seus cuidados estão as provas documentais e sob sua subordinação estão na maioria das vezes as possíveis testemunhas.

Neste sentido cabe destacar o posicionamento de Wagner Giglio, citado por Américo Plá Rodrigues¹⁷⁰:

Além das dificuldades de assessoramento jurídico e da realização de perícias, já apontadas, a prova testemunhal do trabalhador deve ser colhida de outros empregados, que por definição se encontram subordinados ao empregador, coibindo-lhes a liberdade de depoimentos: não ignoram as testemunhas que se suas declarações prejudicarem o patrão, correm risco de perder o emprego. Não fora suficiente, a prova documental, mais segura, raramente pode ser apresentada pelo trabalhador: subordinado às determinações de seus superiores, não tem meio de exigir comprovantes, enquanto a empresa conta com departamento pessoal, toda uma organização contábil que mantém farta documentação. A prática evidencia que o trabalhador desconhece, regra geral, os dados mais elementares atinentes às condições em que presta serviços: cálculo de salário, montante dos descontos, número de horas extras, etc.

Retomando-se o ponto inicial, deve-se lembrar que o princípio norteador, o critério fundamental do Direito do Trabalho é o princípio da proteção, tendo em vista que o Processo do Trabalho é seu meio de efetivação, conclui-se que este esteja impregnado pelo mesmo princípio. Partindo desta premissa Américo Plá Rodrigues¹⁷¹ ensina e corrobora as palavras de Wagner Giglio:

Entendemos que as mesmas razões de desigualdade compensatória que deram origem à aplicação deste princípio, justificam que se estenda à análise dos fatos já que, em geral, o trabalhador tem muito maior dificuldade do que o empregador para provar certos fatos ou obter certas informações ou documentos. (...)

A posição tradicional sustenta que o ônus da prova incumbe a quem efetua informações, e que somente cabe afastar-se desse critério básico nos casos em que o legislador estabeleceu presunções, que supõem uma inversão do ônus da prova.

Porém, com um maior conhecimento prático da realidade discutida nos dissídios trabalhistas, começou a desenvolver-se, até se tornar predominante, a posição que se estende a regra *in dubio, pro operario* inclusive a esse campo. Apesar da vigência do sistema inquisitório continua importante o problema do ônus da prova,

¹⁷⁰ GIGILIO, Wagner D. apud. PLÁ RODRIGUES, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. 4.ed. São Paulo: LTr, 1996, p.49.

¹⁷¹ Idem, p. 48.

entendendo-se que, na medida em que se aborda esse problema, o trabalhador merece uma consideração especial. (...)

A aplicação do princípio da proteção ocorre por intermédio de três suprincípios: aplicação da regra mais favorável; respeito à condição mais benéfica e *in dubio pro operario*, sendo que este último é que tem conexão com o tema da prova. Leciona a este respeito o magistrado Francisco Rossal de Araújo¹⁷²:

Por *in dubio pro operario* se entende a situação de que o intérprete ou aplicador da lei deve optar, entre os vários sentidos de uma norma, por aquela que seja mais favorável ao trabalhador. Somente será utilizado esse subprincípio quando existir dúvida razoável na aplicação ou interpretação da lei. Por dúvida razoável, entende-se a existência de fundados motivos para que se opte por soluções diferentes. Outra condição para que seja utilizado este subprincípio é a de que ele não colida com a letra expressa da lei, isto é, que não contrarie disposição expressa do texto legal.

Poder-se-ia levantar a hipótese de que o princípio da igualdade de oportunidades seja incompatível com o princípio da proteção argumentando-se que o peso probatório recairia demasiadamente para o empregador colocando-o em desvantagem em relação ao empregado e, por conseqüência, quebrando o princípio da igualdade. No entanto, ensina Francisco Rossal de Araújo¹⁷³:

(...) o princípio da oportunidade de provas não significa que as partes devam produzir de maneira igual todas as provas. Devem produzir de acordo com a sua posição na relação material que se investiga. Assim como o réu, no Processo Penal, não tem de provar a sua inocência, pois ela é presumida, o empregado por não ter acesso a determinados meios de prova, não tem de produzi-los, dentro do âmbito do processo do trabalho. A igualdade de oportunidade de prova ocorre segundo o ônus que a cada um compete, derivado de sua posição material. Na verdade é uma projeção de um princípio muito mais amplo, que é o princípio distributivo: tratar desigualmente os desiguais.

Isis de Almeida¹⁷⁴ não concorda com os posicionamentos expostos: “Acontece, não raro nos processos trabalhistas, que o juiz, excessivamente motivado pela tutela do direito substantivo ao hipossuficiente, interpreta as regras do *onus probandi* de

¹⁷² ARÁUJO, Francisco Rossal. **Princípios probatórios do processo do trabalho**. In: Revista Synthesis, São Paulo nº 108/98, p. 09.

¹⁷³ ARÁUJO, Francisco Rossal. Op. cit., p.13

¹⁷⁴ ALMEIDA, Isis de. Op. cit. p. 132.

forma um tanto arbitrária, que pode provocar um cerceio de defesa, que tem de ser denunciado”. Partilha deste entendimento Antônio Lamarca¹⁷⁵ para quem a distribuição do ônus da prova deve seguir o princípio da isonomia processual, o que é incabível quando se refere ao Processo do Trabalho pela desigualdade latente das partes.

A teoria da inversão do ônus prova vem ganhando espaço na defesa do hipossuficiente, no sentido de dar equilíbrio a relação empregado/empregador, principalmente no que tange a produção da prova, pois não raro é o empregador que detém todos os meios de prova.

Na visão de Marco Túlio Viana, a inversão do *onus probandi* a favor do empregado deve sempre que for possível fazer incidir os seguintes princípios e regras: princípio do *in dubio pro misero*, em caso de ser falha a prova, insuficiente ou dividida; **máximas de experiência**, quando as regras de experiência apontarem na mesma direção das alegações do autor- empregado, deve-se inverter o *onus probandi*; **princípio de aptidão para a prova** deve provar aquele que está apto a fazê-lo, no campo trabalhista isto significa inverter o ônus da prova, quase sempre, em favor do empregado; **regras de preconstituição da prova**, toda vez que a lei, por uma razão ou por outra, exigir preconstituição de um prova, e o empregador não cumprir exigência, o *onus probandi* se inverte; **princípios do direito material do trabalho** deve o juiz inverter as regras sempre que a sua aplicação colidir com os princípios que informam o direito material do trabalho.¹⁷⁶

Segundo Lúcio Rodrigues de Almeida¹⁷⁷: “A inversão do ônus da prova cumpre, no Processo do trabalho, função de equilíbrio, tuitiva, como, de resto, toda a legislação trabalhista, que, sem prejuízo de garantir os direitos dos fatores ativos de produção, no processo tem como especial tudo que se refere ao trabalhador e à sua proteção”.

Na mesma linha entendeu José Luciano de Castilho Pereira¹⁷⁸:

(...) Percebe-se que a premissa estabelecida é de que uma das características do processo do trabalho é a inversão do ônus da

¹⁷⁵ LAMARCA, ANTÔNIO. **Processo do trabalho Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 310.

¹⁷⁶ VIANA, Marco Túlio. Op. cit., p.1221

¹⁷⁷ ALMEIDA, Lúcio Rodrigues. Op. cit., p.180.

¹⁷⁸ PEREIRA, José Luciano de Castilho. Algumas considerações sobre a distribuição do ônus da prova. Conferência proferida em Goiânia, GO, no II Congresso de Direito e Processo do trabalho, publicado na internet endereço: [www. Solar.com. br./~amatra/jlcpl.html](http://www.Solar.com.br/~amatra/jlcpl.html), p.4.

prova em favor do empregado. A razão desta inversão decorre da recepção necessária pelo processo do trabalho da desigualdade compensadora que é a regra e a razão de ser do Direito do Trabalho, do qual, com já remarcado várias vezes, o processo é instrumento. Note-se que a inversão do ônus da prova não repugna á teoria geral do processo, pois como se viu, na lição de Chiovenda, no estabelecimento da carga probatória não se pode perder de vista a realidade das partes, pois a imposição de pesado ônus para uma delas pode significar, ás vezes, a negativa da tutela legal, sobretudo quando esta parte recair sobre a parte mais frágil. E, como se sabe, no contrato de trabalho, é ao empregado, como parte mais débil, que se endereça a proteção legal.

Com uma visão clara da situação do trabalhador a magistrada Ione Salin Gonçalves¹⁷⁹ propõe uma ampliação da inversão do ônus da prova em favor do empregado, eliminado-se ou, pelo menos restringindo-se a casos especialíssimos a confissão ficta por falta de depoimento pessoal do trabalhador, no seu entender as chamadas presunções legais devem ser objeto de expressa previsão normativa, sem que isso seja empecilho a que a presunção decorra da interpretação sistemática de um vários preceitos.

Nas palavras de Manoel Antônio Teixeira Filho¹⁸⁰ a solidificação do princípio da inversão do ônus da prova depende da doutrina:

(...) a grande tarefa da doutrina trabalhista brasileira, que tanto se tem empenhado em cristalizar o princípio da inversão do ônus da prova, em benefício do trabalhador – cuja preocupação, aliás, tem unido pensadores de diversos países – consistirá em encontrar, no próprio conteúdo do art. 818 da CLT, os fundamentos que até então vem procurando, abstratamente, para dar concreção ao princípio da inversão do encargo da prova em prol do trabalhador. Vale dizer o caminho sugerido é o da elaboração de uma precisa exegese daquele artigo, cujo verdadeiro sentido ainda não foi idealmente apreendido pela inteligência doutrinária.

Embora não haja disposição expressa na Consolidação das Leis do Trabalho a respeito da inversão do ônus da prova, com o advento do Código de defesa do Consumidor, o juiz do trabalho passou a ter a seu lado norma referente a inversão do ônus da prova, qual seja o inciso VIII do art. 6º do CDC, a aplicação de tal dispositivo é permitida pelos artigos 8º e 769 da CLT.¹⁸¹

¹⁷⁹ GONÇALVES, Ione Salin. Op. cit., p. 16

¹⁸⁰ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Op. cit., p. 115

¹⁸¹ MEIRELLES, Edilton. **Inversão do ônus da prova no processo trabalhista**, In: Genesis, Curitiba, nº 49/97, p.93.

Estabelece o art. 6º, inciso VIII que são direitos básicos do consumidor: “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”. Adroaldo Furtado Fabrício¹⁸² ensina que não basta o juiz aplicar o comando do dispositivo mencionado é necessário que a alegação do autor seja verossímil ou que o mesmo seja hipossuficiente. Entendendo-se por verossímil aquilo que seja crível, provável, plausível; por **hipossuficiente** pessoa que não possua condições econômicas para arcar com as despesas processuais sem comprometer seu sustento ou de sua família, e por regras ordinárias de experiência aquelas resultantes das observações do juiz sobre o que acontece diariamente, do modo de viver das pessoas, usos, costumes...

Edilton Meirelles¹⁸³ cita, entre outros, dois casos práticos, onde a inversão do ônus da prova pode ser fundamentada no art. 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor: na reclamação trabalhista onde seja necessária a realização de prova pericial para comprovar o labor em condições perigosas, sendo o reclamante hipossuficiente, deve o juiz inverter o ônus da prova incumbindo à demandada o ônus de provar o fato contrário; outro exemplo mencionado é a hipótese em que o reclamante alega coação no ato de adesão a plano de ‘seguro de vida coletivo da empresa’. Prossegue o autor:

Além dessas, em muitas outras situações o dispositivo do CDC acima comentado poderia ser aplicado no processo do trabalho.

O que importa ressaltar, entretanto, é que, diante do que dispõe os arts. 8º e 769 da CLT, o Juiz do Trabalho pode aplicar supletivamente, nos processos trabalhistas, o disposto ao inciso VIII, do art. 6º do CDC, invertendo, dessa forma, o ônus da prova sempre que verossímil a alegação do trabalhador-reclamante ou quando este seja hipossuficiente, ‘segundo as regras ordinárias de experiência’.

Por fim, vale lembrar que, além da inversão do ônus da prova, outras medidas de *facilitação da defesa* podem ser adotadas pelo Juiz Trabalhista, em favor do trabalhador, com fundamento subsidiário no disposto no inciso VIII do art. 6º do CDC, sem que se perca de vista a necessidade de se dar ciência ao réu previamente, para que este possa exercer plenamente seu direito de defesa.

¹⁸² FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz*. apud Meirelles, Edilton. Op. cit. p.313.

¹⁸³ MEIRELLES, Edilton. Op. cit., p.321.

César Pereira Machado Júnior¹⁸⁴ oferece como proposta duas soluções para a questão do ônus da prova: a primeira é alteração da redação do art.818 da Consolidação das Leis do Trabalho e a segunda, enquanto não se obtém a mudança do dispositivo mencionado, é a aplicação dos princípios gerais do direito do trabalho

A alteração do artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho justifica-se pela sua insuficiência, no sentido de que não levou em conta a origem e a finalidade do direito do trabalho, que é um direito que se consagra pela proteção ao trabalhador, melhor explicando o autor:

Essa proteção ao trabalhador é a gênese do direito do trabalho, sob cuja perspectiva foi se desenvolvendo.

Por isso, a única disposição compatível com o direito do trabalho seria a redação do referido art. 818, com o seguinte teor:

‘O ônus da prova é sempre do empregador’

O sentido protetor do direito do trabalho se reflete no direito processual em inúmeros dispositivos, nitidamente no sentido inquisitório do procedimento cuja redação do art.765 da Consolidação das Leis do Trabalho é um grande exemplo. (...) Porém, no âmbito das provas, onde marcadamente se verifica a inferioridade do empregado, nenhuma proteção lhe dá o direito processual.

Quanto à análise do ônus da prova sob a ótica dos princípios do direito do trabalho, vale a título ilustrativo, transcrever um exemplo citado por Machado Júnior¹⁸⁵:

Um dos princípios do direito do trabalho é o da continuidade da relação de emprego.

Por tal princípio, dá-se prioridade aos contratos por prazo indeterminado, partindo-se da premissa de que o Direito do Trabalho quer a integração do trabalhador na empresa.

Pois bem, quem alega fato contrário a esse princípio deve, então, produzir a prova respectiva, assumindo o ônus processual de demonstrá-lo.

Nada mais lógico e razoável.

Por esse prisma, pouco importa a conceituação dos fatos em constitutivos, modificativos, impeditivos ou extintivos.

A parte que alegar fato contrário ao decorrente dos princípios do direito do trabalho incumbirá à prova respectiva.

Manoel Antônio Teixeira Filho¹⁸⁶ ao tratar do problema do ônus da prova no processo do trabalho entende que “... o art. 818 da CLT, desde que o intérprete saiba

¹⁸⁴ MACHADO JÚNIOR, César Pereira da Silva. Op. cit., p. 97

¹⁸⁵ MACHADO JÚNIOR, César Pereira da Silva. Op. cit., p. 105.

¹⁸⁶ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Op. cit., p. 117.

captar, com fidelidade, o seu verdadeiro conteúdo ontológico, deve ser o único dispositivo legal a ser invocado para resolver os problemas relacionados ao ônus da prova no processo do trabalho, vedando-se, desta forma, qualquer invocação supletiva do art.333, do CPC, seja porque a CLT não é omissa, no particular, seja porque há manifesta incompatibilidade com o processo do trabalho.”

Na hipótese da Consolidação das Leis do trabalho não se mostre capaz de resolver a matéria, não é imprescindível a utilização do art. 333 do CPC, como apropriadamente, adverte Manoel Antônio Teixeira Filho¹⁸⁷:

Assim o *princípio da aptidão para a prova*, (...) deve ser eleito como o principal supletivo do processo do trabalho, em cujo âmbito permanecerá em estado de latência, vindo a aflorar sempre que convocado para dirimir eventuais dificuldades em matéria de ônus da prova, prescrevendo-se, em definitivo, a presença incômoda do art. 333 do CPC, que nada mais representa – em última análise – do que uma abstração da realidade prática do processo do trabalho. (...)

Por derradeiro, se em alguma hipótese for absolutamente necessária a adoção supletória de determinada disposição pertencente ao processo civil, deverá o intérprete trabalhista ter em mente que ‘as normas de processo comum devem adquirir o espírito do processo trabalhista sempre que forem transportadas para o Direito Processual do Trabalho’.

Amauri Mascaro Nascimento¹⁸⁸ observa que é clara a tendência para uma regulamentação própria do ônus da prova no processo trabalhista em prol do trabalhador:

(...) a tendência é no sentido de uma manifestação de uma redução deliberada das obrigações do trabalhador, substituída por uma redução deliberada das obrigações do trabalhador, substituída por um sistema de presunções relativas militando em seu favor, passível de demonstração a contrário, pelo empregador. Sobre este recairiam maiores encargos, não só como decorrência da sua superioridade econômica, que se reflete sobre o nivelamento e a posição das partes no processo, mas também como consequência dos fatos da vida real próprios da relação jurídica trabalhista, na qual o trabalhador está em situação de dependência, daí advindo dificuldades práticas que se refletem no momento da produção da prova.

¹⁸⁷ IDEM, p. 118.

¹⁸⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit., p. 277

3.7 Ônus da prova na justiça do trabalho

O ônus da prova na Justiça do Trabalho está insculpido no Art. 818 da CLT. Em pese alguns autores defenderem que o preceptivo em causa tenha semelhança com o art. 333 do CPC, tal como Carlos Henrique Bezerra Leite, não há que se falar em aplicação subsidiário do CPC.

Isso ocorre porque, conquanto exista semelhança com a norma do CPC, não redundam nas mesmas consequências para as partes no processo civil. Podemos ilustrar com o pedido de horas extras, em que alega o empregado que realiza trabalho em jornada extraordinária, contudo, sem produzir provas sobre a afirmação. Se utilizado o artigo 333 do CPC, o autor fatalmente teria seu pedido julgado improcedente na medida em que o encargo de provar os fatos constitutivos de direito incumbe a quem alega ser titular desse direito.

Ora, analisando o mesmo exemplo com a leitura do artigo 818 da CLT, o empregador, ao contestar a pretensão do reclamante afirmando que ele não trabalhou em jornada extraordinária, atraiu para si, automaticamente, o ônus da prova, visto que expôs uma alegação relevante e substitutiva da anterior; não o fazendo, ter-se-ia como verdadeira a alegação.

A importância da leitura do supracitado é de imensurável importância tendo em vista a hipossuficiência do empregado em relação ao patrão.

É o que preceitua o famigerado Manoel Antônio Teixeira Filho¹⁸⁹., em uma de suas brilhantes obras:

“Isto nos leva afirmar, por conseguinte, a grande tarefa da doutrina trabalhista brasileira, que tanto se tem empenhado em cristalizar o princípio da inversão do ônus da prova, em benefício do trabalhador, o qual consistirá em encontrar, no próprio conteúdo do art.818, da CLT, os fundamentos que até então vêm procurando, abstratamente, para dar concreção ao princípio do encargo da prova em prol do trabalhador. Vale dizer: o caminho sugerido é o da elaboração de uma precisa exegese daquele artigo, cujo verdadeiro sentido ainda não foi idealmente apreendido pela inteligência doutrinária”.

¹⁸⁹ IDEM, p. 120.

Demais disso, não há que se aplicar o princípio da subsidiariedade inserto no Art. 769 da CLT. O dispositivo em apreço, *in verbis*:

“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” (**original sem grifo**).

Do exposto, pode-se vislumbrar que somente é permitido princípio da subsidiariedade se houver omissão e se o dispositivo não for compatível. No caso em apreço inexistem ambos os requisitos para a subsunção do referido princípio no que tange ao Art. 333 do CPC no âmbito do processo do trabalho.

3.8 – Inversão do ônus da prova

Embora a regra geral defina a quem cabe provar os fatos alegados (Art. 818 CLT), existem algumas exceções, senão vejamos:

“TST Enunciado nº 68 - É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial.”

“TST Enunciado nº 212 - 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.”

“TST Enunciado nº 338 - 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.”

3.9 – Ônus da prova como fato negativo

É importante fazer menção sobre as AÇÕES DECLARATÓRIAS NEGATIVAS. Tratam-se de demandas cujo desiderato é alcançar a declaração da inexistência da relação jurídica.

Entretanto, a doutrina é discrepante no que tange à distribuição do ônus *probandi* nesse tipo de demanda. Existe uma corrente que preconiza no sentido de que deve haver inversão do ônus, cabendo ao réu o ônus de provar o fato constitutivo.

Para outros, inclusive Alexandre Freitas Câmara¹⁹⁰, o ônus cabe ao autor da ação.

O melhor entendimento está com a segunda corrente, tendo em vista que toda negação é uma afirmação e deve ser provada por quem alega. Temos como exemplo o caso do empregador que, ao alegar que não dispensou o empregado sem justa causa, estará alegando que o mesmo abandonou o emprego ou se demitiu.

Dessume-se no exemplo acima que, o empregador, ao negar o fato de dispensar o empregado fez uma afirmação e, de conseqüência deve provar.

Por fim, nota-se que o assunto é demasiadamente intrincado e discutido pela doutrina, longe de um acordo entre os doutrinadores. Não existe a corrente certa em oposição à corrente errada. Ao revés, existem diversas correntes, cabendo ao intérprete ou estudioso do direito optar por uma delas.

¹⁹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p. 77.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ônus da prova no processo do trabalho é tema controvertido, principalmente no que tange a aplicação subsidiária de normas civis a este instituto. Parte da doutrina ainda acredita na viabilidade da aplicação do artigo 333 do Código de Processo Civil, sem se dar conta que corrobora com a desigual relação entre trabalhadores e empregadores.

A Consolidação das Leis do Trabalho mostrou-se praticamente estéril ao regular esta matéria, dedicando apenas o art. 818, o que possibilitou a já mencionada e equivocada aplicação do artigo 333 do Código de Processo Civil. Diz-se equivocada porque em primeiro lugar este dispositivo está em confronto direto com os princípios do processo trabalhista, e em segundo por não preencher o requisito do artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, que exige a omissão do Direito Processual do Trabalho. Apesar de insuficiente, a regra contida no artigo 818 se melhor explorada e interpretada, e tendo o julgador em mente o caráter tutelar do Direito do Trabalho absorvido pelo Direito Processual do Trabalho, pode e deve ser aplicada, impondo-se o descabimento da norma contida no artigo 333 do Código de Processo Civil.

A produção das provas é outro fator que vem aumentar as dificuldades do trabalhador frente ao processo, isto se dá tendo em vista ser o empregador o detentor dos meios de prova, mais precisamente a documental e a testemunhal, o que mais uma vez vem evidenciar a debilidade latente do trabalhador, que nem ao menos tem seu poder os meios de prova para a demonstração da verdade dos fatos alegados, tal estado de subordinação não pode passar em brancas nuvens, portanto deve provar quem está apto a fazê-lo, no caso das lides trabalhistas o empregador, que quase que invariavelmente possui todos os meios de prova.

Um ponto a ser suscitado quando do estudo do ônus da prova é o da sua inversão, tese sustentada com base na desigualdade compensadora, e que vem em defesa do hipossuficiente tentando garantir equilíbrio na relação empregado/empregador. Apesar de omissa a Consolidação das Leis do Trabalho neste tópico, o juiz do trabalho, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, passou a contar com legislação regulando o *onus probandi*. O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, inciso VIII, estabelece que são direitos básicos do consumidor, entre outros, a inversão do ônus da prova a seu favor no processo civil, quando o juiz entender verossímil sua alegação e o

autor for hipossuficiente. Portanto, constatada a omissão no que tange o ônus da prova, o art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho permite a aplicação do dispositivo mencionado.

Sendo assim, em consonância com o espírito tutelar e social do Direito do Trabalho e por sua vez do processo que vem lhe dar efetividade, deve-se evitar ao máximo a aplicação das normas civis, em caso de não haver alternativa, ao intérprete trabalhista recomenda-se estar imbuído dos princípios norteadores do Direito do Trabalho.

Na seara trabalhista o ônus da prova deve ser aplicado com base no artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, devidamente interpretado, com base nos princípios gerais do Direito do Trabalho, e ainda utilizando-se do princípio da aptidão da prova, que em âmbito trabalhista significa inverter o ônus da prova, quase que em favor do empregado.

Do exposto percebe-se que o instituto do ônus da prova prescinde de uma nova regulamentação exclusivamente trabalhista, voltada para a proteção do trabalhador, no entanto enquanto aguarda-se por esta atitude, não é compreensível a aplicação, desmedida e descompromissada, das normas civis, tendo em vista o magistrado possuir outros tantos meios já mencionados para regular o *onus probandi* que hipótese alguma prejudicariam os trabalhadores. A contínua aplicação do artigo 333 do Código de Processo Civil apenas se justifica por desapego aos objetivos do Direito do Trabalho e do Direito Processual do Trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, André Luiz Paes - Direito do Trabalho-5º Ed.-São Paulo: Ed Rideel -2008.

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

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

ARÁUJO, Francisco Rossal. **Princípios probatórios do processo do trabalho**. In: Revista Synthesis, São Paulo nº 108/98.

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

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 14 ed. V. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DINAMARCO, Candido Rangel. Instituições de Direito Processual Civi – Volume II. São Paulo, Ed. Malheiros, 2002.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 2ª ed. São Paulo: LTR, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento, 3ª ed. São Paulo: RT, 2004.

MARQUES, Heloisa Pinto. A prova no Processo do Trabalho. Revista Ciência Jurídica. Belo Horizonte, n 14, 1999.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. A prova no Processo do Trabalho. São Paulo, LTR, 1991.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 14 ed. V. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DINAMARCO, Candido Rangel. Instituições de Direito Processual Civi – Volume II. São Paulo, Ed. Malheiros, 2002.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 2ª ed. São Paulo: LTR, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento, 3ª ed. São Paulo: RT, 2004.

MARQUES, Heloisa Pinto. A prova no Processo do Trabalho. Revista Ciência Jurídica. Belo Horizonte, n 14, 1999.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. A prova no Processo do Trabalho. São Paulo, LTR, 1991.

CARRION, V. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 32. ed. São Paulo: - Saraiva, 2007. 1420 p.

CHIOVENDA GIUSEPPE. Instituições de Direito Processual Civil – 3 Vol. - Bookseller – 2002.

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

FERRARI, Irany et.al. **História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

FILHO, Manoel Antônio Teixeira. Curso de Processo do Trabalho - 1ª Ed. - LTR - 1999.

GIGLIO, Wagner D. apud. PLÁ RODRIGUES, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. 4.ed. São Paulo: LTr, 1996.

GIGLIO, Wagner D. **Direito Processual do Trabalho**, São Paulo: Saraiva1997.

GONÇALVES, Ione Salin. O processo do trabalho. In: LEDUR, Felipe (coord.) **Modernização do direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 199.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996.

LAMARCA, ANTÔNIO. **Processo do trabalho Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

MACHADO JÚNIOR, César Pereira da Silva. O Ônus da Prova no Processo do Trabalho. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1995.

_____. **O ônus da prova no processo do trabalho**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1996.

MAIOR Jorge Luiz Souto. **Petição Inicial no Processo do Trabalho**, 1996.

MALTA, Christóvão Piragibe Tostes. **A prova no processo trabalhista**. São Paulo: LTr, 1997.

MALTA, Christóvão Piragibe Tostes Malta. **Prática de Processo Trabalhista** - 34ª edição – LTR – 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. **CLT comentada**. 4ªed. São Paulo:Atlas, 2007.

MEIRELLES, Edilton. **Inversão do ônus da prova no processo trabalhista**, In: Genesis, Curitiba, nº 49/97.

MILHOMENS, Jonatas. **A prova no processo do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

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

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho** – Saraiva – 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**, 1996.

PEREIRA, José Luciano de Castilho. **Algumas considerações sobre a distribuição do ônus da prova. Conferência proferida em Goiânia, GO, no II Congresso de Direito e Processo do trabalho**, publicado na internet endereço: [www. Solar.com.br/~amatra/jlcpl.html](http://www.Solar.com.br/~amatra/jlcpl.html).

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Processo trabalhista de conhecimento**. 3. ed. São Paulo: Ltr, 1994.

REALE, Miguel *apud* VASCONCELLOS, Ana Maria de. Princípios do processo do trabalho. In: VIEIRA, Pedro Benjamim. et. al **Manual do Juiz Classista da Justiça do trabalho**. 2. ed.São Paulo: LTr, 1996.

ROCHA, Danilo Di Paiva Malheiros. **Ônus da Prova no Processo do Trabalho**. Universo Jurídico, Juiz de Fora, ano XI, 24 de abr. de 2007. Disponível em: < http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/3746/ONUS_DA_PROVA_NO_PROCESSO_DO_TRABALHO >. Acesso em: 20 de fev. de 2012.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à CLT**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

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

SANTOS, Moacir Amaral dos. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil** - 2 vol. – Saraiva – 2004.

_____. **Prova judiciária no cível e comercial**.. 3. ed. . São Paulo: Max Limonad, (s/d), v. I.

_____. **Primeiras linhas de processo civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva., 1995, v.II.

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

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **A prova no processo do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 1997. p.87.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p.414

VADE MECUM - **Acadêmico de Direito** - 6º Ed. São Paulo: Ed. Rideel - 2009.

VIANA, Marco Túlio. **Critérios para a inversão do ônus da prova no processo do trabalho**, In: Revista LTr, São Paulo, nº 10/94.