

**O ÔNUS DA PROVA NO
PROCESSO DO TRABALHO**
JUSSARA MARIA DE MEIRELLES FOWLER

SUMÁRIO

- 1. Introdução**
- 2. Conceito e Finalidades do “Ônus Probandi”**
- 3. Evolução Histórica**
- 4. Teorias Modernas**
- 5. A Questão do Ônus da Prova no Processo do Trabalho**
- 6. Referências Bibliográficas**

O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO (*)

1. INTRODUÇÃO

O instituto do ônus da prova liga-se direta e fundamentalmente à atividade das partes que invocam a aplicação do Direito. A sua importância reside na conjugação dos dois princípios que norteiam essa doutrina: “O primeiro é o de que o juiz moderno não pode, à maneira do juiz romano, encerrar um processo dizendo simplesmente **non liquet** e, portanto, esquivando-se de proferir uma decisão de mérito a favor de uma parte e contrária à outra. O segundo é o de que, estando a parte empenhada no triunfo da causa, a ela toca o encargo de produzir as provas, destinadas a formar a convicção do juiz na prestação jurisdicional”.⁽¹⁾

A distribuição desse encargo importa na medida em que “autoriza o magistrado a julgar em desfavor daquele a quem incumbia produzir a prova necessária a convencê-lo e, ou, não o fez, ou, embora o fazendo, fê-lo insuficientemente e por isso não logrou o resultado pretendido”,⁽²⁾ ou seja, não conseguiu formar o convencimento do julgador. Assim, ainda que diante de instrução probatória deficiente para orientá-lo de modo satisfatório, “o magistrado pronunciar-se-á contrariamente à pretensão de quem não produziu a prova que estava a seu cargo, nos precisos termos da lei e não por sua alta recreação”⁽³⁾. Essa é a noção que nos fornece a doutrina do Direito Processual Civil.

No particular aspecto do Processo do Trabalho, no entanto, evidencia-se uma evolução bastante peculiar do instituído do ônus da prova. Isso se deve, sem dúvida, ao caráter nitidamente protecionista, decorrente da natureza própria do Direito Material do Trabalho que, “imbuído de idealismo, não se limita a regular a vida em sociedade, mas busca transformá-la, visando à uma distribuição de renda nacional mais eqüanime e à melhoria da qualidade de vida dos trabalhadores e de seus dependentes”⁽⁴⁾.

Nessa ordem de idéias, embora deficiente a legislação trabalhista a respeito da distribuição do “**ônus probandi**”, a jurisprudência tende a se posicionar em favor de reclamantes que não comprovam os fatos cuja instrução, pelas regras do Processo Civil, lhes caberia. Em outras

(*) Monografia apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito Privado, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à aprovação na disciplina “Direito do Trabalho II”.

palavras, não obstante a maioria da doutrina processual trabalhista ainda defenda a aplicação subsidiária das normas processuais civis, as disposições atinentes ao ônus da prova não são aplicadas conforme os ditames civilísticos.

É oportuno lembrar, também, que outros preceitos informam o Direito Processual do Trabalho, evidenciando sua autonomia e até mesmo certa antinomia com determinados princípios do Processo Civil. Para exemplificar, temos: a) o princípio da jurisdição normativa; b) o princípio da despersonalização do trabalhador; c) o princípio da simplificação do procedimento; d) o princípio da iniciativa “**ex officio**” da ação, para os casos de conflitos coletivos ou de acidente de trabalho; e) o princípio da coletivização das ações individuais; e tantos outros ⁽⁵⁾.

Tendo em vista tais peculiaridades, muitas vezes, nas ações trabalhistas, ao autor não incumbe o ônus de comprovar fatos constitutivos de seu direito para obter ganho de causa, razão pela qual o tema concernente ao ônus da prova ganha especial relevo no Processo do Trabalho, posto que a ele não se aplicam pura e simplesmente as disposições do Código de Processo Civil.

II. CONCEITO E FINALIDADES DO “ÔNUS PROBANDI”

O processo é o instrumento oficial de administração da justiça, e deve ser usado, para a tutela dos direitos, por conta e risco das partes. Estas submetem à apreciação do Poder Judiciário um caso concreto e a função do magistrado é a de declarar o direito, nos limites em que foi definida a lide, “cabendo aos litigantes o ônus de afirmar e provar a sua pretensão em juízo”⁽⁶⁾. Impõe-se às partes, portanto, o dever de apresentar elementos probatórios que indiquem o rumo a ser tomado pelo juiz para a composição do litígio.

Não são pouco frequentes, porém, as ações judiciais em que as provas se mostram insuficientes a convencer o julgador. E ao juiz moderno é inadmissível negar-se a sentenciar por não se sentir habilitado em razão da ausência de prova. Desse modo, como a sentença há de ser pronunciada mesmo que as provas não o convençam, é necessário um critério que oriente a sua decisão. É justamente nesse aspecto que residem a importância e a finalidade da teoria do ônus da prova: autorizar o magistrado a julgar contrariamente ao interesse daquele a quem incumbia produzir a prova necessária a convencê-lo e não o fez, ou fê-lo de modo insuficiente⁽⁷⁾

Gian Antonio Micheli⁽⁸⁾ realça como finalidade essencial do ônus da prova compor a chamada “regola di giudizio”, isto é, o princípio que orienta o julgamento da causa na hipótese de o juiz não encontrar comprovados os fatos indispensáveis à formação de seu convencimento.

O “ônus probandi” é, portanto, o “dever de provar, no sentido da necessidade de provar. Trata-se apenas de dever no sentido e interesse,

necessidade de fornecer a prova destinada à formação da convicção do juiz quanto aos fatos alegados pelas partes”⁽⁹⁾.

Não se confundem os conceitos de ônus e obrigação. Para Carnelutti⁽⁵⁾, “falamos de ônus quando o exercício de uma faculdade é posto como condição para obter certa vantagem. Por isso ônus é uma faculdade, cujo exercício é necessário para a consecução de um interesse. Obrigação e ônus têm de comum o elemento formal, consistente no vínculo da vontade, mas diferem entre si quanto ao elemento substancial, porque o vínculo é imposto, quando há obrigação, para a tutela é de um interesse alheio, enquanto, não havendo ônus, a tutela é de um interesse próprio. Correlativa à idéia de ônus está, portanto, a idéia de risco, não a idéia de subordinação, ou sujeição”.

O dever de apresentar provas a respeito do que é deduzido em juízo é ônus, e não obrigação. É uma faculdade de que dispõe a parte, na tutela do seu próprio interesse relativo ao ganho da causa. Ao não exercício do dever de provar corresponde o risco da sucumbência.

A teoria do “**onus probandi**” tem por fim estabelecer, exatamente, a quem incumbe fornecer a prova dos fatos alegados. Reside, em última análise, nos seguintes termos: “o autor, na inicial, alega o fato, ou fatos, em que se fundamenta o seu pedido, e o réu, por sua vez, na contestação, o fato, ou fatos, em que se fundamenta a defesa. Tais fatos, se possíveis e juridicamente relevantes, serão levados em conta pelo juiz ao proferir a sentença, uma vez convencido da veracidade dos mesmos. Mas como a simples alegação não é suficiente para formar a convicção do magistrado, surge a imprescindibilidade da prova. E dada a controvérsia entre autor e réu com referência ao fato e às suas circunstâncias, impondo-se, pois, prová-lo e prová-las, decorre o problema de saber a quem incumbe dar a sua prova”⁽¹¹⁾, para que o juiz, mesmo diante da falta de elementos probatórios que o habilitem a decidir, tenha apoio em um critério jurídico e legal, para proferir a sentença em desfavor da parte de cujo ônus não se exonerou satisfatoriamente.

III. EVOLUÇÃO HISTÓRIA

A questão do ônus da prova muito tem preocupado os processualistas, desde épocas mais remotas até a atualidade.

Já em tempos antigos, “Aulus Gellius, inspirando-se em seu mestre, o filósofo Favorinus (apoiado nos ensinamentos de Catão), afirmava que se as provas produzidas não convencessem, dever-se-ia decidir a favor do litigante mais probo; na hipótese de ambos possuírem a mesma reputação, a decisão deveria propender em favor do réu”⁽¹⁾. Era um critério complementar, que somente incidiria se a prova não fosse convincente. Como a carga de subjetivismo desse critério era excessiva, logo restou evidenciada a sua falibilidade.

“No Direito Romano concebeu-se a regra **“semper ônus probandi ei incumbit qui dicit”**, ou **semper necessitas probandi incumbit illi qui agit**” (o ônus da prova incumbe a quem afirma ou age). Assim se dispôs porque quem por primeiro ingressava em Juízo era o autor; conseqüentemente, como era ele quem afirmava, o “ônus probandi, lhe era atribuído (**“actori incumbit ônus probandi”**). Desse modo, o encargo da prova não se transferia ao réu, mesmo que negasse os fatos alegados pelo autor”⁽²⁾. Mas muitas vezes, a alegação feita pelo réu envolvia um fato capaz de modificar, impedir ou extinguir o direito do autor; reconheceu-se, então, que a resposta do réu continha (ou poderia conter) também uma afirmação; “daí porque a ele se atribuiu o ônus da prova sempre que isto ocorresse, erigindo-se, em seguida, a regra **“reus in excipiendo fit actor”**, que Ulpiano (**“Digesto”**, Livro XLIV, Título I, **“de exceptionibus”**, fragmento 1) assim enunciou: **“reus in exceptione actor est”**”⁽¹⁴⁾.

Mais tarde, “os glosadores, manuseando os textos romanos e baseados em Paulo (**“Digesto”**, Livro XXII, Título III, fragmento 2), elaboraram um sistema de distribuição da carga probatória calcado em duas regras fundamentais: **“afirmanti non neganti incumbit probatio”** e **“negativa non sunt probanda”**”⁽¹⁵⁾.

No Direito Medieval, passou a doutrina a preocupar-se em estabelecer critérios para a distribuição do **“ônus probandi”**, conforme fosse a prova positiva ou negativa, pois sustentava-se ser impossível a última. Essa característica refletiu no Direito Processual Civil Brasileiro através do Direito Português atigo, culminando com a norma do art. 209. § 1º, do Código de Processo Civil de 1939: “Se o réu, na contestação, negar o fato alegado pelo autor, a este incumbirá a ônus da prova”.

Esses princípios, todavia, se mostraram mais vigorosos na Idade Média, ante a natureza essencialmente inquisitorial dos processos presididos pelo Santo Ofício.

A teoria clássica do encargo da prova surgiu a partir do momento em que a doutrina passou a interpretar os textos romanos, dando-lhes uma conotação mais consentânea com a realidade. Segundo essa teoria, “incumbe o ônus da prova àquela das partes que alega a existência ou inexistência de um fato do qual pretenda induzir uma relação de direito”⁽¹⁶⁾.

Vários autores contribuíram para a construção dessa teoria, dentre eles: Lessona, Mattiolo, Ricci, Garsonnet et Bru, João Monteiro.

Ao longo do século passado, diversos teóricos, sob inspiração civilística, procuraram explicar a questão do ônus da prova. Para nomear alguns: WEBER, BETHMANN, HOLLWEG, FITTING, etc. Aliás, pela ciência contemporânea, tais outrinas “podem considerar-se inteiramente superadas”⁽¹⁷⁾, dada a evolução extraordinária dos estudos no campo do Processo Civil durante o período mais recente, que acabaram por trazer maior rigor nos conceitos e plena autonomia frente o direito material.

IV. TEORIAS MODERNAS

Modernos processualistas, adaptando a doutrina clássica aos novos conceitos da processualística, procuraram explicar a distribuição do ônus da prova entre os litigantes. Tais concepções apresentam marcantes reflexos no sistema legal brasileiro.

O atual Código de Processo Civil assim dispõe, em seu art. 333:

“O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

A norma brasileira teve inspiração na legislação italiana que, no art. 2.697 do Código Civil, Livro da Tutela dos Direitos, distribui o “**ônus probandi**” nos seguintes termos:

“Quem quer fazer valer um direito em juízo deve provar os fatos que constituem seu fundamento. Aquele que alega como exceção a ineficácia de tais fatos, ou melhor, que o direito se modificou ou se extinguiu, deve provar os fatos em que se funda a exceção”.

Considerando-se, então, a origem do dispositivo inserido em nosso ordenamento jurídico processual, assume relevância o estudo das diferentes concepções dos mestres italianos acerca do tema.

Para MORTARA, o critério da distribuição resulta do interesse da prova. “Quem tem interesse de estabelecer um fato deve fornecer sua prova; e é evidente que tem interesse quem o expõe como fundamento de sua pretensão, isto é, do pedido ou da exceção”⁽¹⁸⁾.

No mesmo sentido, afirma CHIOVENDA caber às partes a tarefa de preparar o material necessário à instrução do processo, bem como a de deduzir e provar ao juiz aquilo que desejam seja por este ponderado ao proferir o julgamento. Portanto, o ônus de afirmar e provar se reparte entre as partes, no sentido de que é deixado à iniciativa de cada uma delas provar os fatos que deseja sejam considerados pelo juiz, isto é, os fatos que tenha interesse sejam por este tidos como verdadeiros. E conclui CHIOVENDA que “o autor deve provar os fatos constitutivos, isto é, fatos que normalmente produzem determinados efeitos jurídicos; e o réu deve provar os fatos impeditivos, isto é, a falta daqueles fatos que normalmente concorrem com os fatos constitutivos, falta que impede que estes produzam o seu efeito natural”⁽¹⁹⁾.

Seguindo o entendimento de CHIOVENDA, o seu discípulo LIEBMAN assevera que “L’attore deve provare i fatti costitutivi, che sono il fondamento della sua domanda; tocca poi al convenuto provare i fatti impeditivi, estintivi o modificativi che possono giustificare il rigetto della domanda dell’attore”, ressaltando ainda que a posição do réu é muito cômoda, visto que “non sorge a suo carico nessun onere, finchè l’attore non abbia provato il fatto costitutivo (‘attore non probante, reus absolvitur’); solato se

il fatto costitutivo sia provato, sorgerà per lui la necessità di contrapporgli un'accezione e di provare i fatti impeditivi, estintivi o modificativi su cui si fonda ("reus in excipiendo fit actor")⁽²⁰⁾.

Já CARNELTTI põe de lado o interesse da prova e estabelece como critério, para distinguir à qual das partes incumbe o ônus da prova de uma afirmação, o do interesse da própria afirmação. "Quem apresenta uma pretensão cumpre provar-lhe os fatos constitutivos e quem fornece a exceção cumpre provar os atos extintivos ou as condições impeditivas ou modificativas"⁽²¹⁾.

Segundo BETTI, a distribuição do ônus da prova acompanha paralelamente a repartição do ônus da afirmação e da demanda. "Quem pede ao juiz tem o ônus de afirmar fatos que autorizem o pedido, logo tem o ônus de provar os fatos afirmados. Assim, tem o autor, o ônus da ação. Igualmente, quem contesta, o réu, se não se limita a negar a existência dos fatos deduzidos como fundamento da ação, tem o ônus de afirmar outros fatos, que, sem excluir a existência daqueles, elidam sua eficácia jurídica, seja originária ou atual: ao ônus dessa afirmativa se subordina o ônus da respectiva prova, o ônus da exceção"⁽²²⁾.

MICHELI, divergindo de todas as doutrinas já expostas, entende que "a repartição do ônus da prova é definida pela posição da parte relativamente ao efeito jurídico que pretende conseguir"⁽²³⁾. Os critérios de distribuição do "ônus probandi" (derivados da diversa relevância dos fatos que constituem a hipótese legal, não são suficientes para explicar o fenômeno. Não basta a classificação dos fatos em constitutivos, modificativos, impeditivos ou extintivos; para se ter uma perspectiva mais adequada, deve-se ter em mente a posição ocupada pela própria parte, em relação ao efeito jurídico pedido. Tal relação é determinada tanto pelo direito material, ao disciplinar o caso concreto, quanto pelo direito processual, ao definir o perfil unilateral adotado por uma das partes no processo.

Para os propósitos do presente trabalho, no entanto, relevo maior assume a orientação e CALAMANDREI que, ao refletir sobre a relevância da verossimilitude no sistema probatório, admite que a distribuição do ônus da prova poderia ser determinada por um juízo comparativo de probabilidade das afirmações das partes. De maneira que, ao magistrado se outorgaria poderes para, através da livre apreciação acerca da maior ou menor credibilidade das alegações, eleger os meios de prova e a parte à qual tocaria o ônus de produzi-la:

"aun conservando el principio según el cual el juez debe decidir "secundum allegata et probata", debería consentirse al juez, acerca de todos los puntos en que las alegaciones de las partes contrapuestas estuviesen en contraste recíproco, hacer gravar la carga de la prueba sobre la una o la otra de las partes, según el diferente grado de probabilidad que a su juicio hubiera que atribuir a

las afirmaciones en contraste. Bastaría, en otras palabras, que la afirmación de la parte fuera verosímil, para que el juez hubiera de invertir en su ventaja la carga de la prueba, haciendo gravar sobre la contraparte la carga de probar lo contrario"⁽²⁴⁾.

O grande mérito da opinião de CALAMANDREI está em fornecer um critério a orientar o julgador na atenuação do ônus da prova. O raciocínio parece, de início, dotado de profundo subjetivismo, posto que ao juiz é dado analisar a maior ou menor credibilidade das afirmações das partes. No entanto, conforme demonstra o mestre italiano, o fundamento da distribuição do "ônus probandi" reside na verossimilhança das alegações. Em outras palavras, consiste em se presumir verdadeiro o que de ordinário acontece, e impor a prova daquilo que discrepe da normalidade. Nesse sentido, o subjetivismo inicial é temperado pela verificação empírica, a ser efetuada pelo magistrado, daquilo que normalmente ocorre ou não.

Como resulta da exposição feita, ao autor não incumbe a prova dos fatos constitutivos do direito postulado, se as afirmações efetuadas são dotadas de verossimilitude, porquanto se relacionem com acontecimentos que ordinariamente ocorrem. Nesse caso, cabe ao juiz inverter o ônus da prova, fazendo-o incidir sobre a pessoa do réu, que deve, portanto, provar o contrário. Do mesmo modo, ainda que se trate de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, se as declarações do réu são consentâneas com a normalidade da vida, a ele não se atribui o ônus de prová-las, mas ao autor, de fazer prova oposta.

Esse posicionamento sobre a repartição do ônus da prova é, hoje, largamente utilizado nas soluções dos litígios trabalhistas, muito embora ainda não se tenha admitido diretamente que o mesmo fundamente as decisões proferidas.

É o que se pretende demonstrar, neste estudo.

V. QUESTÃO DO ÔNUS DA PROVA DO PROCESSO DO TRABALHO

No Processo do Trabalho, o problema da repartição do ônus da prova tem se apresentado de maneira especial. Isso se deve, a nosso ver, ao caráter *sui generis* do Direito Material do Trabalho que se transmite e vigora também no Direito Instrumental, notadamente no tocante à proteção do empregado, cuja inferioridade social e econômica diante do empregador persiste no processo.

A superioridade patronal revela-se, em juízo, pelo melhor assessoramento jurídico, pela facilidade na produção da prova, pela maior capacidade econômica para suportar as despesas processuais. Assim, não se pode negar a existência de algumas normas processuais de caráter tutelar, tais como: a isenção do pagamento de custas e despesas, a assistência

judiciária gratuita, e a inversão do ônus da prova, através de presunções que favorecem o trabalhador.

Conforme demonstra WAGNER D. GIGLIO⁽²⁵⁾, “objetam alguns o Direito Processual não poderia tutelar uma das partes, sob pena de comprometer a própria idéia de justiça, pois o favorecimento afetaria a isenção de ânimo do julgador. Não lhes assiste razão, pois justo é tratar desigualmente os desiguais, na mesma proporção em que se desiguam, e o favorecimento é qualidade da lei e não defeito do Juiz, que deve aplicá-la com objetividade, sem permitir que suas tendências pessoais influenciem seu comportamento. Em suma: o trabalhador é protegido pela lei e não pelo juiz.”

Essa orientação se harmoniza perfeitamente com o critério de repartição do “ônus probandi” adotado pelos nossos tribunais trabalhistas, que inúmeras vezes proferem decisões favoráveis ao reclamante, ainda que não tenha havido produção de prova a respeito dos fatos constitutivos do direito postulado em juízo, sem com isso, ferir os ideais de justiça e equidade que norteiam o processo.

Chegados a este ponto, resta-nos examinar qual seria o raciocínio utilizado para orientar os julgadores na repartição dos encargos probatórios no Processo Trabalhista, posto que nos pareça suficiente, para explicá-lo, a simples afirmação doutrinária de que, diante da parcimônia da Consolidação das Leis do Trabalho, deva o intérprete se valer, subsidiariamente, da norma consubstanciada no art. 333 do Código de Processo Civil.

É certo que, ante a insuficiência de normas processuais trabalhistas acerca do ônus da prova, coube à doutrina e à jurisprudência encontrar um critério para orientar o julgador nas hipóteses em que se mostrasse insuficiente a instrução probatória.

Contendo a Consolidação das Leis do Trabalho um só artigo sobre esse assunto (art. 818: “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer”), a doutrina passou a demonstrar seguidamente a necessidade de se aplicar, aos processos trabalhistas, a norma contida no art. 333, do Código de Processo Civil (“O 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”). Nesse sentido, a opinião de WAGNER D. GIGLIO⁽²⁶⁾ e de CAMPOS BATALHA⁽²⁷⁾, dentre outros.

Discordando da opinião majoritária, TEIXEIRA FILHO⁽²⁷⁾ afirma que “a CLT ao estatuir, no art. 818, que “a prova das alegações incumbe à parte que as fizer”, demonstra, à evidência plena, que possui dicção expressa e específica sobre a matéria, desautorizando, desta maneira, que o intérprete — a pretexto de que o art. 796, do mesmo texto, o permite — incursione pelos domínios do processo civil com a finalidade de perfilhar, em caráter supletivo, o critério consubstanciado no art.

333 e incisos. Não seria equivocadamente asseverar-se, portanto, que tais incursões são irrefletidas, pois não se têm dado conta de que lhes falece o requisito essencial da omissão da CLT”.

É da mesma opinião FARIAS MELLO⁽²⁹⁾.

“A CLT possui regra própria sobre a distribuição da carga probatória, que afasta a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil e, portanto, a rígida divisão segundo a qual ao autor incumbe provar o fato constitutivo do direito que aponta inobservado e ao réu ao concurso de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do referido direito (art. 333).

Não obstante, a posição ainda prevalente impõe a aplicação subsidiária dos dispositivos processuais civis, ante a insuficiência de normas trabalhistas a respeito do ônus da prova. Com a adoção supletória do diploma processual civil (art. 333), ao reclamante incumbiria provar os fatos constitutivos de seu direito (por exemplo: a existência de relação de emprego, a despedida injusta, o trabalho em domingos ou feriados), e ao reclamado, os fatos extintivos, impeditivos e modificativos de direito postulado pelo primeiro (respectivamente, o pedido de demissão, a justa causa para o despedimento, o descanso em outro dia da semana, ou ainda, o pagamento das indenizações legais, de remuneração do feriado em dobro, etc.).

Pacífica restaria a questão se não nos deparássemos, freqüentemente, com situações em que os juízes, ao proferirem os seus julgamentos, manifestam profunda alteração na regra do **onus probandi** (e isso ora admitindo a concepção da CLT como única e exclusiva, ora adotando a solução civilística como ideal para o problema) a ponto de o reclamante ver seu pedido julgado procedente mesmo sem comprovar os fatos constitutivos de seu direito.

Qual seria, então a razão justificativa para tais decisões favoráveis ao empregado que não comprova o que postula em juízo? Qual o fundamento das presunções constantemente criadas pela Justiça Trabalhista a favorecer o trabalhador?

Como exemplo, pode ser citada a presunção de que o empregado foi despedido, cabendo ao empregador provar que ele se demitiu ou que houve abandono de emprego. O enunciado nº 212, que integra a Súmula do TST, dispõe:

“Despedimento — ônus da prova: 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”.

No mesmo sentido, assevera BARATA SILVA, sobre a desnecessidade de prova, pelo trabalhador, a respeito da injustiça do despedimento:

“Para o observador pouco avisado, pode parecer existir aqui uma inversão do princípio universal do ônus da prova. Acontece, porém, que no sistema da Consolidação, a despedida do trabalhador pelo patrão é presumivelmente injusta, cabendo ao último a inovação, em seu favor, de qualquer daquelas verdadeiras exceções previstas no art. 482. A regra é que a despedida é injusta. A exceção é o cometimento da falta grave pelo empregado”.⁽³⁰⁾

Seguindo a mesma linha de raciocínio, devem ser ressaltadas as ponderações do Ministro do TST, FARIA MELLO, no que tange ao encargo de provar a existência de vínculo empregatício:

“O vínculo empregatício constitui, no cenário nacional, a regra, de vez que ocorrente na grande maioria dos casos. Presume-se o que normalmente acontece, o cotidiano, devendo ser provado o excepcional, o extraordinário, enfim, tudo aquilo que discrepe da normalidade e; por isso mesmo, mereça o rótulo da exceção. Daí Chiovenda, objetivando romper o impasse decorrente do subjetivismo que cerca o enquadramento dos fatos como constitutivos ou impeditivos, modificativos e extintivos, haver proposto e preconizado a fórmula de se ter como constitutivo aquele que produz o efeito que lhe é próprio. Ora, frente à constância de celebrar-se o contrato considerada a CLT, soa que, pacífica a prestação dos serviços — inegavelmente fato constitutivo a ser provado, portanto, pelo autor — o efeito próprio é a existência do liame empregatício, devendo o réu promover os atos tendentes a afastar esta presunção.”⁽³¹⁾

O Ministro fundamenta seu posicionamento nos princípios da continuidade e da razoabilidade, analisados por PLÁ RODRIGUEZ em sua monografia a respeito dos princípios do Direito do Trabalho:

“Pois bem, se toda política social está dirigida à preservação do vínculo empregatício, reclamando modificações no ordenamento jurídico vigente, presume-se-lhe a continuidade e, pois, a preservação do contrato, aspecto a atrair, a lição de Chiovenda. O fato constitutivo do pedido do autor é a existência da prestação dos serviços, reveladora do vínculo, enquanto o extintivo do direito à indenização ou ao levantamento dos depósitos do FGTS no Código 01 é a demissão.

Por outro lado, não é crível que em mercado de trabalho como o brasileiro, com desnível entre mão-de-obra e em-

pregos e no qual 90% ou mais dos trabalhadores dependem da preservação do ajuste laboral para prover o próprio sustento e o das respectivas famílias, venham a acontecer, costumeiramente, desligamentos espontâneos, mediante pedidos de demissão. Subestima a inteligência média eleger este fato como regra, porquanto contrário ao princípio da razoabilidade”.⁽³²⁾

A razão de se deslocar o ônus da prova do término do contrato de trabalho e da inexistência da relação de emprego para o reclamado encontra-se, portanto, no fato de que os acontecimentos normais, comuns, ordinários (como a despedida e o liame empregatício) têm a seu favor a presunção de autenticidade, ficando a prova reservada para os fatos anormais, incomuns, extraordinários (como o desligamento espontâneo e a prestação de serviço insubordinada), pois

“quem afirma o que está no curso ordinário dos acontecimentos, não tem obrigação de provar; tem por si a voz universal das coisas, como verificada num conjunto de experiências e de observações. Mas quem afirma ao contrário, o que está fora do curso ordinário... tem como contrário a voz universal das coisas, afirmada pela experiência universal das pessoas; tem, por isso, a obrigação de sustentar com a prova particular a sua asserção”⁽³³⁾

Como resulta claramente das afirmações expostas, o critério da verossimilhança das alegações das partes, apresentado por PIERO CALAMANDREI, é o que norteia a distribuição da carga probatória nos conflitos trabalhistas. Aquele que requer em juízo indenizações pela despedida, não necessita prová-la embora seja fato constitutivo do direito postulado — porquanto ordinária é a intenção do trabalhador no tocante à manutenção do emprego, e incomum o pedido e desligamento espontâneo. Do mesmo modo, quem afirma a existência de prestação de serviços celebrada conforme a Consolidação das Leis do Trabalho, está dispensado de provar a subordinação uma vez que é fato comum o vínculo empregatício, sendo anormal o trabalho insubordinado. O aspecto da maior ou menor credibilidade das alegações efetuadas pelas partes é, portanto, o fundamento sobre o qual repousa a teoria do ônus da prova, em seu particular desenvolvimento no Processo Trabalhista.

Outras situações concretas trazem em si presunções de veracidade que alteram o “**ônus probandi**”: assim é a transferência de domicílio do reclamante, que se presume abusiva, até prova em contrário pelo reclamado.

Sem nenhum exagero, pode-se afirmar até que, em determinadas circunstâncias, os juízes trabalhistas proferem decisões favoráveis ao reclamante, mesmo em face da absoluta ausência de prova das alegações por ele oferecidas, fundamentando as sentenças tão somente no que de

ordinário ocorre com outros empregados da mesma categoria ou da empresa reclamada.

A doutrina tem procurado explicar esses pronunciamentos buscando justificativas ora na aplicação subsidiária dos preceitos do Código de Processo Civil, ora na negativa dessa aplicação supletiva, ante a regulamentação suficiente do assunto pela CLT. Como se percebe, aos olhos dos doutrinadores não há um critério rígido capaz de informar a distribuição do **ônus probandi** nos processos trabalhistas. Ademais, as razões doutrinárias, com freqüência apresentadas, são absolutamente insatisfatórias para justificar a divisão dos encargos da prova, posto que nem sempre ao reclamante incumbe provar os fatos constitutivos do seu direito (o que seria indiscutível, ante a imposição do art. 333, I, do Código de Processo Civil), e tampouco se atribui, pura e simplesmente, o dever de provar as alegações feitas, à parte que as fizer (art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho).

Evidente é a utilização, pelos magistrados, de um juízo de razoabilidade, de probabilidade das alegações efetuadas pelas partes para, somente a partir daí, serem repartidos os ônus e os meios de prová-las.

Foge o Processo do Trabalho, nesse aspecto, do sistema processual dispositivo, outorgando ao juiz poderes de livre apreciação das afirmações contrastantes, de modo a dividir o **ônus probandi** conforme os diferentes graus de verossimilitude com que se lhe apresentem.

Todavia, talvez na ânsia de buscar alicerces na processualística moderna, descuidou-se a doutrina no que concerne ao particular caráter do Direito do Trabalho, razão suficiente a justificar as peculiaridades dos princípios e critérios que norteiam as soluções dos conflitos individuais e coletivos decorrentes da relação de emprego.

VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BATALHA, Wilson Souza Campos. "Tratado de Direito Judiciário do Trabalho", 2ª ed., São Paulo, Ltr., 1985.
- BUZUID, Alfredo. "Estudos de Direito", vol. I, São Paulo, Saraiva, 1972.
- CALAMANDREI, Piero. "Estudios sobre el Proceso Civil", vol. III, Buenos Aires, EJE, 1962.
- GIGLIO, Wagner Drdla. "Direito Processual do Trabalho", São Paulo, Ltr., 1986.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. "Manuale di Diritto Processuale Civile", vol. II, 1, Milão, Giuffrè, 1968.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. "Exegese do Código de Processo Civil", vol. IV, tomo I, Rio de Janeiro, Aide, 1984.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. "Curso de Direito Processual do Trabalho", 9ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988.
- IVCONGRESSO ÍBERO-AMERICANO DE DIREITO DO TRABALHO E PREVIDÊNCIA SOCIAL. São Paulo, 1972.

REVISTA de Direito do Trabalho nº 69, São Paulo, RT, set/out. 1987.
SANTOS, Moacyr Amaral. "Comentários ao Código de Processo Civil",
vol. IV, Rio de Janeiro, Forense, 1982.
SANTOS, Moacyr Amaral. "Prova Judiciária no Cível e Comercial",
vol. I, São Paulo, Max Limonad, 1952.
TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. "A prova no Processo do Traba-
lho", 3ª ed., São Paulo, Ltr., 1986.

NOTAS

- ¹BUZUID, Alfredo. "Estudos de Direito", vol. I, São Paulo, Saraiva, 1972. p. 47.
- ²MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. "Exegese do Código de Processo Civil", vol. IV, tomo I, Rio de Janeiro, Aide, 1984, p. 86.
- ³MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu, op. cit., p.87.
- ⁴GIGLIO, Wagner Drdla. "Direito Processual do Trabalho", São Paulo", LTr, 1986, p. 76.
- ⁵GIGLIO, Wagner Drdla. op. cit., p-77-81.
- ⁶BUZUID, ALFREDO. "Estudos de Direito", vol. I, São Paulo, Saraiva, 1972. p. 47.
- ⁷MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. "Exegese do Código de Processo Civil" vol. IV, tomo I, Rio de Janeiro, Aide, 1984, p. 86.
- ⁸MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Op. cit., p.87.
- ⁹SANTOS, Moacyr Amaral. "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. IV, Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 21.
- ¹⁰apud BUZUID, Alfredo, op. cit., p. 61.
- ¹¹SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit., p. 21.
- ¹²TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. "A prova no Processo do Trabalho", 3ª ed., São Paulo, Ltr., 1986, p.77.
- ¹³TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Op. cit., p.77.
- ¹⁴TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Op. e loc. cit.
- ¹⁵TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Op. e loc. cit.
- ¹⁶TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Op. cit. p. 78.
- ¹⁷BUZUID, Alfredo. "Estudos de Direito", vol. I, São Paulo, Saraiva, 1972. p.69.
- ¹⁸SANTOS, Moacyr Amaral. "Prova judiciária no cível e comercial", vol. I, São Paulo, Max Limonad, 1952, p. 104.
- ¹⁹BUZUID, Alfredo. Op. cit., p. 72.
- ²⁰LIEBMAN, Enrico Tullio. "Manuale di Diritto Processuale Civile", vol. II, Milão, Giuffrè, 1968, p. 86.
- ²¹SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit., p. 104.
- ²²SANTOS, Moacyr Amaral. Op. cit., p. 105.
- ²³BUZUID, Alfredo. Op. cit., p. 75.
- ²⁴CALAMANDREI, Piero. "Estudios sobre el Processo Civil", vol. III, Buenos Aires, EJEA, 1962, P. 337.
- ²⁵GIGLIO, Wagner Drdla. "Direito Processual do Trabalho", São Paulo, Ltr, 1986, p. 77.
- ²⁶GIGLIO, Wagner Drdla. Op. cit., p. 183.
- ²⁷BATALHA, Wilson de Souza Campos. "Tratado de Direito Judiciário do Trabalho" 2ª ed., São Paulo, Ltr., 1985, p. 496.
- ²⁸TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. "A prova no Processo do Trabalho", 3ª ed., São Paulo, Ltr., 1986, p. 84.
- ²⁹_{in} "Contrato de Trabalho. Resilição. Ônus da Prova. Enunciado 212 da Súmula do TST", Revista de Direito do Trabalho nº 69, set/out/87, p. 52.

- ³⁰in "O ônus da prova no Processo Trabalhista", *idem*, p. 431.
- ³¹in *Revista de Direito do Trabalho* nº 69, set/out-87, p.53-54.
- ³²in *Revista de Direito do Trabalho* nº 69, set/out-87, p.54-55.
- ³³in "Fundamentos para uma redistribuição do ônus da prova", Wagner D. Giglio, *IV Congresso Ibero-Americano de Direito do Trabalho e Previdência Social*, 1972. p. 592.