

# NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

*New code of civil process and burden of proof in the work process*

Rubens Luís Freiberger<sup>1</sup>  
Cassio Andrei Vargas Furlan<sup>2</sup>  
Jean Carlos Kuss<sup>3</sup>  
Leandro Chiarello de Souza<sup>4</sup>  
Rodrigo Barzotto Pereira de Souza<sup>5</sup>

**Resumo:** O presente trabalho tem por objetivo apresentar a possibilidade de utilização do instituto da redistribuição do ônus da prova na seara trabalhista a partir da leitura e aplicação do novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, de forma subsidiária ao processo regido pela Consolidação das Leis do Trabalho. Analisar as inovações do novo Código de Processo Civil e suas intercomunicações com a dinâmica própria com o Processo do Trabalho. Estudar a teoria da carga dinâmica da prova e a distribuição do ônus da prova pelos magistrados no processo trabalhista.

**Palavras-chave:** Ônus da Prova. Novo Código de Processo Civil. Processo do Trabalho. Teoria da carga dinâmica.

**Abstract:** The purpose of this paper is to present the possibility of using the institute for the redistribution of the burden of proof in the labor court by reading and applying the new Code of Civil Procedure, Law 13.105/2015, in a subsidiary form to the process governed by the Consolidation of Labor Laws. Analyze the innovations of the new Code of Civil Procedure and its intercommunications with its own dynamics with the Labor Process. To study the theory of the dynamic load of the test and the distribution of the burden of proof by the magistrates in the labor process.

**Keywords:** Burden of Proof. New Code of Civil Procedure. Labor Process. Theory of dynamic load.

## 1 INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil (CPC) trouxe inúmeras inovações necessárias aos novos tempos em que a jurisdição se encontra, atravancada por um sistema processual pensado há mais de meio século e que intencionava primordial e

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC e Especialista em Advocacia Trabalhista pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal - UNIDERP. Possui experiência na área de Direito com ênfase em Direito do Trabalho. Atua como Professor Universitário no Curso de Direito na Universidade Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP. Advogado militante no Estado de Santa Catarina.

<sup>2</sup> Professor Direito – UNIARP – Caçador-SC.

<sup>3</sup> Professor Direito – UNIARP – Caçador-SC.

<sup>4</sup> Professor do Curso de Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP), nas disciplinas Direito do Trabalho I, Direito Tributário I e Direito Tributário II.

<sup>5</sup> Professor Orientador - Esp. Rodrigo Barzotto Pereira de Souza.

---

principalmente a busca pela segurança jurídica.

A sociedade, todavia, transformou-se nesse período e os cidadãos buscam hoje, mais do que antes, a tutela jurisdicional com demandas crescentes em todos os campos, fruto dos movimentos sociais e democráticos, da Constituição de 1988, da expansão das escolas de direito e da inserção do país em um mercado de consumo.

Nos anos 90, várias inovações processuais de grande importância modificaram no, campo processual, a primazia pela segurança jurídica em benefício de um sistema judicial mais célere e eficiente, mais justo e inserido na solução de conflitos sociais.

A exemplo disto existe a Lei nº 8.952/1994 que alterou o CPC/1973 e criou a tutela antecipada e a fixação de *astreinte* em casos em que houvesse obrigação de fazer e não fazer, conferindo eficiência à solução das demandas, que não necessitaram mais do trânsito em julgado para satisfazer os litigantes. Também a Lei nº 9.099/95, que desburocratizou o acesso das denominadas pequenas causas aos cidadãos, bem como a Lei nº 9.307/1996 que regulamentou a arbitragem como solução à resolução de conflitos e a reforma da Lei 11.232/2005 responsável por agilizar a execução das sentenças, entre tantas outras com o mesmo norte de trazer eficácia e justiça na resolução de conflitos sociais.

Mesmo assim, o número crescente de ações judiciais, e o intrincado sistema recursal que sobrecarrega o Poder Judiciário, fez com que, em 2004, criasse-se um novo princípio fundamental, cláusula pétrea, por meio da Emenda nº 45, que inseriu o inciso LXXVIII no rol de direitos e garantias fundamentais, o da razoável duração dos processos.

Todas essas inovações, ao longo dos últimos 30 anos, buscam trazer aos jurisdicionados a solução satisfatória das demandas, com justiça, equidade e rapidez. Tais mutações culminaram agora com a edição de novo diploma processual civil, que prioriza a efetivação dos direitos da cidadania conquistados ao longo do último quarto do século XX e positivados em grande número na Constituição da República.

Busca-se agora, concretizar cada vez mais esses direitos por um sólido e eficiente sistema jurisdicional e as mudanças no direito processual civil devem ser incorporadas para beneficiar a consubstanciar os direitos sociais insculpidos no art. 7º da Carta Magna, que defendem o trabalho em face ao capital.

Por conseguinte, neste texto, imiscuiu-se na inovação trazida pelo CPC em referência ao ônus da prova, superada a imutável, outrora, estaticidade da sua

---

---

distribuição entre autor e réu, reclamante e reclamado, para uma nova possibilidade de distribuição entre as partes por determinação do juízo.

## **2 DIREITO DO TRABALHO: DIREITOS FUNDAMENTAIS**

O tema proposto no presente artigo é a pareceria indiscutível, e sem contradições, acerca da aplicabilidade da inovação trazida pelo novo CPC no que se refere à possibilidade de o Magistrado distribuir o ônus probatório entre as partes. Contudo, importante doutrina de renomado escol<sup>6</sup>, destaca que a aplicação da novidade presente no § 1º do art. 373 da Lei nº 13.105/2015, em detrimento da proposição expressa no art. 818 da CLT é impropriedade do interprete, porque a regra processual trabalhista “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer” é suficiente e não há omissão da legislação laboral a justificar a aplicação subsidiária da regra prevista no novo CPC.

Destarte, a aplicação da teoria da carga dinâmica do ônus da prova em detrimento da distribuição estática violaria comando expresso do art. 769 da CLT, que somente autoriza a aplicação subsidiária de norma processual comum nos casos em que a legislação do trabalho for omissa.

Em reforço a esta tese, existe o art. 15 do CPC/2015 que destaca que, na ausência de normas trabalhistas o novel diploma se aplica supletiva e subsidiariamente. Ou seja, na exegese gramatical, a inovação em relação à distribuição do ônus da prova seria rechaçada, porquanto há norma específica na seara laboral.

De outro vértice, importante autor renomado, destaca que o art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) está revogado pelo art. 15 do CPC/2015 e que as inovações do ônus da prova se aplicam ao processo trabalhista, tendo em vista que o art. 818 da CLT “é muito enxuto e não resolve questões cruciais como as hipóteses de ausência de prova e prova dividida”.<sup>7</sup>

Esta posição encontra maior vigor hoje entre os operadores do direito do trabalho, porque se verifica que a regra processual trabalhista hoje é injusta e

---

<sup>6</sup>TEIXEIRA FILHO, M. A. **Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho**. São Paulo: LTR, 2015, p. 499.

<sup>7</sup>SCHIAVI, M. **A aplicação supletiva e subsidiária do código de processo civil ao processo do trabalho**. In: MIESSA, Elisson (Org.). **O novo código de processo civil e seus reflexos no processo do trabalho**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 56.

insatisfatória, ao não propiciar efetividade na aplicação do direito laboral.

Negar, por essa via, a aplicação do art. 373 do CPC/2015 ao processo trabalhista é negar a concretização dos direitos previstos no elenco do art. 7º da Constituição da República.

Não pode ser esquecido que o tratamento dado ao trabalhador deve ter especial atenção no campo processual, sempre que se busquem inovações a facilitar a efetivação de seus direitos, porquanto é ramo fundamental à sociedade, nesse sentido<sup>8</sup> “(...) o Direito do Trabalho auxiliaria a garantia da liberdade humana na sua dimensão social, imprescindível, como as dimensões econômicas e política para o alcance da liberdade”.

Está superada a ideia de que o Direito Trabalhista é autônomo ligado a regulamentar relações entre trabalhadores e empregadores, tendo em vista que é isso e, além disso, campo de luta do cidadão, condição *sine qua non* à dignidade da pessoa humana, corolário do Estado Democrático de Direito, conforme bem assevera o mesmo autor<sup>9</sup> “(...) lembrando que o fundamento maior do Direito do Trabalho é a busca da dignidade da pessoa humana, ou de seu pleno desenvolvimento (...) garantidor de condições mínimas de meios de vida dignos e de trabalho às pessoas”.

Destarte, todo o conteúdo ligado ao Direito do Trabalho, tanto quanto as manifestações processuais à garantia na aplicação da lei laboral, devem ser aplicadas para empregar a maior eficácia possível aos direitos fundamentais<sup>10</sup>.

É, sobretudo, entre nós corrente hoje que todas as leis devem ser interpretadas conforme à Constituição, ainda mais quando se busca a aplicação de normas constitucionais referentes aos direitos ligados ao art. 1º, III, da Carta Magna, que irradia sobre todo o cipoal de normas sua força imediata, obrigando tanto o legislador quanto o intérprete a subsumir a lógica infraconstitucional aos princípios democráticos republicanos.

O professor Ingo Sarlet, ao apresentar os efeitos das normas constitucionais, põe em evidência esse caráter, destacando que tais regras: “Constituem parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das demais normas jurídicas,

---

<sup>8</sup>CARELLI, R. L. **O mundo do trabalho e os direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2011, p. 67.

<sup>9</sup>Idem, p. 67/68.

<sup>10</sup>LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 73. O autor destaca o princípio da máxima efetividade descrito por J.J. Gomes Canotilho segundo o qual a interpretação das normas deve objetivar sempre maior eficácia a direitos fundamentais.

---

influenciando, nesse sentido, toda a ordem jurídica, ademais de implicarem um dever de interpretação conforme a Constituição”.<sup>11</sup>

Dessa forma, a aplicação da teoria da carga dinâmica em benefício do trabalhador, ampliando seus direitos, é medida de rigorosa hermenêutica constitucional, tanto mais que a lógica do art. 818 da CLT não é suficiente a garantir os direitos dos trabalhadores, que sempre devem ser ampliados.

Nessa esteira, o *caput* do art. 7º da Constituição destaca que os direitos ali previstos podem ser sempre ampliados, interpretação confirmada pelo Ministro Joaquim Barbosa no julgamento da ADI 639<sup>12</sup>: “(...) deve-se mencionar que o rol de garantias do art. 7º da Constituição não exaure a proteção dos direitos sociais”.

O Direito do Trabalho é um direito fundamental ligado à dignidade, todas as regras que vierem a somar-se em benefícios dos destinatários da norma deverão ser incorporadas, para dar máxima efetividade à concretização dos direitos dos trabalhadores.

Dessa forma, importante analisar como é possível a aplicação de novas regras processuais em benefício dos direitos dos trabalhadores.

### **3 TEORIA CLÁSSICA DO ÔNUS DA PROVA: ART. 333 DO CPC/1973, ART. 373, I, II, CPC/2015**

O processo de conhecimento, seja cível ou trabalhista, objetiva a expedição pelo Poder Judiciário de uma regra de certeza para solucionar determinado conflito entre partes. Ademais disso, todo enfrentamento jurisdicional leva em consideração a oposição de fatos, dependendo a sentença da análise das provas produzidas.

Ou seja, mesmo que haja um direito violado e uma pretensão resistida àquele que litiga deverá comprovar perante o Judiciário suas alegações, sob pena de sucumbir, manifesta-se aqui o velho brocardo jurídico: *quod non est in actis non est in mundo*<sup>13</sup>. Porque ao poder jurisdicional somente é possível deduzir sentença a partir das provas colhidas nos autos, pelo que se afirma que apesar de se buscar a verdade real em um processo judicial para a mais perfeita jurisdição, tem-se que o magistrado

---

<sup>11</sup>SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: RT, 2013. 191.

<sup>12</sup>BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **A constituição e o supremo**. 4 ed. Brasília: Secretaria de Documentação. p. 2.117. 2011. p. 599.

<sup>13</sup>*Não está nos autos não está no mundo*.

deve decidir com lastro na verdade processual.

Outrossim, em relação ao sistema legal do ônus da prova encontrado no CPC/1973, repetido nos incisos I e II do art. 373 do CPC/2015, tem-se que aquele que alega deve provar, sistema semelhante ao art. 818 da CLT. O professor Humberto Theodoro Júnior muito bem resume essa engrenagem processual estática, importante à jurisdição:

Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente.<sup>14</sup>

O professor segue seu ensinamento demonstrando, que ao réu, é possível negar o fato que lastreia a ação, assim todo o ônus de provar sobrecarregará apenas o autor, que se não lograr êxito em provar perderá a causa.<sup>15</sup>

Em concordância, os professores baianos<sup>16</sup> destacam, em celebrada obra, que o juiz deverá analisar a produção das provas no momento do julgamento e proferir sentença desfavorável àquele que não conseguiu provar suas alegações.

De forma sintética, em relação às consequências da distribuição do ônus da prova. vale apontar ensinamento doutrinário pertinente de modernos juristas:

Afirma-se que a regra do ônus da prova se destina a iluminar o juiz que chega ao final do procedimento sem se convencer sobre como os fatos se passaram. Nesse sentido, a regra do ônus da prova é um indicativo para o juiz se livrar do estado de dúvida e, assim, definir o mérito. Tal dúvida deve ser paga pela parte que tem o ônus da prova. Se a dúvida paira sobre fato constitutivo, essa deve ser suportada pelo autor, ocorrendo o contrário em relação aos demais fatos.<sup>17</sup>

Destacam esses autores, todavia, que o juiz poderá, por óbvio, se convencer mesmo se a parte não se desincumbir de provar os fatos sobre seus direitos.

Observa-se que a distribuição do ônus da prova é fator preponderante à realização da justiça, porquanto é direito humano fundamental o acesso a órgão julgante, que, todavia não se limita ao ingresso de uma demanda judicial, mas de uma resposta estatal segura e equânime. Assim, a teoria clássica do ônus da prova

---

<sup>14</sup>THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de processo civil**. v. 1, 41 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.387.

<sup>15</sup>Idem, p. 388.

<sup>16</sup>DIDIER J. R. F.; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. **Curso de direito processual civil**. Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. Salvador: Podivim, 2007, p. 56.

<sup>17</sup>MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Curso de processo civil**. Processo de conhecimento. 7 ed. São Paulo: RT, 2008, p. 267.

---

limita em muitos casos a realização da Justiça, porque se conforma com a verdade processual, muitas vezes colidente com a realidade.

#### 4 ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO TRABALHISTA: ART. 818 DA CLT

De igual modo, no processo do trabalho, persiste no art. 818 da CLT a distribuição clássica do ônus da prova em sintaxe perfeita: “A prova das alegações incumbe à parte que a fizer”.

Do que se extrai em um primeiro momento que “Quem não pode provar é como quem nada tem; aquilo que não é provado é como se não existisse (...)”.<sup>18</sup>

O art. 818 da CLT ao que parece inspirado no art. 209<sup>19</sup> do CPC/1939, seu predecessor, que distribuía o ônus da prova de forma igual ao autor e réu, cabendo a cada parte provar o que alega, tendo em vista que no processo civil há fixação do procedimento levando em consideração, sempre, a igualdade entre as partes.

Entretantes, ao longo de quase 80 anos, a doutrina e a jurisprudência buscaram diversas formas de auxiliar a parte hipossuficiente – trabalhador – por sua condição econômica, trazendo para o processo do trabalho a figura da inversão do ônus da prova para equilibrar a contradição existente entre o polo ativo e passivo.

Além disso, cita-se também que é aplicável, em relação ao ônus da prova na seara trabalhista o princípio da aptidão da prova, descrito pela doutrina como a obrigação de o litigante que possui os meios possíveis trazer aos autos a prova, quando inacessível à parte contrária. Importa trazer a descrição deste preceito:

O fundamento para a aplicação do princípio da aptidão está na justiça distributiva aliada ao princípio da igualdade, cabendo a cada parte aquilo que normalmente lhe resulta mais fácil. O critério será o da proximidade real e de facilidade do acesso às fontes de prova. Indiscutivelmente, o princípio será aplicado todas as vezes em que o empregado não pode fazer a prova a não ser através de documento ou coisa que a parte contrária detém.<sup>20</sup>

Por certo, observou-se na aplicação do Direito do Trabalho que a regra estática, ou clássica, e até mesmo literal do art. 818 da CLT, de inspiração no ramo do processo civil, que traz igualdade aos litigantes, é, na verdade, fonte de injustiça,

---

<sup>18</sup>CARRION, V. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 628.

<sup>19</sup> Art. 209. O fato alegado por uma das partes, quando a outra o não contestar, será admitido como verídico, si o contrário não resultar do conjunto das provas. § 1º Si o réu, na contestação, negar o fato alegado pelo autor, a este incumbirá o ônus da prova.

<sup>20</sup>PAULA, C. A. R. de. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTR, 2001, p. 143.

que viola o princípio da isonomia em muitos casos, por isso pontualmente afastada.

Nada obstante, a regra geral, trazida no art. 333 do CPC/1973 e incisos I e II do art. 373 do CPC/2015, é válida para a CLT: “(...) a prova incumbe a quem alega o fato”.<sup>21</sup>

Isto porque, em regra, há já proteção aos trabalhadores em diversos dispositivos legais, sendo justo também, que haja obrigações ao autor/trabalhador que deverá trazer provas ao processo daquilo que alegar, nesse sentido, importa destacar lúcida doutrina sobre o tema:

“(...) não há que se falar em mitigação ou flexibilização da regra do ônus probatório pra fins de proteger o trabalhador, uma vez que há regramento específico e rígido da matéria, bem como o trabalhador hipossuficiente está amparado por um sistema, seja de direito material ou processual, visivelmente protetivo. Assim, não há que se estender tal proteção em se tratando dos critérios legais de distribuição do *onus probandi*.”<sup>22</sup>

A aplicação inflexível da distribuição clássica do ônus da prova prospera, em alguns casos, verdadeira injustiça e é afastada pela doutrina e tribunais, a exemplo disso temos a Súmula 338, item III, do TST que inverte o ônus da prova no caso de cartões ponto com anotação “britânica” de jornada; de igual sorte, a Súmula 212 do TST, cria presunção em favor do trabalhador que deverá ser elidida apenas se provada pelo empregador nos casos de ruptura contratual.

Tais casos evidenciam a necessidade de superação da máxima *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*<sup>23</sup> na seara laboral em muitos casos, sob pena de flagrante injustiça.

## 5 TEORIA DA CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

No parágrafo 1º do art. 373 do CPC/2015 encontramos<sup>24</sup> o que é chamado de teoria da carga dinâmica do ônus da prova, uma verdadeira inovação legislativa que permite a divisão do ônus da prova durante o processo.

<sup>21</sup>MACHADO JÚNIOR, C. P. da S. **O ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTR, 1993, p. 91.

<sup>22</sup>PEGO, R. F. **A inversão do ônus da prova no direito processual do trabalho**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 66.

<sup>23</sup>Incumbe a prova a quem alega não a quem nega.

<sup>24</sup>Art. 373. O ônus da prova incumbe:

(...)<sup>1º</sup> Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

---

A doutrina há tempos busca solução a superar a distribuição clássica do ônus da prova trazendo agora “(...) a distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto. Em outras palavras: prova quem pode.”<sup>25</sup>

Novel instituto serve para superar a limitação criada à parte quando impossível desincumbir-se do ônus probatório, chama-se pela doutrina de prova diabólica, toda aquela que o autor ou réu não tem como produzir, sendo impossível.

Nesse caso, se a parte *ex adversa* tem condição de produzir tal prova deverá o juiz determinar que assim proceda, invertendo neste caso o ônus.

Essa figura já é bastante utilizada no direito pátrio e foi positivada no Código de Defesa do Consumidor, art. 6º, VIII, que prevê a possibilidade de superação da distribuição clássica do *onus probandi*.

Importante doutrina comentando sobre a teoria da carga dinâmica referindo ao art. 373, §1º do CPC/2015 destaca:

Muitas vezes, uma das partes detém, naturalmente, os meios de prova (documentos, estatísticas internas, boletins de produção etc.). Neste caso, tudo sugere que se atribua a ela o encargo da prova, que, em princípio, era do adversário. Essas peculiaridades estão jungidas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.<sup>26</sup>

Em brilhante tese<sup>27</sup> sobre o tema que sagrou seu doutoramento, tem-se ampla e precisa obra que estabelece, antes mesmo da disposição no novo CPC, com precisão, os limites, fundamentos e aplicações da distribuição do ônus da prova:

Em outras palavras, a teoria sob comento deve ser aplicada naquelas situações em que critérios estabelecidos pela lei quanto à distribuição do ônus da prova, não se mostram adequados e eficazes para atingir o seu fim. Nessas situações o *onus probandi* deve recair sobre aquela parte que guarda melhores condições técnicas ou fáticas para produzi-las.

Prossegue o autor esclarecendo que o fundamento teórico profundo que lastreia a aplicação de novíssima teoria é a justiça-equidade. Além da necessidade de as partes no processo procederem com lealdade e boa-fé, contribuindo, assim como o magistrado, à busca da verdade real ou material à solução dos conflitos, forma única de se obter uma jurisdição com verdadeira justiça.

---

<sup>25</sup>DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit. p. 62.

<sup>26</sup>TEIXEIRA FILHO, op. cit. p. 502.

<sup>27</sup>COUTO, C. J. A. **Dinamização do ônus da prova: teoria e prática.** (Tese-Doutorado) São Paulo. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo – USP. 2011, p 101.

Deve-se destacar que a inversão do ônus da prova se dá por decisão fundamentada do juiz, trata-se de exceção que deve vir fundamentada além disso, na verossimilhança das alegações da parte que não possui condições de produzir a prova.

Há julgamentos recentes nos tribunais brasileiros acerca dessa exceção, mesmo anteriores à aprovação do novo CPC, a título de exemplo um julgado do Superior Tribunal de Justiça que resumiu bem a proposição, determinando que a ré, uma empresa de sorteios pela televisão, deveria comprovar o modo como se deu o certame, fato impossível ao autor: “A teoria da dinâmica da prova transfere o ônus para a parte que melhores condições tenha de demonstrar os fatos e esclarecer o juízo sobre as circunstâncias da causa”.<sup>28</sup>

No caso, a prova do autor que questionava a higidez do sorteio televisivo era impossível e diabólica, motivo pelo qual foi invertido o ônus à ré. Todavia, há o problema da *probatio diabolica reversa*<sup>29</sup>, i.e., àquele que está obrigado a produzir a prova, derivada da decisão do magistrado, deve ter a possibilidade e oportunidade de produzi-la.

Motivo pelo qual há a previsão do art. 373, §2º, do CPC/2015, dando direito à parte sobrecarregada com a divisão do ônus dentro do processo de poder se desincumbir se impossível para si tal ônus.

## 6 APLICAÇÃO DO § 1º DO ART. 373 AO PROCESSO DO TRABALHO

A doutrina e jurisprudência, majoritariamente, adotam entendimento de que o art. 373, §1º do CPC/2015 se aplica subsidiariamente ao processo do trabalho, porquanto a norma insculpida no art. 818 da CLT é omissa. Nada obstante, em que pese tal entendimento, existe regra específica de distribuição do *onus probandi* na CLT. Insuficiente o argumento da omissão à importação de norma do processo do trabalho à esfera processual.

Todavia, como explicitado, o direito do trabalho é direito fundamental e sua concretização merece especial ênfase, devendo todas as normas processuais e

---

<sup>28</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 316.316/PR, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 18/09/2001, DJ 12/11/2001, p. 156. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=316316&b=ACOR&p=true&l=10&i=3>>. Acesso em: 22 dez. 2016.

<sup>29</sup>AMBROSIO, G. **A distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTR, 2013, p. 61.

materiais serem interpretadas de acordo com a Constituição.

Em sintonia com esse pensamento, Almeida<sup>30</sup> destaca cinco fundamentos acerca da necessidade e possibilidade de aplicação da teoria da carga dinâmica do ônus da prova: 1) aplicação do art. 852-I, §1º da CLT<sup>31</sup>; 2) plena satisfação dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana; 3) mitigação das desigualdades entre as partes; 4) aplicação do art. 15 do CPC/2015 e 5) utilização do art. 8º e 769 da CLT para suprir omissões.

Conclui a professora que:

(...) também no processo do trabalho, o juiz está autorizado a fixar o ônus da prova respeitando as peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo estabelecido a partir da natureza do fato controverso ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário (...).<sup>32</sup>

A justiça especializada do trabalho necessita de formas de efetivação. Por isso, não é de hoje que a jurisprudência necessitou criar presunções em favor dos trabalhadores para equiparar a dialética processual e propiciar uma síntese (sentença) justa.

Cita-se a Súmula 338 do TST<sup>33</sup>, que inverte o ônus da prova, encarregando ao empregador à obrigação de trazer aos autos prova de fato constitutivo do empregado.

Igualmente, a Súmula 212 do TST<sup>34</sup>, também inverte o ônus da prova, encarregando o empregador de provar o término do contrato de trabalho, outro fato constitutivo de direito do autor.

A Súmula 6 do TST<sup>35</sup> que versa sobre a equiparação salarial, traz menção expressa no seu item VIII, impondo ônus da prova ao empregador.

Já a Orientação Jurisprudencial nº 301<sup>36</sup>, SBDI-I, que fixava o ônus da prova ao empregador para comprovar o efetivo depósito nas contas FGTS do trabalhador

---

<sup>30</sup>ALMEIDA, W.G.R. **A teoria dinâmica do ônus da prova**. In: MIESSA, Elisson (Org.). **O novo código de processo civil e seus reflexos no processo do trabalho**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 454/456.

<sup>31</sup>§ 1º O juízo adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum.

<sup>32</sup>Idem, p. 454.

<sup>33</sup>BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmulas, Orientações Jurisprudenciais (Tribunal Pleno/Órgão Especial, SBDI-I, SBDI-I Transitória, SBDI-II e SDC), Precedentes Normativos [recurso eletrônico]**. Brasília: Coordenadoria de Serviços Gráficos de Administração do Conselho da Justiça Federal, 2015, p. 104.

<sup>34</sup>Idem, p. 62.

<sup>35</sup>Idem, p. 7/8.

<sup>36</sup>BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. op. cit. p. 215.

foi revogada, porque é fácil ao empregado, hoje, conseguir junto à Caixa Econômica Federal, a qualquer tempo, extrato detalhado de seus depósitos, o que torna a prova constitutiva do direito dos empregados de fácil confecção, desnecessário no caso a inversão do ônus.

A Orientação Jurisprudencial nº 233, SBDI-I<sup>37</sup>, é regra de distribuição do ônus da prova que possibilita ao juiz ampliar a condenação por horas extraordinárias mesmo que não haja prova de todo o período.

Recente a Súmula 443 do TST<sup>38</sup>, do ano de 2012, traz nítida a distribuição do ônus da prova ao fazer presumir que a dispensa do trabalhador com doença grave é discriminatória, porque comprovar a motivação interna do empregado é prova impossível ao trabalhador.

Ou seja, antes mesmo da entrada em vigor do novo CPC, com a inovação acerca da distribuição do ônus da prova, na seara laboral tal método já era amplamente aplicado, sempre na intenção de fazer a norma material ser possível ser aplicada.

O melhor exemplo é a citada Súmula 443 do TST, porque uma dispensa discriminatória geralmente não tem testemunhas, é, sobretudo, impossível comprovar a real motivação do empregador. Sendo assim, não fosse a inversão do ônus da prova, ou melhor, a distribuição do ônus de forma diversa da clássica, os direitos constitucionais à dignidade e não discriminação previstos no art. 1º, III e art. 3º, IV, respectivamente, seriam letra morta no caso concreto.

Por último cabe destacar preciso pensamento do juiz paulista<sup>39</sup> que apresenta alicerce robusto à aplicação da teoria da carga dinâmica na justiça especializada “(...) porque o sistema processual trabalhista se diferencia do processo comum, porquanto visa se tornar instrumento de aplicação plena do direito material do trabalho.”

Assim, é imperiosa a aplicação da teoria da carga dinâmica do ônus da prova conforme a expressão do CPC/2015, na intenção de dar efetividade aos direitos fundamentais dos trabalhadores.

---

<sup>37</sup>BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. op. cit. p. 201.

<sup>38</sup>BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. op. cit. p. 138.

<sup>39</sup>JAKUTIS, P.S. **A influência do novo CPC no ônus da prova trabalhista.** In: MIESSA, E. (Org.). **O novo código de processo civil e seus reflexos no processo do trabalho.** Salvador: JusPodivm, 2015. p. 442.

---

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aprovação da Lei 13.105/2015 trouxe novas possibilidades de aplicação do direito processual civil, tendo em mira sua aplicação subsidiária ao processo do trabalho, dessa forma é imperativa a aplicação do art. 373, § 1º daquele novíssimo diploma à justiça especializada do trabalho, porque não colide, mas complementa o sentido do art. 818 da CLT, porquanto para a busca da verdade é possível a distribuição de obrigatoriedade de produção de certas provas pelas partes, que não terão condições de fazê-lo, excepcionalmente, impedidas de exercerem seus direitos.

Nessa esteira, o art. 769 da CLT chama o processo civil como auxiliar subsidiário ao processo trabalhista, motivo pelo qual se requer um estudo aprofundado sobre o tema, pela inovação trazida pelo parágrafo 1º do art. 373 do CPC. Desta via, poder-se-ia buscar na seara trabalhista a garantia da distribuição do ônus da prova pelo magistrado para além da perspectiva formal do estabelecido pela Consolidação, de que quem alega deve provar, mas invocando pela necessária proteção aos hipossuficientes e na intenção de distribuir justiça com base na verdade material, obrigar os litigantes a trazerem aos processos as provas que somente elas poderão produzir.

Na clara e nítida intenção de um processo justo que objetiva a verdade real e, principalmente, a concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, W.G.R. **A teoria dinâmica do ônus da prova**. In: MIESSA, E. (Org.). **O novo código de processo civil e seus reflexos no processo do trabalho**. Salvador: JusPodivm, 2015.

AMBROSIO, Graziella. **A distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTR. 2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **A constituição e o supremo**. 4 ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2011.

\_\_\_\_\_. **Súmulas, Orientações Jurisprudenciais (Tribunal Pleno/Órgão Especial, SBDI-I, SBDI-I Transitória, SBDI-II e SDC), Precedentes Normativos [recurso eletrônico]**. Brasília: Coordenadoria de Serviços Gráficos de Administração do Conselho da Justiça Federal, 2015.

\_\_\_\_\_. **Resp 316.316/PR, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 18/09/2001, DJ 12/11/2001 p. 156**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=316316&b=ACOR&p=true&>

---

l=10&i=3>. Acesso em: 22 dez. 2016.

CARELLI, R. L. **O mundo do trabalho e os direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2011.

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COUTO, C. José A. **Dinamização do ônus da prova: teoria e prática**. (Tese-Doutorado) São Paulo. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo – USP. 2011.

DIDIER J. R. F.; BRAGA, P. S.; OLIVEIRA, R. **Curso de direito processual civil**. Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. Salvador: Podivim, 2007.

JAKUTIS, P.S. **A influência do novo CPC no ônus da prova trabalhista**. In: MIESSA, E. (Org.). **O novo código de processo civil e seus reflexos no processo do trabalho**. Salvador: JusPodivim, 2015.

MACHADO JÚNIOR, César Pereira da Silva. **O ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTR, 1993.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Curso de processo civil**. Processo de conhecimento. 7 ed. São Paulo: RT, 2008.

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

PEGO, Rafael Foresti. **A inversão do ônus da prova no direito processual do trabalho**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho**. São Paulo: LTR, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de processo civil**. v. 1, 41 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: RT, 2013.

SCHIAVI, M. **A aplicação supletiva e subsidiária do código de processo civil ao processo do trabalho**. In: MIESSA, Elisson (Org.). **O novo código de processo civil e seus reflexos no processo do trabalho**. Salvador: JusPodivim, 2015.