

JUSTIÇA & CIDADANIA

CONSTITUIÇÃO
PÚBLICA FEDERAL DO BRASIL

ISSN 1807-779X
97718077798001
0 0 0 7 2 >
Edição 97 - Agosto de 2008
R\$ 16,90

MINISTRO CÉSAR ASFOR ROCHA
PRESIDENTE DO TRIBUNAL
DA CIDADANIA

Editorial: A RUPTURA DO ESTADO DE DIREITO

A IMPORTÂNCIA DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

QUESTÕES CONTEMPORÂNEAS PRÁTICAS E DESTACADAS SOBRE A DISTRIBUIÇÃO DO ENCARGO PROBATÓRIO NO PROCESSO DO TRABALHO

Aloysio Corrêa da Veiga

Ministro do TST

“O JUIZ, COSTUMO DIZER NA ESCOLA, ESTÁ NO CENTRO DE UM MINÚSCULO CÍRCULO DE LUZ, ALÉM DO QUAL TUDO É ESCURIDÃO: ATRÁS DELE O ENIGMA DO PASSADO, DIANTE DO ENIGMA DO FUTURO. AQUELE MINÚSCULO CÍRCULO É A PROVA.”
(FRANCESCO CARNELUTTI)

Introdução

Estado, ao monopolizar a administração da Justiça, coloca à disposição da sociedade o método abstrato, ideal para solução dos conflitos de interesse. É o processo. O exercício do direito subjetivo de ação, mediante a utilização do procedimento adequado, provoca a jurisdição com fim de buscar o ato processual por excelência, que é a sentença. Nela se consagra a concretude do direito abstrato.

O que se quer do juiz é que ele se posicione com relação à aplicação da regra jurídica ao caso concreto.

Necessário se torna definir a atuação do juiz nas questões de direito e nas questões de fato.

O processo cognitivo, como sucessão de atos na busca da entrega do bem da vida, dependerá sempre da análise do fato controvertido no sentido de formar o convencimento do juiz. A análise do fato dependerá, sempre, do accertamento da verdade.

Por isso que, nas questões de direito a atuação do juiz está definida. *Iura novit curia*. Quanto maior for a cultura do juiz e maior for a quantidade de informações adquiridas pela

eterna pesquisa, melhor atuará. Nas questões de fato, para o accertamento da verdade, a atuação do juiz dependerá de fatores outros, exógenos ao seu conhecimento – que é a prova.

Daí, a importância da prova na busca da verdade para chegar ao ato processual por excelência: a sentença que, regra geral, acolherá ou rejeitará o pedido. As sentenças terminativas, por extinguirem *ex abrupto* a relação jurídico-processual, devem ser exceção à regra geral.

O espírito romântico, ditado pelo período renascentista, influenciando as Ordenações Filipinas, que viveu entre nós, ao ressaltar sua importância, assim enunciava: “A prova é o farol que ilumina o juiz nas suas decisões”.

A prova, na definição clássica de Laurent, é “a demonstração legal da verdade de um fato”. Sem ela não há convencimento capaz de fazer atuar a jurisdição.

O Processo do Trabalho não difere dos demais ramos do Direito Processual. Na aplicação do direito social às relações do trabalho, qualificadas pela lide, para que o juiz possa fazer submeter a vontade da lei ao caso concreto, se torna indispensável que esteja ele convencido da verdade do fato controvertido e relevante para o processo.

Foto: Dirceu Arcoverde / ASCSTST



A prova é pertinente ao Direito Processual na medida em que se destina ao convencimento do juiz e não ao convencimento da parte.

O direito material trata da prova do negócio jurídico, como demonstram os arts. 212 e ss. do Código Civil e diz respeito à prova legal. No Direito do Trabalho a regra do art. 464 da CLT estabelece o meio de prova do pagamento de salários, tratando da prova no campo do direito material.

O instituto da prova tem prevalência no Direito Processual, em face da provocação da jurisdição, com o fim de solucionar o conflito de interesses segundo a lei.

Prova e verdade

O juiz no processo tem o dever de buscar a verdade. É através da verdade que o juiz forma o seu convencimento e estará apto a solucionar o conflito de interesses. A descoberta da verdade, portanto, dá ao juiz os elementos indispensáveis para a composição do conflito. Melhor seria que a descoberta da verdade não fosse um ato isolado apenas do juiz.

Para as partes existe o dever de colaboração e lealdade, firmando o compromisso na busca da verdade.

Da descoberta da verdade surge a certeza. Não existirá mais motivos contrários, de modo que o juiz está apto a julgar.

Mittermaier afirma que para existir a certeza, uma das condições essenciais é de que haja “... um esforço sério e imparcial, aprofundando e afastando os meios que tenderem a fazer admitir a solução contrária. Quem quer obter a certeza não fecha a porta à dúvida; pelo contrário, aproveita todos os indícios que o possa conduzir a ela; e é só quando

completamente a tem feito desaparecer que sua decisão se torna irrevogável, e que assenta na base indestrutível da convicção afirmativa”.

É necessário, contudo, que se faça a distinção entre certeza e probabilidade.

“Certeza”, novamente utilizando Aurélio, é o “conhecimento exato”, e “probabilidade” se traduz no “motivo ou indício que deixa presumir a verdade ou a possibilidade de um fato; verossimilhança”.

Conceituando a “probabilidade” Mittermaier se manifesta no sentido de que “...dá-se ‘probabilidade’ quando a razão, apoiando-se em graves motivos, considera um fato verdadeiro, sem que, entretanto os motivos sérios em contrário estejam completamente aniquilados. Resulta ela de que as provas, que deveriam por si mesmas estabelecer a verdade, se não apresentam na espécie com todas as condições requeridas, ou que, em face dos motivos que fornece, outros se erguem em sentido inverso e também muito fundados, ou, enfim, de que a convicção repousa apenas sobre dados, que, apesar de sua reunião, não são ainda bastante poderosos para gerar a certeza...”.

A verdade, portanto, gera a certeza formando a convicção do juiz para a sentença.

A verdade, no entanto, não é regra absoluta. Muitas vezes, para a eficácia da sentença, é bastante a verossimilhança dos fatos.

Objeto da prova

Provam-se os fatos controvertidos, já dizia Eduardo Couture, com a excepcionalidade contida no art. 334 do

“SE O ORDINÁRIO
SE PRESUME, O
EXTRAORDINÁRIO SE PROVA:
EIS O PRINCÍPIO SUPREMO
PARA O ÔNUS DA PROVA;
PRINCÍPIO SUPREMO QUE
CHAMAMOS ONTOLÓGICO,
ENQUANTO ENCONTRA SEU
FUNDAMENTO IMEDIATO
NO MODO NATURAL DE SER
DAS COISAS.”

Código de Processo Civil. Não havendo controvérsia sobre o fato não haverá, *ipso facto*, necessidade da prova.

A busca da verdade dá ao juiz a liberdade para determinar os meios de prova que irão formar o seu convencimento. É o que consagra o art. 765 da CLT, ao estabelecer que: “Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”.

Cabe a ele, por ser o destinatário da prova, dirigir o processo na descoberta da verdade, indeferindo os meios de prova que forem inúteis ou desnecessários.

Colaboração das partes

O processo inicia-se com a provocação das partes, desenvolve-se por impulso oficial, dispõem os arts. 2º e 262 do Código de Processo Civil. *Ne procedat iudex ex officio*, repete-se o velho brocardo latino. Uma vez, no entanto, iniciado desenvolver-se-á, preferencialmente com a colaboração das partes. Os atos processuais se sucedem rumo à sentença.

No desenvolvimento da relação jurídico-processual, a cada um dos litigantes competirá a prática de atos processuais, distribuindo-se, quanto a demonstração da verdade das suas alegações, a responsabilidade pela produção dos meios que levarão ao convencimento do juiz.

Valoração da prova

O Direito moderno consagra, quanto à valoração da prova, o princípio da persuasão racional, isto é, o do livre convencimento motivado de que trata o art. 131 do Código de Processo Civil ao estabelecer, *verbis*:

“O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

Na evolução do sistema probatório estiveram presentes cinco fases a justificar a teoria da apreciação da prova pelo Juiz, como nos conta François Gorphe, no célebre “*De la apreciacion de las pruebas*”, tendo a primeira a fase étnica, das sociedades primitivas, onde as provas davam lugar à experiência das impressões pessoais e, em matéria penal, estava constituída pelo flagrante delito; depois veio a fase religiosa, dos Juízos de Deus que se utilizavam das ordálias; a fase legal, onde somente a lei fixava os meios de prova e a força de cada um desses meios – é desta fase que a confissão é tida como a rainha das provas e, para obtê-la poderia se recorrer até mesmo à tortura. Surge a fase sentimental de apreciação da prova, na qual o juiz a aprecia livremente, segundo, tão-somente, sua íntima convicção, e, por fim; a fase científica de apreciação da prova que é fundada no livre convencimento motivado – o juiz é livre na apreciação da prova, desde que fundamente a sua decisão.

Com o livre convencimento motivado retira-se do juiz o subjetivismo absoluto, o arbítrio, a incerteza e o perigo de equivocar-se.

O juiz e a prova

O juiz tem uma ligação muito estreita com a prova, diante da importância na formação da sua convicção. É dela que extrairá os elementos necessários de adequação do fato controvertido ao direito objetivo.

É imperioso, por isso, se fazer a distinção entre o juiz que colhe a prova e o juiz que decide a causa.

Na formação da convicção, para se chegar à maturidade do processo, a fase probatória reveste-se de especial importância. Cabe ao juiz obter os meios necessários ao julgamento. Não poderá, jamais, se omitir de julgar por falta de convencimento. No curso da relação processual a fase se estenderá desde a propositura da ação.

Ao atingir o grau de maturidade apto estará o processo a ser decidido.

Juiz que colhe a prova, por isso, é aquele ideal para decidir a causa. Nem sempre o ideal é possível, diante da realidade da vida.

Ônus da prova

Ônus é “aquilo que sobrecarrega; carga, peso” define Aurélio. Numa definição livre, para o processo ônus seria a carga que recai sobre a parte para demonstrar o acerto de suas alegações ou afirmações. Distribui-se o encargo segundo as afirmações de cada parte. Aos litigantes incumbe demonstrar a veracidade de suas afirmações. Envidarão esforços, sem dúvida, para demonstrar a verdade dos fatos que afirmaram.

Se não conseguem produzir a prova; se não conseguem da prova produzida criar a certeza das suas afirmações terão, como conseqüência, que suportar a responsabilidade da ausência de prova sobre o tema controvertido.

Malatesta ao se manifestar sobre o ônus da prova afirma, textualmente, que: “É, portanto, nas presunções que se precisa buscar o princípio superior, determinante do ônus da prova”.

Mas, em que presunção consistirá propriamente este princípio superior? – pergunta o insigne jurista – e responde: “Eu creio que o critério diretivo supremo para a solução do problema deve ser procurado propriamente naquela presunção genérica, a grande mãe das presunções específicas e particulares e nasce do curso natural das coisas humanas. Observando que uma coisa se verifica no maior número de casos, o espírito humano, não conhecendo se ela se verifica ou não no caso particular, inclina-se, por um juízo de probabilidade, a crê-la verificada, sendo mais crível que em particular seja verificado aquilo que ordinariamente acontece e não o que acontece extraordinariamente. O ordinário se presume: eis a presunção mãe na árvore genealógica das presunções.

Continua o festejado Mestre:

“Mas se o ordinário se presume, quando uma asserção de fato ordinário se encontra diante da asserção de um fato extraordinário, a primeira merece mais fé que a segunda e, por isso, a segunda deve começar a provar. Se o ordinário se presume, o extraordinário se prova: eis o princípio supremo para o ônus da prova; princípio supremo que chamamos ontológico, enquanto encontra seu fundamento imediato no modo natural de ser das coisas.”

Ônus subjetivo e ônus objetivo da prova

A parte dispõe dos meios de prova para demonstrar a verdade dos fatos que afirmar. Cabe a ela oferecê-los ao juiz. Não tem a parte obrigação de provar. Tem, apenas, responsabilidade. Este é o ônus subjetivo. Se não oferece ao juiz os meios arcará com os riscos de sua omissão.

Não interessa para o juiz quem produziu a prova. Muita vez a parte não oferece os meios de prova ao juiz. No entanto, do conjunto da prova produzida a outra parte poderá fazer prova contrária aos seus interesses.

Para o juiz o ônus da prova é uma fórmula que indica o modo correto de analisar o fato controvertido e proferir a sentença.

Distribuição do ônus da prova

A regra legal de distribuição do ônus da prova é conhecida e não merece maiores comentários. Diz o art. 818 da CLT que a prova das alegações incumbe à parte que as fizer; ao autor a prova dos fatos constitutivos do pedido (art. 333, I do CPC); ao réu a prova dos fatos modificativos, impeditivos e extintivos do direito do autor (art. 333, II).

Ônus da prova no Processo do Trabalho

A par da discussão teórico-doutrinária trazida pelas teorias monista e dualista há um Processo do Trabalho autônomo do Processo Civil, com características e princípios próprios.

O ônus da prova dividir-se-á, em regra, como nos demais ramos do Direito Processual, quer seja ele Civil, quer seja ele Penal. No entanto, não se pode abstrair daqueles princípios que lhes são próprios e, nem mesmo, abstrair da questão da desigualdade das partes, da dificuldade na produção da prova a se chegar na necessidade da inversão do ônus em casos que tais.

Questões contemporâneas do encargo probatório

A jurisprudência trabalhista vem, ao longo do tempo, consagrando entendimentos sobre a distribuição do ônus da prova conciliando os princípios pertinentes ao Processo do Trabalho, notadamente quando dá ao juiz os critérios para que ele possa solucionar o conflito de interesses com fundamento no cotidiano, na ordinariedade da relação jurídica desenvolvida pelas partes.

A máxima conhecida de Malatesta de que o ordinário se presume e o extraordinário se prova não deixa de ter a sua razão de ser. É que os indícios levam à presunção da verdade por que se trata do useiro, do comum, da regra habitual de conduta.

Pretendendo a parte o reconhecimento do vínculo de emprego, afirmando que houve um contrato de trabalho durante determinado lapso de tempo, sem o reconhecimento formal por parte do empregador, seria ônus do autor, reclamante, a responsabilidade de demonstrar a verdade de sua afirmação. Se, porém, longe de negar o trabalho prestado, nega o reclamado o vínculo de emprego a ele cabe o ônus de demonstrar a existência da relação jurídica diversa da relação de emprego, notadamente por que a prestação de serviços continuada para determinado tomador, mediante a paga mensal, presume-se, de ordinário, seja esta relação a de emprego e não outra. Se não se desincumbe do encargo, o critério de julgamento será o da procedência da relação de emprego.

Outro aspecto importante se dá quanto à rescisão do contrato de trabalho alegada em Juízo. É comum nas reclamações trabalhistas, quando afirma o empregado reclamante que fora imotivadamente despedido a resposta do réu pela negativa da dispensa. Diz apenas que não despediu, o empregado deixou de trabalhar. O Tribunal Superior do Trabalho firmou o entendimento, consagrado na súmula 212, no sentido de que:

“O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.”

No caso, há uma presunção diante da continuidade da relação de emprego. Não há como se admitir, ordinariamente, – diante de uma realidade social, onde o desemprego é preocupante – que os empregados, de regra deixem de trabalhar, manifestando, sempre, o interesse de não mais prestar serviços.

A prova das horas extraordinárias trabalhadas também muito debate suscitou.

É que se trata de fato constitutivo, genuíno, a demonstração da verdade pelo autor do trabalho em jornada extraordinária, quando negado pelo empregador.

A dificuldade da prova a ser obtida pelo empregado é de veras real, isto por que é o empregador o detentor dos controles de frequência dos seus empregados.

De início, produzia-se a prova do modo previsto nos arts. 357 e ss. do Código de Processo Civil. Isto é, cabia ao empregado requerer em Juízo a exibição dos controles de frequência sob as penas do art. 359 do mesmo Código. Apenas e tão-somente neste caso, se requerida expressamente com essa cominação, diante da

recusa injustificada, é que caberia ao juiz presumir verdadeira a jornada alegada pelo empregado na petição inicial.

A jurisprudência evoluiu com o passar do tempo. De extrema rigidez, diante da desigualdade das partes, diante da dificuldade da prova, exigir tal comportamento. Na verdade, quando o empregador negava a existência de jornada extraordinária, embora que fato negativo, estava ele trazendo um outro fato positivo que era o estrito cumprimento da jornada legal de trabalho.

Se ele é o detentor dos controles de frequência, que se destinam à comprovação da jornada de trabalho e da assiduidade do empregado, compete a ele demonstrar o fato positivo que afirmou do cumprimento da jornada normal de trabalho. Se não traz injustificadamente em juízo presumir-se-á verdadeira a jornada de trabalho afirmada pelo empregado reclamante. Este foi o entendimento prevalecente na súmula 338, no seu item I, *verbis*:

“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.”

Houve, neste caso, nítida inversão do ônus da prova na medida em que o fato constitutivo do pedido de horas extraordinárias era afirmação do empregado. A negação do trabalho extraordinário trazida pelo réu veio acompanhada pelo fato positivo da jornada ordinária. Diante da existência legal de um documento comum, na posse do empregador, a construção jurisprudencial – nada mais justo – se dá pela inversão do ônus da prova construída pela interpretação da regra legal.

Na equiparação salarial, porém, quando admitida pelo empregador a identidade de função a ele cabe o ônus de demonstrar a igual produtividade e a igual perfeição técnica, que se presume favoravelmente ao empregado, quando idênticas as funções. No caso, simplesmente, é a afirmação em defesa, pelo empregador, de que mesmo idênticas as funções não preenchia o empregado os demais requisitos contidos no art. 461 da CLT a permitir o salário igual. Trata-se, portanto, de alegação do empregador de fato impeditivo do direito do empregado, a ele competindo provar. É o que preconiza a súmula 6, no seu item VIII, antiga súmula 68.

“É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial.”

O caso mais polêmico que se vem enfrentando diz respeito à pretensão com relação ao vale-transporte.

É que o Decreto nº 95.247, de 17/11/87, que regulamentou a Lei nº 7.418, de 16/12/85, assim estabeleceu no art. 7º:

“Para o exercício do direito de receber o vale-transporte o empregado informará ao empregador, por escrito, seu endereço residencial e os serviços e meios de transporte mais adequados ao seu deslocamento residência-trabalho e vice-versa.”

As reclamações trabalhistas que continham pretensão no sentido do recebimento do vale-transporte comportavam, inexoravelmente, como defesa, a ausência do cumprimento da norma legal de que trata o art. 7º do Decreto de modo a impedir o recebimento. Embora haja dificuldade maior do empregado em demonstrar que tinha requerido, a norma legal assim exigia. As decisões dos tribunais do trabalho foram, na sua grande maioria, no sentido de consagrar o que continha na regra legal, a ponto de o Tribunal Superior do Trabalho editar a orientação jurisprudencial nº 215, no sentido de que:

“É do empregado o ônus de comprovar que satisfaz os requisitos indispensáveis à obtenção do vale-transporte.”

Considerações finais

A distribuição do ônus da prova segue o princípio consagrado no sistema processual, segundo o qual o autor se encarrega de demonstrar o fato constitutivo do pedido e o réu se encarrega da prova do fato modificativo, impeditivo ou extintivo da pretensão do autor.

O princípio legal não é absoluto. Deve ele ser entendido como o conjunto de meios que se coloca à disposição das partes para que possa provar o fato e assegurar ao juiz o acerto da verdade.

Não há como responsabilizar a parte por não ter se desincumbido de realizar uma prova impossível de conseguir.

A parte que maior facilidade dispuser para produzir o meio de prova a demonstrar a verdade do fato será, sem dúvida, a responsável a produzi-la em juízo.

O ônus da prova, por isso, é critério de avaliação do juiz para apreciação do fato controvertido e deve dar a ele a convicção para julgar.

Conclui-se, portanto, que o debate sobre o ônus da prova só será relevante quando não existir prova sobre o fato, ou se a prova produzida não aniquilar, como diz Mittermaier, os motivos sérios em sentido contrário.



BIBLIOGRAFIA

- ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*, v. 2, 8ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 2003
- CARNELUTTI, Francesco. *A Prova Civil*. Livraria e Editora Universitária de Direito, São Paulo: 2002
- GORPHE, François. *De La Apreciacion De Las Pruebas*. Ediciones Jurídicas Europa-América, Chile: 1950
- MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, v. I. Editora Bookseller, São Paulo: 1996
- MITTERMAIER. *Tratado da Prova em Matéria Criminal ou Exposição Comparada*, 3ª ed., Editora Bookseller, São Paulo: 1996
- PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A Especificidade Do Ônus da Prova No Processo do Trabalho*. Editora LTR, São Paulo: 2001
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária No Cível e Comercial*, v. II, Max Limonad Editores, São Paulo: 1952
- SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. *As Provas No Cível*, Editora Forense, Rio de Janeiro: 2003