

ÔNUS DA PROVA À LUZ DO NOVO CPC

José Affonso Dallegave Neto

Advogado, Mestre e Doutor pela UFPR; Pós-doutorando pela Universidade de Lisboa (UNL); Professor da ESA - Escola Superior da Advocacia, da Escola Judicial da Magistratura Trabalhista do Paraná, e do Programa de Pós-graduação da PUCPR

1. Direito fundamental de prova

Quando se fala em produção de prova em juízo, está-se referindo à formação do convencimento por parte do juiz acerca da existência de fatos relevantes do processo¹. Não por acaso que o art. 369 do novo CPC² assegura às partes o direito de provar “a verdade dos fatos” em que se funda a pretensão (pedido ou defesa), objetivando “influir eficazmente na convicção do juiz”.

1 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002. v. 3, p. 109.

2 Art. 369 do CPC/2015: *As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.*

Com efeito, o destinatário direto e principal da prova é sempre o julgador. Todavia, as partes também são destinatárias da prova, e assim não apenas quando visam resultados futuros (vg: procedimento judicial prévio ou cautelar), mas como interessadas no reconhecimento jurisprudencial de seus direitos. Pode-se dizer que até mesmo a sociedade é destinatária indireta da prova que levará o (in)deferimento da sua pretensão material. Não por acaso que o Fórum Permanente de Processo Civil, FPPC de Salvador, editou o Enunciado n. 50, assim:

“Os destinatários da prova são aqueles que poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz.”

O tema ganha relevo em tempos de aplicação da nova teoria dos precedentes, introduzida pelo CPC/15, onde a *ratio decidendi* integrará um catálogo disponível para ser utilizado em casos futuros análogos.

A propósito do novo paradigma que busca a *unidade do direito* por intermédio da atribuição de força à jurisprudência uniforme das Cortes de Justiça (TRF, TJ e TRT) e dos precedentes das Cortes Supremas (STF, STJ e TST), cabe observar que novo CPC continua a adotar *técnicas repressivas* para atingir a unidade do direito (a exemplo do recurso extraordinário, recurso de revista, embargos de divergência para SDI) e uniformizar a sua aplicação (a exemplo do recurso ordinário, agravo de instrumento e agravo interno).

A novidade introduzida pelo CPC/15 reside justamente em aliar a tradicional técnica repressiva com o alargamento da função das Cortes Supremas e das Cortes de Justiça. Daniel Mitidiero observa o novo viés adotado pelo CPC/15:

“Nada obstante, o que sobressai da sua leitura é o dever de as Cortes Supremas outorgarem unidade ao direito a fim de que a ordem jurídica passe a ser segura e capaz de prover liberdade e igualdade de todos perante o direito (art. 926), sendo instrumento para tanto o precedente (art. 927). Avulta da sua leitura ainda o dever de as Cortes de Justiça uniformizarem a interpretação de questões relevantes (art. 947) e repetidas (arts. 976 a 987), sendo instrumento para tanto a jurisprudência. Em ambos os casos, precedente e jurisprudência poderão ser objeto de súmulas (art. 926, parágrafos 1º e 2º). Além disso, manteve e ampliou os poderes do relator para estimular a adesão aos precedentes e à jurisprudência (art. 932)”³.

Considerando ser o êxito da produção da prova que levará o reconhecimento da pretensão, a sua importância salta aos olhos. Por tais razões, a prova constitui ao mesmo tempo um direito e uma garantia fundamental decorrente do devido processo legal (*due process of law*), o qual assegura o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF⁴). Com efeito, a produção da prova inde-

3 MITIDIERO, Daniel. Precedentes: Da persuasão à vinculação. SP: Editora Revista dos Tribunais. 2016, pág. 85.

4 Art. 5º, LIV: - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem

pende de requerimento das partes na petição inicial ou contestação⁵. Ao juiz caberá propiciar não só a ciência da prova, mas a manifestação efetiva do *ex-adverso*, sob pena de nulidade processual.

A prova é sempre das alegações dos fatos e não da norma legal, até porque o direito cabe ao juiz conhecer (*iura novit curia*)⁶. Com base no regramento processual e na melhor doutrina sobre o tema, é possível apontar três classes (cumulativas) de fatos sujeitos à prova judicial:

- fatos *controvertidos*, aqueles afirmados por uma parte e contestados especificamente pela outra,

o devido processo legal;

Art. 5º, LV: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

5 Nesse sentido é a dicção do Art. 852-H, CLT: “Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, *ainda que não requeridas previamente*”.

6 Ao julgador cabe conhecer o direito federal, devendo o direito estadual, municipal ou estrangeiro ser provado pela parte interessada nos termos do art. 376 do CPC/15. É verdade que são raros os direitos trabalhistas oriundos de normas que não sejam da União Federal, uma vez que é ela quem detém a competência privativa para legislar sobre direito do trabalho, nos termos do art. 22 da CF. Contudo, é possível em alguns casos especiais que uma norma municipal irradie efeitos sobre o contrato de trabalho. Um exemplo disso é a previsão de feriado previsto em lei municipal para efeitos de RSR ou mesmo, na órbita processual, para efeitos de comprovação de prorrogação de prazo recursal por parte do recorrente interessado. A propósito deste casuísmo, invoque-se a Súmula n. 385 do TST: “Cabe à parte comprovar, quando da interposição do recurso, a existência de feriado local ou de dia útil em que não haja expediente forense, que justifique a prorrogação do prazo recursal”.

dentro da chamada *litiscontestatio*⁷ (arts. 341 e 374 do CPC/15);

- fatos *relevantes* ao deslinde dos pedidos, prescindindo de prova os fatos notórios (art. 374, CPC/15);

- fatos *determinados*, aqueles identificados no tempo e no espaço, não se concebendo prova sobre fatos genéricos, vez que nem mesmo o pedido poderá ser indeterminado (art. 324 do CPC⁸).

O sistema processual pátrio, em matéria de prova, adota o Princípio do Convencimento Motivado nos Autos, também chamado de Princípio da Persuasão Racional. Assim, ao magistrado cabe formar o seu convencimento com esteio nos elementos que constam dos autos, cabendo invocar aqui a parêmia *quod non est in actis nos est in mundo* (o que não consta nos autos não consta no mundo). Aludida premissa restou acolhida pelo Código de Processo Civil anterior (art. 131, CPC/73) e também no atual:

Art. 371, CPC/15: O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que

7 “LITISCONTESTATIO. LIMITES DE SENTENÇA. A *litiscontestatio* é formada pela postulação contida na petição inicial e na defesa, não podendo o Juiz apreciar questão nela não suscitada, ao menos sem violar os arts. 128 e 460, do CPC/73, e, em última medida, o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF/88).” (TRT 5ª R.; RO 84400-21.2009.5.05.0016; Primeira Turma; Relª Desª Marama dos Santos Carneiro; DEJTBA 25.1.2011)

8 Art. 324, CPC/15: O pedido deve ser determinado. § 1º É lícito, porém, formular pedido genérico; I – nas ações universais, se o autor não puder individualizar os bens demandados; II – quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato; III – quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu. § 2º O disposto neste artigo aplica-se à reconvenção.

a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Conforme se demonstrará a seguir, houve sutil alteração acerca da redução da amplitude do convencimento do julgador na apreciação da prova, a partir do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15).

2. Redução do poder de convencimento do julgador no CPC/15

O sistema processual pátrio, em matéria de prova, adotava o Princípio do Livre Convencimento Motivado nos Autos. Assim, com espeque no art. 131 do CPC/73, ao magistrado caberia formar o seu convencimento, de *forma livre e pessoal*, mas desde que com fundamento nos elementos dos autos.

Com o advento do novo CPC, a redação sofreu alteração, eliminando-se a expressão “livremente” (*apreciará livremente a prova*)⁹. Para boa parte dos juízes e da doutrina nada restou alterado, vez que o livre convencimento motivado remanesce, conforme atestam as regras dos arts. 371 e 372 do CPC/2015, no sentido de que “o juiz apreciará a prova atribuindo-lhe o valor que entender adequado (ora, isso não é livremente?)”, questiona Fernando Gajardoni¹⁰.

9 Art. 131, CPC/73: 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.

10 Nesse sentido escreveu Fernando da Fonseca Gajardoni, professor

Em sentido oposto, outro segmento doutrinário no qual filiamos, sustenta que, ao se retirar do ordenamento processual a expressão “o juiz apreciará *livremente* a prova”, reduziu-se a amplitude do poder de convencimento do julgador. A propósito, Delfino e Lopes, apoiados na doutrina de Lênio Streck, observam com acerto:

‘A verdade é que o “princípio” do livre convencimento motivado não se sustenta em um sistema normativo como o novo CPC, que aposta suas fichas no contraditório como garantia de influência e não surpresa e, por isso, alimenta esforços para se ajustar ao paradigma da intersubjetividade, em que o processo é encarado como um *locus* normativamente condutor de uma comunidade de trabalho na qual todos os sujeitos processuais atuam em viés interdependente e auxiliar, com responsabilidade na construção e efetivação dos provimentos judiciais. O que se quer do juiz não é que se torne *simples estátua na proa do navio* (ou um *robô*), em recuo ao liberalismo processual, mas sim que assuma definitivamente sua *responsabilidade política*. Suas pré-compreensões, seu pensar individual ou sua consciência não interessam aos jurisdicionados. Pertencem a ele e interessam a si próprio e àqueles com quem convive ou que com

de Direito Processual Civil e Arbitragem da FDRP-USP: o autor acrescenta: “Diversamente do almejado por alguns “hermeneutas” do Novo Código, o CPC/2015 não “coisificou” ou “robotizou” o julgador, tolhendo qualquer espaço de liberdade decisória. Além da autonomia na valoração motivada da prova, mesmo em matéria de interpretação do Direito há espaço para a liberdade de convicção”. Fonte: <http://jota.info/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc>

ele pretendam coexistir. A jurisdição tem por escopo resolver conflitos conforme o direito, a surgir da interpretação das leis, dos princípios constitucionais, dos regulamentos e dos precedentes com DNA constitucional¹¹.

De nossa parte, cabe registrar que o problema está em distinguir duas expressões sutis, porém diversas. Uma coisa era a previsão legal para o juiz apreciar *livremente* a prova (art. 131, CPC/73). Até aqui havia liberdade para decisões exageradamente subjetivas como esta prolatada pelo STJ:

“Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim.” (Min. Humberto Barros do STJ)¹².

11 In: *A expulsão do livre convencimento motivado do Novo CPC e os motivos pelos quais a razão está com os hermeneutas*. Fonte: <http://justificando.com/2015/04/13/a-expulsao-do-livre-convencimento-motivado-do-novo-cpc-e-os-motivos-pelos-quais-a-razao-esta-com-os-hermeneutas/>

12 Retirado do artigo, cuja fonte está em <http://justificando.com>.

Situação diversa decorre da nova previsão que retirou a expressão “livremente”, reduzindo-se assim o amplo poder discricionário do julgador na valoração da prova. Doravante, o juiz deverá apreciar as provas constantes dos autos e, ao atribuir maior valor a uma em detrimento de outra, fundamentar sua posição com a conjugação de todos os elementos dos autos (§ 3º do art. 489, CPC¹³).

Mencione-se exemplo recorrente do juiz que considera a prova testemunhal do reclamante em detrimento daquela produzida pelo reclamado (ou vice versa). Neste caso, o julgador deverá fundamentar seu convencimento, mas não de forma livre ou por exclusiva convicção pessoal. Caberá, pois, apontar as eventuais fragilidades e contradições da prova que rejeitou em confronto com os demais elementos que prevaleceram em sua convicção pessoal. Vale dizer, não se admite mais a valoração feita por simples subjetivismo do juiz (solipsismo)¹⁴, cabendo aqui a lembrança da célebre expressão de Ben-

com/2015/04/13/a-expulsao-do-livre-convencimento-motivado-do-novo-cpc-e-os-motivos-pelos-quais-a-razao-esta-com-os-hermeneutas/

13 Art. 489, CPC/15: São elementos essenciais da sentença: (...) § 3º^A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

14 Decisões solipsistas, como esta, ofendem a nova ordem processual: *“Inadmissível em nosso sistema jurídico se apresenta a determinação ao julgador para que dê realce a esta ou aquela prova em detrimento de outra. O princípio do livre convencimento motivado apenas reclama do juiz que fundamente sua decisão, em face dos elementos dos autos e do ordenamento jurídico.”* (STJ - RESP nº 400977/PE, 4ª T, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, D.J. 03.06.02).

than: “a arte do processo não é essencialmente outra coisa senão a arte de administrar as provas”¹⁵.

Além da já mencionada máxima *quod non est in actis non est in mundo*, é preciso invocar o princípio do dispositivo, o qual impõe à parte interessada o ônus de provar os fatos alegados. Com efeito, ao autor caberá demonstrar os fatos constitutivos e, ao réu, os impeditivos, modificativos e extintivos do direito em disputa (art. 818 da CLT combinado com o art. 373 do CPC)¹⁶.

3. Distribuição estática e dinâmica do ônus da prova

No terreno das provas produzidas em juízo há uma aparente contradição (antinomia) entre a garantia de imparcialidade do julgador e o princípio de proteção ao empregado. Não se negue que o processo é um instrumento de atuação do direito material. Logo, sendo a pretensão de natureza trabalhista, não há como negar que nela se encontra arraigada a tutela do trabalhador demandante. Por outro lado, ambas as partes têm direito ao chamado juiz natural (art. 5º, XXXVII), o qual pressupõe a imparcialidade do julgador.

Com efeito, pode-se concluir que a proteção ao empregado se espraia no campo processual, tendo como limi-

15 BENTHAN, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. E. Dumont (org.). Trad: Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Valletta, 1971, v. 01.

16 Registre-se que pelo novo CPC, esta distribuição estática da lei acerca do ônus da prova pode ser modificada diante de peculiaridades da causa relacionadas à chamada prova diabólica ou impossível, conforme regula os § 1º e 2º do art. 373.

te a imparcialidade do magistrado. Vale dizer: o juiz não poderá ser tendencioso, mas apenas tuitivo no limite da estrita aplicação da lei material e seus princípios. O tratamento formal dispensado pelo magistrado às partes deve ser igualitário (art. 139, I, CPC¹⁷), exceto nas situações em que o próprio legislador conferiu tutela ao demandante hipossuficiente como, por exemplo, nas presunções (Súmula n. 212, TST¹⁸) ou na inversão do ônus da prova (art. 373, § 1º, CPC¹⁹ e Súmula n. 338, TST²⁰).

17 Art. 139, CPC/15: O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

18 Súmula n. 212: “O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado”.

19 Art. 373 do CPC/15: O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

20 Súmula n. 338: I — “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. II — A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. III — Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir”.

Sobre este tema, impende transcrever a atenta advertência de Estêvão Mallet que denuncia o anacronismo da concepção de neutralidade do julgador e da noção de igualdade meramente formal que vulnera o pronunciamento jurisdicional efetivo:

“A ideia de dever o PROCESSO PERMANECER NEUTRO (INDIFERENTE À CONDIÇÃO PECULIAR DOS LITIGANTES) NÃO SE SUSTENTA E CONTRASTA COM O RECONHECIMENTO, HOJE PACÍFICO, DA INSUFICIÊNCIA DA IGUALDADE MERAMENTE FORMAL PARA UM PRONUNCIAMENTO JURISDICIONAL EFETIVO E PACIFICADOR COM JUSTIÇA. TODAVIA, AO REVÉS, A LEGISLAÇÃO PROCESSUAL DO TRABALHO BRASILEIRA ACHA-SE AINDA PRESA A TAL CONCEPÇÃO. DISSO RESULTA O AGRAVAMENTO, NO PLANO PROCESSUAL, DAS DESIGUALDADES JÁ EXISTENTES NO PLANO MATERIAL, COM SENSÍVEL DISCRIMINAÇÃO DO LITIGANTE DOTADO DE MENOR CAPACIDADE ECONÔMICA. HÁ QUE SE REFORMULAR TANTO O PENSAMENTO QUANTO A ESTRUTURA DO PROCESSO DO TRABALHO, DE MODO A COMBATER ESSA DISCRIMINAÇÃO, INDESEJÁVEL SOB QUALQUER PRISMA QUE SE QUEIRA ADOPTAR. TRATA-SE, NO FUNDO, NÃO DE MERA FACULDADE, MAS DE AUTÊNTICO DEVER IMPOSTO AO LEGISLADOR, COMO RESULTA DO JÁ CITADO ART.

3º, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.”²¹

Na mesma toada crítica, no sentido de conciliar os princípios da imparcialidade do juiz e da proteção axiológica do demandante, Julio César Bebber assevera com precisão:

“A imparcialidade que se exige do juiz é objetiva (CPC/73, arts. 134 e 135; CLT, art. 801), e não subjetiva, podendo ser resumida na ausência de interesse particular na causa. Imparcialidade não significa indiferença axiológica, e juiz imparcial não é sinônimo de juiz insensível ou inerte, mas sim, de juiz que dirige o processo sem interesse pessoal. É juiz comprometido com os ideais de justiça; juiz que não se deixa influenciar por fatores estranhos aos seus conhecimentos jurídicos, e dá ao caso o desfecho que corresponde ao que é justo.”²²

Com efeito, ao fixar o *onus probandi*, o magistrado deve ater-se à regra de distribuição prevista no art. 818 da CLT e art. 373 do CPC, sendo do autor o encargo dos fatos constitutivos, e do réu os fatos impeditivos, modificativos e extintivos. Ao perpassar essa regra distributiva, caberá delimitar os já mencionados fatos que não dependem de prova (arts. 341 e 374 do CPC) e o cabimento do princípio da aptidão da prova.

21 MALLETT, Estêvão. Discriminação e processo do trabalho. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (coords.). *Discriminação e processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000. p. 159.

22 BEBBER, Júlio César. *Princípios do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. p. 445. Registre-se que os mencionados artigos 134 e 135 do CPC/73 hoje equivalem aos artigos 144 e 145 do CPC/15, respectivamente.

Segundo Manoel Antônio Teixeira Filho, pelo princípio da aptidão para a prova, competirá ao julgador verificar, em concreto, “quem estava *apto a produzir a prova*, segundo os meios e condições de que realmente dispunha, pouco importando que se trate de prova positiva ou negativa ou de que o interesse fosse desta ou daquela parte”²³.

No processo trabalhista, em se tratando de produção de prova documental, como, por exemplo, a de comprovar o fornecimento de EPI (equipamento de proteção individual), geralmente a aptidão é do empregador que tem o dever de guardar a documentação da empresa, nos termos da legislação vigente, em especial as NRs do TEM (Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego).

EPI. ÔNUS DA PROVA. Cabe à empresa demonstrar, não só o fornecimento do equipamento de proteção individual, mas também que sua efetiva utilização ocorreu com a eficiência desejada, ou seja, eliminou o agente de risco ou reduziu seus efeitos a patamares inofensivos. Nesse sentido a Súmula nº 289 do TST. (TRT 5ª R.; RecOrd 0000251-60.2013.5.05.0531; 1ª. Turma; Rel. Des. Edilton Meireles de Oliveira Santos; DEJTBA 27/01/2016)

Diante desses referidos princípios (aptidão da prova e tutela ao demandante hipossuficiente), exsurge importante

23 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A prova no processo do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 1997. p. 118.

segmento da jurisprudência que pugna, com acerto, pela *inversão do ônus da prova* no campo das ações de indenização por acidente do trabalho:

DOENÇA OCUPACIONAL. ÔNUS DA PROVA DA CULPA. ATRIBUIÇÃO AO EMPREGADOR. **Impossível atribuir-se ao reclamante o ônus da prova referente à culpabilidade do empregador. Não dispõe o trabalhador da aptidão necessária** para produzir a prova nesse sentido, pois é o empregador que dispõe dos meios necessários para demonstrar que não contribuiu para a nocividade do ambiente laboral. Tratando-se de doença profissional é o empregador o único habilitado para demonstrar que todas as medidas de segurança implementadas foram suficientes e adequadas para neutralizar os riscos ambientais respectivos. (TRT 13ª R.; RO 0130613-20.2015.5.13.0027; Segunda Turma; Rel. Des. Wolney de Macedo Cordeiro; DEJTPB 04/11/2016; Pág. 12)

Em igual sentido vem se posicionando o Colendo Tribunal Superior do Trabalho

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. É da reclamada o ônus de provar que adotou as medidas de segurança necessárias à saúde do trabalhador. Trata-se de hipótese em que a regra geral de distribuição do ônus da prova deve ser revista, tendo em vista que uma das partes tem melhores condições de provar em juízo a existência ou inexistência dos fatos controvertidos. Considerando a impossibilidade de o empregado produzir a prova e, em contraparti-

da, a maior aptidão do empregador em produzi-la em razão do poder de direção e de fiscalização da relação de emprego, conclui-se ser deste último o ônus de provar que cumpriu rigorosamente as normas de segurança e medicina do trabalho.” (TST; RR 270376-18.2010.5.05.0000; 3ª. Turma; Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires; DEJT 2.9.2011; p. 1129)²⁴

Não se ignore, pois, o já mencionado princípio do dispositivo que atribui à parte interessada o ônus de provar os fatos alegados (art. 818 da CLT combinado com o art. 373 do CPC/15). Em que pese a força desses argumentos, que consagraram a teoria da distribuição estática do ônus da prova, a moderna concepção de processo atribui poderes mais amplos para o julgador (art. 139, IV e VI, CPC²⁵), mormente para prestigiar a efetividade dos direitos em disputa.

24 Em igual sentido assinala a ementa do TRT da 3ª Região: “ACIDENTE DE TRABALHO TÍPICO. CUMPRIMENTO DAS NORMAS DE SEGURANÇA DO TRABALHO. APTIDÃO PARA A PROVA. Havendo indícios de que os procedimentos adotados na empresa não foram suficientes para resguardar a integridade física do reclamante, compete ao reclamado, que detém maior aptidão para tanto, comprovar a efetiva adoção das medidas de segurança previstas na legislação para elidir a culpa pelo acidente de trabalho típico constatado nos autos”. (TRT 3ª R.; RO 859/2008-145-03-00.7; Relª Juíza Conv. Gisele de Cassia V. Dias Macedo; DJEMG 30.3.2009)

25 Art. 139, CPC/15: O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; (...) VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

Com efeito, a distribuição do *onus probandi* deixa de ser rígida e generalizada para se tornar dinâmica, com a possibilidade de inversão do critério legal diante de causas peculiares ou presunções legais, consoante dispõe expressamente o novo Código de Processo Civil:

Art. 373 do CPC/15: O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

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

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Assim, pode-se dizer que há três critérios para a distribuição dinâmica do ônus da prova: a) o casuístico: de

acordo com a maior facilidade ou dificuldade da prova (§ 1º); b) o da paridade de armas das partes, desde que não caracterize imposição de *prova diabólica* (§ 2º); c) o da convenção das partes (§ 3º).

Não há dúvida de que as novas regras, previstas nos aludidos parágrafos 1º e 2º, aplicam-se em cheio ao processo do trabalho, não se podendo dizer o mesmo da regra do parágrafo 3º. O próprio TST, ao publicar a Instrução Normativa n. 39 (de 15/03/2016), deixou isso claro em seu art. 3º, VII e art. 2º, VII, respectivamente.

4. Critérios para inversão do onus probandi

A inversão do ônus da prova no processo do trabalho pode ser sistematizada a partir de dois critérios profícuos:

- por presunção²⁶, a exemplo da Súmula 338 do TST²⁷ (que atribui o ônus ao empregador com mais de dez empregados a prova da jornada, implicando presunção *juris*

26 “Presunção é um processo racional do intelecto, pelo qual do conhecimento de um fato infere-se com razoável probabilidade a existência de outro ou o estado de uma pessoa ou coisa”. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. III, 2ª Edição. Página 113.

27 **Súmula nº 338 do TST:** I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 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. (...) III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, *invertendo-se o ônus da prova*, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir.

tantum de veracidade do horário de trabalho da inicial, no caso de injustificada inércia ou de demonstração por horários uniformes)²⁸;

- por atribuição do juiz: nos casos previstos em lei (vg.. a juntada dos recibos pelo empregador, conforme art. 464 da CLT²⁹) ou em causas peculiares em que o encargo se torna impossível ou excessivamente difícil à parte (a exemplo do demandante hipossuficiente em alegações verossímeis).

O juiz do trabalho deve ter prontidão para inverter o ônus da prova no caso de verossimilhança da alegação do trabalhador, vez que este demandante é, ao mesmo tempo, hipossuficiente, do ponto de vista econômico, e vulnerável do ponto de vista contratual. Observe-se que se trata do mesmo silogismo aplicado aos demandantes consumidores, *ex vi* do art. 6º, VIII, do CDC (Lei 8078/90). Nessa mesma linha dialética assevera Júlio Bebber: “não é lícito

28 Registre-se outro exemplo nessa mesma esteira: “RUPTURA CONTRATUAL. ÔNUS DA PROVA. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA RELAÇÃO DE EMPREGO. Ocorre que, diante do princípio da continuidade da relação de emprego, incumbe à empresa o ônus de demonstrar que o término do contrato de trabalho se deu por vontade do trabalhador. Isso porque existe presunção relativa de que o empregado deseja continuar trabalhando, posto que esse é o meio de prover o seu próprio sustento e o da família. Como bem pontuou a sentença, no entanto, não há nos autos nenhuma prova nesse sentido”. (TRT 7ª R.; RO 0000740-66.2014.5.07.0027; Terceira Turma; Rel. Des. Plauto Carneiro Porto; DEJTCE 03/10/2016; Pág. 235)

29 Art. 464 - O pagamento do salário deverá ser efetuado contra recibo, assinado pelo empregado; em se tratando de analfabeto, mediante sua impressão digital, ou, não sendo esta possível, a seu rogo.

ao juiz dizer que há verossimilhança ou que reconhece a hipossuficiência, mas que, mesmo assim, não irá inverter o ônus da prova”³⁰.

Já vimos pela redação do art. 373, § 1º, do CPC, que a decisão de inversão do *onus probandi* há que ser fundamentada. Resta saber em que momento isso deverá ocorrer no processo do trabalho. Para tanto importa distinguir o *direito de produzir a prova* com o chamado ônus da prova. O primeiro, como visto, constitui direito fundamental das partes, enquanto que o *onus probandi* é o “*encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo*”³¹.

Observa-se que ônus é diferente de dever, pois o dever (ao contrário do ônus) há de ser cumprido, sob pena de sanção jurídica. O ônus é mera condição para obter certa vantagem. O dever vincula e obriga; ao passo que a tentativa de desincumbência do ônus é mera faculdade da parte na busca da satisfação de um interesse.

O ônus da prova é do tipo *imperfeito* (ao contrário do ônus de recorrer de uma sentença³²), vez que o encargo

30 BEBBER, Julio César. Provas no novo CPC e o Processo do Trabalho. In: Coleção Repercussões do novo CPC. Vol. 4 – Processo do Trabalho, 2ª edição: Revista, ampliada e atualizada. Autores: Cláudio Brandão e Estêvão Mallet. Salvador: Jus Podium, 2016, pág. 310.

31 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. III, 2ª Edição. Página 71.

32 O ônus de recorrer de uma sentença desfavorável é do tipo *perfeito*,

que lhe é inerente pode ser desincumbido por atos praticados pelo *ex-adverso*. Sendo mais preciso: o autor pode se desincumbir do ônus de provar o fato constitutivo que lhe incumbia por meio da prova produzida pelo próprio réu. Da mesma forma o réu, em relação a um fato extintivo, pode se beneficiar da prova produzida pelo autor. A isso se denomina ônus do tipo imperfeito. Ao juiz caberá apreciar “a prova constante dos autos, *independentemente do sujeito que a tiver promovido*”, consoante redação expressa do art. 371 do CPC.

Feitas essas distinções, cabe identificar qual o momento em que o juiz deverá fixar o encargo probatório de cada parte. Não se negue que a teoria do ônus da prova consiste, a rigor, em normas de julgamento, as quais serão aplicadas no caso de ausência de produção de provas. Com efeito, o julgador irá formar o seu convencimento de acordo com as provas constantes dos autos (art. 371, CPC), independente de quem as produziu³³. Caso ninguém as tenha produzido, o prejuízo recairá à parte que detinha

vez que somente o titular pode dele se desincumbir, sendo vedada a *reformatio in pejus*.

33 O ônus da prova é sempre um “ônus processual imperfeito”, tendo em vista a possibilidade de ele se desincumbir com a prova produzida pela parte *ex-adversa*. A fim de distinguir o conceito de “ônus imperfeito” do de “ônus perfeito”, registre-se que neste (ao contrário daquele) exige-se da própria parte a iniciativa para dele se desincumbir, a exemplo do que acontece com o ônus de recorrer sempre que a parte interessada pretenda a reforma do julgado *a quo*, não podendo, para tanto, beneficiar-se do recurso da parte *ex-adversa* para alcançar tal desiderato, uma vez que ao tribunal não cabe a reforma em prejuízo do próprio recorrente (*non reformatio in pejus*).

o respectivo ônus. Assim, somente quando restar ausente qualquer prova nos autos, ou quando for ela insuficiente, é que o julgador aplicará as regras de distribuição do ônus, indeferindo ou acolhendo o pedido. Diante disso, é comum dizer que a teoria do ônus da prova é antes a *teoria das consequências da prova frustrada*.

Não obstante, a *fixação* do ônus da prova e a possibilidade de sua inversão (art. 373, CPC) constitui regra de procedimento do juiz. Conforme dispõe o art. 357 do CPC, o juiz deve, em *decisão de saneamento e de organização do processo*, definir a distribuição do ônus da prova (inciso III) e delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito (inciso IV). O § 3º, do mesmo art. 357 do CPC, completa dizendo que “se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações”.

Ora, no processo trabalho não existe a figura da *decisão de saneamento* com a mesma formalidade do processo civil. Contudo, aquela conversa entre o juiz e as partes (na verdade com os advogados das partes), antes do início da audiência de instrução, não deixa de ser um ato de saneamento do processo. Com efeito, será neste momento de interlocução que o juiz decidirá, com sucinta fundamentação, acerca da inversão (ou não) do ônus estático da prova, *ex vi* do art. 373 e art. 357, § 3º, ambos do CPC.

Não se olvide a atual feição da teoria geral do processo, introduzida pelo novo CPC (Lei 13.105/15), que prestigia o maior debate democrático na arena processual, impondo ao juiz a observância dos valores e das normas fundamentais da Constituição Federal (art. 1º, CPC)³⁴; do contraditório amplo (art. 10, CPC e art. 5º, LV, CF)³⁵, da colaboração e cooperação dos sujeitos do processo (art. 6º, CPC³⁶), incluindo-se os órgãos judicantes nacionais (art. 67, CPC³⁷) e internacionais (art. 26, CPC³⁸); da possibilidade de chamar para o debate outros entes na qualidade de *amicus curie* (art.

34 Art. 1º CPC/15: O processo civil será *ordenado, disciplinado e interpretado* conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

35 Art. 10, CPC/15: O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Art. 5, LV, CF: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

36 Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

37 Art. 67. Aos órgãos do Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum, em todas as instâncias e graus de jurisdição, inclusive aos tribunais superiores, incumbe o dever de recíproca cooperação, por meio de seus magistrados e servidores.

38 Art. 26. A cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil faz parte e observará: I - o respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente; (...IV - a espontaneidade na transmissão de informações a autoridades estrangeiras.

138, CPC³⁹), além de proibir qualquer decisão surpresa (art. 9º, CPC⁴⁰)

Com base nesses critérios objetivos e proficientes, o julgador deverá inverter o ônus da prova sempre que tal procedimento for necessário para atender o escopo de efetividade do processo e dos direitos fundamentais do demandante vulnerável. A propósito, Otávio Constantino apresenta escorreita senda a ser trilhada pelo magistrado:

“Ao nosso ver, a fixação do ônus da prova deve percorrer o seguinte caminho: primeiramente, analisam-se as hipóteses do CPC, que trata dos fatos que não dependem de prova, em especial no que se refere às presunções. Se os fatos não dependem de prova, a questão é encerrada antes mesmo de se cogitar o ônus da prova. Na sequência, verificam-se as questões ligadas ao princípio da aptidão para a prova, o qual estabelece que a prova deverá ser produzida pela parte que se encontra em melhores (ou exclusivas) condições para produzi-la, podendo se manifestar de duas diferentes formas:

39 Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

40 Art. 9º CPC – “Não se proferirá decisão contra uma das partes *sem que ela seja previamente ouvida*”. Registre-se que, por força da IN 39/TST, o art. 9º, do CPC/15, aplica-se ao processo do trabalho, esclarecendo que não se considera *decisão surpresa* a que as partes tinham obrigação de prever, a exemplo das condições da ação, pressupostos processuais e do recurso.

a) pela exibição de documentos e coisas, hipótese em que o empregado poderá se desincumbir de seus fatos constitutivos por meio da prova que se encontra em poder do empregador, enquadrando-se neste conceito a pré-constituição da prova;

b) pela inversão do ônus da prova propriamente dito, ocasião na qual o empregador réu será compelido a produzir prova que ainda não exista.”⁴¹

O PROCESSO DO TRABALHO É TERRENO FÉRTIL PARA ESSA NOVA TENDÊNCIA DE EFETIVIDADE, SEJA PORQUE OS DIREITOS TRABALHISTAS *SUB JUDICE* SE ENQUADRAM COMO *DIREITOS SOCIAIS E FUNDAMENTAIS*, SEJA PELA LIBERDADE QUE O LEGISLADOR CONFERIU AO MAGISTRADO AO EDITAR O ART. 765 DA CLT:

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

Sobre o tema, assinale a atenta observação de Mauro Schiavi:

“Com efeito, há muito o juiz deixou de ser um convidado de pedra na relação jurídica processual. Na moderna teoria geral do processo, ao juiz cabe ze-

41 CONSTANTINO, Otávio Augusto. O ônus da prova no processo do trabalho. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo; POMBO, Sérgio Luiz da Rocha (coords.). *Direito do trabalho: reflexões atuais*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 707.

lar pela dignidade do processo, pela busca da verdade real e por uma ordem jurídica justa.

Isso não significa dizer que o juiz está desconsiderando o princípio do dispositivo, ou as regras do ônus da prova previstas nos artigos da CLT e do CPC, ou ao princípio de igualdade de tratamento às partes, (deveras) está apenas garantindo a dignidade da justiça, da aplicação justa e equânime da lei e uma ordem jurídica justa. O entendimento acima ganha corpo no Direito Processual do Trabalho, que tem o princípio do inquisitivo no que tange à iniciativa probatória do juiz (art. 765 da CLT)⁴².

Observa-se que o TST está sensível a essa tendência reforçada pelo CPC de 2015:

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DA JORNADA DECLINADA NA INICIAL. **SÚMULA 338, TST.** (...) IV. De todo modo, constata-se que o TRT de origem não violou o preceito normativo invocado pela agravante (artigo 818 da CLT), não apenas porque lhe deu a devida e escorreita aplicação jurídica, sob o prisma do ônus subjetivo da prova, mas, sobretudo, por ter se valido precipuamente do princípio da persuasão racional do juiz, o qual se caracteriza pela liberdade conferida ao magistrado para valorar o conteúdo probatório carreado aos autos, em observância ao artigo 371 do CPC/2015 e sempre nos limites das provas produzidas, valendo salien-

42 SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. p. 473.

tar que a declaração de inidoneidade dos cartões não se deveu exclusivamente ao fato de eles estarem desordenados, mas por muitos serem ilegíveis ou conterem marcação britânica. (TST; AIRR 0000710-67.2015.5.21.0007; 5ª Turma; Rel. Min. Antônio Barros Levenhagen; DEJT 11/11/2016; Pág. 1433)

A amplitude do poder probatório do magistrado trabalhista ganha relevo quando se está diante de uma ação indenizatória decorrente de acidente, doença, assédio ou qualquer ofensa a um direito de personalidade. É que nessas demandas estão em jogo dois elementos cardeais: um de ordem material, qual seja a efetividade dos direitos fundamentais (art. 5º, X, da CF); outro de ordem processual, qual seja a previsão de arbitramento por parte do julgador (art. 509, I, CPC⁴³)

5. Ônus da prova na responsabilidade contratual

Em se tratando de danos oriundos da responsabilidade civil contratual, o *onus probandi* varia conforme o tipo de inexecução. Assim, quando for incidente sobre obrigação de *resultado*, haverá presunção de culpa do agente, dispensando a prova por parte da vítima⁴⁴. Quando o dano

43 Art. 509, CPC/15: Quando a sentença condenar ao pagamento de quantia ilíquida, proceder-se-á à sua liquidação, a requerimento do credor ou do devedor: I - por arbitramento, quando determinado pela sentença, convencionado pelas partes ou exigido pela natureza do objeto da liquidação; (equivalente ao art. 475-C, II, do CPC/73).

44 Nesse sentido decidiu recentemente o TST: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO”

decorrer da inexecução de uma obrigação de *meio*, a vítima terá, a rigor, de comprovar o ato culposo do agente.

Ocorre que há certas obrigações patronais de meio que estão catalogadas na lei, a exemplo do art. 157, incisos I a III da CLT:

“Cabe às empresas:

I — cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;

II — instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais;

III — adotar as medidas que se tornem exigíveis, em virtude das disposições deste Capítulo, determinando as obras e reparos que, em qualquer local de trabalho, se façam necessárias.”

Com efeito, eventual acidente do trabalho decorrente do não cumprimento de normas de segurança e prevenção caracterizará inexecução de obrigação legal e contratual. O ônus da prova será invertido nessas situações, seja pela aplicação do princípio da aptidão para a prova, seja porque a obrigação estava revestida de força legal, seja porque a inexecução contratual importa presunção de culpa do agente.

RAÇÃO. CONDUTA CULPOSA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. Inca-bíveis os embargos de declaração quando a parte não demonstra nenhum dos vícios previstos nos artigos 897-A da CLT e 1022 do CPC/2015”. (TST; ED-RR 0001326-36.2012.5.03.0011; Quinta Turma; Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos; DEJT 30/09/16; Pág. 1671)

“Nos termos do art. 389 do CC/02, na responsabilidade contratual, para obter reparação por perdas e danos, o contratante não precisa demonstrar a culpa do inadimplente, bastando a prova de descumprimento do contrato. Dessa forma, nos acidentes de trabalho, cabe ao empregador provar que cumpriu seu dever contratual de preservação da integridade física do empregado, respeitando às normas de segurança e medicina do trabalho. Em outras palavras, fica estabelecida a presunção relativa de culpa do empregador.” (STJ, Resp n. 1.067.738, relatora para o Acórdão: Min. Nancy Andrighi, DJU 25.6.2009)

Nesse sentido é a correta ilação de Raimundo Simão de Melo:

“O empregador, no caso de acidente decorrente de condição insegura, deverá, para se isentar da condenação, comprovar que cumpriu as obrigações contratuais no que diz respeito às normas de segurança e medicina do trabalho, pois na *responsabilidade contratual*, que é o caso, a culpa é presumida, porque há um dever positivo de adimplemento do objeto do contrato.”⁴⁵

Como se vê, em se tratando de obrigações legais em tema de segurança e medicina do trabalho, ainda que enquadradas como *obrigações de meio*, o ônus da prova será invertido, recaindo-o sobre o empregador. Ao empregado (vítima do sinistro) caberá apontar os descumprimentos legais, além

45 MELO, Raimundo Simão de. Responsabilidade objetiva e inversão da prova nos acidentes de trabalho. *Revista LTr*, n. 70-01, p. 29, jan. 2006.

de requerer que o empregador seja intimado a demonstrar em juízo o seu cumprimento. Vale dizer, ao empregado cabe requerer a juntada de documentos relativos a:

- EPIs — Equipamentos de Proteção Individual (previstos na NR-6);
- PPRA — Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (previsto na NR-9);
- PCMSO — Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (NR-7).

Todos os requerimentos deverão ser deferidos sob as cominações do art. 399 do CPC⁴⁶. O empregador, para elidir sua responsabilidade, deverá comprovar que observou o seu dever geral de cautela e que cumpriu integralmente as normas de saúde e segurança.

DOENÇA OCUPACIONAL. (...) a empresa não trouxe aos autos o PPRA e o PCMSO, tampouco o termo de entrega e fiscalização dos EPIs, o que denota violação ao seu dever geral de cautela, por omissão do dever de vigilância, proteção à saúde e à integridade física dos trabalhadores, imposto pelo art. 7º, XXII, da CF/88 e art. 157 da CLT. Presentes o dano (patologia diagnosticada), o nexo de concausalidade (conclusão da perícia) e a culpa (negligência) do empregador, resta configurada sua responsabilidade pela doença ocupacional. (TRT 11ª R.; RO 0001764-65.2015.5.11.0001; 3ª Turma; Rel. Des. José Dantas de Góes; DOJTAM 17/10/2016; Pág. 513).

46 Antigo art. 359 do CPC/73.

José Cairo Júnior corrobora essa inferência ao asseverar que o empregador, para se eximir da responsabilidade, deverá “provar que adotou todas as medidas preventivas estabelecidas pela norma protetiva laboral ou que o evento danoso foi decorrente de culpa exclusiva da vítima”⁴⁷. Em igual sentido caminha a atenta jurisprudência do STJ acerca do tema:

“Em princípio, cuidando-se de acidente de trabalho, *basta ao empregado a prova do nexo causal entre o exercício da atividade laboral e o evento danoso, cabendo ao empregador, em contrapartida, demonstrar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, qual seja, a inexistência de culpa integral sua ou a existência de culpa concorrente da vítima, esta também admitida pela Turma como circunstância eventualmente atenuadora da responsabilidade civil*” (STJ, 4ª. T., REsp n. 621.825/MG, Aldir Passarinho Júnior, DJ 12/12/05).

Da mesma forma, a jurisprudência trabalhista vem observando a escorreta distribuição do ônus da prova nas ações indenizatórias:

“ACIDENTE DE TRABALHO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA CONTRA A EMPRESA. Nos acidentes de trabalho, cabe ao empregador comprovar o cumprimento do dever contratual de preservação da integridade física do empregado, respeitando as normas de segurança e medicina do trabalho, estabelecendo-se a presunção relativa de culpa da

47 CAIRO JÚNIOR, José. *O acidente do trabalho e a responsabilidade civil do empregador*. São Paulo: LTr, 2003. p. 88.

empresa (Precedente STJ, Resp 1.067.378-GO). Tratando-se de acidente ocorrido com o trabalhador em atividade de risco, inverte-se o ônus da prova contra a empregadora, a quem incumbe demonstrar de forma concreta a adoção de todas as medidas preventivas contra a ocorrência do acidente, pois nessa hipótese, e pela própria função do trabalhador (eletricista), a culpa empresarial é presumida.” (TRT 24ª R.; RO 69700-45.2009.5.24.0005; 2ª Turma; Rel. Des. Francisco das C. Lima Filho; DEJTM-MS 31.08.2010; p. 11).

Por fim, registre-se que o chamado solidarismo constitucional, previsto nos arts. 3º, III, e 170, III, ambos da Constituição Federal, reforça o alargamento dos casos de responsabilidade objetiva, da presunção de culpa e da inversão do ônus da prova.

Referências bibliográficas:

BENTHAN, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. E. Dumont (org.). Trad: Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Valletta, 1971, v. 01.

BEBBER, Júlio César. *Princípios do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.

BEBBER, Julio César. *Provas no novo CPC e o Processo do Trabalho*. In: Coleção Repercussões do novo CPC. Vol. 4 – Processo do Trabalho, 2ª edição: Revista, ampliada e atualizada. Autores: Cláudio Brandão e Estêvão Mallet. Salvador: Jus Podium, 2016, pág. 310.

CAIRO JÚNIOR, José. *O acidente do trabalho e a responsabilidade civil do empregador*. São Paulo: LTr, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Campinas: Bookseller, vol. 3, 2002.

CONSTANTINO, Otávio Augusto. *O ônus da prova no processo do trabalho*. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo; POMBO, Sérgio Luiz da Rocha (coords.). *Direito do trabalho: reflexões atuais*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 707.

DELFINO, Lúcio. LOPES, Ziel Ferreira. *A expulsão do livre convencimento motivado do Novo CPC: por que a razão está com os hermeneutas?* Acesso em 09/12/2016. Fonte: <http://www.luciodelfino.com.br/enviados/201641922535.pdf>

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. III, 2ª Edição. SP: Malheiros, 2002.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Livre convencimento motivado não acabou no novo CPC*. Fonte: <http://jota.info/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc>. Acesso em 09/12/16.

MALLET, Estêvão. *Discriminação e processo do trabalho*. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (coords.). *Discriminação e processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

MELO, Raimundo Simão de. Responsabilidade objetiva e inversão da prova nos acidentes de trabalho. Revista LTr, n. 70-01, p. 29, jan. 2006.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes: Da persuasão à vinculação. SP: Editora Revista dos Tribunais. 2016.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A prova no processo do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 1997. p. 118.