

O PRINCÍPIO DA PRÉ-CONSTITUIÇÃO DAS PROVAS NO PROCESSO DO TRABALHO

Fabiano Coelho de Souza¹

Introdução.

Prova é o meio pelo qual as partes buscam convencer o juiz acerca da existência ou inexistência de algum fato. O conjunto probatório é um complexo de elementos à disposição do juiz para conhecimento dos fatos debatidos na causa. Com ou sem prova, o juiz decidirá a lide. Deste modo, faz-se necessária a fixação de regras de distribuição do ônus da prova, como norte para a solução dos litígios cujos fatos revelem-se nebulosos.

No presente estudo, analisaremos um dos princípios que norteiam a carga probatória no processo do trabalho – pré-constituição das provas – e sua aplicação prática, buscando contribuir com o desenvolvimento da prática judiciária.

Ônus da prova.

Singelamente, podemos definir o ônus da prova como sendo a conduta necessária que se espera do indivíduo que pretende obter um resultado juridicamente relevante. Nesta perspectiva, buscamos a lição de Carlos Alberto Begalles²:

“O ônus da prova consiste no encargo que as partes têm no processo de, não só alegar, mas de provar a verdade dos fatos por ela arrolados, se controversos. Não se trata de um dever, mas de ônus, assumindo a parte o risco de não ter êxito caso não prove os fatos alegados do qual depende a existência do direito que pretende assegurar”.

Imposta contra si a carga probatória, cumpre ao litigante promover os atos necessários para vencê-la, pois, do contrário, seguramente terá uma tutela jurisdicional contra seus interesses.

No âmbito do processo civil, a matéria é regulamentada pelo art. 333 do CPC. Tal regra dita que a prova incumbe ao autor, quanto aos fatos constitutivos do seu direito, e, ao réu, quanto aos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor.

Pensamos que as regras acerca da distribuição do ônus da prova não podem receber o tratamento individualista e neutro do Código de Processo Civil. Neste sentido, manifestam-se Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira³:

“essa distribuição rígida do ônus de prova atrofia nosso sistema, e sua aplicação inflexível pode conduzir a julgamentos injustos”.

Em uma sociedade democrática, marcada pelo direito de caráter socializante, temos que construir mecanismos mais razoáveis, justos e reais para a imposição da carga probatória, de modo a permitir um tratamento mais igualitário aos litigantes.

1. Juiz do Trabalho Substituto no TRT da 18ª Região, desde 1999. Ex-Juiz do Trabalho da 10ª Região. Bacharel em Direito e Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela UFG (Universidade Federal de Goiás). Doutorando em Direito Social na UCLM (Universidad Castilla La-Mancha-Espanha). Professor em cursos de pós-graduação da UFG (Goiânia) e do ATAME (Goiânia, Brasília e Cuiabá). Professor do Curso Axioma Jurídico em Goiânia.

2. Lições de Direito Processual do Trabalho. LTr, São Paulo, 2005, p. 234.

3. Curso de Direito Processual Civil, volume 2, Editora Pódiom, Salvador, 2007, p. 61.

Ocorre que o provar ou não é fato que não decorre exclusivamente da vontade dos litigantes, mas, também, e ousou dizer que na maioria dos casos, em razão do fato de que a parte pode não dispor dos meios adequados para reproduzir em Juízo os fatos que lhe favoreçam na demanda. Neste sentido, colhemos a lúcida lição de Marcelo Abelha Rodrigues⁴:

“pode-se argumentar que a não produção de uma prova pela parte tanto pode ser resultado de uma situação de disposição de vontade do litigante (que optou por não fazê-la) como também de obstáculos dos mais variados tipos (econômicos, técnicos, científicos, sociais, jurídicos), que acabam por impedir ou quiçá obstaculizar a produção da prova, tal como era querida ou como poderia ter sido”.

A CLT, de modo simples, mas preciso, regulamenta o ônus da prova em seu art. 818, indicando que “a prova incumbe à parte que alegar”. Em que pese diversas críticas ao dispositivo, temos que o legislador celetista estabeleceu regra dinâmica para a carga probatória laboral. Nesta perspectiva, a rigor o ônus de prova é do autor para tudo aquilo que alegar, mas será repassado ao réu quando este admite o fato alegado pelo adversário mas deduz novo argumento. Não se trata de imprecisão normativa como mencionam alguns, mas, sim, regra de abertura que permite a formação da regra de distribuição do ônus no caso concreto, sem predeterminações rígidas.

O princípio da pré-constituição das provas.

Este princípio indica que a carga probatória deve pesar sobre aquele que teria obrigação legal de produzir ou manter um determinado documento em seu poder.

A prova pré-constituída foi conceituada de modo preciso por Jeremías Bentham⁵:

“Llamo proba preconstituída a aquella em que la ley há ordenado su creación y su conservación com anterioridad a la existencia de un derecho o de una obligación, hasta el punto de que la exhibición de esa prueba será necesaria para el mantenimiento de esse derecho o de esa obligación”.

Importante frisar que o instituto em exame está situado em um contexto principiológico mais amplo. Assim, a regra está em consonância com os princípios da proteção ao trabalhador, da inversão do ônus de prova e da aptidão probatória.

Com relação ao princípio protetivo, temos que, na dúvida, a norma processual deve ser interpretada e aplicada em favor do trabalhador, sujeito tutelado pelo direito e pelo processo do trabalho. Estabelecemos, deste modo, a regra do *in dubio pro operario*, no âmbito processual, que não significa interpretar a prova duvidosa em benefício do trabalhador, mas, sim, a aplicação das regras processuais. Neste sentido, releva notar que, na maioria dos casos, o princípio da pré-constituição das provas estabelece presunções que potencializam as chances de êxito do trabalhador em uma demanda judicial.

Já a inversão do ônus da prova tem sua base normativa o disposto no art. 6º, III, do CDC, estabelecendo este procedimento quando a prova revelar-se dificultosa

4. Elementos de Direito Processual Civil, volume 1, Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, p. 299.

5. Tratado de las Pruebas Judiciales, Valletta Ediciones, Buenos Aires, 2008, p. 205.

ao consumidor, em situações de hipossuficiência. José Maria Rosa Tesheiner⁶, sobre esta fragilidade de um dos contratantes, assim manifesta-se:

“A hipossuficiência, aí referida, não é a econômica, mas se atrela ao monopólio da informação”.

Considerando que no Direito do Trabalho, assim como nas relações de consumo, em relação ao consumidor, o trabalhador encontra-se em posição subordinada e frágil na relação jurídica, o art. 769 da CLT pode ser invocado para permitir a incidência no processo laboral da regra consumeirista de inversão do ônus da prova.

Com intensa aproximação finalística com a inversão do ônus da prova, o princípio da aptidão probatória indica que a prova deva ser produzida por aquela parte que a detém ou que tem acesso à mesma, sendo inacessível à parte contrária. Tal regra é necessária para que não seja imposta uma carga probatória desmedida a um dos litigantes. Nesta linha de argumentação, invoco a lição de Manuel Carlos Palomeque López e Manuel Álvarez de la Rosa⁷:

“A cada parte le corresponde acreditar lo que alega: al demandante los hechos que fundamentan su pretensión (art. 217.2 LEC) y al demandado, los hechos que soportan su postura opositoria (art. 217.3 LEC; en ningún caso puede exigirse una prueba imposible o diabólica...)”.

A prova diabólica seria aquela que se afigura praticamente impossível a quem detenha o ônus. Em consequência, a parte que se apresentar apta a produzir a prova em juízo terá contra si imposta a carga probatória. Trata-se, no caso, de típica incidência concreta do princípio da paridade de armas, pelo qual as partes serão alçadas a um patamar o mais próximo possível da igualdade real, por meio de instituição de regras que juridicamente fortaleçam aquele que encontrar-se até então em posição desfavorável na relação jurídica. O princípio da aptidão probatória será aplicado em situações para as quais o empregado não possa fazer a prova a não ser através de documento ou coisa que a parte contrária detenha. Neste sentido, o incidente de exibição de documentos ou coisa, previsto nos artigos 355 e seguintes do CPC, será utilizado para viabilizar o princípio da aptidão.

O princípio da pré-constituição da prova, portanto, trata-se de um aspecto do princípio da aptidão probatória. Assim, impõe-se o ônus de prova em Juízo àquele que, por lei, estava obrigado a produzir e manter consigo determinado documento. Entretanto, não depende sua aplicação da determinação de exibição judicial de documento ou coisa. Ocorre que naturalmente o juiz inverterá o ônus da prova quando perceber que o litigante não trouxe aos autos documento cuja produção e guarda é imposta por lei. Assim, se o litigante cumpriu a lei terá enorme facilidade de provar suas alegações.

Entre nós, o tema foi brilhantemente desenvolvido e enunciado pelo Ministro do TST Carlos Alberto Reis de Paula⁸:

“Se a parte detém o documento decorrendo a sua preconstituição de imposição legal, e tratando-se de documento comum, parece-nos lógico

6. Sobre o ônus da Prova, estudo integrante da obra Estudos de Direitos Processual Civil, homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão, coordenador Luiz Guilherme Marinoni. Editora Revista dos Tribunais, 2005, São Paulo, p. 358.

7. Derecho del Trabajo, Editorial Ramón Areces, 19ª edición, 2006, Madrid, p. 845.

8. A Especificidade do Ônus da Prova no Processo do Trabalho. LTr Editora, São Paulo, 2001, p. 148.

que está obrigada a trazê-lo à instrução. Dessa obrigação pode resultar a inversão do ônus da prova, naquelas hipóteses em que, em observância ao princípio geral de distribuição da prova, o ônus competiria ao empregado”.

A adoção da regra da pré-constituição provocará significativas inversões ao ônus da prova. No caso, flexibiliza-se a aplicação da regra do art. 818 da CLT, impondo-se o ônus nem sempre a quem alega, mas, sim, a quem detém o dever legal de possuir consigo a reprodução de um determinado fato por meio de documento. Neste sentido, lemos Jorge Luís Souto Maior⁹:

“A não juntada dos documentos não é, então, apenas uma falha processual, mas a demonstração de um descumprimento legal, um fator que gera uma presunção em favor do empregado. Essa conclusão se reforça quando a exigência da prova pré-constituída advém de uma previsão legal”.

Aplicação do princípio da pré-constituição das provas.

De início, lembramos alguns atos cuja validade depende de formalidade imposta por lei. Para estes casos, salvo confissão do trabalhador em Juízo, não seria possível a produção de provas por outros meios. Seria o caso, então, da prova de pagamentos mediante juntada de documentos, no caso dos recibos respectivos, devidamente assinados pelo trabalhador ou, em se tratando de analfabeto, mediante sua impressão digital, ou, não sendo esta possível, a seu rogo (CLT, art. 464). Pelo parágrafo único do art. 464 da CLT, terá força de recibo o comprovante de depósito em conta bancária do empregado.

Não bastasse, os recibos de pagamento de verbas trabalhistas podem ter, por lei, requisito essencial para sua validade. Seria o caso de homologação no sindicato ou órgão local do Ministério do Trabalho para o pagamento de acerto rescisório de contrato com mais de um ano de duração (CLT, art. 477, § 1º). Forma especial também exige a lei ao impor a assistência do responsável legal do menor de 18 anos para validar o pagamento de acerto rescisório (CLT, art. 439). Nestas hipóteses, é a observância da forma definida em lei que gera o ato juridicamente perfeito, daí porque, ausente a prova documental válida, firma-se presunção em favor do trabalhador, podendo esta ser desfeita apenas mediante confissão do empregado.

Notável aplicação do princípio da pré-constituição da provas, envolve o registro da CTPS do trabalho. No caso, a carteira de trabalho é obrigatória para o desenvolvimento da prestação de serviços (CLT, art. 13). Assim, as anotações da CTPS servem de prova na Justiça do Trabalho com relação aos dados para os quais a lei exige o registro no documento profissional, o que se observa quanto ao salário, férias ou tempo de serviço (CLT, art. 40). No documento de identidade profissional, ainda serão registradas as datas de início e término do contrato, bem como a função contratada. Todas as informações mencionadas, se registradas na CTPS, provocam a presunção relativa de veracidade, circunstância mencionada na súmula 12 do TST. A contrário senso, se o empregador não anotar a CTPS do trabalhador, diante de sua omissão no cumprimento de obrigação trabalhista básica, imposta por lei, qualquer que seja a controvérsia fática sobre os itens mencionados, teremos a inversão do ônus da prova, passando a ser do empregador a carga probatória. Exatamente nesta linha, pronuncia

9. Direito Processual do Trabalho. LTr, 1998, São Paulo, p. 176.

o culto magistrado Ari Pedro Lorenzetti¹⁰:

“como constitui obrigação legal do empregador promover tais registros (CLT, art. 29), caso não o faça, atrai para si o ônus da prova, em caso de eventual divergência entre as alegações das partes, em juízo. Com efeito, o dever de documentação do empregador, mais do que uma exigência de forma, serve à prova do contrato de trabalho. Conseqüentemente, pelas mesmas razões pelas quais o empregador que não permite os devidos registros da jornada laborada pelo obreiro atrai para si o ônus da prova em relação ao horário trabalho deste (TST, Súmula n. 338), se não anota a CTPS do empregado, deve assumir o encargo da prova em caso de controvérsia acerca dos demais elementos do contrato: data de admissão, função, salário etc”.

Exemplifiquemos de modo mais detalhado os efeitos processuais das irregularidades no registro da carteira profissional.

Comumente, o reclamante alega que sua CTPS foi anotada alguns meses ou alguns anos após o início do contrato. Neste caso, é frequente o empregador confessar que não registrou o contrato na carteira de trabalho mas que o autor não trabalhou por todo aquele período descrito na petição inicial. Pensamos que a hipótese atrai a aplicação do princípio da pré-constituição das provas, e a consequente inversão do ônus da prova, isto porque o empregador terá confessado que não produziu de modo regular documento legalmente indispensável. Nesta perspectiva, quem não cumpriu a lei, deixando de formalizar de modo correto o registro, terá o ônus de prova.

Igual sorte terá o empregador que confessa pagamentos além dos valores registrados na carteira de trabalho, mas nega que a remuneração por fora alcance o montante alegado pelo autor na petição inicial. Nesta hipótese, o empregador que não registrou corretamente a CTPS quanto à remuneração, atrairá para si o ônus de prova do fato em Juízo. Não bastasse, enxergando-se a questão do ponto de vista da prova dos pagamentos, também o princípio da pré-constituição da prova seria do mesmo modo aplicável. Ocorre que o pagamento do salário exige prova escrita, por meio de recibos (CLT, art. 464) e, assim, diante da irregularidade dos recibos, por não constarem todas as rubricas e valores pagos, o empregador sofrerá a imposição de ônus de provar a veracidade do valor confessado como sendo a correta remuneração do empregado, situação típica de inversão do ônus da prova.

Ainda sobre remuneração, será comum a aplicação do princípio em debate nas lides em que se discute diferenças de comissões supostamente devidas ao vendedor comissionista. No caso, a lei 3.207/57, em seu artigo 4º, impõe que *“o pagamento de comissões e percentagem deverá ser feito mensalmente, expedindo a empresa, no fim de cada mês, a conta respectiva com as cópias das faturas correspondentes aos negócios concluídos”*. Deste modo, caso o empregador não comprove nos autos os extratos de comissões mensalmente entregues ao vendedor, presumir-se-ão verdadeiros os fatos narrados na petição inicial, quanto às diferenças alegadas pelo trabalhador.

Em relação à jornada de trabalho, temos um exemplo consagrado na jurisprudência de aplicação do princípio em comento. No caso, o art. 74 da CLT exige quadro de horário e seu § 2º exige registro manual, mecânico ou eletrônico, com pré-assinalação do período de repouso, dos horários de entrada e de saída dos empregados em estabelecimento que contar com mais de dez empregados. Em consequência, pela

10. As Nulidades no Direito do Trabalho. LTr Editora, 2008, São Paulo, p. 212.

imposição legal do dever patronal de manutenção de prova escrita acerca da jornada, o ônus de prova inverte-se, cabendo ao empregador provar a jornada em litígio que envolva pretensão de recebimento de horas extras, caso o estabelecimento em que trabalhou o reclamante conte com mais de 10 empregados. Neste sentido, é o teor da súmula 338 do TST:

“JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA.

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”.

Com relação às férias, a concessão do descanso deverá ser anotada nos livros ou fichas de registro (CLT, art. 135, § 2º), com exceção das micro e pequenas empresas. Deste modo, a empresa que não apresente a prova documental do fato, terá contra si a inversão do ônus da prova, presumindo-se que o reclamante não gozou o descanso de férias, caso seja esta a alegação da inicial. Do mesmo modo, o empregador deverá provar a quitação das férias com recibo datado de até 2 dias antes do início do descanso, pena presumir-se que não houve a remuneração do descanso, ou que houve de modo irregular, na forma narrada na petição inicial.

Excepcionalmente, o princípio da pré-constituição da prova pode voltar-se contra o trabalhador. Não se trata propriamente de situação de agravamento de sua posição processual, mas meramente hipóteses em que a aplicação da regra não provocará a inversão do ônus da prova. Seria o caso da demanda que envolva pedido de devolução da carteira de trabalho, supostamente em poder do empregador. Neste caso, como a CTPS deve ser entregue para anotações contra recibo (CLT, art. 29, *caput*), o efeito legal seria a imposição de ônus ao empregado de provar que o documento encontra-se em poder do empregador. Do mesmo modo, podemos pensar no ônus da prova do vale-transporte, para o qual o empregado deve requerer, por escrito, o fornecimento (art. 7º do Decreto 95.247, de 17/11/1987). Em consequência, como é imposto ao trabalhador o ônus de produzir documento, deverá ter consigo o recibo do mencionado requerimento, o que atrai a carga probatória em pretensões envolvendo tal direito. É verdade que o empregado, como subordinado, em regra não exige nem recibo de entrega da CTPS nem do requerimento do vale-transporte, por temer ser mal visto pelo empregador. No entanto, enquanto assim dispuser a lei, o ônus de prova destes temas será mesmo do trabalhador.

Momento de aplicação do princípio da pré-constituição das provas.

A regra de distribuição do ônus da prova será aplicada no momento do julgamento, integrando um fundamento que expressa premissa do magistrado na análise do conjunto probatório. Não se trata, deste modo, de regra de procedimento, mas, sim, de julgamento da demanda. No entanto, a inversão do ônus de prova, por sua vez, é regra de procedimento, gerando o dever do magistrado expor às partes sobre as regras de peso probante que serão aplicadas por ocasião do julgamento. Neste sentido, é a

lição do mestre Cândido Rangel Dinamarco¹¹:

“É dever do juiz, na audiência preliminar (art. 331), informar as partes do ônus que cada uma tem e adverti-las da consequência de eventual omissão – porque uma das tarefas a realizar nessa oportunidade é a organização da prova mediante fixação dos limites de seu objeto e determinação dos meios probatórios a desencadear. A transparência das condutas judiciais é uma inafastável inerência do due process of law e da exigência do diálogo que integra a garantia constitucional do contraditório: o processo civil moderno quer muita explicitude do juiz e de suas intenções, que são fatores indispensáveis à efetividade do justo processo. Por isso, a locução ‘determinará as provas a serem produzidas’ (art. 331, § 2º) inclui a exigência de esclarecer as partes sobre seus ônus probatórios. Esse mero esclarecimento, que não deve ser prestado em forma de decisão, vale como advertência o convite a participar ativamente da instrução probatória, na medida do interesse de cada uma e com a consciência dos efeitos negativos que poderá suportar em caso de omitir-se”.

Este raciocínio pode ser implantado ao processo laboral sem qualquer prejuízo à sua efetividade. Ocorre que as partes têm direito a uma maior transparência e participação no processo, daí porque a antecipação das premissas a serem empregadas no julgamento, quanto ao ônus da prova, são aconselháveis, para que as partes melhor possam buscar a prevalência de suas pretensões no processo. Nesta perspectiva, não anunciar a inversão do ônus da prova durante a instrução processual poderá ocasionar irreversível dano aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Conclusão.

O princípio da pré-constituição da prova impõe a carga probatória sobre o litigante que, por lei, tiver obrigação de manter consigo determinada prova documental. Tal regra é aplicável ao processo do trabalho, permitindo, na maioria dos casos de sua incidência, a inversão do ônus da prova em benefício do trabalhador, facilitando, deste modo, o acesso ao Judiciário e a proteção da parte mais frágil integrante da relação de emprego.

Esperamos, com o presente estudo, ter contribuído, ou ao menos estimular o debate, no sentido de construção de um sistema probatório mais justo, com divisão do ônus da prova compatível com os fins sociais a que se destinam o Direito do Trabalho, razão de ser do processo laboral.

11. Instituições de Direito Processual Civil, volume III, Malheiros Editores, 5ª edição, 2005, São Paulo, pp. 83-84.