

PROVA TRABALHISTA: INVERSÃO DO ÔNUS

Luiz Eduardo Gunther (Juiz do TRT da 9ª Região)

Cristina Maria Navarro Zornig (Assessora no TRT da 9ª Região)

Sumário: 1) Introdução; 2) Relação de emprego; 3) Horas-extras; 4) Vale-transporte; 5) Salário-família. 6) Adicional de insalubridade – uso do equipamento de proteção individual (EPI).

1) Introdução.

Observa-se uma tendência, inclusive no Direito Comparado, especialmente a partir do IV Congresso Ibero-Americano de Direito do Trabalho e Previdência Social, no sentido que: “a posição do empregado não é a mesma do empregador na relação processual; este tem meios de formar a prova, aquele, nem sempre poderá fazê-lo, fato que repercute, decisivamente, na tendência que se observa no direito processual do trabalho.”¹

Nesse sentido, o Professor Márcio Túlio Viana propõe a inversão do onus probandi a favor do empregado sempre que for possível fazer incidir os princípios e regras: a) do in dubio pro misero; b) das presunções e máximas de experiência; c) da aptidão para a prova; d) da preconstituição da prova; e) aplicação dos princípios do direito do trabalho.²

Tendo-se em conta a orientação doutrinária mencionada, é possível, topicamente, lembrar alguns casos concretos onde essa teoria possa ser aplicada.

2) Relação de emprego.

Uma das situações mais freqüentes na Justiça do Trabalho é a controvérsia sobre a existência, ou não, da relação de emprego, o chamado vínculo empregatício. Normalmente, o trabalhador alega que deve ser considerado empregado, à luz do artigo 3º da CLT, e a empresa nega a existência dessa relação, afirmando que os serviços foram prestados de forma autônoma, por empreitada, ou por representação comercial, como exemplo. Nesses casos, tendo o empresário alegado a existência de prestação de serviços em seu benefício, deve provar que tal não se deu sob a forma prevista na regra celetária (pessoalidade, subordinação, onerosidade, não eventualidade).

Essa posição foi assumida, doutrinariamente, por Amauri Mascaro Nascimento, que esclareceu: “A prova da existência da relação de emprego é do empregado, porém, quando o reclamado nega o vínculo de emprego e afirma que o trabalho foi prestado a outro título, por se tratar de prestação de serviços autônomos, de empreitada, de arrendamento, de parceria ou meação, etc., ao reclamado cabe o ônus da prova.”³

Também em caso de revelia da empresa, fica o trabalhador desonerado do ônus da prova, como já decidiu o C. TST: “ÔNUS DA PROVA – REVELIA – RELAÇÃO DE EMPREGO. 1. O não comparecimento do reclamado à audiência marcada importa em revelia, além de confissão quanto a matéria de fato, segundo inteligência do artigo oitocentos e quarenta e quatro da CLT. A relação de emprego é matéria fática, portanto, confessada em virtude da revelia imposta, desincumbido-se o autor do ônus da prova. 2. Revista a que se nega provimento”.⁴

3) Horas Extras.

O tema das horas extraordinárias talvez seja, junto com o da relação de emprego, dos mais examinados na Justiça do Trabalho, atraindo, naturalmente, a controvérsia sobre o ônus da prova.

Manoel Antonio Teixeira Filho, invocando “a óptica sensível do artigo 818, da CLT”, assevera que: “o réu, ao contestar a pretensão do autor (‘causa petendi’ + pedido), afirmando que ele jamais trabalhou em jornada extraordinária, atrai para si, automaticamente, o ‘onus probandi’, visto que expendeu uma alegação relevante e substitutiva da anterior, não se podendo ignorar que, ao teor do artigo 818, da CLT, ‘A prova das alegações incumbe à parte que as fizer’ – itere-se. E se o réu não se desincumbe desse encargo, ter-se-á como verdadeira a jornada de trabalho indicada na inicial”.⁵

Registre-se, contudo, que esse autor não admite aí a existência de inversão do ônus objetivo da prova contra o réu, mas apenas a pura e simples aplicação do exato sentido da dicção do artigo 818 da CLT.

O C. TST, quanto às horas extras editou a Súmula nº 338, onde está escrito: “REGISTRO DE HORÁRIO – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. A omissão injustificada por parte da empresa de cumprir determinação judicial de apresentação dos registros de horário (CLT, art. 74, parágrafo 2º) importa em presunção de veracidade da jornada de trabalho alegada na inicial, a qual pode ser elidida por prova em contrário” (Res. 36/94, DJ 18, 21 e 22. 11-94).

4) Vale-transporte.

A concessão do vale-transporte está condicionada a requerimento do empregado, por certo (Lei nº 7.418/85). Ocorre, entretanto, que na prática é muito difícil - quase impossível – o empregado provar que tentou entregar o requerimento e que o empregador recusou o recebimento. O caso, então, suscita a inversão do ônus da prova (artigos 818 da CLT e 333, II, do CPC), considerando-se a posição da jurisprudência no sentido de que certos privilégios tidos pelo empregado no direito material devam também existir no processo do trabalho, pois, em se tratando de vale-transporte, o que deve ser tutelado é o direito básico ao acesso fácil ao local da prestação de serviços em si, a ponto de aderir ao patrimônio do trabalhador o direito ao benefício (artigo 468/CLT). Ver a respeito o RO 1.370/01, julgado pela 2ª Turma do TRT da 9ª Região. Rel. Juiz Luiz Eduardo Gunther Ac. Nº 22.358/01. DJPR de 24.08.01. Nesse sentido, também, VIANA, Márcio Túlio. ob. cit. p. 343.

Entendimento neste sentido pode ser fundamentado na supletividade da regra inculpada no inciso VIII do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, que teve origem na constatação de que “o Autor, muita vez, não tem acesso a elementos e informações essenciais à demonstração dos fatos a que se vinculam seus direitos”⁶ e que inclui, entre os direitos básicos do consumidor, “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

5) Salário-família.

O direito ao salário-família, seguindo orientação do C. TST (Súmula nº 254) é devido apenas a partir da prova da filiação.

Considerando que, na prática, é muito difícil – quase impossível – o empregado provar que tentou entregar as certidões de nascimento e que o empregador recusou o recebimento, o caso, igualmente, suscita a inversão do ônus da prova, pois, em se tratando de salário-família, o que deve ser tutelado é a paternidade ou maternidade em si, a ponto de aderir ao patrimônio do trabalhador o direito ao benefício. Sob este ângulo é que deve ser entendido o comando da Corte Máxima Trabalhista contida na Súmula nº 254 do C. TST quando se refere ao pagamento a partir apenas da prova da filiação. A propósito o julgamento do RO 16.331/99 pela E. 2ª T. do TRT da 9ª R. Ac. nº 5.574/01. DJ/PR 02.03.01. Rel. Juiz Luiz Eduardo Gunther. Também com essa orientação, VIANA, Márcio Túlio. ob. cit. p. 343.

Posicionou-se com esse entendimento, igualmente, o Eminent Juiz Arion Mazurkevic, sustentando que: “O ônus da prova da alegação de defesa, de que o empregado sonou informação e os documentos hábeis para ensejar o pagamento do salário-família, é do Reclamado. Não só porque se constitui fato impeditivo alegado em defesa, mas também porque, diante das regras de experiência, do que normalmente ocorre, não se pode supor que o empregado tenha deixado de apresentá-los. Entregas das certidões de nascimento, para a percepção de salário-família, ou do requerimento para a percepção do vale transporte: em ambos os casos, deve-se presumir que o empregado forneceu os documentos, já que poucos são os que podem se dar ao luxo de renunciar a tais benefícios. Cabe ao empregador a prova contrária” (MÁRCIO TÚLIO VIANA).⁷

Do corpo do voto de sua Excelência se extrai, ainda, que, não tendo havido “comprovação de que os documentos não foram entregues, nos termos sustentados na defesa, deve ser acolhida a pretensão obreira”.

6) Adicional de insalubridade – uso do equipamento de proteção individual (EPI).

O C. TST, quanto ao uso do equipamento de proteção individual pelo empregado, para evitar o pagamento do adicional de insalubridade, estabeleceu a Súmula nº 289, do seguinte teor: “O simples fornecimento do

aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade, cabendo-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, dentre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado” (Res. TST 22/88, de 17-03-88, DJ 24, 25 e 28-03-88).

Trata-se aqui da proteção à saúde do trabalhador, que interessa sobremaneira à sociedade e, conseqüentemente, ao direito, pois este deve ser o retrato o quanto possível fiel, na medida e extensão, das necessidades daquela.

1 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito processual do trabalho. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 226/227.

2 VIANA, Márcio Túlio. Aspectos gerais da prova no processo do trabalho. Compêndio de direito processual do trabalho. Obra em memória de Celso Agrícola Barbi. Coordenadora: Alice Monteiro de Barros – 2ª ed. São Paulo: LTr, 2001. p. 342/344.

3 Ob. cit., p. 226.

4 TST-RR 5.054/1987 – 1ªT. Rel. Min. Américo de Souza – DJU 05.08.1988, p. 18.715.

5 A prova no processo do trabalho. 4ª ed. São Paulo: LTr, 1988.p. 85.

6 SAAD, Eduardo Gabriel. Suplemento Trabalhista LTr 118/99. p. 620.

7 TRT-PR-RO 111/01, 2ª T. julgado em 21.08.01, acórdão ainda não publicado.