

# DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA DO NCPC NO DIREITO DO TRABALHO A PARTIR DA INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 39 DO TST

Luana Pereira Lacerda<sup>1</sup>

Lafayette Pozzoli<sup>2</sup>

Ricardo Pinha Alonso<sup>3</sup>

Ana Flavia de Andrade Nogueira Castilho<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Mestranda em Teoria do Direito e do Estado no Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito no UNIVEM/Marília/Brasil. Bolsista Institucional. Especialização em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho (2015-2016) na Faculdade Damásio. Graduação em Direito na Faculdade de Direito de Marília no UNIVEM, bolsista no PROUNI. Advogada. Membro e Secretária Geral do Grupo de Pesquisa GEP - Grupo de Pesquisa de Estudos, Pesquisas, Integração e Práticas Interativas. Direito e Fraternidade. Realiza as atualizações da página Direito e Fraternidade, desde 2015, UNIVEM/Marília/Brasil.

<sup>2</sup> Advogado. Professor, Coordenador do Mestrado em Direito e Pró-Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão no UNIVEM/Marília, Professor e foi Chefe de Gabinete na PUCSP. Advogado. Mestrado e Doutorado em Filosofia do Direito pela PUC-SP. Pós-Doutorado pela Universidade La Sapienza, Roma. Líder do Grupo de Pesquisa: GEP Grupo de Estudos e Pesquisas - Direito e Fraternidade - Univem. Membro do Conselho Editorial da Revista EM TEMPO e da Revista de Direito Brasileira - RDBras, do CONPEDI.

<sup>3</sup> Doutor em Direito do Estado pela PUC-SP/Brasil. Mestre em Direito pela Universidade de Marília/SP. Professor da graduação e do Mestrado em Direito no Centro Universitário Eurípedes de Marília/SP. Professor da graduação e pós-graduação das Faculdades Integradas de Ourinhos/SP. Procurador do Estado de São Paulo.

<sup>4</sup> Mestranda em Teoria do Direito e do Estado no Programa de Mestrado no UNIVEM Marília SP/Brasil. Pós-graduanda em Direito Tributário na Faculdade LEGALE/São Paulo SP/Brasil. Pesquisadora dos temas “tributos e sustentabilidade” e “Direito e psicologia”. Bolsista CAPES no Programa de Mestrado no UNIVEM/Marília SP. Conciliadora voluntária na Vara Única na Comarca de Pompeia SP.

Resumo: A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) tem aplicação subsidiária e supletiva, em caso de omissão, pelo Direito Processual Civil (NCPC), no artigo 15. Entretanto, a adaptação do NCPC em face da CLT deve ser observada com o pressuposto da compatibilidade, bem como os princípios gerais do Direito Processual do Trabalho. Nesse sentido, destaca-se a dinâmica da inversão do ônus da prova, perante o §§1º e 2º do artigo 373 do NCPC, este com aplicabilidade na CLT, na finalidade de demonstrar a problemática que envolve: o momento processual adequando em que o juiz do trabalho poderá inverter o ônus probante e, ao mesmo tempo, garantir o princípio do contraditório e da ampla defesa. Portanto, a proposta do presente estudo consiste na análise crítica, com base nos métodos dedutivos e averiguações bibliográficas do pressuposto da teoria geral da prova no NCPC e, posteriormente, na justiça do trabalho, para garantir maior possibilidade ao magistrado do convencimento motivado sobre os fatos trazidos nos autos e provados. A pesquisa se desenvolveu pelo método hipotético-dedutivo, com abordagem qualitativa e com objetivos exploratórios.

Palavras-Chave: Código de Processo Civil. Dinâmica da inversão do ônus da prova. Provas. Processo do trabalho.

Abstract: The Consolidation of Labor Laws (CLT) has a subsidiary and supplementary application, in case of omission, by Civil Procedure Law (NCPC), in article 15. However, the adaptation of the NCPC to CLT should be observed with the assumption of compatibility, as well as the general principles of Labor Procedural Law. In this sense, the dynamics of the reversal of the burden of proof, under paragraphs 1 and 2 of article 373 of the NCPC, is applicable, in order to demonstrate the problem involved: the procedural moment in which the can reverse the burden of proof and, at the same time, guarantee the principle of adversary and ample defense. Therefore, the proposal of the

present study consists of the critical analysis, based on the deductive methods and bibliographical investigations of the assumption of the general theory of the proof in the NCPC and, later, in the justice of the work, to guarantee greater possibility to the magistrate of the conviction motivated on the facts brought in the records and proved. The research was developed by the hypothetical-deductive method, with a qualitative approach and with exploratory objectives.

Keywords: Evidences. Code of Civil Procedure. Process Work. Dynamics of Burden of Proof Inversion.

## INTRODUÇÃO



Neste Direito Processual Civil, vários são os institutos que afirmam novas interpretações; bem como novos procedimentos. Além disso, também, verificar-se seus reflexos em outros ramos da ciência do direito, por exemplo, na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).

Nessa perspectiva, o presente estudo em primeiro momento buscará demonstrar breves conceitos sobre a teoria geral das provas e do processo e, posteriormente, verificará como o Direito do Trabalho é estabelecido dentro desses institutos.

Em segundo momento, passará a destacar os novos procedimentos estabelecidos pela Instrução Normativa n. 39 de 2015, do pleno do Superior Tribunal do Trabalho (TST) e, também, no que tange a Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI n.º 5516, e os seus reflexos ao processo do trabalho.

Nessas considerações, posteriormente, destacar os §§1 e 2º do artigo 373 do NCPC referente à distribuição dinâmica do ônus da prova nos ramos dos direitos: civil e do trabalho, principalmente, a discussão correspondente ao momento processual na justiça do Trabalho.

Por fim, pelo levantamento bibliográfico e a análise crítica, com base no método dedutivo foram sintetizadas diferentes interpretações quanto à inversão dinâmica do ônus da prova na CLT, entretanto, pela necessidade do convencimento motivado do juiz e da maior possibilidade de uma das partes em produzir a prova, registra-se um possível momento, considerando-o mais adequando.

## 1 CONSIDERAÇÕES DA TEORIA GERAL DAS PROVAS

A doutrina, ainda, diverge sobre o conceito da prova. A prova seria tudo aquilo que puder influenciar na formação da convicção do juiz e, posteriormente, de forma motivada acolher em parte ou no todo o pedido do autor, bem como rejeitar.

Para Gonçalves (2016, p.21), “Em síntese, as provas são os meios utilizados para formar o convencimento do juiz a respeito da existência de fatos controvertidos que tenham relevância para o processo”.

Nessa análise, pode-se observar que não pode a prova visar qualquer ato ou fato, mas que tenham relevância para caso concreto de forma; direta, imediata com o fato, e indireta ligada a um fato distinto, e ao mesmo tempo, por meio de induções e raciocínios, possa chegar a concluir pela sua existência de acordo com o fato a ser provado, ambos na pretensão ali colocados ao juiz<sup>5</sup>.

Para Dinamarco, o conceito de prova está associado a um conjunto de ação, para a busca da verdade<sup>6</sup>. Para Leite (2011, p.

---

<sup>5</sup> Nesse sentido, também, afirma Cassio Scarpinella Bueno: Não é qualquer fato que precisa ser provado em juízo. Objeto da prova recai sobre os fatos relevantes e os pertinentes para formação da convicção do juiz diante dos limites objetivos e subjetivos da postulação, estabilizada no momento do saneamento (art. 329, II). Estes fatos, não por acaso, são aqueles mesmos que, desde o saneamento e a organização do processo, devem ser explicados nos termos do inciso II do art. 357. (BUENO, 2015, p. 314).

<sup>6</sup> Na dinâmica do processo e dos procedimentos, prova é um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto

573), o conceito jurídico processual de prova está associado à existência de fato, o convencimento do juiz, e os meios de provas, de modo que, “pode-se dizer, portanto nessa perspectiva tradicional, isto é, do Estado Liberal, que prova, nos domínios do direito processual, seria o meio lícito para demonstrar a veracidade ou não de determinado fato com a finalidade convencer o juiz acerca da sua existência ou inexistência”.

Nessa linha, é de grande valia ressaltar, que a prova, também, está associada à sua exigência, daquilo que pretende provar, ou seja, a busca pela verdade em que está embasado por sua confiabilidade, probabilidade e certeza. Marcelo Cristiano Pendeza, ressalta quanto à sua exigência na instrução processual é a busca da verdade daquilo que não presenciou, sendo o que ocorre, quando há apresentação de fatos opostos, “faz-se necessário a sua prova para se ter um pronunciamento judicial de acordo com a verdade”, ou seja, “julgamento não pode ser baseado na convicção subjetiva do julgador em relação aos fatos, tendo em vista que as suposições e impressões pessoais sempre estarão à mercê do erro”. (PENDEZA, 2014, p. 35).

A doutrina registra que a prova não deve ser confundida como meio de prova, pois estes são considerados instrumentos, ou seja, técnicas processuais trazida pela lei processual civil, e que estas são avaliadas como úteis, para que o juiz possa ter conhecimento do objeto da prova, fatos relevantes e pertinentes.

O NCPC, registra-se quais são os meios de provas: Da Ata Notarial (artigo 384); do Depoimento Pessoal (artigos 385 a 388); da Confissão (artigo 389 a 395); da Exibição de

---

aos fatos relevantes para o julgamento. Mas nem sempre a prova é necessária sob pena de o fato ser havido por inexistente. Em princípio, a prova só é necessária em caso de controvérsia sobre sua ocorrência ou inoocorrência, não sendo dependentes de prova as alegações feitas por uma parte e não impugnadas por outra (inclusive quando o réu é revel ou quando confessa): executadas as ressalvas postas pela própria lei, o fato incontroverso ou confessado é aceito pelo juiz como existente (arts. 302, 319, incs. I-II). Também são aceitos sem provar, ainda que controvertidos entre as partes, os fatos de conhecimentos geral, chamados notórios (art. 334, inc. I). (DINAMRICO, 2002, p. 45).

Documento ou Coisa (artigos 396 a 404); da Prova Documental (artigos 405 a 441); da prova pericial (artigos 464 a 479); da inspeção judicial (artigos 481 a 484) e da prova emprestada no artigo 372.

Convém registrar, que os meios de provas devem ser analisados sob a ótica da sua ilicitude, uma vez que, os meios de prova não podem estar contaminados pela imoralidade, tornando-os ilegítimos. Observa Greco Filho (2009, p. 199) que “tal condição vale não apenas para os meios de prova não previstos no Código, mas também para os meios expressamente disciplinados, os quais devem atender aos princípios da moralidade e lealdade”.

A Constituição Federal de 1988, especificadamente, em seu inciso LVI artigo 5º estabelece um dos princípios constitucionais, o da Proibição da Prova Obtida ilicitamente, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Assim, afirma-se que as provas ilícitas devem em tese ser desconsideradas. Em âmbito penal, fala-se também em “frutos da árvore envenenada”, ou seja, a comunicação do vício da ilicitude, que, posteriormente, tem-se a ilicitude por derivação.

Nesse entendimento constitucional, o NCPP em seu artigo 369 registra o princípio da atipicidade da prova ao afirmar “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” (grifo nosso).

O NCPC ao mencionar os meios moralmente legítimos, pode-se entender como a proibição de provas ilícitas e as obtidas por meios ilícitos. Para o Direito do Trabalho, fala-se em determinados casos concretos, da possibilidade da mitigação do princípio da proibição da prova obtida licitamente, pelos paramentos dos princípios da proporcionalidade e/ou razoabilidade<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> [...] segundo o qual não se deve chegar ao extremo de negar validade a toda e

Nessas considerações, Cássio Scarpinella Bueno, relata quanto às questões envolvendo as provas obtidas por meio ilícito e o princípio da proporcionalidade. Bueno (2011, p. 276), leciona que, como se trata de princípios constitucionais, o exame de cada caso concreto pode conduzir a necessários temperamentos e mitigações da rigidez, de modo que, a prova obtida por meios ilícitos pode acabar sendo admitida em juízo. Para tanto, faz-se necessário o uso do chamando “princípio da proporcionalidade”, mas “nunca, entretanto, a prova ilícita, que deve ser entendida como totalmente proscribita do ordenamento jurídico brasileiro”. (BUENO, 2011, p.276).

Percebe-se que, ainda, há algumas discussões no que se refere ao conceito de prova e provas ilícitas. Entretanto, pode-se observar que o direito de produzir prova é dado às partes e ao juiz, mas, sempre, observando os princípios do contraditório, isonomia da moralidade etc. na finalidade de promover um à decisão motivada justa.

## 2 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

O Direito do Trabalho no Brasil teve influência com aparição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1919, e a elaboração das leis trabalhistas, que ocorriam na Europa que, conseqüentemente, incentivaram a mudança social e a criação de novas normas no país (MARTINS, 2011 p.10).

Nessa vereda, no âmbito interno, ocorreram mais reivindicações por meio de greves, a política trabalhista desenvolvida por Getúlio Vargas e a tutela em níveis constitucionais, como, por exemplo, a Constituição de 1934, como ideia de pluralismo sindical, ou seja, autorização concedida para criação, na mesma

---

qualquer prova obtida por meios ilícitos, como por exemplo, uma gravação sub-reptícia utilizada por empregada que deseja fazer prova de que fora vítima de assédio sexual pelo seu empregador ou superior hierárquico, sem o conhecimento deste (LEITE, 2011, p.582).

base territorial, de mais de um sindicato, entre outras manifestações (DELGADO, 2011, p.108).

Diante dos breves relatos, entende-se que as transformações supramencionadas propiciaram a existência de várias normas trabalhistas, de assuntos variados e de formas distintas. A partir isto, houve a necessidade de unificar as regras e, para tal, foi editado o decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, que teve a aprovação da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), tratando-se, então, não de um código, mas, sim, da reunião, consolidação das leis.

Compreende Nascimento (2013, p. 52) que a CLT, embora seja um marco em nosso ordenamento jurídico, “tornou-se obsoleto, surgiu a necessidade de modernização das leis trabalhistas, especialmente, para promover as normas sobre direitos coletivos, dentre os quais as de organização sindical, negociação coletiva, greve, também, é omissa sobre direitos de personalidade do trabalhador”. (NASCIMENTO, 2013, p. 52).

O Direito Processual do Trabalho é estabelecido na CLT, em especial, a partir do artigo 626, e rege seus princípios e regras próprias e autonomia em face do processo comum. Pela natureza jurídica de direito público do processo trabalhista, pode-se afirmar que o processo do trabalho não afasta a possibilidade de outros ramos de direitos. Para tanto, afirma própria a CLT em seu artigo 769 “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”.

Ainda, nessas reflexões Garcia afirma (p.1), que “o processo, na atualidade, é entendido como o instrumento por meio do qual a jurisdição é exercida, objetivando-se alcançar os escopos de atuação e aplicação do direito material, alcançando-se, assim, a pacificação dos conflitos que ocorrem na vida em sociedade”.

Na teoria geral do processo, o processo tem como um dos objetivos, harmonizarem os institutos e as garantias,



consequentemente, forma-se o sistema processual, nesse passo, a teoria registra quatro institutos considerado pela doutrina como fundamentais: jurisdição, ação, defesa e processo; e a referida teoria ao mesmo tempo estabelece a cada um dos institutos, suas funções, os conceitos que são desenvolvidos dentro do próprio sistema processual (DINAMARCO; LOPES, 2016, p.16).

No direito processual em si e, também, em seus outros ramos do direito, em participar, é composto por: na estrutura; pela representação do poder que a desempenha, pelas posições dos indivíduos e pelas formas; com um conjunto de situações jurídicas difíceis e subjetivas que por consequências expande em atos direcionados à objetividade que está preexistente, e que terá relação ao legado de uma tutela jurisdicional da razão (DINAMARCO e LOPES 2016, p. 16).

Nesse sentido, registram Dinamarco e Lopes (2016, p.16, grifo dos autores), “Tudo que se diz a respeito do processo comporta distinções e especificações conforme a análise se dirija ao processo civil, trabalhista, eleitoral, administrativo, penal, legislativo ou mesmo não estatal”.

Nessas considerações, o processo do trabalho é autônomo, porém, a própria CLT possibilita a complementaridade com base no aspecto da compatibilidade, entretanto, não só com as regras, mas, também, com os princípios gerais do processo do trabalho, para tal, recentemente o Novo Código de Processo (NCPC) Lei 13.105 de 16 de março de 2015, colocou em discussão a revogação do artigo 769 da CLT, pelo instituto da revogação expressa.

A problemática, encontra-se em face do artigo 15 do NCPP, ao aduzir que “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”. Isto por que, o artigo não mencionou a indispensabilidade da palavra “compatibilidade”, na aplicação do Direito Processual

Civil aos processos trabalhistas.

Tem-se, que “diante disso é que alguns autores começaram a interpretar a nova norma conferindo-lhe caráter amplo, compreendendo que o Direito Processual Civil é naturalmente compatível com o Processo do Trabalho, merecendo aplicação em todo e qualquer caso de omissão da CLT”. (LORENTZ, 2016. p.1).

Porém, em decisão recente, o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho (TST), diante, de algumas dúvidas doutrinárias em face do NCPC perante Direito Processual do Trabalho, aprovou a Instrução Normativa n. 39/2016, sobre as categorias: não aplicáveis, aplicáveis e aplicáveis com ressalva.

O TST afirmou a corrente considerada majoritária pela doutrina, defendida entre outros, pelo autor Mauro Schiavi. Este afirmava que o NCPC é aplicável na CLT em caso de omissão total ou parcial observando a compatibilidade, a principiologia do direito do trabalho, em cada caso (SCHIAVI, 2015, p. 1-2).

Assim, trata-se de lacuna na CLT, o NCPC ao mencionar o termo supletividade está relacionada à complementaridade e ao aprimoramento, na finalidade de alcançar a eficácia e a justiça. Entretanto, a subsidiariedade significa aplica o NCPC quando a própria CLT não disciplina tal material na análise do caso concreto, por exemplo, ordem preferencial de penhora, artigo 837 aos 853 do NCPC<sup>8</sup>. Assim, não houve revogação do artigo 769 e 889, da CLT (SCHIAVI, 2015, p.2).

Por fim, pode-se observar que o Direito Processual do

---

<sup>8</sup> Posto isso, a moderna doutrina vem defendendo um diálogo maior entre o processo do trabalho e o processo civil, a fim de buscar, por meio de interpretação sistemática e teleológica, os benefícios obtidos na legislação processual civil e aplicá-los ao processo do trabalho. Não pode o juiz do trabalho fechar os olhos para normas de Direito Processual Civil mais efetivas que a Consolidação das Leis do Trabalho, e, se omitir sob o argumento de que a legislação processual do trabalho não é omissa, pois estão em jogo interesses muito maiores que a aplicação da legislação processual trabalhista. O Direito Processual do Trabalho deve ser um instrumento célere, efetivo, confiável e que garanta, acima de tudo, a efetividade da legislação processual trabalhista e a dignidade da pessoa humana. (SCHIAVI, 2015, p. 9-10).

Trabalho, encontra-se dentro do sistema processual composto pela teoria geral do processo, afirmando os seus princípios: a segurança jurídica, a ampla defesa e ao contraditório etc. e, também, como um dos ramos da ciência do direito, o processo do trabalho é autônomo que possui regra própria e princípios.

Entretantes, pela IN 39/2016 do TST a artigo 15 do NCPC não revogou o artigo 869 da CLT, com isto é possível afirma que o processo comum pode ser aplicado no processo do trabalho de forma supletiva e subsidiariamente, pelas observações da compatibilidade da CLT, cuja finalidade entre um diálogo entre as fontes que possibilitem maiores celeridade e efetividades na tutela jurisdicional.

### 3 INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 39 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST)

A IN n. 30/2017, foi edita pelo Pleno do TST sobre a aplicação de alguns artigos do NCPP em face da CLT que causaram grandes dúvidas, em especial, no Direito Processual do Trabalho, após a entrada em vigor em 16 de março de 2015 do NCPC.

Em primeiro momento, os juristas, pesquisadores etc., do Direito começaram apontar o aspecto da necessidade do poder judiciário posicionar o que seria aplicado na CLT, por exemplo, a inversão do ônus da prova (art. 373, §º1ao 3º, NCPC), audiência de conciliação ou de mediação (art.334, NCPC), prazo para contestar (art.335, NCP), entre outros.

Assim, um dos pontos ressaltado, está relacionado o Princípio da Segurança Jurídica estabelecido pela CF/88 de forma implícita em seu artigo 5º XXXVI “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, isto por que, o Estado democrático de direito deve garantir a estabilidade e a harmonia nas relações jurídicas.

Nesse sentido, como ficaria o Direito Processual do

Trabalho sobre a possibilidade de conduzir vários processos, diante, de procedimentos variados? E a segurança jurídica nas relações?

Nessas considerações, o TST com várias considerações e, ainda, de forma não exaustivas estabeleceu sobre as características de aplicáveis e a inaplicáveis em observância com o compromisso aos princípios constitucional da ampla defesa, do contraditório, bem como do devido processo legal.

Nesse sentido, Bueno afirma, sobre os princípios acima mencionados, especificamente, no Direito Processual Civil: (2015, p.39, grifo do autor) “Eles ocupam-se especificamente com a conformação do próprio processo, assim entendido o método de exercício da função jurisdicional”.

Entretanto, a referida IN provocou uma discussão sobre a indagação se poderia o TST editar normas limitadoras, diante, da falta de competência constitucional e/ou legal.

Nessa vereda, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho -(Anamatra) ajuizou a Ação direta de Incondicionalidade (ADI) n. 5516 perante o Supremo Tribunal Federal (STF) requerendo a declaração de nulidade, por vício formal e material de inconstitucionalidade da instrução.

Os fundamentos jurídicos e principiológicos, entre outros, da ADI n.5516 é sobre a violação do artigo 22, I, da CF/88, alegando a invasão da competência federal, o art. 5º, II, da CF, com base no princípio da reserva legal e o art. 96, I, “a”, que estabelece aos Tribunais a competências a possibilidade de editar norma, porém o Regimento Interno sobre matérias correspondente ao Tribunal. Este ao editar IN estaria violando ao princípio da independência dos magistrados, art. 95, I, II e III da CF/88 e o artigo 5º, incisos XXXVII e LIII (ANAMATRA, 2016, 1-2).

Portanto, afirma Anamatra (2016, p.2), que “devia o TST, no máximo, ter editado enunciados ou expedido recomendação, para que os juízes e Tribunais observassem o

entendimento que a Comissão de Ministros compreendeu que seria o mais adequado e correto” e, não realizar “a edição de uma Instrução Normativa, que submete os magistrados à sua observância, como se fosse uma lei editada pelo poder legislativo”.

Destaca-se, sem prejuízo de outros artigos, que a artigo 15 do NCPC, perante a ADI n. 5516 em face dos artigos 769 da CLT deve ser entendido e interpretado ao tempo da condução do processo bem como sua utilização de procedimentos, assim, os juízes tanto em âmbito do 1º e 2º grau pela tem a independência funcional em funções ao decidir em cada fase dos autos do processo, e, a partir de, então, analisar pela aplicação do NCPC ou não. Posteriormente, a jurisprudência começaria a posicionar-se, e só, então, o TST faz necessário a editar “súmula” ou “orientações jurisprudência” para ser notada pelo âmbito da Justiça do Trabalho (ANAMATRA, 2016, p.5).

Em análise, o Leone Pereira na palestra organizada pela Organização da Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo cujo tema: “Repercussões do Novo CPC no Processo do Trabalho”, demonstra sua preocupação no que tange o afastamento do artigo 769 da CLT, pelo artigo 15 do NCPP, afirmando, ainda, que perante IN n.º 39 “alguém precisa se posicionar” e que os juízes têm o livre convencimento motivado, analisando as provas, fatos etc., julgarem e promoverem uma decisão fundamentada. Assim, discorda da ideia que vem sustentando perante do CLT e NCPC, que os juízes teriam a liberdade de atuação processual, ou seja, sequencia de atos processuais (PEREIRA, 2015).

Registra-se, ainda, caso a ideia do TST em editar ao IN n. 39 foi para trazer uma uniformidade de atuação com base no princípio da ponderação de interesse para ele “já basta”, mas, lembra que nada impede que o TST, posteriormente, vem voltar a fazer outros posicionamentos (PEREIRA, 2015).

Ainda, nesses apontamentos o TST registrou

posteriormente a publicação da IN n. 39 do TST<sup>9</sup>. Tem-se, uma discussão complexa perante a edição da IN n.º 39/2016, pois segundo a ANAMATRA o Tribunal não teria competência em legislar em âmbito federal, entretanto, o TST e doutrina afirmam que não poderia a Justiça do Trabalho ficar inerte, não se posicionar, diante, das dúvidas que causaram nos procedimentos a serem seguidos no processo do trabalho, conseqüentemente, sofrendo uma insegurança jurídica.

Por fim, o que se verifica para momento é aplicação da IN n. 39 de 2015, no Direito Processual do Trabalho e aguardar a decisão do STF sobre constitucionalidade ou incondicionalidade da ADI n.º 5516, bem com posicionamento da doutrinária. Ademais, registra-se que a nosso ver, pelas considerações acima registra, o posicionamento do TST, bem como da ressalva do doutrinador Leone Pereira ser mais recomenda para Justiça do Trabalho, diante, da possibilidade da insegurança jurídica pela as sequencia de atos processuais.

#### 4 APLICAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA DO NCPP NO DIREITO DO TRABALHO

No Direito Processual do Trabalho o momento para acolher as provas é na instrução, fase do processo de conhecimento, assim, o juiz irá observar os fatos narrados tanto pelo autor como o do réu. Registra-se que a autores que falam em uma demarcação da referida instrução, assim, fala-se na instrução que abrange provas e alegações ou a instrução que abarca só as provas (LEITE, 2011, p.573).

---

<sup>9</sup> "Assim, o Tribunal assumiu sem titubear a sua missão institucional de pacificar a aplicação do direito laboral". Ives Gandra Filho lembra que em outras ocasiões o Tribunal também agiu com esse mesmo intuito, ao editar, em 1999, Instrução Normativa 16, sobre agravo de instrumento, e Instrução Normativa 17, sobre recurso de revista, em face de inovações no antigo CPC, e, em 2015, com as Instruções Normativas 37 e 38, sobre a aplicação da Lei 13.015/2014 à uniformização de jurisprudência em recursos repetitivos no âmbito do TST e TRTs (NOTICIA DO TST, 2015, p.1).

Entretanto, conforme o artigo 848 da CLT é na sentença que o juiz irá apreciar as provas e as alegações pelo seu convencimento motivado<sup>10</sup>. Outrossim, nota-se que as partes têm o direito de produzirem provas sobre o prisma do contraditório e da ampla defesa, entretanto, é possível verificar que a CLT não estabelece de forma ampla os procedimentos a serem seguindo, utilizando-se do direito processual comum, e nessa situação a lei processual civil, diante, da aplicação subsidiária do artigo 769 da CLT e do artigo 818 da CLT estabelecem que “a prova das alegações incumbe à parte que as fizer”.

Nesse contexto, o NCPP em seu artigo 373 estabelece que ao autor cabe provar o fato constitutivo e ao réu o impeditivo, modificativo ou extintivo. Para Gonçalves (2016, p. 26), “isso é de suma importância, porque o juiz fica adstrito, ao proferir o julgamento, aos fatos alegados pelas partes. Ele não pode tomar em considerações fatos que não tenham pelas partes. Ele não pode tomar em considerações fatos que não tenham sido invocados por elas”.

Assim, as partes não têm o dever de produzir prova, porém a partir do momento que a fizer terá o ônus de fazê-las. Nesse sentido, especificadamente, passa-se analisar a artigo 373, §§ 1º 2º, uma que pela IN n.º 39 do TST é aplicável a CLT, entretanto, os §§ 3º e 4º não seria aplicável, uma vez que, não é permitido na Justiça do Trabalho as partes convencionarem a “distribuição diversa do ônus da prova”.

Os §§ 3º e 2º têm por base o Instituto da Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, ou seja, a inversão da produção de provas por modificações apenas: legal ou judicial, para o Direito Processual do Trabalho, a quem melhor passo produzir. Registra a autor Gonçalves (2016, p.28) sobre a questão de

---

<sup>10</sup> CLT. Art. 832 - Da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão. § 1º - Quando a decisão concluir pela procedência do pedido determinará o prazo e as condições para o seu cumprimento. § 2º - A decisão mencionará sempre as custas que devam ser pagas pela parte vencida.

modalidade de inversão “ela pode ter três origens distintas: legal, convencional ou judicial. Nas três hipóteses o resultado será o mesmo, a alteração da distribuição legal do ônus”.

As considerações a distribuição dinâmica da prova está associada e evolução do direito. Leciona Medina (2015, p. 373), que a sociedade e o direito material encontram-se em intensa transformações, razão pela qual a regra geral disposta no artigo 373 não pode ser aplicado de modo inflexível, a qualquer hipótese. Esclarece Medina que “excepciona-se a regra geral e permite-se a distribuição dinâmica do ônus da prova quando, presentes certas circunstâncias, uma das partes estiver em melhores condições de produzir a prova que a outra”. (MEDINA, 2015, p.373).

Nessa análise, a regra clássica da distribuição do ônus da prova é aquela em que o juiz verificando o caso concreto e observando a hipossuficiência, porém não apenas econômica, mas, a de informação e a técnica. E, também, a verossimilhança a qual está associada à presunção da realidade, a verdade. Registra-se que um requisito não depende do outro. Diante disso, o juiz procederá inverter nus da prova, diante, da não possibilidade da outra parte não conseguir fazê-la (GONÇALVES, 2016, p. 31).

A referida regra tem embasamento legal no Código de Defesa do Consumidor (CDC), em especial no artigo 6º, VIII, ao tratar como direito básico do consumidor a facilitação da defesa de direito com a inversão do ônus da prova<sup>11</sup>. No Direito Processual do Trabalho tem como exemplo a inversão do ônus probante, nos casos envolvendo o assédio sexual ou moral, assim, o reclamante poderá ser dispensado corresponde às alegações, e o juiz verificando os indícios, a prática do ato e a conduta abusiva, com isto o empregador cabe caberá provar (BOLDINI, 2013, p. 172-173).

---

<sup>11</sup> Art. 6º São direitos básicos do consumidor: VIII - 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;



Outras modificações são as judiciais e as legais, previstos nos §§ 2º e 3º do artigo 373 no NCPC, o qual foi expressamente estabelecido no NCPC, uma vez que, já vinha sendo aplicado ao processo, porém não era previsto em lei. Pelo critério objetivo, é regra de julgamento, então, o momento processual da inversão do ônus da prova seria na sentença e, assim, o juiz teria maior possibilidade da valoração das provas produzidas nos autos do processo e, posteriormente, de forma fundamentada afirma se foi suficiente ou não para criação do seu convencimento (GONGALVES, 2016, 32).

No critério subjetivo, é por meio da distribuição legal do ônus que as partes poderão saber antes do julgamento a quem caberá produzir determinada prova, conseqüentemente, não ocorrendo uma surpresa na sentença. Assim, com base no princípio do contraditório caso juiz faça a inversa do ônus da prova, o momento seria na decisão de saneamento, ou seja, na fase postulatória ou da instrução do processo através do despacho saneador (GONGALVES, 2015, p.33).

Sob essa concepção, afirma Medina (2015, p. 373) “[...] o ônus da prova é regra de julgamento, mas, tendo em vista que esta regra não é aquela que é ordinariamente utilizada, deve a parte contra a qual se inverteu o ônus da prova ser informada de que se observará tal alteração”. Entretanto, no Direito Processual do Trabalho, diante, da possibilidade de aplicação do NCPC com base na IN n.º 39 qual seria o momento adequado para o juiz posso a dinâmica da inversão o ônus probante? Antes da audiência de instrução ou na prolação da sentença (PEREIRA, 2016). O porquê está relacionado nos procedimentos e na dinâmica da audiência trabalhista, pois pela não existência do despacho saneador, uma vez que, em regra as audiências são unas no processo do trabalho e ao juiz cabe fracionar ou não, artigo 765 da CLT. Ainda, não existe um entendimento pacífico na doutrina<sup>12</sup> (LEITE, 2011, p. 603).

---

<sup>12</sup> Parece-nos, porém, que por se regra de julgamento, cabe ao juiz, na sentença,

Em posição contrária, Baldini (2015, p. 135-136) afirma que pela busca da verdade real e pela possibilidade da parte que agregou ônus probante obter meios para produzir, poderá o juiz na audiência de instrução, caso seja uma, adiar para promover o contraditório e evitar surpresa<sup>13</sup>. Na análise do NCPC registra que a dinamização da inversão do ônus da prova está relacionada a uma questão de procedimento o inciso III do artigo 357 “Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo [...] definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373[...]”. Entendo-se que é uma decisão antes do início da fase de instrução, bem como da produção da própria prova em questão (BUENO, 2016, p. 315).

Nessas afirmações registra Bueno (2015, p. 315), que o CPC de 2015 consagra o “tema, destarte, como regra de procedimento, e não, como pensam alguns no âmbito do CPC de 1973, como regra de julgamento. É mais um caso em que o modelo de processo cooperativo é concretizado por regra do próprio CPC 2015”.

Conforme as considerações acima mencionadas, verifica-se que a questão do momento processual da dinamização do ônus da prova, tanto no Direito Processual Civil como no Direito

---

fundamentar (CF, art.93, IX) a respeito de quem era o *onus probandi*, informando, inclusive, a razão que levou a inverter o ônus probatório. Afinal, tal declaração, além de atender ao princípio da fundamentação das decisões judiciais, encontra-se em sintonia com os princípios do devido processo legal e da ampla defesa [...] a declaração de inversão do ônus da prova pode ocorrer até mesmo no julgamento da demanda na instância ordinária [...] (LEITE, 2011, p. 603).

<sup>13</sup> A audiência de instrução poderá, inclusive, ser adiada em razão da dinamização, para garantir que a parte onerada pela técnica tenha oportunidade de produzir provas de acordo com a nova regra. Ainda que haja certo prejuízo ao princípio da celeridade processual, entendemos que, neste caso, deverá ser dada prevalência aos princípios constitucionais processuais do contraditório e da ampla defesa, bem como ao escopo social do processo, buscando-se ao um julgamento pautado nas provas efetivamente realizadas, e não na aplicação de regras formais de distribuição dos encargos. Entre a celeridade processual e a justiça da decisão de mérito, em nosso entendimento, está última deverá prevalecer. (BOLDINI, 2015, p.135-136).

Processual do Trabalho, ainda, não é pacificada o entendimento se seria regra de julgamento ou de procedimento e a partir disso afirma qual momento adequado o juiz pode fazer a dinamização.

Para o Direito Processual do Trabalho, entendemos conforme o exposto, em garantia do princípio do contraditório e da ampla defesa o juiz em caso de audiência uma poderá postergar observando a impossibilidade de uma das partes em produzir provas incubando a que melhor tem capacidade de forma fundamentada, dinâmica da inversão ônus da prova, ou no caso de audiência fracionada fazer na audiência de conciliação.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em 18 de março de 2016 entrou em vigor o Novo Código de Processo Civil Lei 13.105 de 2015, porém mesmo no período de *vacatio legis*, 1 ano, já era possível observar discussão sobre a aplicabilidade ao Direito Processual do Trabalho. Verificaram-se sobre alguns parâmetros, em especial ao instituto das provas, os reflexos que casou na Justiça do Trabalho.

O pleno do Tribunal Superior do Trabalho, com considerações, editou a Instrução Normativa n. 39 de 2015, que registra o que é aplicado e não aplicável a CLT. Diante disso, afirma que o artigo 15 do NCPC não revogou de forma expressa a artigo 769 da CLT, que possibilita em caso de omissão a aplicação subsidiária do direito processual comum e, também, registrou pela aplicação da compatibilidade coma CLT e os princípios gerais do Direito Processual do Trabalho.

Ainda, pode-se interpretar, que o instituto das provas no Direito do Trabalho não comporta pela convenção das partes a distribuição diversa do ônus da prova. Entretanto, afirmou pela aplicação do instituto na modalidade judicial e legal. Porém, constou que na doutrina não é pacificado em qual momento adequado, o juiz de forma fundamentada, e com base na possibilidade da parte encarregada da incumbência do ônus probante

produzir, poderá fazer a distribuição dinâmica do ônus da prova.

Observou-se, que referida discussão trabalha em conceituar que o ônus da prova seria: regra de julgamento, o momento seria na sentença, em sentido contrário, um procedimento, o momento seria da instrução.

Pode-se verificar uma tendência no que tange ao processo do trabalho pela aplicação na audiência de instrução ou na conciliação, caso seja fracionada. Nesse sentido, tal afirmação parece ser mais acertada, pois ônus da prova como regra de procedimento pela nova visão do NCPC tem como base principiológica a garantia do princípio do contraditório e da ampla defesa, mesmo que em caso da justiça do trabalho o princípio da celeridade seja colocado posterior, pela busca da verdade dos fatos.



## REFERÊNCIAS

- BRASIL. Instrução Normativa nº 39, que dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/documentos/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>>>. Acesso em: 20 de agosto 2017.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- \_\_\_\_\_. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento ordinário e sumário*. 4 ed. ver., atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. São

- Paulo: Malheiros, 2002.
- \_\_\_\_\_. Cândido Rangel. LOPES, Bruno Vasconcelos Carri-  
lho. *Teoria Geral do novo processo civil*. São Paulo: Ma-  
lheiros, 2016.
- \_\_\_\_\_, Candido Rangel. *Instituição de direito proces-  
sual civil*. 3º ed. São Paulo: Malheiros. 2003
- \_\_\_\_\_, ADI n. 5516. *Ação direta de inconstitucionalidade*.  
Disponível em: < [http://redir.stf.jus.br/estfvisualizador-  
pub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProces-  
soEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4977107](http://redir.stf.jus.br/estfvisualizador-<br/>pub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProces-<br/>soEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4977107)>. Dispo-  
nível em: 15 de agosto de 2017.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Considerações sobre a Au-  
tonomia do Processo do Trabalho*. Disponível em:  
[http://www.lex.com.br/doutrina\\_25789636\\_CONSIDE-  
RACOES\\_SOBRE\\_A\\_AUTONOMIA\\_DO\\_PRO-  
CESSO\\_DO\\_TRABALHO.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_25789636_CONSIDE-<br/>RACOES_SOBRE_A_AUTONOMIA_DO_PRO-<br/>CESSO_DO_TRABALHO.aspx)>. Acesso em: 20 de  
agosto de 2017.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de direito  
processual civil*. v. 2: parte de conhecimento (2ª parte) e  
procedimentos especiais. 12 ed. São Paulo, 2017.
- GRECO FILHO. Vicente. *Direito processual civil brasileiro,  
atos processuais a recursos e processos nos tribunais*.  
V.2, 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2009
- LIETE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual  
do trabalho*. 9 ed. São Paulo: LTr, 2011.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil  
comentado: com remissões e notas comparativas ao  
CPC/1973*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- SCHIAVIL, Mauro. *Novo Código de processo civil: A aplicação  
supletiva e subsidiária ao Processo do Trabalho*. 2015.  
Disponível em:< [http://www.tr7.jus.br/escolajudicial/  
arquivos/files/busca/2015/NOVO\\_CO-  
DIGO\\_DE\\_PROCESSO\\_CIVIL-\\_APLICACAO\\_SU-  
PLETIVA\\_E\\_SUBSIDIARIA.pdf](http://www.tr7.jus.br/escolajudicial/<br/>arquivos/files/busca/2015/NOVO_CO-<br/>DIGO_DE_PROCESSO_CIVIL-_APLICACAO_SU-<br/>PLETIVA_E_SUBSIDIARIA.pdf)>. Acesso em 19 de

agosto de 2017.