

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIAS**

BRUNO CARNEIRO DA CUNHA ALMEIDA

**DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO
PROCESSO DO TRABALHO**

**JOÃO PESSOA
2011**

BRUNO CARNEIRO DA CUNHA ALMEIDA

**DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO
PROCESSO DO TRABALHO**

Monografia Jurídica

Área: Direito Processual do Trabalho

Orientador: Prof. MSc. Sérgio Cabral
dos Reis

JOÃO PESSOA
2011

Almeida, Bruno Carneiro da Cunha.

A447d Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho.
/ Bruno Carneiro da Cunha Almeida. – João Pessoa, 2011.
86f.

Monografia (Graduação) – UFPB/CCJ, 2011.
Orientador: Prof. Msc. Sérgio Cabral dos Reis.

1. Ônus da prova. 2. Inversão do ônus da prova. 3. Aptidão para
a prova no processo do trabalho.

CDU – 347.9:331

BRUNO CARNEIRO DA CUNHA ALMEIDA

**DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO
PROCESSO DO TRABALHO**

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. MSc. Sérgio Cabral dos Reis

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

JOÃO PESSOA
2011

A meus pais, Ademário e Verônica.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, pelo dom da vida e por renovar, a cada dia, as minhas forças, guiando-me nas adversidades a serem enfrentadas.

A meus pais, Ademário e Verônica, pelo amor incondicional e ensinamentos indelévels, responsáveis por todas as minhas conquistas – pessoais, profissionais e acadêmicas.

A minhas irmãs, Tatiana e Silvana, por todo o amor e dedicação que me fazem sentir o irmão mais amado do mundo.

A minha namorada, Ana Luiza, pelo amor, companheirismo e compreensão, sobretudo na realização deste trabalho.

A meu orientador, Sérgio Cabral dos Reis, pela confiança, apoio e, principalmente, por aguçar em mim uma visão crítica do processo e uma incessante busca pelo conhecimento jurídico.

A meus familiares e amigos, que me apóiam e incentivam em todos os momentos da minha vida.

A todos que, de algum modo, contribuíram para o cumprimento deste trabalho.

“Ao diuturno contato com as lutas e querelas entre os homens, vim a capacitar-me de que o Direito é algo mais que a norma e que, muitas vezes, há uma inconciliável contradição entre a servil aplicação da lei e a real distribuição de justiça, entre o que é certo, em face da lógica formal, e o que é verdadeiro, à luz dos reclamos da equidade.”

(Mário Moacyr Porto, Estética do Direito)

RESUMO

A presente monografia objetivou abordar a viabilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho. Pretendeu, assim, analisar o conceito, objeto e finalidade da prova, examinando, então, os aspectos gerais acerca do ônus da prova. Abordou, pois, a natureza do ônus, a finalidade das regras sobre o encargo probatório, as principais teorias de distribuição do ônus probatório e o seu tratamento legal. Apresentou, desse modo, os fundamentos que autorizam a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório no direito pátrio, partindo de uma perspectiva constitucional da matéria para, após, examinar o sistema normativa infraconstitucional que ampara a distribuição dinâmica, analisando, ainda, as particularidades do processo do trabalho. Finalmente, estabeleceu critérios de aplicação da teoria e seu modo de exercício no processo, conectando o tema com o conhecido instituto da inversão do ônus da prova, para, ao final, exemplificar a aplicação da teoria quanto a algumas matérias trabalhistas.

Palavras - chaves: ônus da prova; inversão do ônus da prova; aptidão para a prova no processo do trabalho.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. ÔNUS DA PROVA.....	11
1.1. Conceito, objeto e finalidade da prova	11
1.2. Considerações preliminares sobre o ônus da prova	16
1.3. Ônus subjetivo e objetivo da prova	18
1.4. Ônus da prova como garantia do princípio da inafastabilidade da jurisdição..	21
1.5. Teorias sobre a distribuição do ônus da prova.....	24
1.6. Distribuição do ônus da prova na Consolidação das Leis do Trabalho e no Código de Processo Civil	26
2. FUNDAMENTOS DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA.....	31
2.1. Insuficiência da distribuição estática do ônus da prova e apresentação da distribuição dinâmica.....	31
2.2. Ônus da prova e sua conformação constitucional.....	34
2.2.1. Garantia do acesso à justiça e efetividade do processo	35
2.2.2. Princípio da igualdade	38
2.3. Proibição da prova diabólica	41
2.4. Poderes instrutórios do juiz e dever de colaboração.....	43
2.5. Princípios da lealdade e boa-fé processual.....	46
2.6. Necessidade de adequação do ônus da prova ao processo do trabalho.....	48
2.7. Princípio da aptidão para a prova	50
2.8. Conclusão parcial.....	52
3. APLICAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA	54
3.1. Inversão do ônus da prova.....	54
3.1.1. Conceito e modalidades de inversão do ônus da prova	54
3.1.2. Inversão e distribuição dinâmica do ônus da prova	56

3.1.3. Críticas à expressão “inversão” do ônus da prova.....	58
3.2. Critérios de aplicação.....	59
3.2.1. Limites de aplicação da distribuição dinâmica	59
3.2.2. Momento de inversão do ônus da prova e necessidade de observância do contraditório	60
3.2.3. Distribuição dinâmica e motivação judicial.....	64
3.3. Consagração da distribuição dinâmica em projetos de lei	65
3.4. Ônus da prova nas demandas trabalhistas à luz da distribuição dinâmica	67
3.4.1. Relação de emprego.....	68
3.4.2. Extinção do contrato de trabalho	69
3.4.3. Jornada de trabalho	70
3.4.4. Equiparação salarial	73
3.4.5. Vale-transporte	74
3.4.6. Discriminação e assédio moral no trabalho	76
3.4.7. Meio ambiente do trabalho	77
CONSIDERAÇÕES FINAIS	79
REFERÊNCIAS.....	83

INTRODUÇÃO

A noção de prova permeia todas as manifestações humanas, revelando-se instituto de enorme importância no mundo jurídico. Com efeito, mostra-se juridicamente irrelevante a legítima titularidade de um direito se não for possível prová-lo. Por isso, a prova constitui elemento essencial para a efetividade do processo, pois sem ela o Direito não é capaz de fornecer adequada tutela jurisdicional, esvaziando a própria razão de ser do processo.

É por esta razão que se costuma afirmar que a prova é o coração do processo e o estudo do ônus da prova, desse modo, se reveste de igual relevância, como bem retrata Chiovenda ao aduzir que “a disciplina do ônus da prova figura entre os problemas vitais do processo”¹.

Nessa perspectiva, a temática relativa ao ônus da prova implica em definir a quem incumbe o encargo de provar as questões inseridas no processo, cuja importância prática reside, principalmente, nas situações em que o julgador se encontra diante de insuficiência probatória, mas não pode deixar de julgar a demanda, em razão do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição. Trata-se, pois, de instituto imprescindível para o exercício da função jurisdicional, traduzindo valioso instrumento processual posto à disposição do julgador para realização do seu ofício.

Diante disso, torna-se essencial averiguar o tratamento conferido à matéria pelo ordenamento jurídico pátrio. Observa-se, neste aspecto, que a legislação brasileira apresenta regulamentação bastante tímida, eis que reserva apenas dois dispositivos sobre o tema, um posto na Consolidação das Leis do Trabalho (art. 818) e outro inserto no Código de Processo Civil (art. 333). Ademais, tais disposições definem o encargo probatório de maneira prévia, abstrata e apriorística.

Esta distribuição rígida e inflexível do ônus da prova, no entanto, se mostra insuficiente para tutelar as diversas situações de direito material, conduzindo, muitas vezes, a julgamentos injustos. Não raro se vislumbram situações em que o autor não

¹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Vol. II. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 443.

tem condições de provar sua alegação, e o réu, ao contrário, dispõe dos meios de prova aptos a elucidar a questão.

Isto se intensifica no âmbito do Direito Processual do Trabalho, que lida com partes naturalmente desiguais: empregado e empregador. Muitas vezes, o empregado não tem qualquer possibilidade de produzir a prova necessária à proteção do seu direito, enquanto o empregador, ao revés, dispõe dos elementos probatórios aptos a dirimir a controvérsia.

Por isso, ganha relevância a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, que possibilita ao julgador atribuir o ônus probatório à parte que tenha melhores condições de produzir a prova.

O presente trabalho tem por escopo investigar a aplicabilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova no direito brasileiro, notadamente no campo do Direito Processual do Trabalho, que apresenta características próprias decorrentes das relações materiais tuteladas por este ramo processual.

No primeiro capítulo, realiza-se uma prévia abordagem da prova e dos aspectos gerais que envolvem o ônus da prova, definindo a sua natureza jurídica, sua importância e função dentro do processo. Ademais, busca-se explicitar as principais teorias que estabelecem as regras de distribuição do ônus probatório para, então, analisar o tratamento que o ordenamento jurídico confere à matéria.

No segundo capítulo, pretende-se demonstrar a insuficiência do sistema legal vigente acerca do ônus da prova, fundado em regras estáticas e, assim, se apresenta a teoria da distribuição dinâmica. Expõe-se, desse modo, a necessidade de adequação daquelas regras legais aos princípios constitucionais aplicáveis ao tema. Busca-se apresentar, dessa forma, os fundamentos constitucionais e legais que respaldam a aplicação da distribuição dinâmica no direito processual do trabalho.

No terceiro capítulo, finalmente, pretende-se estabelecer a forma de aplicação da teoria, mediante a correlação da distribuição dinâmica e da inversão do ônus da prova. Busca-se fixar, ainda, os limites de aplicação da teoria e a sua forma de exercício no processo. Além disso, aborda-se a adoção expressa da distribuição dinâmica em projetos de lei, notadamente no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Por fim, formulam-se breves considerações sobre o ônus da prova

quanto a determinadas matérias trabalhistas, sob o enfoque da distribuição dinâmica.

Para tanto, o estudo se baseou na vertente dogmático-instrumental, utilizando-se do método dedutivo, mediante o estabelecimento dos paradigmas gerais e sua aplicação aos casos particulares envolvidos no tema. Quanto às técnicas de pesquisa, debruçou-se em fontes bibliográficas, através de pesquisa na legislação e na doutrina, valendo-se, ainda, de ampla consulta jurisprudencial.

1 ÔNUS DA PROVA

1.1 Conceito, objeto e finalidade da prova

A prova é inerente à condição humana, pois todas as escolhas e decisões do indivíduo são precedidas da análise de certas circunstâncias que formam o seu convencimento. No âmbito do processo, a prova tem a importante incumbência de formar o convencimento do julgador, para que este possa resolver o objeto do processo. É por esta razão que Bentham, jurista clássico, afirmou que a “arte do processo não é essencialmente outra coisa senão a arte de administrar as provas”².

Pode-se, num primeiro momento, denominar prova “a todo elemento que contribui para a formação da convicção do juiz a respeito da existência de determinado fato”³.

Assim, a prova pode ser conceituada nos sentidos objetivo e subjetivo, como faz Humberto Theodoro Jr⁴: no sentido objetivo, prova é o instrumento ou meio hábil para demonstrar a existência de um fato; no sentido subjetivo, prova se refere à convicção final do julgador acerca do fato demonstrado.

A doutrina moderna apresenta uma abordagem tripartida de prova.⁵ O termo pode expressar o meio de prova propriamente dito, como a prova testemunhal ou a prova documental (sentido objetivo). A expressão pode, ainda, traduzir o resultado dos meios de prova produzidos (sentido subjetivo). Além disso, o vocábulo pode ser utilizado para designar o ato de provar, significando a atividade probatória.⁶

Qualquer que seja a acepção adotada, essencial atribuir à prova o anseio de busca pela verdade e elucidação do contexto fático em que se insere a demanda, a fim de que se atinja um processo justo, que proporcione a adequada tutela

² *Apud* DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Vol. 2. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 18.

³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Vol. I. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 373.

⁴ THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 421-422.

⁵ “Prova é uma palavra utilizada na linguagem jurídica em vários sentidos. Os principais, reiteradamente citados pela doutrina, são três, embora cada um deles, por sua vez, seja utilizado em mais de um sentido: prova como meio, prova como atividade e prova como resultado.” (GRECO, Leonardo. O conceito de prova. **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 427)

⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Vol. 2. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 43.

jurisdicional.

O direito à prova, nessa perspectiva, há de ser visto como um direito fundamental decorrente das garantias constitucionais do devido processo legal e do contraditório, asseguradas no art. 5º, LV, da Constituição Federal.

O contraditório não se concebe apenas como a garantia de participação, ou seja, de poder se manifestar no processo. Esta é a sua dimensão formal e representa o conteúdo mínimo do princípio do contraditório. Necessário também observar a sua dimensão substancial, concretizada no poder de influência. Não basta que a parte seja ouvida no processo, impõe-se que ela se manifeste em condições de influenciar a decisão do magistrado.⁷

A prova é exatamente o meio pelo qual a parte exerce o poder de influência na decisão, formando o convencimento do julgador através da apresentação dos elementos que retratam a realidade fática sobre a qual a decisão será proferida. Trata-se, pois, da concretização da dimensão substancial da garantia do contraditório, o que confere à prova o caráter de direito fundamental.

Feitas tais considerações sobre a prova, oportuno investigar o seu objeto. Segundo a concepção tradicional, a prova tem por objeto os fatos da causa. Neste sentido se manifestam Moacyr Amaral Santos⁸ e Humberto Theodoro Jr.⁹

Esta afirmação, porém, é criticada na doutrina. Cândido Rangel Dinamarco¹⁰ explica que provar é demonstrar que uma alegação condiz com a realidade. Não se concebe fato verdadeiro ou falso: o fato existe ou não existe, não comportando adjetivações ou qualificações. As alegações, estas sim, podem ser verazes ou mentirosas, e daí a necessidade de prová-las. Assim, o objeto da prova são as alegações das partes acerca dos fatos.

Passada a divergência doutrinária acima, é possível afirmar que as provas recaem sobre matéria fática, tendo em vista que o juiz conhece o direito, conforme famoso brocardo *iura novit curia*.

⁷ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Vol. 1. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p.56.

⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. Vol. 2. 25. ed. rev. e atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Kohnen. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 347.

⁹ THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 421-422.

¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. III. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 58.

Apenas excepcionalmente admite-se prova do direito, notadamente nas restritas hipóteses do art. 337 do Código de Processo Civil: direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário. Nestes casos, havendo determinação do juiz, caberá à parte provar o teor e a vigência do direito alegado.

No processo do trabalho, é possível exigir a prova do direito estrangeiro, por exemplo, nos casos do empregado brasileiro que presta serviços em agência ou filial no estrangeiro (art. 651, §2º, da CLT), tendo em vista que será aplicável a norma trabalhista vigente no país da prestação do serviço, conforme princípio da *lex loci executionis*, adotado na Súmula 207¹¹ do Tribunal Superior do Trabalho.

Portanto, constituem o objeto da prova, em regra, as alegações sobre os fatos. A atividade probatória, porém, não recai sobre todos os fatos, mas “só os fatos relevantes para a solução da lide devem ser provados, não os impertinentes e inconseqüentes”¹².

Eduardo Cambi¹³ apresenta sutil distinção entre pertinência e relevância do fato probando. O fato pertinente é aquele que guarda alguma relação com o que se discute no processo, sendo relevante quando tem a capacidade de influir na decisão. Assim, “o fato é relevante quando a sua investigação é útil, idônea, necessária ou indispensável à solução do conflito de interesses deduzido no processo”¹⁴.

Segundo os autores Didier Jr., Braga e Oliveira¹⁵, o fato probando se caracteriza por ser controvertido, relevante e determinado. Desse modo, o fato probando deve ser controvertido, uma vez que, inexistindo controvérsia quanto aos fatos alegados, a questão se resolve com a mera aplicação do direito; deve ser relevante, na medida em que devem ser provados apenas os fatos que tenham relação ou conexão com a causa, podendo influir na decisão; e deve ser determinado, ou seja, identificado no tempo e no espaço.

Dessa maneira, o art. 334 do CPC determina que não dependem de prova os

¹¹ TST Enunciado nº 207 - Res. 13/1985, DJ 11.07.1985 - Mantida - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Relação Jurídica Trabalhista - Conflitos de Leis Trabalhistas no Espaço - Princípio da "Lex Loci Executionis". A relação jurídica trabalhista é regida pelas leis vigentes no país da prestação de serviço e não por aquelas do local da contratação.

¹² THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 423.

¹³ CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 264-265.

¹⁴ Idem. Ibidem. p. 263-264.

¹⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Vol. 2. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 44-45.

fatos notórios, afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, admitidos como incontroversos e em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Não há dúvidas, portanto, de que os fatos são essenciais para a solução da demanda, já que constituem o pressuposto para aplicação do direito. A prova, assim, assume especial relevância no conhecimento da matéria fática, razão pela qual se mostra oportuno investigar sua finalidade no processo.

Inicialmente, atribui-se à prova o objetivo de encontrar a verdade real a fim de solucionar os litígios. Marinoni e Arenhart explicam que “a descoberta da verdade sempre foi indispensável para o processo. Na realidade, esse é considerado como um dos seus principais objetivos”¹⁶.

Pelo processo, o juiz descobre a verdade dos fatos para aplicar sobre eles a norma apropriada. Trata-se do “juízo de subsunção”, sendo certo que, para que a hipótese prevista na norma seja devidamente aplicada, é imprescindível a adequada reconstrução dos fatos.¹⁷

Posteriormente, a doutrina passou a distinguir verdade real e formal. Por esta última, a verdade é aquela encontrada nos autos, correspondendo uma ficção da verdade. Nessa linha, “cumpre ao juiz ter a reconstrução histórica promovida no processo, considerando o resultado obtido como verdade – mesmo que saiba que tal produto está longe de representar a verdade sobre o caso em exame”¹⁸.

Sustentava-se que o processo penal buscava a verdade real e o processo civil, por lidar com bens menos relevantes, contentava-se com a verdade formal. Essa distinção, no entanto, não pode ser aceita, sendo fortemente rechaçada pela doutrina moderna.¹⁹ Ressalta-se, pois, que o processo civil (e, especialmente, o trabalhista) labora com bens jurídicos igualmente relevantes, lidando com interesses fundamentais da pessoa humana.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 26.

¹⁷ Idem. Ibidem. p. 26.

¹⁸ Idem. Ibidem. p. 31.

¹⁹ “O que não se pode mais aceitar é a suposta vinculação do juiz civil à denominada verdade formal, prevalecendo a verdade real apenas no âmbito penal. Tais expressões incluem-se entre aquelas que devem ser banidas da ciência processual. Verdade formal é sinônimo de mentira formal, pois constituem as duas faces do mesmo fenômeno: o julgamento feito à luz de elementos insuficientes para verificação da realidade jurídico-material.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.16)

Absolutamente superada, pois, a distinção entre verdade real e formal. Há apenas uma verdade: a real, cuja obtenção conduz a uma tutela jurisdicional adequada, atendendo aos princípios de justiça e pacificação social.

Não se pode negar, entretanto, a dificuldade ou até impossibilidade de atingir esta verdade real. Neste sentido, Marinoni e Arenhart alertam:

Embora toda a teoria processual esteja, conforme já visto, calcada na idéia e no ideal de verdade (como o único caminho que pode conduzir à justiça, na medida em que é o pressuposto para a aplicação da lei ao caso concreto), não se pode negar que a ideia de se atingir, por meio do processo, a verdade real sobre determinado acontecimento não passa de mera utopia.²⁰

Com efeito, é impossível descobrir a verdade absoluta sobre o que aconteceu, pois algo pretérito está no campo do ser: existiu ou não. A verdade, em contrapartida, está no campo axiológico (valorativo), na medida em que se conhecem os fatos pelas valorações que as pessoas fazem deles.²¹

Não obstante a verdade real seja inatingível, não se pode retirar da finalidade da prova a busca por essa verdade. Assim é que a atividade probatória tem o objetivo primordial de elucidação da verdade real, mas, em face da impossibilidade de atingi-la, tentará se aproximar ao máximo dela. Isto significa que os sujeitos do processo devem concentrar máximo esforço para alcançar o acerto mais próximo da realidade (verdade possível²²).

Reconhecida a extrema dificuldade ou impossibilidade de se atingir a verdade absoluta, surge uma nova perspectiva para a finalidade da prova. Argumenta-se, dessa maneira, que “o objetivo da prova judicial é dar ao juiz suporte suficiente para que possa convencer-se dos fatos discutidos no processo, proferindo a sua decisão a partir da crença de tê-la alcançado”²³.

Nessa linha, “a função da prova é se prestar como peça de argumentação no

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 33.

²¹ DIDER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Vol. 2. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 73.

²² “Por *verdade possível* entende-se a verdade alcançável no processo, que coloque o juiz o mais próximo possível do que efetivamente ocorreu no mundo dos fatos, o que se dará pela ampla produção de provas, com respeito às limitações legais.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 408)

²³ DIDER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Vol. 2. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 75.

diálogo judicial, elemento de convencimento do Estado-jurisdição sobre qual das partes deverá ser beneficiada com a proteção jurídica do órgão estatal”²⁴.

Conclui-se, então, que a finalidade da prova é se aproximar ao máximo da verdade real, formando o convencimento do juiz para alcançar a certeza necessária à prolação da decisão.

1.2 Considerações preliminares sobre o ônus da prova

Antes de examinar o ônus da prova propriamente dito, revela-se oportuno apresentar a conceituação do ônus, analisando em que categoria jurídica ele se insere dentro da teoria geral do direito.

Francesco Carnelutti²⁵ enquadrrou o ônus como uma situação jurídica passiva, sendo espécie de dever, gênero este em que se insere também a obrigação. O processualista italiano estabeleceu, assim, a distinção entre ônus e obrigação, afirmando que, enquanto a obrigação é a subordinação do interesse do obrigado a interesse de terceiro, o ônus se refere a uma subordinação do onerado ao próprio interesse. Além disso, a violação de uma obrigação constitui ato ilícito, o que não ocorre com o ônus.

A teoria do autor italiano tem grande importância ao estabelecer consistentes critérios de diferenciação entre o ônus e obrigação, mas é criticada por definir o ônus como espécie de dever.

A noção de ônus não se aproxima de dever, pois compreende uma situação jurídica ativa, consistindo em poder da parte. Neste sentido, Eduardo Cambi apresenta esclarecedora lição sobre a natureza do ônus:

Essa situação jurídica está no mesmo grupo dos *poderes* e das *faculdades*, porque o sujeito tem a *liberdade* para a realização do ato, que reverte em seu próprio benefício e cuja não realização pode acarretar-lhe, apenas, consequências desfavoráveis. Nem o juiz nem a parte contrária ou qualquer outro sujeito processual podem exigir o seu cumprimento, já que a sua inobservância é perfeitamente lícita. O mesmo não ocorre com as *obrigações* e com os *deveres*, porque, nesses casos, o sujeito passivo se encontra submetido a uma *sujeição jurídica* ou a um vínculo, uma vez que

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 51.

²⁵ *Apud* ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras sobre o ônus da prova**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 73.

não tem liberdade de conduta, a qual pode ser coercitivamente exigida pelo outro sujeito, cujo não-cumprimento implica a violação da lei (ilicitude).²⁶

O onerado, portanto, não pode ser compelido a cumprir o ônus, mas a sua não-observância coloca a parte em situação de desvantagem e, por outro lado, o seu atendimento resulta em uma maior chance de êxito na demanda. É por isso que a doutrina conceitua o ônus como “espécie de poder da parte que possibilita o agir, segundo interesses próprios, não obstante a existência de norma pré-determinada, cuja inobservância pode trazer prejuízos à própria parte onerada”²⁷.

Assim é que, por se tratar de um poder da parte, o ônus se aproxima muito mais da faculdade do que da obrigação, mas com aquela não se confunde, tendo em vista que “no ônus a lei determina o comportamento a ser adotado e o risco em contrariá-lo, enquanto na faculdade tal escolha permanece totalmente no foro íntimo da parte, diminuindo previsibilidade dos efeitos do comportamento”²⁸.

A faculdade implica uma situação em que a parte tem a plena liberdade de optar, de modo que o ordenamento jurídico é indiferente quanto à opção escolhida. Tal não ocorre com o ônus, eis que a sua inobservância normalmente acarreta consequências negativas ao onerado.

Do resultado da inobservância do ônus extrai-se a distinção doutrinária entre ônus perfeito e imperfeito, apresentada por Arruda Alvim. O ônus perfeito é aquele cujo descumprimento acarreta obrigatoriamente uma consequência jurídica danosa ao onerado. O ônus imperfeito, por sua vez, é aquele em que a consequência danosa decorrente de sua inobservância é possível (ou até provável), mas não obrigatória.²⁹

O ônus da prova, nessa perspectiva, se trata de ônus imperfeito, pois o seu descumprimento nem sempre conduz a um julgamento desfavorável. Assim, “a produção da prova não é um comportamento necessário para o julgamento favorável”³⁰, razão pela qual “o descumprimento do ônus não implica,

²⁶ CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 315.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 164.

²⁸ Idem. Ibidem p. 164.

²⁹ ARRUDA ALVIM, J. M. de. **Manual de direito processual civil**. Vol. 2. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 502-503.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais,

necessariamente, um resultado desfavorável, mas o aumento do risco de um julgamento contrário”³¹.

1.3 Ônus subjetivo e objetivo da prova

O ônus da prova deve ser estudado sob dois enfoques: subjetivo e objetivo. Eduardo Cambi apresenta a concepção tradicional desta dupla perspectiva:

[...] o ônus da prova é, ao mesmo tempo, uma *regra de conduta* para as partes, uma vez que determina indiretamente quais são os fatos que cada um dos litigantes deve provar para serem considerados certos pelo juiz e para servirem de fundamento para as suas respectivas pretensões ou exceções, e uma *regra de julgamento*, para o julgador, pois permite ao magistrado decidir mesmo não existindo provas suficientes.³²

O ônus subjetivo da prova se dirige às partes, delineando a matéria fática que caberá a cada litigante demonstrar. O ônus objetivo da prova, por seu turno, se destina ao julgador da demanda, para que este cumpra sua obrigação no exercício da função jurisdicional, notadamente quando vislumbra insuficiência probatória ou igualdade de provas.

Parcela da doutrina, contudo, minimiza a importância da noção subjetiva de ônus da prova, sobretudo em face do princípio da aquisição processual ou comunhão da prova, segundo o qual “a prova, uma vez produzida, desgarra-se daquele que a produziu e é incorporada ao processo [...]. A *prova adere ao processo*, sendo irrelevante saber quem a trouxe”³³.

O notável processualista Barbosa Moreira explica:

[...] o órgão judicial só tem de preocupar-se, a rigor, com o aspecto objetivo do ônus da prova, não com o seu aspecto subjetivo. Ora, semelhante preocupação, como se compreende com facilidade, não há de assaltar o espírito do juiz durante a instrução da causa, senão apenas quando, depois de encerrada a colheita das provas, for chegado o instante de avaliá-las para decidir.³⁴

2009, p. 164.

³¹ Idem. Ibidem. p. 164-165.

³² CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 317.

³³ DIDER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Vol. 2. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 26-27.

³⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. As presunções e a prova. **Temas de direito processual civil**.

Alexandre Câmara, nessa perspectiva, afirma que “a visão subjetiva do ônus da prova tem mais relevância psicológica do que jurídica”³⁵, uma vez que, segundo o notável jurista, não importa quem está produzindo este ou aquele meio de prova. Somente no momento de julgar o juiz deverá se utilizar das regras de distribuição do ônus da prova, isto porque, se provados todos os fatos da causa, não haverá necessidade de aplicação destas regras.

Eduardo Cambi, por outro lado, defende a importância da perspectiva subjetiva do ônus da prova e argumenta que “não existe um ônus da prova em sentido objetivo sem relação subjetiva, ou seja, sem uma pessoa encarregada da prova”³⁶. De fato, não há como afastar este aspecto subjetivo, tendo em vista que, mesmo considerado como regra de julgamento, o ônus da prova sempre recairá sobre uma das partes.

Na mesma linha, Artur Carpes ressalta que ônus subjetivo da prova “permite dar conhecimento a cada parte de sua parcela de responsabilidade na formação do material probatório destinado à construção do juízo de fato”³⁷. Além disso, o autor argumenta que a distribuição do ônus probatório tem o papel de evitar a ausência de prova, pois a parte onerada incrementará seus esforços para produção da prova.³⁸

Diante dessas ponderações, não se pode negar relevância ao ônus subjetivo da prova, que mostra seu valor ao dar ciência às partes quanto ao risco de não-produção da prova, atendendo ao princípio da boa-fé processual.

É que as regras sobre o ônus da prova não estabelecem quem deve produzir determinada prova, mas definem quem suporta o risco pela sua não-produção. Como visto, o princípio da comunhão da prova denota que não se reveste de relevância jurídica saber quem produziu a prova, uma vez que as provas são produzidas para o processo.

O aspecto subjetivo do ônus da prova, portanto, não impõe tarefas processuais às partes, tampouco define rigidamente as matérias a serem provadas

São Paulo: Saraiva, 1977, p. 75.

³⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Vol I. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 380.

³⁶ CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 317.

³⁷ CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 52.

³⁸ Idem. Ibidem. p. 54.

pelos litigantes. As partes gozam de liberdade para produzir as provas, podendo trazer quaisquer elementos que interessam à solução das questões postas no processo, ainda que lhes sejam desfavoráveis.

A eficácia da prova independe de quem a produziu, podendo o julgador utilizá-la independentemente da parte que a trouxe. Isto significa que os meios probatórios trazidos por um litigante podem vir a beneficiar a parte contrária.³⁹

Propõe-se, assim, uma releitura deste aspecto subjetivo para considerá-lo não uma regra de conduta ou de procedimento⁴⁰, mas como uma faceta do ônus da prova que informa às partes acerca da sua responsabilidade na instrução processual, evitando surpresas aos litigantes, em respeito à boa-fé processual.

O ônus objetivo da prova, por seu turno, revela regra de julgamento a ser aplicada pelo juiz na hipótese de insuficiência probatória, situação em que deverá proferir decisão desfavorável à parte que detinha o ônus da prova.

Tal aspecto objetivo “se apresenta como regra destinada a viabilizar a decisão do juiz em caso de dúvida ou, em outros termos, a dar ao juiz não convencido a possibilidade de decidir”⁴¹.

Trata-se, por isso, de norma de aplicação subsidiária, uma vez que somente será aplicada quando a atividade probatória for insuficiente para elucidação das alegações de fato.

É o que expõe Eduardo Cambi:

No entanto, se é possível, pelas provas constantes dos autos, a formação do convencimento do juiz sobre o conflito discutido no processo, a regra do ônus da prova em sentido objetivo não deve ser aplicada. Desse modo, as regras de distribuição do ônus da prova são subsidiárias, não devendo ser aplicadas quando existe a possibilidade de o fato vir a ser conhecido pelo juiz.⁴²

³⁹ CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 319.

⁴⁰ Importante doutrina considera o ônus da prova como regra de procedimento, a exemplo de Cassio Scarpinella Bueno: “Toda a temática relativa ao ônus da prova, inclusive as condições de sua inversão, por isso mesmo, seja ela convencional ou legal, deve ser entendida muito mais como regra de *procedimento* do que como regra de *julgamento*.” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil. Procedimento comum: ordinário e sumário**. Vol. 2. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 248)

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 174.

⁴² CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 329.

É por isso que, explica o autor, o juiz não pode restringir indevidamente a atividade probatória e, ao final, decidir com base nas regras de ônus da prova. Esta situação caracterizaria cerceamento do direito de defesa.⁴³

O ônus objetivo da prova, dessa forma, se apresenta como instrumento posto ao julgador para exercer a função jurisdicional, a fim de viabilizar a decisão e, com isso, evitar a situação de *non liquet*, vedada pela ordem constitucional, como se verá adiante.

1.4 Ônus da prova como garantia do princípio da inafastabilidade da jurisdição

O princípio da inafastabilidade da jurisdição se encontra consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que prescreve: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Fredie Didier Jr. comenta, com propriedade, a mencionada disposição constitucional:

Trata, o dispositivo, da consagração, em sede constitucional, do direito fundamental de ação, de acesso ao Poder Judiciário, sem peias, condicionamentos ou quejandos, conquista histórica que surgiu a partir do momento em que, estando proibida a autotutela privada, assumiu o Estado o monopólio da jurisdição. Ao criar um direito, estabelece-se o dever – que é do Estado: prestar jurisdição.⁴⁴

A referida norma constitucional se dirige não apenas ao legislador, que não poderá editar normas impeditivas ou restritivas do acesso ao Judiciário, mas também ao magistrado. Trata-se de dever assumido pelo Estado-juiz em virtude da proibição da justiça de mão própria e monopolização da função jurisdicional. Com efeito, o juiz deverá decidir o litígio, ainda que lacunoso o ordenamento jurídico ou insuficiente o material probatório colacionado.

No que se refere à insuficiência normativa, aliás, o dever de julgar é expressamente determinado pelo art. 126 do CPC: “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade na lei”.

Diante disso, questiona-se como deverá o magistrado decidir quando a

⁴³ Idem. Ibidem. p. 331.

⁴⁴ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Vol. 1. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p.111.

matéria fática não tenha sido elucidada, não estando o juiz convencido acerca das alegações colocadas pelas partes, ou mesmo diante de alegações igualmente amparadas no conjunto probatório (prova dividida).

Poder-se-ia imaginar, num primeiro momento, que a solução para o processo do trabalho residiria na aplicação do princípio *in dubio pro operario* ou *in dubio pro misero*: a decisão deveria ser favorável ao trabalhador, parte hipossuficiente na relação laboral.

Tal solução, inclusive, já foi ventilada em alguns julgados, como se exemplifica pelo aresto a seguir, proveniente do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região:

RELAÇÃO DE EMPREGO - PROVA DIVIDIDA OU EMPATADA. A empresa nega o vínculo empregatício e arrola uma testemunha que prova sua versão. O reclamante, por sua vez, desincumbindo-se do ônus que lhe cabia, também indica um testigo, que demonstra ter laborado juntamente com ele, na mesma obra e no mesmo período. **Em tais circunstâncias, deve o julgador, em face da divisão (ou empate) da prova, guiar-se pelo princípio *in dubio pro misero*.** (grifos do autor) (TRT da 5ª Região, 2ª Turma, Processo 0026801-81.2005.5.05.0011 RO, acórdão nº 014025/2006, Relator Desembargador Raymundo Pinto, DJ 04/07/2006)

Inconcebível, porém, a solução acima adotada. O princípio do *in dubio pro operario* consiste em dimensão do princípio da proteção, inerente ao direito material do trabalho, e corresponde a “transposição adaptada ao ramo justrabalhista do princípio jurídico penal *in dubio pro reo*”⁴⁵.

O princípio tem apenas caráter hermenêutico, pois indica que, diante de possíveis interpretações de determinada norma, o operador jurídico deve aplicar aquela mais favorável ao trabalhador.

Mauricio Godinho Delgado⁴⁶, inclusive, sustenta que o aludido princípio é redundante e sem utilidade, uma vez que preconiza algo já abrangido por outro princípio específico do ramo justraboural: o da norma mais favorável.

Além disso, segundo aquele notável jurista, não se reveste de cientificidade a concepção de que o *in dubio pro operario* teria dimensão processual, aplicando-se na aferição e valoração dos fatos pelo aplicador do direito, de modo que esta

⁴⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 196.

⁴⁶ Idem. Ibidem. p. 196-197.

dimensão deve ser rechaçada⁴⁷. Nessa linha conclui o autor:

Em consequência, havendo dúvida do juiz em face do conjunto probatório existente e das presunções aplicáveis, ele deverá decidir em desfavor da parte que tenha o ônus da prova naquele tópico duvidoso e não segundo a diretriz genérica *in dubio pro operario*.⁴⁸

Com efeito, não se pode atribuir ao *in dubio pro operario*, princípio genérico e rudimentar de direito material, a função de solucionar impasse eminentemente processual, em detrimento de uma sólida construção científica do ônus da prova. Admitir isso seria aniquilar este importante instituto jurídico, esvaziando a principal função da distribuição do ônus da prova.

A doutrina amplamente majoritária, seguida pela jurisprudência⁴⁹, com absoluta razão, reconhece a inaplicabilidade do princípio do *in dubio pro operario* do direito processual, notadamente no campo probatório. Nesse sentido se manifesta Júlio César Bebbber: “Tal princípio está adstrito ao campo da interpretação das normas legais, não transpondo assim as fronteiras da apreciação das provas, de forma a interferir no direito processual, onde vige o princípio da isonomia”⁵⁰.

A insuficiência probatória, portanto, há de ser solucionada através da aplicação das regras de distribuição do ônus probatório, devendo o julgador proferir decisão contrária à parte que suportava esse ônus e dele não se desvencilhou.

Assim é que a distribuição do ônus da prova tem a importante incumbência de orientar o julgador quando da insuficiência probatória, permitindo que o magistrado cumpra seu mister e assegure o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

Eduardo Cambi bem explicita tal importância:

[...] o ônus da prova em sentido objetivo é uma *exigência prática*, visto que, não sendo possível a pronúncia judicial *non liquet*, se não esse mecanismo

⁴⁷ Idem. Ibidem. p. 197-198.

⁴⁸ Idem. Ibidem. p. 198.

⁴⁹ Como exemplo, colaciona-se o seguinte julgado: RECURSO DE REVISTA. AUSÊNCIA DE PROVA. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO OPERARIO. INAPLICABILIDADE. O princípio *in dubio pro operario* indica que se na norma jurídica há sentido dúbio, o julgador deverá adotar a interpretação mais benéfica ao operário, em observância ao princípio da proteção legal do hipossuficiente, sendo, pois, de todo inaplicável quando há insuficiência ou ausência de prova. Recurso de Revista que se conhece e a que se dá provimento. (TST, ED-RR - 26440-07.2005.5.07.0012, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 12/08/2009, 5ª Turma, Publicação: 21/08/2009)

⁵⁰ BEBBBER, Júlio César. **Princípios do processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 1997, p. 80.

de resolução das dúvidas, dar-se-ia ensejo à denegação de justiça, contrariando a regra constitucional, contida no art. 5º, inc. XXXV, CF, que prevê a garantia do acesso à justiça. Trata-se, ademais, de um critério de racionalização da dúvida para, além de possibilitar o julgamento, evitar, mediante a disciplina de um modelo legal preexistente, o arbítrio judicial.⁵¹

Assiste razão ao ilustre autor. A distribuição do ônus da prova não apenas viabiliza a prestação jurisdicional, mas, a par disso, oferece tal solução de forma lógica e fundamentada, impedindo, com isso, o arbítrio do juiz.

O ônus da prova deve ser compreendido, assim, como instituto jurídico-processual garantidor da inafastabilidade da jurisdição, atendendo ao devido processo buscado no Estado Democrático de Direito.

1.5 Teorias sobre a distribuição do ônus da prova

No Direito Romano, o ônus da prova incumbia a quem afirma ou age, recaindo sobre o autor, segundo o brocardo: *actori incumbit onus probandi*. A parte que negasse a afirmação do autor eximia-se da prova. Percebeu-se, porém, que nem sempre a defesa se limita a negar a alegação autoral, mas, muitas vezes, o réu articula outro fato (opõe exceção), devendo esta afirmação ser por ele provada. Daí surgiu a regra enunciada por Ulpiano: *reus in excipiendo fit actor e reus in exceptione actor est*.⁵²

Os glosadores, apoiados nos textos romanos, propuseram um modelo pelo qual o ônus da prova recai sobre as afirmações, e não sobre as negativas. As negações, portanto, não são suscetíveis de prova. Observou-se, contudo, que essa regra nem sempre é verdadeira, pois há negativas que podem ser provadas, quando vinculadas a certo tempo e lugar ou quando resolvidas em afirmativas. Somente as negativas indefinidas não podem ser provadas, o que também é impossível com as afirmações indefinidas.⁵³

Diante do equívoco do pensamento de que a negativa não se prova, passou-se a considerar que o ônus da prova incumbe àquele que afirma uma situação

⁵¹ CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 329.

⁵² SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. Vol. 2. 25. ed. rev. e atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Kohnen. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 359.

⁵³ Idem. Ibidem. p. 359-360.

jurídica como fundamento da ação, não a quem nega esta situação. Se o réu, porém, articular situação jurídica diversa, assume o ônus de prová-la. Tal pensamento sintetizou a teoria clássica do ônus da prova.⁵⁴

Posteriormente, surgiram diversas teorias que tentaram explicar o ônus da prova, merecendo análise para os fins deste trabalho os ensinamentos de Bentham, Demogue, Chiovenda e Carnelutti.

Para o jurista e filósofo Jérémie Bentham, “o ônus da prova deve ser imposto, em cada caso concreto, àquela das partes que puder satisfazê-lo com menores inconvenientes, quer dizer, menor demora, vexames e despesas”⁵⁵. Esta teoria traduz importante lição para o desenvolvimento da distribuição dinâmica do ônus da prova, uma vez que propõe que a repartição do *onus probandi* deve considerar as peculiaridades do caso concreto.

Demogue⁵⁶, por sua vez, defendeu que a atividade probatória deve se orientar pelo princípio da solidariedade e não o da independência entre as partes. Assim, quem prova não é obrigado a demonstrar todas as condições necessárias à existência do seu direito, bastando provar aquelas que o tornam verossímil. O jurista, ainda, corrobora com o pensamento de Bentham, no sentido de que o ônus da prova deve ser imposto à parte que possa desempenhá-lo com menos incômodo.

Chiovenda⁵⁷, de outra banda, sustentou que ao autor incumbe provar os fatos constitutivos, ou seja, os fatos que normalmente produzem determinados efeitos jurídicos, enquanto ao réu cabe provar os fatos impeditivos, isto é, a ausência daqueles fatos que normalmente concorrem com os fatos constitutivos, falta que impede a estes produzir o efeito que lhes é natural.

Finalmente, para Carnelutti, “quem propuser a pretensão tem o ônus de provar os fatos constitutivos, e quem propuser a exceção tem o ônus de provar os fatos extintivos e as condições impeditivas ou modificativas”⁵⁸.

⁵⁴ Idem. Ibidem. p. 360.

⁵⁵ *Apud* ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras sobre o ônus da prova**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 94.

⁵⁶ *Apud* Idem. Ibidem. p. 98.

⁵⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Vol. II. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 451-452.

⁵⁸ *Apud* ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras sobre o ônus da prova**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 101.

1.6 Distribuição do ônus da prova na Consolidação das Leis do Trabalho e no Código de Processo Civil

A Consolidação das Leis do Trabalho regula a distribuição do ônus da prova no seu art. 818, que dispõe: “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer”. São infundáveis as críticas doutrinárias a este dispositivo.

Valentin Carrion sustenta que “a regra de que o ônus pesa sobre quem alega é incompleta, simplista em excesso”⁵⁹. João Humberto Cesário concorda e afirma que “ao se pronunciar de modo tão lacônico, a Consolidação, no afã de valorizar a simplicidade processual trabalhista, acabou por dizer muito menos do que deveria ter dito”⁶⁰.

Carlos Zangrando, por sua vez, expõe:

[...] a única regra sobre o ônus da prova prevista na CLT segue justamente aquela vetusta orientação individualista romana, determinando pura e simplesmente, que o ônus da prova das alegações cabe à parte que as fizer (CLT, art. 818). Essa regra não é adequada ao Direito Processual moderno.⁶¹

Wagner D. Giglio e Claudia Corrêa apontam notória inconveniência do dispositivo celetista, pronunciando-se nos seguintes termos:

A CLT apenas dispõe que ‘a prova das alegações incumbe à parte que as fizer’ (art. 818), numa das mais primitivas distribuições do ônus da prova, derivada do brocardo latino *ei incumbit probatio qui dicit, no qui negat*. Como toda negativa contém, implicitamente, a afirmativa contrária, e vice-versa (toda afirmativa abriga em seu bojo, por inferência lógica, a negativa oposta), a distribuição do *onus probandi* dependeria, a rigor, da habilidade do redator da petição inicial e da resposta: para exonerar-se da carga da prova de haver sido despedido, bastaria ao trabalhador afirmar que a cessação da relação de emprego não resultou de acordo ou de pedido de demissão, nem de abandono de emprego.⁶²

Na verdade, a disposição celetista não atende à finalidade do ônus da prova

⁵⁹ CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 622.

⁶⁰ CESÁRIO, João Humberto. **Provas e recursos no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010, p. 44.

⁶¹ ZANGRANDO, Carlos. **Processo do trabalho**: processo de conhecimento. Vol. I. São Paulo: LTr, 2009, p. 735.

⁶² GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. **Direito processual do trabalho**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 227.

como regra de julgamento, tendo em vista que a negação traz em si uma afirmação e, assim, ambas as partes sempre deduzem alegações. Não se esclarece, portanto, quem assume o risco pela insuficiência probatória.

Isto significa que, ao determinar que o ônus da prova recai sobre quem alega, a regra não resolve a situação em que as alegações de ambos os litigantes são igualmente demonstradas ou, ao contrário, carentes de provas. Assim adverte Mauro Schiavi:

O referido art. 818 da CLT, no nosso entendimento, não é completo, e por si só é de difícil interpretação e também aplicabilidade prática, pois, como cada parte tem de comprovar o que alegou, ambas as partes têm o encargo probatório de todos os fatos que declinaram, tanto na inicial, como na contestação. Além disso, o art. 818 consolidado não resolve situações de inexistência de prova no processo, ou de conflito entre as provas produzidas pelas partes.⁶³

Basta pensar em típico litígio trabalhista no qual se discute a prestação de horas extras, em empresa com menos de dez empregados. Na hipótese, o autor alega jornada semanal de 50 horas, havendo regime de sobrejornada. A defesa, por seu turno, sustenta a carga horária semanal de 44 horas, inexistindo labor extraordinário. Caso não existam provas das alegações, o art. 818 da CLT não soluciona sobre quem recairá o ônus da prova, já que ambas as partes deixaram de provar as suas alegações.

Não obstante tais considerações, há autores que defendem que o art. 818 consolidado bem regula a distribuição do ônus da prova. É o que sustenta Teixeira Filho ao afirmar que a CLT “possui dicção expressa e específica quanto à matéria, desautorizando, desta maneira, que o intérprete – a pretexto de que o art. 769, do mesmo texto, o permite – incursione pelos domínios do processo civil”⁶⁴.

O ilustre autor, na verdade, ao defender a completude da disposição celetista sobre o ônus da prova, confere alcance e significação muito maior do que a norma realmente oferece, acrescentando sentido não existente no dispositivo.

Dessa forma, as críticas ao art. 818 da CLT são procedentes, e atestam a insuficiência da norma para reger a distribuição do ônus probatório. Embora

⁶³ SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 582.

⁶⁴ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Curso de direito processual do trabalho**. Vol. II. São Paulo: LTr, 2009, p. 977.

reconhecida tal carência, deve-se admitir que não há omissão normativa no diploma consolidado, o que, à primeira vista, poderia levar à conclusão de inaplicabilidade da legislação processual comum, por força do art. 769 consolidado⁶⁵, que estabelece a omissão como requisito para aplicação do diploma processual civil.

Tal dispositivo, porém, não pode ser interpretado apenas de forma gramatical, em excessivo apego à literalidade do texto, para considerar omissão somente a lacuna normativa, isto é, aquela que indica ausência de norma reguladora.

Luciano Athayde Chaves⁶⁶ realiza valoroso estudo sobre as lacunas do direito, sintetizando as teorias dos pensadores clássicos. Segundo o autor, Norberto Bobbio já mencionava a existência da lacuna ideológica, ou seja, aquela que se caracteriza não por ausência de solução, mas pela falta de uma solução satisfatória.⁶⁷ Karl Engisch, por sua vez, identifica a lacuna secundária, que se revela de forma posterior ou superveniente, em face da alteração das circunstâncias e dos valores relativos ao objeto da regra.⁶⁸

É o mesmo que observa Tercio Sampaio Ferraz Jr. ao mencionar a lacuna posterior, que surge em virtude da modificação nas situações de fato ou do sistema de valores à ordem jurídica.⁶⁹ Já a doutrinadora Maria Helena Diniz menciona a lacuna axiológica, em que a aplicação da norma produz uma solução insatisfatória ou injusta, e ainda a lacuna ontológica, concernente a um envelhecimento da norma, que não mais estabelece correspondência com os fatos sociais e com o progresso técnico.⁷⁰

Diante destas primorosas lições acerca das lacunas do direito, tem-se que o vocábulo “omissão”, constante do art. 769 da CLT, deve ser interpretado não apenas como a lacuna normativa, mas também como aquela decorrente da regulação insatisfatória ou insuficiente da matéria disciplinada, de modo que não apresenta correspondência com os fatos sociais atingidos pela norma, como é o caso do art. 818 consolidado.

⁶⁵ Art. 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.

⁶⁶ CHAVES, Luciano Athayde. As lacunas no direito processual do trabalho. **Direito processual do trabalho: reforma e efetividade**. São Paulo: LTr, 2007, p. 64-69.

⁶⁷ Idem. Ibidem. p. 65.

⁶⁸ Idem. Ibidem. p. 68.

⁶⁹ Idem. Ibidem. p. 68.

⁷⁰ Idem. Ibidem. p. 68-69.

Além disso, observa-se que a produção normativa do direito processual do trabalho, há muito, se encontra estagnada, ao contrário do processo civil, que tem sido alvo, desde o final do século XX, de intensas modificações e notório aprimoramento em sua normatividade, como bem relata Wolney de Macedo Cordeiro⁷¹.

O notável professor e magistrado propõe, assim, uma releitura da aplicação subsidiária da legislação processual comum ao processo do trabalho, sustentando que o modelo de aplicação subsidiária partiu da premissa de que o texto consolidado, embora incapaz de regular toda a matéria processual, mostrava-se mais dinâmico e efetivo que a norma processual civil. Tal situação, porém, não mais existe, ao menos do ponto de vista normativo, em face da importante evolução legislativa do processo civil.⁷²

Wolney Cordeiro defende, por isso, que “relativizada a postura vanguardista do direito processual do trabalho, relativiza-se, igualmente, a idéia de aplicação subsidiária do direito processual comum”⁷³.

Assim é que se considera aplicável ao processo do trabalho o art. 333 do CPC, que preconiza: “O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

É notório que a formulação deste dispositivo legal se deu sob influência das teorias de Chiovenda e Carnelutti, expostas acima, cujas lições mencionam os fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor.

A aplicação do aludido dispositivo no processo do trabalho é aceita na jurisprudência do TST, como se extrai da Súmula 6, VIII, da Corte: “É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial (ex-Súmula nº 68 - RA 9/1977, DJ 11.02.1977)”.

Com efeito, a aplicabilidade do art. 333 do CPC no processo do trabalho é largamente defendida na jurisprudência pátria, consoante se ilustra pelo julgado a seguir:

⁷¹ CORDEIRO, Wolney de Macedo. Da releitura do método de aplicação subsidiária das normas de direito processual comum ao processo do trabalho. In: CHAVES, Luciano Athayde (org.), **Direito processual do trabalho: reforma e efetividade**. São Paulo: LTr, 2007, p. 26-28.

⁷² Idem. Ibidem. p. 28-30.

⁷³ Idem. Ibidem. p. 31.

ACIDENTE DE TRABALHO. ÔNUS DA PROVA. CLT ART. 818 C/C O ART. 331, I DO CPC. Dispõe o artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho c/c o artigo 333, I do Código de Processo Civil, aplicável ao processo trabalhista por força do artigo 769 da consolidação laboral, que o ônus da prova quanto ao fato constitutivo do direito incumbe à quem o alega. [...] (grifos do autor) (TRT 16ª Região, 929200901216008 MA, Relator: James Magno Araújo Farias, Data de Julgamento: 29/03/2011, Data de Publicação: 05/04/2011)

Diante dessa disposição normativa, recai sobre o reclamante o ônus da prova dos fatos constitutivos do seu direito, a exemplo do trabalho em regime de sobrejornada ou o nexo de causalidade entre a doença ocupacional e a função exercida.

Por outro lado, recai sobre o reclamado o ônus da prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos, tais como a diferença superior a 2 anos do tempo de função na equiparação salarial (fato impeditivo), a transação (fato modificativo) e a prescrição (fato extintivo).

Verifica-se, pois, que as disposições legais que disciplinam o ônus da prova estabelecem regras prévias e abstratas, que distribuem o encargo probatório com base na posição do litigante e na natureza da alegação fática.

2 FUNDAMENTOS DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

2.1 Insuficiência da distribuição estática do ônus da prova e apresentação da distribuição dinâmica

A distribuição do ônus da prova, disposta na legislação processual vigente, estabelece o encargo probatório de modo abstrato e prévio, com base na posição processual da parte e na natureza do fato alegado. Trata-se, portanto, de distribuição estática do ônus probatório.

O próprio Giuseppe Chiovenda, um dos defensores da teoria que influenciou a elaboração do modelo vigente, reconhece a dificuldade em se distribuir abstratamente o ônus da prova:

Assim como é difícil chegar a uma formulação geral e completa do princípio que preside o ônus da prova, assim também é difícil dar-lhe justificação racional, absoluta e geral [...] Não é possível dizer *a priori* que a repartição da prova seja rigorosamente lógica e justa.⁷⁴

Este sistema distribui o ônus da prova de forma geral, sem observar as especificidades do caso concreto, deixando de oferecer instrumentos de redistribuição do encargo probatório nas hipóteses em que o direito material assim o exige.

Tal inflexibilidade, no entanto, pode levar a julgamentos injustos, eis que uma parte, embora legítima titular do direito postulado, pode se encontrar diante de uma prova de difícil ou impossível produção, em oposição à parte adversa, que dispõe dos meios de prova para as questões tratadas no processo. Nesse caso, resta inviabilizada a prestação da adequada tutela jurisdicional.

Nessa linha de raciocínio, Humberto Theodoro Jr. pondera que:

O sistema de partilha do ônus da prova previsto no art. 333 é estático e rígido. Na experiência da vida, entretanto, constata-se que as causas disputadas em juízo nem sempre permitem uma satisfatória separação de fatos constitutivos e fatos extintivos de direito em compartimentos estanques. Não poucas vezes o acesso à verdade real por parte do juiz fica comprometido ou prejudicado se se manter o esquema de apreciação do

⁷⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Vol. II. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 447-448.

litígio rigorosamente imposto no momento de concluir a instrução processual, e de enfrentar o julgamento do mérito segundo a fria aplicação das presunções que haveriam de defluir da literalidade do art. 333.⁷⁵

É inequívoco, pois, que a distribuição estática do ônus da prova não se presta a tutelar todas as situações de direito material apresentadas. Este modelo mostra-se, não raro, incapaz de prestar a tutela jurisdicional que a parte precisa.

Eduardo Cambi, neste sentido, observa que:

A distribuição do ônus da prova conforme a posição da parte em juízo e quanto à espécie do fato do art. 333 do CPC está muito mais preocupada com a decisão judicial do que com a *tutela* do direito lesado ou ameaçado de lesão. Assim, se o demandante não demonstrou o fato constitutivo, julga-se improcedente o pedido e, ao contrário, se o demandado não conseguiu demonstrar os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos, julga-se integralmente procedente o pedido, sem qualquer consideração com a *difficuldade* ou a *impossibilidade* de a parte ou de o fato serem demonstrados em juízo. Esta distribuição *diabólica* do ônus da prova, por si só, poderia inviabilizar a tutela dos direitos lesados ou ameaçados.⁷⁶

Diante dessa problemática, emerge a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, cujo principal precursor foi o jurista argentino Jorge Walter Peyrano, que criticou a repartição estática do ônus da prova:

Ocorre então que, adotando uma visão excessivamente estática da questão, os doutrinadores 'fixaram' (e aqui este verbo deve ser entendido de um modo literal) as regras deste ônus da prova de uma maneira muito rígida, sem considerações – ademais – para as circunstâncias do caso; circunstâncias que, eventualmente, poderiam chegar a aconselhar alguma outra solução. Desse jeito, por exemplo, dizia-se que em qualquer caso e contingência os fatos constitutivos (isto é, aqueles invocados pelo autor no escrito da demanda) devem ser provados por quem demanda dentro de um processo de conhecimento, enquanto os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos – ou, em geral, quaisquer que alegara o demandado e que foram distintos dos invocados pelo autor – deviam ser creditados pelo demandado. E ponto... Começou-se a reparar que não eram bastantes nem contavam com a flexibilidade que seria de desejar.⁷⁷

O jurista argentino, dessa maneira, preconizou a necessidade de, em certos casos, flexibilizar tais regras estáticas, pronunciando-se nos termos seguintes:

⁷⁵ THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 430-431.

⁷⁶ CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 340-341.

⁷⁷ *Apud* ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras sobre o ônus da prova**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 116.

[...] trata-se, pois, não de propiciar outra regra rígida de distribuição do ônus da prova que concorre em pé de igualdade com os parâmetros legalmente regulados, senão de formular uma pauta 'excepcional' que somente pode funcionar ali quando aquelas manifestamente operam mal porque foram elaboradas para suposições 'normais e correntes', que não são as correspondentes ao caso.⁷⁸

Alguns doutrinadores entendem que a teoria da distribuição dinâmica sequer admite distribuição legal e prévia do ônus da prova, devendo tal repartição ocorrer apenas casuisticamente. Neste sentido, Didier Jr., Braga e Oliveira expõem que, conforme a teoria, “o encargo não deve se repartido prévia e abstratamente, mas, sim, casuisticamente”⁷⁹. Assim, a distribuição dinâmica “rompe com a prévia e abstrata distribuição do ônus da prova”⁸⁰ e, com isso, “renuncia-se à fixação de regras gerais, necessariamente apriorísticas”⁸¹.

Com base nestas lições, pode parecer que a distribuição dinâmica do ônus da prova não se compatibiliza com uma previsão legal do encargo probatório, devendo a legislação se omitir e, com isso, deixar totalmente a cargo do julgador a repartição do ônus probatório.

Esta não é, contudo, a melhor compreensão da teoria. A distribuição dinâmica do ônus probatório deve ser vista como regra complementar, prevista ao lado do modelo clássico (prévio e abstrato), e utilizada pelo juiz quando a repartição estática inviabiliza a adequada e eficaz tutela jurisdicional.

Alexandre Freitas Câmara bem destaca o caráter complementar da distribuição dinâmica do ônus da prova:

[...] a distribuição dinâmica do ônus da prova não é regra, mas exceção. Como regra geral, e para que se tenha segurança nas relações processuais, aplica-se a máxima tradicional, segundo a qual o ônus da prova incumbe a quem faz a alegação objeto da prova. Excepcionalmente, e como forma de assegurar a isonomia entre os sujeitos parciais do processo, o juiz poderá determinar, por decisão fundamentada, a inversão do ônus probatório.⁸²

⁷⁸ *Apud* Idem. Ibidem. p. 117.

⁷⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Vol. 2. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 97.

⁸⁰ CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 341.

⁸¹ TESHEINER, José Maria Rosa. Sobre o ônus da prova. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **Estudos de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 365.

⁸² CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Vol I. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 381.

Ciente da função complementar da repartição dinâmica do ônus probatório, Paulo Rogério Zaneti assim sintetiza a teoria:

[...] sob a denominação de ‘cargas probatórias dinâmicas’ conhece-se uma nova doutrina que trata de flexibilizar a rigidez das regras de distribuição do ônus da prova e da conseqüente dificuldade que a aplicação das mesmas apresenta em certos casos, principalmente naqueles em que se verifica uma prova excessivamente onerosa, ou até mesmo ‘diabólica’, para uma das partes, na medida em que o outro litigante se encontra em melhores condições fáticas, técnicas, profissionais e econômicas para levar a prova ao juiz.⁸³

A distribuição dinâmica do ônus da prova, portanto, estabelece um modelo que admite a fixação de regras gerais sobre o encargo probatório, mas permite uma flexibilização dessas regras, de acordo com as especificidades do caso concreto, realizando, assim, uma redistribuição do ônus probatório, a fim de atribuí-lo à parte que tenha melhores condições de produzir a prova.

2.2 Ônus da prova e sua conformação constitucional

Na atual perspectiva do direito processual, tem-se que o processo deve ser compreendido a partir da Constituição Federal. Isto significa que o plano constitucional delimita o modo de ser do processo. É que a legislação processual não basta por si só, mas deve ser entendida numa perspectiva constitucional.

Neste sentido, Cassio Scarpinella Bueno se refere ao “modelo constitucional do direito processual civil” e defende que “é a Constituição Federal o ponto de partida de qualquer reflexão do direito processual civil (penal e trabalhista)”⁸⁴. Assim é que o processo se vincula, tanto o seu plano técnico como o teleológico, ao modelo que a Constituição reserva para ele.⁸⁵

O instituto do ônus da prova, por isso, merece uma análise constitucional, mediante a conformação das suas normas aos princípios e valores consagrados na Constituição.

⁸³ ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras sobre o ônus da prova**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 120.

⁸⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado do direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 84.

⁸⁵ Idem. Ibidem. p. 85.

A legislação processual que distribui o ônus da prova não pode inibir o exercício dos direitos fundamentais, mas, ao contrário, deve servir à ampla realização destes direitos.⁸⁶

Nas situações em que a aplicação das regras estáticas do ônus da prova impossibilita a concretização dos direitos fundamentais, deve-se promover uma relativização destas regras para que seja garantida a obediência aos preceitos constitucionais.

Nessa linha, o estudo do ônus da prova passa pela compreensão de dois direitos fundamentais: acesso à justiça e igualdade material, a seguir examinados.

2.2.1 Garantia do acesso à justiça e efetividade do processo

O princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no art. 5º, XXXV, da CF, preconiza o direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário. Assim é que o aludido princípio constitucional revela, também, a garantia do acesso à justiça.

Pode-se vislumbrar o direito de acesso à justiça, ainda, na cláusula do devido processo legal, como propõe Alexandre Câmara quando afirma que “o chamado *procedural due process of law* deve ser entendido como a garantia de pleno acesso à justiça”⁸⁷.

A garantia do acesso à justiça, pois, tem amparo constitucional e seu conceito não é de fácil definição, tendo passado por diversas releituras ao longo dos tempos.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth, principais estudiosos do tema, identificaram três “ondas de acesso à justiça”. A primeira buscou garantir uma assistência judiciária gratuita e, portanto, acessível aos economicamente hipossuficientes.⁸⁸

Num segundo momento, percebeu-se que o modelo tradicional não protegia os direitos difusos, pois centrava-se apenas nos conflitos individuais. Assim, a

⁸⁶ “Nessa medida, o legislador infraconstitucional não é livre para a ampla restrição da inversão do ônus da prova, podendo-se falar em limites constitucionais materiais no caso de a distribuição do ônus frustrar a fruição de um direito fundamental.” (GODINHO, Robson Renault. p. 391)

⁸⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Vol I. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 35.

⁸⁸ “Os primeiros esforços importantes para incrementar o acesso à justiça nos países ocidentais concentraram-se, muito adequadamente, em proporcionar serviços para os pobres.” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 31-32)

segunda onda de acesso à justiça objetivou a proteção dos interesses difusos (metaindividuais), ou seja, aqueles que transcendem os interesses particulares e atingem os direitos de uma coletividade.⁸⁹

A terceira onda de acesso à justiça, finalmente, se preocupa com a criação de mecanismos destinados a tornar efetivo um direito. Passa-se a reconhecer, inclusive, a necessidade de adaptar o processo ao tipo de litígio, para atingir tal desígnio.⁹⁰

A atual perspectiva do acesso à justiça, pois, se apresenta como o direito de se obter uma tutela jurisdicional efetiva, capaz de concretizar direitos, fornecendo à parte lesada ou ameaçada de lesão a proteção jurídica que ela merece. De nada adianta a legítima titularidade de um direito se o processo não for apto a protegê-lo e concretizá-lo, deixando a parte sem condições de exercê-lo.

A repartição estática do ônus da prova, muitas vezes, impossibilita a tutela do direito da parte que, embora titular do direito, não dispõe de meios para provar suas alegações. Se tal modelo for levado ao extremo, acabará por denegar o efetivo acesso à justiça.

Este é o alerta de Robson Renault Godinho:

Caso sejam traçadas apenas regras abstratas, rígidas e estáticas de distribuição desse ônus, pode haver casos concretos em que se torne impossível a produção de determinada prova pela parte que, em princípio, deveria instruir o processo, com a consequência inevitável de lhe ser negada a tutela de direitos. [...] a insuficiência das regras formais e abstratas de distribuição do ônus da prova afeta o acesso à justiça, sendo necessário o desenvolvimento de teorias que visem a possibilitar uma produção probatória compatível com a realização e a garantia dos direitos fundamentais.⁹¹

A distribuição dinâmica do ônus probatório, nesse cenário, se revela como sistema consentâneo com o atual enfoque do acesso à justiça, pois permite a

⁸⁹ “O segundo grande movimento no esforço de melhorar o acesso à justiça enfrentou a representação dos interesses difusos, assim chamados os interesses coletivos ou grupais, diversos daqueles dos pobres.” (Idem. Ibidem. p. 49)

⁹⁰ “Essa ‘terceira onda’ [...] centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. [...] Ademais, esse enfoque reconhece a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio. Existem muitas características que podem distinguir um litígio de outro. Conforme o caso, diferentes barreiras ao acesso podem ser mais evidentes, e diferentes soluções, eficientes.” (Idem. Ibidem. p. 67-71)

⁹¹ GODINHO, Robson Renault. A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais. **De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 8, p. 384-407, jan./jun. 2007.

relativização das regras rígidas do *onus probandi* para redistribuí-lo àquele que tenha condições de produção da prova, permitindo que a parte lesada obtenha a efetiva tutela do seu direito.

Neste sentido é a sensata observação de Paulo Rogério Zaneti, que assinala:

É sob essa nova ótica de *acesso efetivo à Justiça* que se compatibiliza plenamente, a nosso ver, a utilização da teoria da carga dinâmica no ordenamento jurídico brasileiro. Isto porque nada há de mais efetivo que o magistrado, em determinado caso concreto e diante das peculiaridades desse caso, dispor do ônus da prova de maneira diversa daquela prévia e rigidamente estatuída pelo art. 333 do CPC, principalmente naquelas situações em que a aplicação cega e inflexível do dispositivo processual em apreço inviabiliza o processo civil de exercer sua mais nobre e primordial função, qual seja, a de *servir de instrumento útil e eficaz* para a realização do direito material na busca de uma tutela justa e efetiva. Caso contrário ocorreria um acesso formal à Justiça, porém irreal e inefetivo, vez que à parte restaria impossível o reconhecimento de seu direito em determinadas situações, ficando a mesma muito longe de alcançar o justo processo.⁹²

Assim é que a distribuição dinâmica do encargo probatório se amolda ao modelo constitucional do processo, haja vista que concretiza o real sentido do acesso à justiça esculpido na Lei Maior.

O princípio da efetividade do processo muito se aproxima do atual enfoque do acesso à justiça e também constitui, desse modo, fundamento para a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Cândido Rangel Dinamarco bem assinala a destacada preocupação do direito processual contemporâneo com a efetividade do processo:

A força das tendências metodológicas do direito processual civil na atualidade dirige-se com grande intensidade para a *efetividade do processo*, a qual constitui expressão resumida na idéia de que o *processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais*. Essa constitui a dimensão moderna de uma preocupação que não é nova e que já veio expressa nas palavras muito autorizadas de antigo doutrinador: 'na medida do que for praticamente possível, o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter'.⁹³

A sábia lição de Chiovenda, citada por Dinamarco, sintetiza a ideia de que a

⁹² ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras sobre o ônus da prova**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 136.

⁹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 270.

efetividade do processo deve propiciar o direito a quem o detenha. Embora formulada numa dimensão individualista, não se pode negar que a realização dessa perspectiva individual acarreta, mediata e indiretamente, a aptidão do processo para cumprir os seus escopos sociais e políticos: pacificar com justiça, educar a sociedade, garantindo a participação do jurisdicionado nos destinos da sociedade.⁹⁴

Desse modo, o processo deve ser capaz de proporcionar uma prestação jurisdicional concretizadora do direito material sob tutela. Nessa linha, José Roberto dos Santos Bedaque enfatiza que “processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material”⁹⁵.

Com vistas à efetividade do processo, Bedaque sustenta, com inteira razão, que “o sistema processual não deve ser concebido como uma camisa-de-força, retirando do juiz a possibilidade de adoção de soluções compatíveis com as especificidades de cada processo”⁹⁶.

As regras estáticas do ônus da prova, se compreendidas de forma rígida e absoluta, resultam em verdadeiro entrave no sistema processual, consistindo na “camisa-de-força” dita por Bedaque. Tal modelo, por isso, compromete a própria efetividade do processo, na medida em que impossibilita ao julgador propiciar a adequada tutela jurisdicional exigida no litígio.

Não há dúvidas, pois, que a amenização das regras estáticas do ônus da prova, mediante a aplicação da distribuição dinâmica, é medida que se impõe para se alcançar a efetividade do processo, tão almejada no direito processual atual.

2.2.2 Princípio da igualdade

A Constituição Federal proclama, em seu art. 5º, *caput*, o princípio da igualdade, ao assegurar que “todos são iguais perante a lei”. Não há dúvidas de que esta disposição constitucional deve ser observada no âmbito do processo, de modo

⁹⁴ “Pois a efetividade do processo, entendida como se propõe, significa a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade”. (Idem. Ibidem. p. 271)

⁹⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 49.

⁹⁶ Idem. Ibidem. p. 51.

que tal norma, por si só, já exprime o princípio da isonomia processual. Neste sentido, Grinover, Cintra e Dinamarco lecionam:

A igualdade perante a lei é premissa para a afirmação da igualdade perante o juiz: da norma inscrita no art. 5º, *caput*, da Constituição, brota o princípio da igualdade processual. As partes e os procuradores devem merecer tratamento igualitário, para que tenham as mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas razões.⁹⁷

Em consonância com a ordem constitucional, a legislação processual reforçou o princípio da igualdade ao garantir o tratamento isonômico das partes, conforme disposto no art. 125, I, do CPC.

É inequívoca, portanto, a preocupação do legislador com a enunciação do princípio da igualdade, havendo notória proteção normativa deste princípio.⁹⁸ Diante disso, importa bem definir o sentido da isonomia, e como esta garantia deve ser assegurada no processo.

Primeiramente, necessário fixar os sentidos formal e material da igualdade, bem delineados por Francisco Glauber Pessoa Alves:

O primeiro [sentido formal] se reporta àquela igualdade securitizada somente pelo texto legal, em uma igualação normativa. O segundo [sentido material] trilha o caminho da efetiva igualação ou desigualação dos entes, para que se atinja uma situação real de isonomia.⁹⁹

A igualdade em sentido formal, assim, proclama o idêntico tratamento das partes, pois se funda na ideia de que todos são iguais. Esta assertiva, no entanto, não é verdadeira, uma vez que as pessoas são naturalmente diferentes e, por isso, desiguais.

Em face desta constatação, a igualdade em sentido material objetiva realizar uma igualação ou desigualação das pessoas, de acordo com suas diferenças, a fim de alcançar uma efetiva isonomia (substancial).

⁹⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 59.

⁹⁸ Alexandre Câmara, aliás, menciona que “o princípio da isonomia tornou-se verdadeira obsessão legislativa no Brasil. O legislador, a todo momento, sente-se obrigado a enunciar uma igualdade que não precisava ser reafirmada, uma vez que está expressa como garantia fundamental na Constituição”. (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Vol I. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.40)

⁹⁹ ALVES, Francisco Glauber Pessoa. **O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 36.

Costuma-se atribuir a Aristóteles o clássico pensamento que sintetiza a igualdade material: “Tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades”¹⁰⁰.

Embora acertada, a lição aristotélica não delimita o conteúdo da igualdade, haja vista que não apresenta quaisquer elementos para definir quem são os iguais e os desiguais. Esse problema é bem observado por Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] é insuficiente recorrer à notória afirmação de Aristóteles, assaz de vezes repetidas, segundo cujos termos a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Sem contestar a inteira procedência do que nela se contém e reconhecendo, muito ao de ministro, sua validade como ponto de partida, deve-se negar-lhe o caráter de termo de chegada, pois entre um e outro extremo serpeia um fosso de incertezas cavado sobre a intuitiva pergunta que aflora ao espírito: *Quem são os iguais e quem são os desiguais?*¹⁰¹

Assim, o renomado autor estabelece três questões a serem observadas para identificar a obediência ao princípio da isonomia: a) o elemento tomado como fator de desigualação; b) a correlação lógica abstrata entre o critério de *discrímen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a consonância desta correlação com os interesses protegidos no sistema constitucional.¹⁰²

Em suma: cumpre ao operador do direito identificar o critério discriminatório para, então, verificar se há fundamento lógico para tal traço desigualador e, por fim, analisar se tal correlação se harmoniza com os valores prestigiados na Constituição.

Aplicando-se os critérios esboçados por Bandeira de Mello ao direito processual, tem-se como legítima a criação de instrumentos que visem a reequilibrar a relação entre as partes e recolocá-las em posição substancialmente igualitária, nas situações em que as diferenças naturais entre os litigantes significam, para um deles, posição por demais favorável e, para o outro, desfavorável ao extremo.

Nessa linha, os processualistas Cintra, Grinover e Dinamarco lecionam:

No processo civil legitimam-se normas e medidas destinadas a reequilibrar as partes e permitir que litiguem em *paridade de armas*, sempre que alguma

¹⁰⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 20. tir. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 10-11.

¹⁰¹ Idem. Ibidem. p. 10-11.

¹⁰² Idem. Ibidem. p. 21.

causa ou circunstância exterior ao processo ponha uma delas em condições de superioridade ou de inferioridade em face da outra.¹⁰³

É exatamente o que ocorre na distribuição dinâmica do ônus da prova. Na hipótese de desequilíbrio probatório entre as partes, isto é, quando os litigantes têm distintas possibilidades de produção da prova, o *onus probandi* deve ser atribuído àquele que tenha melhores condições de obter a prova, como forma de assegurar a real paridade de armas (isonomia substancial).

Neste sentido expõe Alexandre Câmara: “[...] a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova se revela como uma forma de equilibrar as forças na relação processual, o que nada mais é do que uma aplicação do princípio da isonomia”¹⁰⁴.

Dessa maneira, a repartição dinâmica do ônus probatório, mais uma vez, se alinha à ordem constitucional, na medida em que atende o princípio constitucional da isonomia, propiciando o reequilíbrio da relação processual e a efetiva paridade de armas.

2.3 Proibição da prova diabólica

Há situações no processo em que a parte se vê diante de uma prova de difícil ou impossível produção, restando impossibilitada a demonstração da sua alegação. Trata-se da chamada prova diabólica, assim conceituada por Alexandre Câmara: “[...] é expressão que se encontra na doutrina para fazer referência àqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil, nenhum meio de prova sendo capaz de permitir tal demonstração”¹⁰⁵.

Basta imaginar, por exemplo, a prova de solicitação do vale-transporte pelo trabalhador. Na prática, trata-se de elemento de difícil obtenção pelo obreiro, eis que inviável ao empregado apresentar requerimento escrito ao empregador e recolher sua assinatura para atestar que solicitou o benefício. Por outro lado, é bastante comum que o empregador, no ato de admissão do funcionário, apresente formulário

¹⁰³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 60.

¹⁰⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Vol I. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 381.

¹⁰⁵ *Apud* DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Vol. 2. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 92.

de opção pelo benefício, em que o obreiro deverá informar a necessidade do vale-transporte bem como preenchimento dos requisitos respectivos.¹⁰⁶

O exemplo citado ilustra a prova diabólica unilateral, ou seja, situação em que uma parte encontra dificuldade para produzir a prova, enquanto sua obtenção é tranquilamente viável à parte adversa.

Não há dúvidas de que o ordenamento jurídico rechaça tal situação. Aliás, neste sentido aponta a sábia lição de Eduardo Couture: “a lei que torne impossível a prova é tão inconstitucional quanto a lei que impossibilite a defesa”¹⁰⁷.

A vedação da prova diabólica se interpreta do art. 333, parágrafo único, inc. II, do CPC, que dispõe: “É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando [...] tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”.

Como se vê, a legislação processual estabelece a possibilidade de convenção das partes sobre a distribuição do ônus da prova, mas proíbe que o ajuste torne impraticável a produção da prova por uma das partes. Observa-se, inequivocamente, que a finalidade do dispositivo é impedir que uma parte se encontre diante de uma prova de difícil obtenção, em oposição à outra parte, que tem plena condição de produzir a prova.

Neste sentido, Paulo Rogério Zaneti aponta os motivos do legislador na elaboração do art. 333, parágrafo único, inc. II, do CPC, e observa que eles coincidem com as razões para aplicação da distribuição dinâmica:

Não demoramos muito para que essa reflexão encontre alguns motivos considerados pelo legislador, a saber: (a) coibir a prova diabólica, impossível ou quase impraticável para uma das partes; (b) evitar que uma das partes se utilize de ardis, artifícios ou superioridade técnica/econômica para se sobrepor à outra; (c) combater de forma clara inequívoca e

¹⁰⁶ Neste sentido, colaciona-se o seguinte julgado: “VALE-TRANSPORTE- ÔNUS DA PROVA - **Exigir do trabalhador a prova de que solicitou o benefício do vale-transporte é impor-lhe o ônus da prova diabólica.** No ensinamento de Fredie Didier Jr, Rafael Oliveira e Paula Sarno Braga a prova diabólica é aquela que é impossível, senão muito difícil de ser produzida. Não cabe aos trabalhadores a prova do pedido de vale-transporte, pois a necessidade de transporte público para ir ao serviço se pressupõe. Cabe ao empregador apresentar aos seus funcionários formulário de opção pelo benefício, o qual servirá de prova pré-constituída do desinteresse do trabalhador. Aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, ou a da aptidão para a prova. A prova deve ser feita por quem tem melhor aptidão para produzi-la. Art. 6º, VIII, do CDC, com aplicação subsidiária ao processo do trabalho, nos termos do art. 769, da CLT.” (grifo do autor) (TRT 15ª Região, RO 77395 SP 077395/2009, Processo 0124400-07.2006.5.15.0108, Relator: Regina Dirce Gago de Faria Monegatto, Publicação: 04/12/2009)

¹⁰⁷ COUTURE, Eduardo. **Estudios de derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 2003, p. 48.

manifesta o desequilíbrio processual nocivo, que pode levar à perda ou aniquilamento de um direito ou, ainda a uma decisão flagrantemente injusta. A esse respeito, pergunto ao leitor: quais eram os motivos e fundamentos que elencamos para aplicar a teoria da carga dinâmica da prova? Praticamente os mesmos.¹⁰⁸

O ilustre autor argumenta, dessa maneira, que esta vedação da prova diabólica não se restringe à convenção das partes, mas incide também sobre a repartição legal do ônus probatório, o que justifica a aplicação da distribuição dinâmica:

Enfim, se o juiz pode relativizar o ônus da prova convencionado entre as partes, por que não poderia flexibilizar o ônus da prova atribuído pela lei às partes que em determinadas situações conduz à mesma realidade que se procurou evitar na redação do parágrafo único, II, do art. 333 do CPC? Não faz o menor sentido eventual distinção de tratamento se ambas as possibilidades podem levar à mesma onerosidade excessiva que tentou banir a legislação processual. [...] Parece-nos, pois, que a aplicação da teoria da carga dinâmica da prova no cenário nacional encontra suporte naquilo que se pode extrair da própria redação atribuída ao parágrafo único, II, do art. 333 do CPC.¹⁰⁹

Assim, a citada disposição processual proíbe a prova diabólica e, para coibi-la, deve-se aplicar a distribuição dinâmica do *onus probandi*, com a atribuição do encargo probatório à parte que tem condições de produzir a prova.

A distribuição dinâmica do ônus da prova, portanto, se revela como importante instrumento para o julgador coibir a prova diabólica, vedada pela ordem legal. Obviamente, esta repartição dinâmica não se justifica na hipótese de prova diabólica bilateral, ou seja, aquela de difícil produção para ambas as partes. Nesse caso, nenhuma das partes tem condição de produzir a prova e, por isso, não há espaço para a aplicação da distribuição dinâmica, prevalecendo as regras estáticas.

2.4 Poderes instrutórios do juiz e dever de colaboração

No Estado liberal, o processo era concebido apenas como meio de solução de conflitos dos particulares, sendo restrito ao interesse das partes. Inexistia, portanto, interesse estatal na solução dos litígios, não cabendo ao Estado interferir na

¹⁰⁸ ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras sobre o ônus da prova**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 144.

¹⁰⁹ Idem. Ibidem. p. 145-146.

condução do processo.¹¹⁰

A ação, nessa perspectiva, foi estudada como sendo a provocação da jurisdição para satisfação das pretensões do autor. Esta concepção demonstra a visão privatista do processo, que se resumia à satisfação dos interesses da parte.¹¹¹

Todavia, para perceber que o processo não se limita a uma perspectiva individualista, basta refletir sobre a interessante pergunta formulada por Calamandrei: deve-se conceber o processo como um serviço que o Estado presta ao cidadão, fornecendo-lhe um meio para defesa de seus interesses, ou um serviço que o cidadão presta ao Estado, proporcionando-lhe oportunidade para atuação do direito objetivo?¹¹²

Uma rápida reflexão sobre tal questão revela que a concepção excessivamente privatista do processo não mais se concebe. O processo, além de proteger interesses individuais, tem a relevante incumbência de fazer cumprir o ordenamento jurídico e, com isso, atender ao interesse público da correta atuação do direito material.¹¹³

A partir da constatação de que o processo atua uma função estatal e, por isso, tem notória finalidade pública, o juiz não mais se limita a uma atuação passiva e neutra, em que deva apenas observar as partes se digladiarem.

Verificado que o resultado do processo não interessa somente às partes, mas sobretudo ao Estado, a iniciativa probatória não pode ser restrita aos litigantes, devendo se estender ao juiz.

A resistência da doutrina tradicional quanto à possibilidade de iniciativa probatória do juiz se funda na garantia da imparcialidade do juiz, supondo-se que a determinação da produção da prova pelo juiz implicaria na sua parcialidade.

Esta conclusão, contudo, é equivocada. Quando determina a produção de uma prova, o julgador não sabe previamente o seu resultado, de modo que não favorece qualquer das partes, pois apenas propicia uma melhor apuração dos fatos.

¹¹⁰ CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 61.

¹¹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.33.

¹¹² Idem. Ibidem. p. 33.

¹¹³ “O direito ou poder de ação, muito mais do que a proteção dos interesses privados, visa à atuação de uma função estatal, cujo objetivo é fazer cumprir o direito objetivo material. Vislumbra-se na ação, portanto, função destinada a satisfazer, antes de mais nada, o interesse público da correta atuação das regras substanciais.” (Idem. Ibidem. p.33)

Ao contrário, se o magistrado não determinar a produção de uma prova sobre um fato relevante acabará por beneficiar a parte que não tem razão, para quem o esclarecimento daquele fato seria prejudicial.¹¹⁴

Na verdade, imparcialidade do juiz é assegurada mediante a devida fundamentação das decisões e, também, através da observância do contraditório. Com efeito, a imparcialidade do magistrado se controla pela análise dos motivos que o levaram à decisão, bem como pela ciência e manifestação das partes sobre os atos processuais, exercendo o seu poder de influência na decisão judicial.¹¹⁵

Em consonância com a possibilidade de iniciativa probatória pelo juiz, o art. 130 do CPC dispõe que: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”. A legislação processual, desse modo, expressamente atribui poderes instrutórios ao juiz, permitindo-lhe a determinação de provas.

Na hipótese de amplo acesso de uma parte à determinada prova, deve-se compreender que os poderes instrutórios do juiz lhe possibilitam impor o ônus da prova ao litigante que tem maior facilidade de obtê-la. Há, nesse caso, evidente aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Assim, a repartição dinâmica do ônus probatório encontra amparo nos poderes instrutórios do juiz, notadamente quando uma parte tem possibilidades de obtenção da prova, em oposição à parte adversa, que se vê diante da inviabilidade de produção da prova.

Além dos poderes instrutórios do juiz, a legislação processual civil, também influenciada pela visão publicista do processo, preconiza deveres de cooperação dos sujeitos do processo, notadamente o dever de colaboração com o Poder Judiciário, nos termos do art. 339 do CPC: “Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”.

¹¹⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.107-108.

¹¹⁵ “Sem dúvida alguma, a melhor maneira de preservar a imparcialidade do magistrado é submeter sua atividade ao princípio do contraditório e impor-lhe o dever de motivar suas decisões. Pode ele manter-se absolutamente imparcial, ainda que participe ativamente da instrução. Basta que suas decisões sejam fundamentadas e proferidas após efetivo contraditório entre os litigantes.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.109-110)

Isto significa que todos aqueles que disponham de meios para elucidação do contexto fático da demanda têm o dever de apresentá-los em juízo. Neste sentido, Marinoni e Arenhart assinalam: “qualquer pessoa que possa trazer elementos capazes de influenciar a decisão judicial tem o dever de aportá-los ao processo”¹¹⁶.

As partes, portanto, têm o dever de colaborar com o órgão judicial a fim de fornecer os elementos que auxiliem na elucidação dos fatos. Não se admite, assim, que a parte detentora do meio de prova permaneça omissa e inerte, apoiada nas regras estáticas do ônus da prova.¹¹⁷ Caberá ao julgador, então, impor o ônus da prova ao litigante que tenha condições de obtê-la, julgando em seu desfavor a questão em que deveria ter apresentado a prova e deixou de fazer.

Isto se dá através da aplicação da distribuição dinâmica do ônus probatório. Assim é que o dever de colaboração com o Poder Judiciário fundamenta a teoria da distribuição dinâmica e respalda a possibilidade de o juiz flexibilizar as regras estáticas do *onus probandi*, impondo-o à parte que tem melhor condição de produção da prova.

2.5 Princípios da lealdade e boa-fé processual

O princípio da lealdade processual impõe os “deveres de moralidade e probidade a todos aqueles que participam do processo”¹¹⁸. Este princípio, portanto, “tem por escopo impor aos litigantes uma conduta moral, ética e de respeito mútuo, que possa ensejar o curso natural do processo e levá-lo à consecução de seus objetivos”¹¹⁹. Assim, as partes devem atuar no processo de forma proba e íntegra, agindo em conformidade com a boa-fé.

Tais princípios são explicitamente acolhidos no art. 14, II, do CPC: “São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do

¹¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 150.

¹¹⁷ “[...] não há como aceitarmos a hipótese de uma das partes, mesmo tendo maior facilidade e condições de fornecer determinada prova, escorar-se na literalidade do art. 333 do CPC para deixar de contribuir com o Poder Judiciário, notadamente com o juiz, na busca da verdade dos fatos.” (ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras sobre o ônus da prova**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 153)

¹¹⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 77.

¹¹⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 77.

processo: [...] proceder com lealdade e boa-fé”.

Alfredo Buzaid, na exposição de motivos do Código de Processo Civil, assinalou a natureza dialética do processo, sendo “reprovável que as partes se sirvam dele, faltando ao dever da verdade, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos”¹²⁰.

Ao tratar dos deveres de lealdade e boa-fé impostos pelo diploma processual, Nelson Nery Júnior esclarece que ao litigante “é vedada a utilização de expedientes de chicana processual, procrastinatórios, desleais, desonestos, com o objetivo de ganhar a demanda a qualquer custo”¹²¹.

Fredie Didier Jr. bem destaca que a boa-fé imposta pelo diploma processual não se restringe ao seu aspecto subjetivo, ou seja, à intenção das partes. Trata-se, na verdade, de norma de conduta que determina a atuação dos sujeitos processuais em consonância com a boa-fé objetivamente considerada, independentemente da intenção da parte. Fala-se, então, na boa-fé objetiva processual.¹²²

Assim é que, na fase de instrução probatória, não pode a parte se omitir e deixar de trazer elemento probatório esclarecedor no intuito de se beneficiar na demanda. Neste sentido são as palavras da ministra Nancy Andrichi ao enfatizar o dever de lealdade no campo probatório:

O dever de lealdade e de colaboração que incumbe às partes, no processo, determina que elas atuem sempre no sentido de facilitar a realização da justiça. Modernamente, o processo caminha no sentido de atribuir o ônus quanto à prova dos fatos, não a uma parte pré-determinada mediante regras rígidas, mas à parte que apresentar melhores condições de produzir a prova, numa perspectiva dinâmica de distribuição do ônus da prova. Assim, a atuação de todos, durante o processo, deve ser predominantemente ativa: nem autor, nem réu, devem se apoiar nas regras de distribuição subjetiva do ônus da prova para se omitir, contando com possível falha da outra parte ou com os limites das regras processuais, para impedir a realização de um direito.¹²³

Por isso, a distribuição dinâmica do ônus da prova se amolda aos princípios da lealdade e boa-fé processual na medida em que possibilita a imposição do ônus

¹²⁰ BUZAID, Alfredo. **Exposição de motivos do Código de Processo Civil**. Brasília, 1972.

¹²¹ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 284.

¹²² DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Vol. 1. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 66.

¹²³ STJ, REsp 1125621/MG, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 19/08/2010, DJe 07/02/2011.

da prova à parte em melhor posição probatória, impedindo que o litigante deslealmente se esquive de apresentar os meios de prova de que dispõe.

2.6 Necessidade de adequação do ônus da prova às especificidades do processo do trabalho

Todo processo traz em si uma relação de direito material e, por isso, deve se adequar às especificidades dessa relação jurídica substancial para, assim, promover a sua efetiva tutela. O processo não é um fim em si mesmo, mas se destina a concretizar o direito material.

Esta visão instrumentalista do processo não pode ser esquecida quando da análise do ônus da prova. Dessa maneira, “da mesma forma que a regra do ônus da prova decorre do direito material, algumas situações específicas exigem o seu tratamento diferenciado”¹²⁴.

Há relações jurídicas em que, por sua própria natureza e estrutura, uma parte detém maiores informações e acesso aos elementos que retratam as condições da relação, enquanto a outra dispõe de escassos meios de demonstração destas circunstâncias.

É exatamente o que ocorre nas relações de emprego. Com efeito, o empregador dispõe dos poderes diretivo, regulamentar, fiscalizatório e disciplinar, e, portanto, tem as prerrogativas de: organizar a estrutura empresarial, com a orientação quanto à prestação dos serviços; fixar regras gerais; propiciar o acompanhamento contínuo da prestação do trabalho; e impor sanções aos empregados.¹²⁵

O poder empregatício, por isso, confere ao empregador a possibilidade de dirigir e controlar a prestação de serviços do empregado, o que, por conseguinte, lhe coloca em melhor posição para demonstrar as condições e circunstâncias em que se desenvolve a relação de emprego.

O direito processual do trabalho, como meio indispensável à realização do direito material do trabalho, deve se adequar às peculiaridades deste. Assim é que a

¹²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 187.

¹²⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 599-603.

singularidade do processo do trabalho se justifica pela singularidade do direito do trabalho.¹²⁶

Por esta razão, o maior acesso às provas, pelo empregador, deve ser parâmetro para a distribuição do ônus probatório no processo do trabalho. Neste sentido afirma, com propriedade, Amauri Mascaro Nascimento:

Nem sempre a igual distribuição do ônus da prova atende às necessidades do processo trabalhista, porque sobrecarrega o empregado, que não tem as mesmas condições e facilidades do empregador. Outras vezes, acarreta cômoda posição para o empregador. Basta negar todos os fatos e o empregado tem de prová-los, o que não é fácil. É o que ocorre especialmente com as alegações de despedimento, impugnadas pelo empregador. Em decorrência dessas circunstâncias, há uma tendência para a redistribuição do ônus da prova no processo trabalhista, com maiores responsabilidades para o empregador.¹²⁷

A repartição do encargo probatório no processo do trabalho, nessa perspectiva, deve considerar a maior disponibilidade dos meios de prova pelo empregador. Isto se concretiza com a distribuição dinâmica do ônus da prova, uma vez que, por este modelo, o julgador tem a possibilidade de impor o *onus probandi* ao empregador quando verificar que este tem (ou deveria ter) condições de produzir a prova.

Nessa linha, Guilherme Feliciano assinala que as regras estáticas (arts. 818 da CLT e 333 do CPC) “são inaptas a regular, de modo absoluto, a dinâmica de um processo tão veloz, garantista e tuitivo como é o processo do trabalho, que envolve, via de regra, pretensões vinculadas à violação de direitos fundamentais”. Diante disso, o magistrado trabalhista defende que “no processo do trabalho, deve prevalecer a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, a ser sempre racionalmente demonstrada em decisão fundamentada”¹²⁸.

A repartição dinâmica do ônus probatório, portanto, se amolda perfeitamente ao processo do trabalho, na medida em que possibilita a imposição do encargo probatório ao empregador quando os seus poderes empregatícios (especialmente

¹²⁶ PAULA, Carlos Alberto Reis de. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 104.

¹²⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 539.

¹²⁸ FELICIANO, Guilherme Guimarães. Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho: critérios e casuística. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 32, p. 103-112, jan./jun. 2008, p. 104.

diretivo e fiscalizatório) lhe conferem um maior acesso aos meios de prova.

Conclui-se, pois, que a distribuição dinâmica do ônus da prova se justifica pela necessidade de adequação do processo do trabalho à realidade do direito material tutelado, havendo, assim, um regramento mais eficaz para a tutela dos direitos decorrentes da relação de trabalho.

2.7 Princípio da aptidão para a prova

Constatada a insuficiência da legislação vigente quanto ao ônus da prova, a prática trabalhista construiu o princípio da aptidão para a prova, que ameniza a rigidez das regras previstas nos arts. 818 da CLT e 333 do CPC, como bem observa João Humberto Cesário:

É fundamental saber que relativamente à distribuição do ônus da prova a legislação de regência traça tão somente diretrizes gerais para a orientação básica dos atores processuais. Assim é que a atenuação dessas diretivas, fundada no princípio da aptidão para a prova, vem a cada dia ganhando destaque no foro trabalhista.¹²⁹

O princípio da aptidão para a prova, segundo lição de Mauro Schiavi, “determina que deve produzir a prova não quem detenha o ônus processual (art. 818, da CLT ou 333, do CPC), mas sim quem detenha melhores condições materiais ou técnicas para produzir a prova em juízo”¹³⁰.

O ministro Carlos Alberto Reis de Paula explica:

Significa esse princípio que a prova deverá ser produzida por aquela parte que a detém ou que tem acesso à mesma, sendo inacessível à parte contrária. Consequentemente, é a que se apresenta como apta a produzi-la judicialmente.¹³¹

O eminente autor expõe, ainda, os fundamentos que respaldam a aplicação do princípio da aptidão para a prova:

¹²⁹ CESÁRIO, João Humberto. **Provas e recursos no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010, p. 46.

¹³⁰ SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 573.

¹³¹ PAULA, Carlos Alberto Reis de. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 120.

A aplicação no ônus da prova do princípio da aptidão atende ao escopo social do processo, que é eliminar conflitos mediante critérios justos. [...] O fundamento para a aplicação do princípio da aptidão está na justiça distributiva aliada ao princípio da igualdade, cabendo a cada parte aquilo que normalmente lhe resulta mais fácil. O critério será o da proximidade real e de facilidade do acesso às fontes de prova.¹³²

Além de estabelecer um critério mais lógico e racional quanto ao encargo probatório, o princípio da aptidão para a prova “inclui uma questão ética: não se pode atribuir o ônus da prova à parte menos provida de condições de demonstrar a veracidade de suas afirmações”¹³³.

O princípio em exame resulta de uma construção jurisprudencial sólida, notadamente difundida nos tribunais trabalhistas pátrios, como se exemplifica pelo julgado a seguir:

PROVA. ÔNUS. APTIDÃO. Não se deve cristalizar as regras atinentes ao ônus probatório, mas, antes, atender ao princípio da aptidão da prova, de modo que cabe a prova à parte que melhores condições tem para produzi-la. A visão estática da distribuição do ônus da prova, turvou-se já, sendo que, de maneira muito límpida, nos dias que correm, há dar proeminência ao modo de ver que redunde na idéia da distribuição dinâmica do onus probandi: deve atendê-lo quem está em melhores condições e/ou possibilidades de produzir a prova, o que há de ser estabelecido atento ao caso concreto e não de maneira vaga e abstrata (também superficial?), antecipadamente fixada, o que, não raras vezes, acaba por ignorar a realidade, a palpitação e as incontáveis variações que a complexidade da vida hodierna provoca, refletindo, como é palmar, de maneira negativa no processo e na distribuição da Justiça, com o que, por óbvio, não se pode concordar. (grifo do autor)
(TRT 15ª Região, 3ª Turma – 6ª Câmara, Processo n. 0021800-90.2008.5.15.0154 RO, Relator: Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani, Publicação: 04/03/2011)

Como bem ilustra o julgado acima, o princípio da aptidão para a prova constitui importante fundamento para a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, uma vez que, mediante o aludido princípio, admite-se a relativização das regras estáticas do *onus probandi* a fim de atribuí-lo à parte que tenha melhores condições de produzir a prova.

Assim é que o princípio da aptidão para a prova, bem desenvolvido no âmbito do processo do trabalho, permite a atribuição do encargo probatório a quem tenha

¹³² Idem. Ibidem. p. 122-123.

¹³³ SANTOS, José Aparecido dos. Teoria Geral das Provas e Provas em Espécie. In: **Curso de processo do trabalho** (org.: Luciano Athayde Chaves). São Paulo: LTr, 2009, p. 611.

maior facilidade na obtenção da prova e, com isso, autoriza a flexibilização das regras estáticas e aplicação da distribuição dinâmica.

2.8 Conclusão parcial

Embora a legislação processual vigente estabeleça regras prévias, gerais e abstratas do ônus da prova (arts. 818 da CLT e 333 do CPC), consagrando um sistema estático de distribuição do *onus probandi*, o processualista não pode se limitar a uma visão isolada destas disposições.

O ônus da prova é temática que envolve direitos fundamentais, sendo imprescindível, pois, a sua análise constitucional, mediante a conformação das suas regras aos princípios constitucionais aplicáveis ao processo. Assim é que a garantia constitucional do acesso à justiça, no seu enfoque atual, preconiza o direito a um processo justo e efetivo, que muitas vezes não pode ser alcançado com a aplicação literal daquelas disposições processuais estáticas. A almejada efetividade do processo, portanto, autoriza a relativização das regras estáticas do ônus probatório.

O princípio constitucional da igualdade, outrossim, exige que a distribuição do ônus da prova se realize de modo a garantir a efetiva isonomia material, assegurando-se a verdadeira paridade de armas entre os litigantes. Tal igualdade substancial, em determinadas situações, somente será atingida mediante a flexibilização das disposições legais sobre o *onus probandi*.

A distribuição dinâmica do ônus da prova, por isso, decorre de uma visão constitucional da matéria, que exige a amenização das regras estáticas do encargo probatório como meio de se garantir o modelo processual preconizado na Constituição Federal.

Não bastasse a perspectiva constitucional do ônus da prova, a própria ordem infraconstitucional, notadamente o CPC, traz normas que amparam a distribuição dinâmica: proibição da prova diabólica, poderes instrutórios do juiz, dever de cooperação, princípios da lealdade e boa-fé processual.

Além disso, a necessidade de flexibilização do modelo estático do ônus da prova se intensifica no processo do trabalho, por lidar com partes naturalmente desiguais que se apresentam em distintas posições de acesso aos meios de prova.

Assim é que, no âmbito laboral, desenvolveu-se o princípio da aptidão para a prova, que aponta exatamente a idéia central da distribuição dinâmica: o ônus da prova deve recair sobre a parte que tem melhores condições de produzi-la.

Tais fundamentos demonstram que o arcabouço normativo vigente já autoriza o magistrado a redistribuir o ônus da prova nas hipóteses em que uma das partes se encontra impossibilitada de obter a prova, enquanto a parte contrária tem maior facilidade para produção da prova.

A aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, assim, prescinde de previsão legal explícita, pois decorre de uma análise do ônus probatório à luz dos direitos fundamentais, bem como resulta de uma interpretação sistemática do ordenamento infraconstitucional que rege a matéria.

3 APLICAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

3.1 Inversão do ônus da prova

3.1.1 Conceito e modalidades de inversão do ônus da prova

Assentados os fundamentos que amparam a distribuição dinâmica do ônus da prova e demonstrada a possibilidade de o magistrado flexibilizar as regras estáticas do ônus da prova sem expressa previsão legal, mostra-se necessário delinear o modo pelo qual o juiz deverá aplicar esta repartição dinâmica. Trata-se, pois, de explicitar como a distribuição dinâmica do ônus da prova será exercida no processo.

Primeiramente, cumpre analisar a afinidade entre a distribuição dinâmica e a inversão do ônus da prova, instituto bastante conhecido na doutrina processual, a fim de estabelecer suas distinções e correlações.

Segundo a clássica doutrina de Cândido Rangel Dinamarco, “são inversões do ônus da prova as *alterações de regras legais sobre a distribuição deste, impostas ou autorizadas por lei*”¹³⁴. O eminente processualista explica, assim, que a inversão do ônus probatório pode ser proveniente da própria lei, da vontade das partes, ou da decisão do juiz por autorização legal. A inversão do ônus da prova, portanto, se divide em legal, convencional ou judicial.¹³⁵

Esta classificação merece aprofundamento. A inversão legal (*ope legis*) é diretamente prevista pela lei, efetivando-se independentemente do caso concreto e da atuação do juiz.

Exemplo nítido de inversão legal se refere ao art. 38 do Código de Defesa do Consumidor, que impõe o ônus da prova da veracidade da informação publicitária a quem a patrocina. Nesse caso, a norma atribui direta e previamente o ônus da prova àquele que patrocina a publicidade, independentemente das regras do ônus da prova contidas no CPC.

A doutrina observa, com razão, que não existe, a rigor, inversão do ônus da prova neste caso, havendo apenas uma distribuição legal (prévia e abstrata) diversa

¹³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. III. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 76.

¹³⁵ Idem. Ibidem. p. 76.

das regras gerais sobre o *onus probandi*. Nesta hipótese, o onerado desde o início suporta o encargo probatório, que não se altera no curso do processo e, por isso, não há que se falar em inversão.¹³⁶

Por sua vez, a inversão convencional é aquela ajustada entre as partes. Sérgio Cruz Arenhart¹³⁷ explica que a convenção sobre o ônus da prova constitui negócio jurídico processual, devendo, pois, observar os requisitos para a validade de qualquer negócio jurídico: agentes capazes, objeto lícito e forma admitida em lei. Além disso, devem ser respeitados os limites previstos no parágrafo único do art. 333 do CPC: o ônus da prova não pode recair sobre direito indisponível da parte, tampouco tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Já a inversão judicial (*ope iudicis*) se opera pelo juiz, que redistribui o ônus da prova de acordo com os requisitos estabelecidos em lei. Exemplo bastante conhecido da inversão judicial se refere ao art. 6º, VIII, do CDC, que proclama como direito básico do consumidor a facilitação da sua defesa mediante a inversão do ônus da prova.

A legislação consumerista estabelece, assim, que a inversão se perfaz a critério do juiz, desde que presentes, alternativamente, um dos seguintes requisitos: verossimilhança da alegação ou hipossuficiência. De acordo com a doutrina consumerista, a verossimilhança diz respeito ao forte conteúdo persuasivo decorrente da narrativa¹³⁸. A hipossuficiência, por seu turno, não deve ser entendida em sentido econômico, mas técnico, isto é, significa o desconhecimento técnico e informativo do produto ou serviço¹³⁹.

¹³⁶ “Inversão do ônus da prova é técnica processual, e parte do pressuposto de que o ônus pertenceria, à data da propositura da demanda, àquele contra quem foi feita a inversão. Não devem ser tomadas como inversão do ônus da prova, senão como simples distribuição do encargo probatório, as regras de direito material que abstratamente prevêm que em determinados casos especificados na lei o encargo sobre determinados fatos é desta ou daquela parte no processo. É o que acontece no art. 38 do CDC, onde não se tem, a rigor, inversão do ônus de provar, já que a regra da distribuição é esta que o legislador determinou. Inversão há quando se inicia com um encargo e se o altera no curso do processo.” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação civil pública e meio ambiente**. São Paulo: Forense Universitária, 2003, p. 208)

¹³⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. **Revista Jurídica**, n. 343, maio/2006.

¹³⁸ “É necessário que da narrativa decorra verossimilhança tal que naquele momento da leitura se possa aferir, desde logo, forte conteúdo persuasivo.” (NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 781)

¹³⁹ “O significado de hipossuficiência do texto do preceito normativo do CDC não é econômico, é técnico. [...] hipossuficiência, para fins da possibilidade de inversão do ônus da prova, tem sentido de desconhecimento técnico e informativo do produto e do serviço [...]” (Idem. Ibidem. p. 782)

Não há dúvidas de que o art. 6º, VIII, do CDC, principal exemplo de inversão judicial, revela modo de aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, pois permite a modificação do ônus da prova, pelo juiz, em virtude de circunstâncias verificadas no caso concreto.¹⁴⁰

3.1.2 Inversão e distribuição dinâmica do ônus da prova

A partir destas considerações, necessário se faz extrair o ponto de conexão entre inversão e distribuição dinâmica do ônus da prova. Constatou-se que, pela inversão, sob qualquer de suas modalidades, ocorre uma alteração da repartição comum do *onus probandi*. É exatamente o que se pretende com a distribuição dinâmica: relativizar as regras comuns do ônus da prova, modificando-o.

Assim é que a inversão do ônus da prova consiste na técnica processual de aplicação da distribuição dinâmica do encargo probatório. Em outras palavras, a repartição dinâmica preconiza a flexibilização das regras estáticas e isto se dá concretamente mediante a técnica da inversão do ônus da prova.

Todavia, percebe-se que, pela sua concepção tradicional, a inversão do ônus da prova somente poderia ocorrer por autorização legal. Como visto, mesmo a inversão judicial apenas seria possível com a observância, pelo juiz, dos requisitos estabelecidos em lei.

Esta concepção, entretanto, se revela superada. Em primeiro lugar, a compreensão do ônus da prova à luz dos princípios constitucionais demonstra que se faz necessário, em alguns casos, relativizar as regras estáticas do ônus da prova, sob pena de ofensa ao acesso à justiça e à igualdade material.

Além disso, a ordem infraconstitucional não admite a prova diabólica e preconiza a lealdade e boa-fé processual, os poderes instrutórios do juiz e o dever de cooperação, fundamentos que autorizam o julgador a flexibilizar as regras estáticas do ônus da prova, em determinados casos.

¹⁴⁰ “Trata-se de nítida aplicação desta teoria – embora restrita às causas de consumo –, afinal confere-se ao juiz o poder de redistribuição de ônus probatório (sua inversão), em vista do preenchimento de pressupostos de aferição circunstancial e casuística.” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Vol. 2. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 97)

Dessa forma, louvável a posição de Cambi¹⁴¹ ao compreender a inversão do ônus probatório como técnica que altera a distribuição comum do *onus probandi* a fim de proteger a parte que teria excessiva dificuldade na produção da prova, ou a parte vulnerável, em posição de desigualdade, na relação jurídica material.

Portanto, se presentes tais circunstâncias, deve o juiz inverter o ônus da prova independentemente de expressa disposição legal. É o que muitas vezes se verifica no processo do trabalho, que lida com partes com diferentes possibilidades de produção da prova, razão pela qual vigora o princípio da aptidão para a prova.

A desnecessidade de previsão legal explícita para a inversão do ônus da prova é reconhecida por abalizada doutrina. Neste sentido, Marinoni e Arenhart¹⁴² sustentam que é equivocado imaginar que o magistrado apenas possa inverter o ônus da prova quando aplicável o CDC. O simples fato de se garantir ao consumidor o direito à inversão do ônus da prova não implica dizer que o juiz está proibido de assim proceder em outras situações de direito material.

Desse modo, os renomados processualistas afirmam que algumas situações de direito material exigem tratamento diferenciado do ônus da prova, mesmo sem expressa previsão legal.¹⁴³ Os juristas, assim, se pronunciam nos seguintes termos:

[...] não existe motivo para supor que a inversão do ônus da prova somente é viável quando prevista em lei. [...] Da mesma forma que a regra do ônus da prova decorre do direito material, algumas situações específicas exigem o seu tratamento diferenciado. Isso pela simples razão de que as situações de direito material não são obviamente uniformes. A suposição de que a inversão do ônus da prova deveria estar expressa na lei está presa à idéia de que essa, ao limitar o poder do juiz, garantiria a liberdade das partes. [...] Se não é possível ao legislador afirmar, como se estivesse tratando de situações uniformes, que o juiz deve sempre aplicar a regra do ônus da prova, também não lhe é possível dizer que apenas uma ou outra situação de direito material pode permitir a sua inversão.¹⁴⁴

Por tais razões, não há necessidade de norma expressa que autorize o juiz a inverter o ônus da prova, sobretudo no processo do trabalho, uma vez que tal inversão se justifica através da aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus

¹⁴¹ CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 410.

¹⁴² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 186.

¹⁴³ Idem. Ibidem. p. 187.

¹⁴⁴ Idem. Ibidem. p. 187.

da prova, amparada pelos fundamentos expostos no capítulo II deste estudo, inclusive com esteio constitucional.¹⁴⁵

3.1.3 Críticas à expressão “inversão” do ônus da prova

Por fim, importa mencionar que a expressão “inversão” do ônus da prova não é aceita unanimemente na doutrina como forma de aplicação da distribuição dinâmica.

Artur Carpes¹⁴⁶ sustenta que o termo “inversão” consagra a transferência integral do ônus probatório de uma parte à outra, sem ressaltar quais as circunstâncias de fato cujo ônus da prova deva ser transferido.¹⁴⁷ Haveria, portanto, uma mera transferência do esquema legal estático de um lado para outro, mantendo a generalidade e abstração da lei. Por isso, o notável jurista prefere a expressão dinamização do ônus da prova.

Diante das críticas do autor, essencial esclarecer que o termo “inversão” aqui adotado não implica a modificação total e integral do ônus da prova, como se abrangesse todas as alegações das partes. O vocábulo “inversão” apenas designa a alteração do ônus da prova de um lado à outro, invertendo-se o *onus probandi* de uma parte à outra somente quanto a uma alegação específica.

Portanto, deve-se deixar bastante claro que a inversão do ônus da prova se refere a específicas circunstâncias fáticas objeto da controvérsia, uma vez que cada alegação apresenta distintas possibilidades de produção da prova para os litigantes.

Esta observação deve ser bem apreendida em relação ao processo do

¹⁴⁵ Nessa linha, Robson Godinho bem destaca a autorização constitucional para a inversão do ônus da prova: “[...] como a necessidade de inversão do ônus da prova decorre diretamente da Constituição, não há necessidade de integração legislativa, que, contudo, poderá existir e possuirá um caráter pedagógico e simbólico que facilitará o acesso à justiça.” (GODINHO, Robson Renault. A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais. **De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 8, p. 384-407, jan./jun. 2007, p. 395)

¹⁴⁶ CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 116-117.

¹⁴⁷ Semelhante crítica é apontada por Arenhart: “Outro reparo que merece ser desde logo apontado diz com o termo ‘inversão’, geralmente empregado para tratar do tema aqui apreciado. Na realidade, não existe caso de inversão própria do regime do ônus da prova, já que esta deveria consistir em imputar ao réu o ônus da prova dos fatos *constitutivos do direito do autor* e ao autor a carga da prova dos fatos *modificativos, extintivos e impeditivos* de seu próprio direito. Ora, nenhuma hipótese existente no direito brasileiro contempla semelhante previsão, de modo que não se deve falar, ao menos propriamente, em ‘inversão do ônus da prova’.” (ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. **Revista Jurídica**, n. 343, maio/2006)

trabalho, cujas demandas, no mais das vezes, contêm vários pedidos. Assim, por exemplo, a inversão do ônus da prova quanto à alegação de labor extraordinário não significa tal inversão quanto à afirmação de trabalho em condições insalubres.

Feita tal ressalva, mantém-se neste estudo a terminologia “inversão” do ônus da prova, sobretudo em razão da sua consagração legislativa, doutrinária e jurisprudencial. Enfatiza-se, dessa maneira, que a inversão do ônus da prova é a técnica processual de aplicação da distribuição dinâmica, de modo que esta se operacionaliza por meio daquela.

3.2 Critérios de aplicação

3.2.1 Limites de aplicação da distribuição dinâmica

É certo que a aplicação da repartição dinâmica significa considerável ampliação dos poderes do juiz, que tem a prerrogativa de excepcionar as regras legais. Por esta razão, é indispensável estabelecer critérios que legitimam tal atuação do órgão judicial, a fim de evitar que o alargamento dos poderes do julgador se transforme em arbitrariedade, o que não se admite no Estado Constitucional de Direito.¹⁴⁸

Neste sentido, Jorge W. Peyrano, principal propagador da distribuição dinâmica, apresentou balizamentos na aplicação da teoria.¹⁴⁹ Em primeiro lugar, o jurista argentino sustenta que a repartição dinâmica é parcial, ou seja, aplica-se a determinados fatos, não abrangendo todo o material fático.¹⁵⁰ Esta advertência já foi indicada acima, quando se afirmou que a inversão do ônus da prova não significa a transferência integral do *onus probandi* de uma parte à outra, mas se refere a circunstância específica.

Além disso, o autor argumenta que não há espaço para aplicação da

¹⁴⁸ “Deve-se buscar dotar o juiz de *critérios* seguros para operar a *dinamização*. Caso contrário, a tendência é que o incremento dos poderes do órgão judicial se aproxime da arbitrariedade, perigo com o qual não se afortuna a convivência no Estado constitucional.” (CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 123-124)

¹⁴⁹ AZÁRIO, Márcia Pereira. **Dinamicização da distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro** – Rio Grande do Sul. 2006. 200f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS, Porto Alegre, 2006, p. 131.

¹⁵⁰ Idem. Ibidem. p. 131.

distribuição dinâmica quando ambas as partes se encontram em situação de desvantagem probatória.¹⁵¹ Como já adiantado quando se tratou da proibição da prova diabólica, a hipótese de *probatio diabolica* bilateral, isto é, aquela de difícil produção para ambos os litigantes, não autoriza a repartição dinâmica do ônus probatório.

Por fim, o processualista argentino defende que a distribuição dinâmica do ônus da prova não pode acarretar surpresa às partes.¹⁵² Assim, o onerado deve estar ciente do encargo para que dele possa se desincumbir.

A distribuição dinâmica do ônus da prova, portanto, permite a inversão do *onus probandi* quanto àquelas alegações em que se verifica uma disparidade probatória, ou seja, situação em que uma parte tem maior possibilidade de produção da prova, em virtude de sua posição na relação jurídica material.

Na relação empregatícia, os poderes diretivo, fiscalizatório e disciplinar do empregador o colocam em melhor posição para demonstração em juízo das circunstâncias fáticas que envolvem o contrato de trabalho. Por esta razão, na maioria dos litígios, o empregador tem melhores condições de produção da prova, em detrimento da dificuldade enfrentada pelo empregado. Nestas situações, pode o juiz inverter o ônus da prova quanto às alegações de fato cuja demonstração seja mais fácil ao empregador em razão dos seus poderes empregatícios.

Todavia, nos casos em que tais poderes empregatícios não conferem ao empregador possibilidade de produção da prova, não haverá disparidade probatória e, por isso, não se autoriza o afastamento das regras gerais, pois inaplicável a distribuição dinâmica.

Isto não significa que a distribuição dinâmica somente poderá ser aplicada quando o empregador detiver concretamente os meios de prova. Também se admite a repartição dinâmica quando a empresa, embora não disponha efetivamente da prova, teria condições de produzi-la em virtude dos seus poderes empregatícios.

3.2.2 Momento de inversão do ônus da prova e necessidade de observância do contraditório

¹⁵¹ Idem. Ibidem. p. 131.

¹⁵² Idem. Ibidem. p. 131.

Feitas tais considerações, cumpre examinar o momento da inversão do ônus da prova, tema que gera incessante controvérsia na doutrina processual. A polêmica, na verdade, decorre da compreensão da função do ônus da prova como regra de conduta/procedimento ou regra de julgamento.

Para aqueles que compreendem o ônus da prova como regra de conduta/procedimento, a inversão do ônus da prova deve ocorrer antes da instrução probatória.¹⁵³

Já para os que sustentam o ônus da prova como regra de julgamento, a modificação do ônus probatório se dá quando do julgamento da causa, mesmo porque, antes da sentença, o juiz sequer sabe se as regras do ônus da prova serão utilizadas.¹⁵⁴

É preciso reiterar, pois, que o ônus da prova constitui regra de julgamento, a ser utilizada pelo magistrado para viabilizar a prolação da decisão quando insuficiente o material probatório. Trata-se do ônus objetivo da prova.

As regras sobre o ônus da prova, como já afirmado, não determinam quem deve produzir a prova, mas estabelecem quem suporta o risco pela sua insuficiência. Assim é que o ônus subjetivo da prova não impõe tarefas processuais às partes e, por isso, não deve ser entendido como regra de conduta ou procedimento.

Por outro lado, reconhece-se a importância do aspecto subjetivo do ônus da prova para o fim de informar às partes quanto ao risco de não-produção da prova, evitando surpresas aos litigantes, em homenagem ao princípio da boa-fé processual.

Diante disso, a inversão do ônus da prova efetivamente ocorre quando do julgamento da causa, mas o juiz deve, ainda durante a instrução processual, advertir

¹⁵³ “A decisão que modifica o ônus da prova deve ser dada anteriormente à instrução probatória. Jamais o ônus probatório deve ser objeto de dinamização, seja esta legal ou judicial, apenas no momento da sentença. Qualquer alteração da estruturação da atividade probatória das partes deve dar-se, por óbvio, antes da colheita das provas, com o que se estará, sempre, evitando a ocorrência de vícios insanáveis ao processo, por violação do direito fundamental ao contraditório.” (CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 137)

No mesmo sentido: “A inversão [...] deve ser sempre previamente comunicada às partes para que elas possam, adequadamente, desincumbir-se de seu ônus [...]” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil. Procedimento comum: ordinário e sumário**. Vol. 2. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2007, p.247)

¹⁵⁴ Nessa linha é o pensamento de Kazuo Watanabe: “Quanto ao momento da aplicação da regra de inversão do ônus da prova, mantemos o mesmo entendimento sustentado nas edições anteriores: é o do julgamento da causa. É que as regras de distribuição do ônus da prova são regras de juízo, e orientam o juiz, quando há um no liquet em matéria de fato, a respeito da solução a ser dada à causa.” (Apud ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras sobre o ônus da prova**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 161)

às partes quanto a futura inversão do ônus da prova. Trata-se de uma indicação às partes de que, caso sejam aplicadas as regras do ônus da prova, tal aplicação será de forma distinta das regras gerais.

Acolhe-se, portanto, a solução proposta por Daniel Amorim Assumpção Neves, que expõe:

Apesar de ser regra de julgamento, só se aplicando ao final do processo, e isso somente no caso de inexistência ou insuficiência de prova, existem casos nos quais, em respeito ao princípio do contraditório, o juiz deve já no saneamento do processo se manifestar sobre eventual inversão da regra geral contida no art. 333 do CPC. Perceba-se que o juiz não estaria nesse momento invertendo o ônus da prova, regra que até mesmo pode nem ser utilizada caso a instrução probatória convença amplamente o juiz. O que o juiz fará é apenas sinalizar às partes que, no caso de necessidade de aplicação da regra, o fará de forma invertida, e não conforme previsto como regra geral em nosso estatuto processual.¹⁵⁵

Como no processo do trabalho não há despacho saneador, o juiz deverá advertir às partes durante a instrução processual, especificamente em audiência, a fim de que o onerado tenha ciência do *onus probandi* ainda em condições de produzir a prova. É o que explica César Machado Jr.:

A colheita das provas trabalhistas é feita na audiência e este é o local e momento ideal para o juiz verificar a existência de qualquer circunstância que leva à inversão do ônus probatório, razão pela qual deverá manifestar-se a respeito nesta oportunidade de forma expressa, na forma do art. 93, IX, da CF.¹⁵⁶

Esta indicação de eventual inversão se destina a evitar a surpresa da parte, atendendo à garantia constitucional do contraditório. Sérgio Cruz Arenhart¹⁵⁷ sustenta que é conveniente ao magistrado assinalar às partes, com antecedência, qualquer decisão relativa a eventual modificação do ônus da prova. O autor defende, entretanto, que este aviso anterior é apenas conveniente, mas não obrigatório para o juiz¹⁵⁸, tendo em vista os seguintes argumentos:

¹⁵⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 420.

¹⁵⁶ MACHADO JR., César P. S. **O ônus da prova no processo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001, p. 156.

¹⁵⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. **Revista Jurídica**, n. 343, maio/2006.

¹⁵⁸ Adotando a concepção de ônus da prova como regra de julgamento, a terceira turma do STJ reconheceu, em recente julgado, que o juiz não é obrigado a antecipar sua posição quanto ao ônus

Isto porque não se pode falar em lesão à ampla defesa e ao contraditório em razão da modificação dos critérios do ônus da prova, sendo a regra, naturalmente, destinada a incidir quando do julgamento da causa. Não há lesão a tais garantias constitucionais simplesmente pelo fato de que as partes não têm disponibilidade sobre as provas que detêm e que são de interesse do processo; é *dever* das partes apresentar todas as provas que possuem e que possam ter alguma importância para o processo, como claramente decorre do dever de veracidade, estampado no art. 14, inc. I, do Código de Processo Civil (e como ainda seria possível extrair da interpretação *a contrario sensu* do art. 14, inc. IV, do mesmo diploma). Não há, por isso mesmo, que se falar em surpresa da parte, diante da inversão do ônus da prova em seu prejuízo; se ela não produziu a prova que poderia fazer, faltou ela com dever processual, não podendo esta omissão ser invocada em seu benefício.¹⁵⁹

Embora consistente a argumentação jurídica de Arenhart, não se pode desprezar a realidade forense de que o ônus da prova influencia a atuação das partes, pois o litigante onerado imprime maior esforço e empenho para obter a prova. Por isso, necessário que as partes sejam informadas sobre os riscos da ausência de prova, conhecendo sua parcela de responsabilidade na formação do conjunto probatório.

Ademais, a modificação do ônus da prova por aplicação da distribuição dinâmica não significa que a parte onerada tem absoluta facilidade à prova, mas apenas que tal litigante tem melhores condições fáticas para sua obtenção, enquanto a parte adversa encontra dificuldade bastante superior. Por isso, nem sempre a parte

da prova: RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. MOMENTO. SENTENÇA. POSSIBILIDADE. REGRA DE JULGAMENTO. OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. INEXISTÊNCIA. 1. A jurisprudência do STJ não se pacificou quanto à possibilidade de o juízo inverter o ônus da prova no momento de proferir a sentença numa ação que discuta relação de consumo. 2. O Processo Civil moderno enfatiza, como função primordial das normas de distribuição de ônus da prova, a sua atribuição de regular a atividade do juiz ao sentenciar o processo (ônus objetivo da prova). Por conduzirem a um julgamento por presunção, essas regras devem ser aplicadas apenas de maneira excepcional. 3. As partes, no Processo Civil, têm o dever de colaborar com a atividade judicial, evitando-se um julgamento por presunção. Os poderes instrutórios do juiz lhe autorizam se portar de maneira ativa para a solução da controvérsia. As provas não pertencem à parte que as produziu, mas ao processo a que se destinam. 4. O processo não pode consubstanciar um jogo mediante o qual seja possível às partes manejar as provas, de modo a conduzir o julgamento a um resultado favorável apartado da justiça substancial. A ênfase no ônus subjetivo da prova implica privilegiar uma visão individualista, que não é compatível com a teoria moderna do processo civil. 5. Inexiste surpresa na inversão do ônus da prova apenas no julgamento da ação consumerista. Essa possibilidade está presente desde o ajuizamento da ação e nenhuma das partes pode alegar desconhecimento quanto à sua existência. 6. A exigência de uma postura ativa de cada uma das partes na instrução do processo não implica obrigá-las a produzir prova contra si mesmas. Cada parte deve produzir todas as provas favoráveis de que dispõe, mas não se pode alegar que há violação de direito algum na hipótese em que, não demonstrado o direito, decida o juiz pela inversão do ônus da prova na sentença. 7. Recurso especial conhecido e improvido. (STJ, REsp 1125621/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/08/2010, DJe 07/02/2011)

¹⁵⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. **Revista Jurídica**, n. 343, maio/2006.

em melhores condições de produzir a prova deixa de obtê-la de forma intencional, faltando com dever processual.

No processo do trabalho, inclusive, às vezes o empregador não detém concretamente a prova, mas tem melhores condições de produzi-la em razão dos seus poderes empregatícios, o que já justifica a distribuição dinâmica. Neste caso, é possível a inversão, mas não há deslealdade processual do empregador pelo simples fato de não apresentar a prova prontamente.

O princípio do contraditório, por tais razões, é garantia constitucional que não pode ser afastada na hipótese de modificação do *onus probandi*, devendo o magistrado comunicar previamente a parte a fim de que esta tenha efetiva condição de se desvencilhar do ônus imposto.

3.2.3 Distribuição dinâmica e motivação judicial

Por fim, importa destacar a importância da motivação judicial na aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova. Com efeito, a ampliação dos poderes do juiz implica na sua maior responsabilidade de motivação judicial. É que o magistrado, com maiores poderes, deve explicitar as razões que o conduziram à modificação do ônus probatório.

A motivação judicial, portanto, constitui meio de controle da imparcialidade do juiz e revela garantia das partes para evitar o arbítrio do magistrado na aplicação da distribuição dinâmica.

Neste sentido se pronuncia Artur Carpes:

A atuação do juiz fica, pois, controlada pela coerência lógica do seu raciocínio, devendo ele, na sua motivação, fazer transparecer os critérios que o levaram a afastar, naquele caso concreto, a incidência da regra do art. 333 do CPC e lançar mão da técnica da dinamização dos ônus probatórios.¹⁶⁰

Intensifica-se, pois, o dever do magistrado de justificar e expor os motivos da sua decisão. Ao afastar a aplicação das regras comuns do ônus da prova, deve o juiz explicitar as circunstâncias fáticas que ensejam a disparidade probatória

¹⁶⁰ CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 130.

justificadora da aplicação da distribuição dinâmica.

Não basta ao magistrado consignar que uma parte tem maior aptidão para produzir a prova, deve ele explicar concretamente as condições fáticas que colocam tal litigante em melhor posição probatória.

3.3 Consagração da distribuição dinâmica em projetos de lei

A necessidade de flexibilização das regras estáticas do ônus probatório conduz a tentativas do legislador de positivar regras que excepcionem o modelo geral. Tal produção legislativa, aliás, solucionaria o problema daqueles que consideram indispensável expressa autorização legal para modificação do ônus da prova pelo juiz.

Dessa forma, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 3015/2008, que acrescenta um novo parágrafo ao art. 333 do CPC, nos seguintes termos: “Art. 333 [...] § 2º. É facultado ao juiz, diante da complexidade do caso, estabelecer a incumbência do ônus da prova de acordo com o caso concreto”.

A proposição é de autoria do Deputado Federal Manoel Júnior (PSB/PB), que expôs a seguinte justificativa do projeto:

As regras de ônus da prova são regras de julgamento, ou seja, são aplicadas no momento em que o juiz vai julgar. Não estabelecem disposições a serem cumpridas pelas partes, não dizem quem deve produzir a prova e sim, quem arca com as consequências da não produção da prova. A norma presente no art. 333 do CPC – Código de Processo Civil estabelece que o ônus da prova é estático: do autor, com relação ao que alega, e do réu, em relação a fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor.

Contudo, a doutrina processualista desenvolveu a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova ou das cargas probatórias dinâmicas que defende que o ônus da prova deve ser distribuído de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

De fato, regras previamente estabelecidas, em muitos casos, dificultam a produção da prova e acabam por fazer com que a parte arque com as consequências de não ter provado fato de difícil elucidação.

A possibilidade de facultar ao juiz, diante da complexidade do caso, restabelecer as regras de ônus da prova consagra a referida teoria, já aplicada pela jurisprudência, e representa aplicação prática dos princípios constitucionais da adequação, da cooperação e da igualdade entre as partes.¹⁶¹

¹⁶¹ PL 3015/2008 apresentado em 13/03/2008 pelo Deputado Federal Manoel Júnior (PSB/PB). Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=474D5D26B7C0CA3296A

Como se vê, a justificativa da proposição menciona expressamente a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova como motivadora da alteração. A redação da disposição, contudo, não apresenta melhor técnica processual, pois condiciona a aplicação da distribuição dinâmica à complexidade do caso. Na verdade, a repartição dinâmica se justifica pela disparidade probatória, quando um litigante tem extrema dificuldade na obtenção da prova e a parte contrária tem maior facilidade na sua produção.¹⁶²

Em que pese tal deficiência redacional, há que se elogiar a disposição por permitir ao juiz a modificação do ônus probatório de acordo com as especificidades do caso concreto, o que revela uma das principais características da distribuição dinâmica.

A tentativa de alteração do CPC atual, porém, tem sua importância reduzida em razão do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, que adota expressamente a distribuição dinâmica do ônus da prova, conforme art. 262, *in verbis*:

Art. 262. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

§ 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 261, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção.

O projeto acolhe explicitamente a distribuição dinâmica ao permitir o abrandamento das regras estáticas e a modificação (inversão) do ônus probatório para atribuí-lo à parte em melhores condições de produção da prova.

Observa-se, ainda, que a distribuição dinâmica é adotada nos moldes ora

C912B3DB12B29.node1?codteor=544501&filename=PL+3015/2008.

¹⁶² No mesmo sentido é a observação de Artur Carpes: “Muito embora a redação do projeto não seja alheia a críticas, na medida em que a dinamização não decorre propriamente da ‘complexidade da causa’, mas sim da desigualdade entre as partes e na excessiva dificuldade na produção da prova por aquele que está onerado, bem compreendida a finalidade da disposição do novo §2º do art. 333, não se pode objetar os benefícios que esta poderá gerar.” (CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 112)

defendidos, isto é, como regra complementar e excepcional coexistente com o modelo estático mantido no art. 261.¹⁶³ Permanece, assim, como modelo geral a distribuição estática que distribui o encargo probatório com base na posição processual das partes e na natureza do fato alegado, sendo possível a relativização de tais regras mediante aplicação da distribuição dinâmica.

Além disso, a sistemática do projeto do Novo CPC determina a observância do contraditório, determinando que o juiz deve oportunizar o onerado para se desvencilhar do ônus que lhe foi atribuído.

O projeto no Novo CPC, desse modo, se revela bastante preciso na consagração da distribuição dinâmica do ônus probatório, por estabelecer o caráter complementar deste modelo, bem como determinar a inafastável observância do contraditório.

Quanto à futura aplicação do art. 262 do projeto no processo do trabalho, não há dúvidas da sua aplicabilidade. Aliás, o art. 333 do CPC atual, embora inexista lacuna normativa na CLT quanto à distribuição do ônus da prova, já é amplamente aplicado pela jurisprudência trabalhista em virtude da insuficiência do art. 818 da CLT (lacuna ontológica).

No caso da adoção da distribuição dinâmica no novo CPC, haverá evidente lacuna normativa no diploma celetista, que não oferece ao juiz a possibilidade de flexibilizar as regras estáticas em face das circunstâncias do caso concreto. Além disso, inequívoca a plena harmonia da distribuição dinâmica com os princípios do processo do trabalho, sobretudo porque possibilita ao trabalhador o efetivo acesso à justiça e a igualdade material.

3.4 Ônus da prova nas demandas trabalhistas à luz da distribuição dinâmica

Delineados os principais critérios de aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova e introduzida sua forma de exercício no processo, revela-se oportuno examinar o ônus da prova em relação a algumas matérias trabalhistas controvertidas, sob o enfoque da distribuição dinâmica.

¹⁶³ O projeto mantém, no art. 261, regra semelhante ao art. 333 do CPC atual: “Art. 261. O ônus da prova, ressalvados os poderes do juiz, incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

Advirta-se, desde logo, que esta análise não pretende estabelecer soluções aplicáveis a todos os casos referentes à matéria tratada, mas se destina apenas a formular observações gerais sobre a aplicação da distribuição dinâmica.

Como defendido ao longo deste trabalho, a distribuição dinâmica autoriza que o juiz inverta o ônus da prova diante das circunstâncias e peculiaridades do caso concreto, a fim de atribuir o encargo àquele que se encontra em melhor posição probatória. O magistrado atua, assim, de acordo com a especificidade do caso versado, sem estar adstrito a formulações prévias.

3.4.1 Relação de emprego

Primeiramente, analisa-se o ônus da prova da relação de emprego. A negação total, pelo réu, da prestação de serviços do autor consiste em negativa indeterminada¹⁶⁴, sendo impossível ao reclamado demonstrar que o reclamante nunca lhe prestou serviços. Por isso, a doutrina e jurisprudência se firmaram no sentido de que “compete ao reclamante provar a prestação de serviços ao suposto empregador”¹⁶⁵.

Com efeito, no caso de negativa absoluta de prestação de serviços, o réu não se encontra em melhor posição probatória, permanecendo do autor o *onus probandi* da relação empregatícia.

Se o reclamado, porém, admite a prestação de serviços do autor, ele passa a ser o dirigente do labor realizado pelo obreiro e se coloca em melhores condições para produzir a prova. Com isso, atrai para si o ônus da provar a alegada relação de trabalho diversa da relação de emprego.

A doutrina¹⁶⁶ e jurisprudência¹⁶⁷, com desenvoltura, já têm aplicado esta

¹⁶⁴ Nessa linha é a posição de Carlos Alberto Reis de Paula: “Negada pelo réu a existência da relação de emprego, de forma absoluta, em uma negativa indefinida, o ônus da prova só pode ser atribuído ao autor.” (PAULA, Carlos Alberto Reis de. Op. cit., p. 135)

¹⁶⁵ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 565.

¹⁶⁶ Neste sentido se pronuncia Bezerra Leite: “Se a reclamada, na defesa, admitir a prestação de serviços, mas alegar ter sido a relação jurídica diversa da empregatícia (por exemplo, relação de trabalho autônomo, eventual, cooperativado, de empreitada, de parceria etc.), atrairá para si o ônus de provar a existência dessa relação de trabalho diversa da tutelada pelo Direito do Trabalho.” (Idem. Ibidem. p. 565)

¹⁶⁷ RELAÇÃO DE EMPREGO. ÔNUS DA PROVA. TRABALHADOR AUTÔNOMO. CORRETORA DE SEGUROS. Tendo a reclamada negado o vínculo empregatício, argumentando que a prestação de

solução se utilizando das regras estáticas, ao compreender que a alegação de relação trabalho diversa da relação empregatícia consiste em fato impeditivo do direito do autor, cujo ônus da prova incumbe ao réu (art. 333, II, CPC).

3.4.2 Extinção do contrato de trabalho

O ônus da prova da extinção do contrato de trabalho se determina em conformidade com a modalidade de término do pacto laboral, tendo em vista que cada forma de extinção apresenta diferentes posições probatórias das partes.

Deve-se, pois, analisar o ônus da prova quanto à rescisão, resolução e rescisão do contrato de trabalho. Rescisão contratual é a modalidade “de ruptura do contrato de trabalho por exercício lícito da vontade das partes”¹⁶⁸, e engloba o pedido de demissão (ato obreiro), a despedida sem justa causa (ato patronal) e o distrato (rescisão bilateral).

Na hipótese de pedido de demissão do empregado, cabe ao empregador apresentar o pedido de demissão ou o aviso prévio do obreiro. Isto se justifica pela melhor posição probatória do empregador, devendo este carregar o ônus de provar a iniciativa obreira para o término do contrato.

No caso de despedida sem justa causa, exige-se do empregado, a princípio, a apresentação do aviso prévio ou de comunicação de dispensa.¹⁶⁹ À primeira vista, não há disparidade probatória na hipótese, pois o obreiro normalmente é comunicado da dispensa e obtém o documento respectivo.

Há situações, contudo, em que o empregado é despedido sem qualquer formalização do contrato de trabalho, hipóteses em que poderá o juiz, com base nas circunstâncias do caso concreto, impor o *onus probandi* ao empregador. O TST, aliás, firmou entendimento neste sentido, atribuindo ao empregador o ônus de

serviços deu-se de forma autônoma, atraiu para si o ônus da prova do fato impeditivo do direito do autor, nos termos do art. 818 da CLT e art. 333, II, do CPC, do qual não logrou se desvencilhar a contento, haja vista que a prova oral demonstrou a presença dos requisitos previstos no art. 3.º da CLT, necessários para a caracterização do liame empregatício. (grifos do autor) (TRT 14ª Região, 1104 RO 0001104, Relator: Des. Maria Cesarineide de Souza Lima, Data de Julgamento: 30/03/2010, Primeira Turma, Data de Publicação: DETRT14 n.061, de 04/04/2011)

¹⁶⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. p. 1047.

¹⁶⁹ “[...] o empregado por meio do aviso-prévio ou de comunicação de dispensa fará prova de que o rompimento contratual deu-se por iniciativa exclusiva do empregador.” (PAULA, Carlos Alberto Reis de. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 144)

comprovar a extinção do pacto laboral quando negados a prestação do serviço e o despedimento, consoante Súmula 212¹⁷⁰.

Resolução contratual, por sua vez, se refere à modalidade de “ruptura do contrato de trabalho por descumprimento faltoso do pacto por qualquer das partes”¹⁷¹. São as hipóteses de despedida por justa causa do empregado (art. 482, CLT) e de justa causa patronal (art. 483, CLT), que ensejam a chamada rescisão indireta do contrato de trabalho.

O ônus da prova dependerá da hipótese legal que enseja a resolução contratual. A resolução contratual por ato de improbidade do empregado (art. 482, I, CLT), por exemplo, exige robusto conjunto probatório do empregador, que carrega o ônus da prova por ter maior aptidão para a prova. Já a rescisão indireta do contrato de trabalho por rigor excessivo do empregador (art. 483, II, CLT) não exprime situação em que a empresa tem melhor posição probatória, razão pela qual o encargo probatório incumbe ao empregado, sendo inaplicável a distribuição dinâmica.

Por fim, a rescisão contratual se refere “à ruptura do contrato de trabalho em face de nulidade”¹⁷². O ônus da prova, nesse caso, recai sobre a parte que tem maior possibilidade de demonstração da nulidade suscitada.

3.4.3 Jornada de trabalho

A demonstração da jornada de trabalho do empregado tem especial relevância no cotidiano trabalhista, eis que a postulação de pagamento de horas extraordinárias é matéria bastante comum nas lides trabalhistas, estando tal pleito inserido em grande parte das demandas que tramitam na Justiça do Trabalho.

Para compreender o ônus da prova quanto à prestação de horas extras, necessário se faz analisar a imposição contida no art. 74, §2º, da CLT:

Art. 74. [...]

¹⁷⁰ TST Enunciado nº 212 - Res. 14/1985, DJ 19.09.1985. Ônus da Prova - Término do Contrato de Trabalho - Princípio da Continuidade. 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.

¹⁷¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 1047.

¹⁷² Idem. Ibidem. p. 1048.

§ 2º. Para os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso.

Segundo Júlio Bebber, a citada disposição celetista “impõe ao empregador o ônus da prova da jornada de trabalho. A prova, no caso, é pré-constituída e obrigatória”¹⁷³.

Sergio Pinto Martins, no entanto, afirma que o aludido dispositivo revela norma de fiscalização trabalhista, pois não está inserido no capítulo da CLT sobre o processo do trabalho. Por isso, defende o autor que ônus da prova do trabalho extraordinário é de quem alega, ou seja, do autor, conforme art. 818 da CLT.¹⁷⁴

Na verdade, não tem qualquer relevância a localização formal do dispositivo, revestindo-se de importância, isto sim, a norma jurídica que dele emana. Assim, o art. 74, §2º, da CLT, determina que o empregador registre a jornada de trabalho de seus empregados e, desse modo, traz como consequência lógica a atribuição do ônus da prova à empresa, como sustenta Bebber.

Esta interpretação se harmoniza com o princípio da aptidão para a prova, preconizada na distribuição dinâmica, haja vista que os poderes diretivo e fiscalizatório do empregador o colocam em posição bastante superior à do empregado para comprovar a jornada de trabalho praticada. Assim é que a empresa se encontra em melhor posição probatória, devendo, por isso, suportar o encargo de provar.

A prática forense, entretanto, revela que muitas vezes as empresas não cumprem tal obrigação, deixando de apresentar os registros de jornada do obreiro. Diante disso, a Súmula 338 do TST sistematizou o entendimento quanto ao ônus da prova do trabalho extraordinário:

TST Enunciado nº 338 - Res. 36/1994, DJ 18.11.1994 - Nova redação - Res. 121/2003, DJ 21.11.2003 - Incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 234 e 306 da SBDI-1 - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005
Determinação Judicial - Registros de Horário - Ônus da Prova
I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o

¹⁷³ BEBBER, Júlio César. Ônus da prova. Horas extras. Breves anotações à nova redação da Súmula nº 338 do TST. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 192, 14 jan. 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4723>. Acesso em: 15 out. 2011.

¹⁷⁴ MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários à CLT**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 142.

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. (ex-Súmula nº 338 - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex-OJ nº 234 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

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. (ex-OJ nº 306 da SBDI-1- DJ 11.08.2003)

A ausência de registro da jornada de trabalho, portanto, enseja a presunção relativa de veracidade do horário de trabalho aduzido na petição inicial. Ademais, são meios de prova inidôneos os cartões de ponto com registro de entrada e saída uniformes, com o chamado “registro britânico”, que igualmente acarreta a presunção favorável ao obreiro.

Frise-se que tal presunção é relativa (*juris tantum*), admitindo-se prova em contrário. Júlio Bebbber adverte que “essa prova, entretanto, já deve estar contida nos autos, não tendo o empregador direito de produzi-la”¹⁷⁵.

A jurisprudência sedimentada no TST, assim, se revela em consonância com o princípio da aptidão para a prova, na medida em que impõe ao empregador o ônus de demonstrar a jornada de trabalho do empregado, mediante a apresentação do registro da sua jornada de trabalho.

Essencial assinalar, no entanto, que a imposição do art. 74, §2º, da CLT não deve se restringir às empresas com mais de 10 (dez) empregados, mas deve se estender a todos os empregadores.

É inequívoco que, nos dias atuais, a manutenção de registro de horário pelas empresas constitui providência simples, facilmente executável por qualquer empregador, independentemente do seu porte. Além disso, nas pequenas empresas (menos de dez empregados), revela-se ainda mais difícil ao empregado demonstrar sua jornada de trabalho, em razão da pequena quantidade de colegas de trabalho aptos a elucidar a duração da jornada.

O empregador, desse modo, ostenta melhor posição probatória quanto à

¹⁷⁵ BEBBER, Júlio César. Ônus da prova. Horas extras. Breves anotações à nova redação da Súmula nº 338 do TST. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 192, 14 jan. 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4723>. Acesso em: 15 out. 2011.

jornada de trabalho, pois os seus poderes empregatícios o permitem fiscalizar, controlar e registrar o horário do obreiro.

A aplicação da distribuição dinâmica, portanto, autoriza o juiz a inverter o *onus probandi* ao empregador, mesmo se tratando de empresa com menos de 10 (dez) empregados, pois esta circunstância não afasta a melhor posição probatória do empregador para provar a jornada de trabalho.

Por isso, todo empregador deve se resguardar e manter registro da jornada do seus empregados. Esta atitude patronal, inclusive, propicia instrução probatória mais eficaz, baseada em prova documental. É que a prova testemunhal normalmente se mostra falha para evidenciar a jornada de trabalho, sobretudo nos casos de longos períodos de contrato de trabalho, sendo desarrazoado exigir que as testemunhas se recordem dos horários de trabalhos de anos anteriores. Muitas testemunhas, além disso, se revelam tendenciosas e não exprimem a real jornada de trabalho praticada.

Há casos, outrossim, em que o empregado impugna o controle de jornada carreado pelo empregador, sob alegação, por exemplo, de manipulação dos registros¹⁷⁶ ou de que os empregados eram compelidos a voltar ao labor após a marcação do ponto.

O empregador não tem, nessas hipóteses, maior aptidão para demonstrar a ausência de fraude nos registros de jornada, inexistindo disparidade probatória que justifique a aplicação da distribuição dinâmica. Diante disso, incumbe ao obreiro o ônus de provar a alegação de invalidade dos registros de jornada.

3.4.4 Equiparação salarial

O princípio da não discriminação consiste na “diretriz geral vedatória de tratamento diferenciado à pessoa em virtude de fator injustamente desqualificante”¹⁷⁷, sendo constitucionalmente previsto no art. 7º, XXX, que proíbe diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo

¹⁷⁶ Colaciona-se, a título de exemplificação, o seguinte julgado: RECURSO DA PRIMEIRA RECLAMADA. HORAS EXTRAS. INVALIDADE DOS REGISTROS DE HORÁRIO. Hipótese em que evidenciada a manipulação dos cartões-ponto pelos superiores hierárquicos do reclamante, prevalecendo a jornada de trabalho alegada na petição inicial. Recurso não provido. [...] (TRT 4ª Região, 698002620085040026 RS, Relator: Wilson Carvalho Dias, Data de Julgamento: 06/05/2010, Origem: 26ª Vara do Trabalho de Porto Alegre)

¹⁷⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 726.

de sexo, idade, cor ou estado civil.

Quanto ao aspecto salarial, o art. 461 da CLT estabelece os requisitos para a equiparação: identidade de funções, de empregador e de localidade. Segundo as regras estáticas, o ônus da prova quanto aos requisitos da equiparação salarial incumbe ao empregado, eis que correspondem aos fatos constitutivos do seu direito. O empregador suporta o ônus de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos (Súmula 6, VIII, TST), tais como a existência de quadro de carreira e a diferença de tempo de serviço superior a dois anos.

Entretanto, o obreiro somente tem acesso aos meios de prova relativos ao seu contrato de trabalho, cabendo-lhe apenas demonstrar a sua condição de empregado. Não se pode exigir do obreiro, por isso, a demonstração da função e atividades do paradigma. Assim, pela distribuição dinâmica, cabe ao empregador demonstrar a distinção das funções exercidas pelo equiparando e paradigma, cabendo-lhe provar, também, eventual diferença de perfeição técnica ou de produtividade. Isto se justifica pela sua maior aptidão para a prova.

É possível, portanto, ao juiz inverter o ônus da prova dos requisitos da equiparação salarial para atribuí-lo ao empregador, para que este demonstre a inexistência dos pressupostos que respaldam o pleito equiparatório, uma vez que a empresa se mostra em melhores condições de produzir a prova, pois tem acesso a todos os dados e informações do contrato de trabalho do paradigma.

3.4.5 Vale-transporte

O ônus da prova quanto aos requisitos para percepção do vale-transporte se mostra controvertido na jurisprudência. O benefício foi instituído pela Lei 7.418/85 e, segundo seu art. 1º, se destina “para utilização efetiva em despesas de deslocamento residência-trabalho e vice-versa”.

O Decreto 95.247/87, que regulamenta a lei instituidora do vale-transporte, dispõe, em seu art. 7º, que cabe ao empregado informar ao empregador, por escrito, os dados para fornecimento do benefício.

Diante desta disposição do Decreto regulamentador, muitos tribunais pátrios firmaram posicionamento no sentido de que o empregado suporta o ônus de provar

que requereu o benefício do vale-transporte. Tal entendimento, inclusive, foi predominante no TST, conforme OJ 215 da SBDI-I: “VALE-TRANSPORTE. ÔNUS DA PROVA (inserida em 08.11.2000) É do empregado o ônus de comprovar que satisfaz os requisitos indispensáveis à obtenção do vale-transporte”.

Nessa perspectiva, a satisfação dos requisitos para obtenção do vale-transporte constitui fato constitutivo do direito do autor, recaindo sobre ele o ônus da prova (arts. 818, CLT e 333, I, CPC).

Esta interpretação, porém, despreza a realidade laboral de que a empresa, no ato de admissão do obreiro, deve apresentar documento ao empregado para que este informe a necessidade de fornecimento do benefício, permanecendo tal documento sob a posse do empregador. Neste sentido, bastante elucidativo o seguinte julgado:

EMENTA: VALE-TRANSPORTE. ÔNUS DA PROVA. Cabe ao empregador demonstrar que o empregado não reivindicou o benefício do vale-transporte, ou que o solicitou em quantidade limitada, já que a produção desta prova pelo trabalhador é materialmente inviável. Trata-se de documento burocrático, a ser colhido pelo empregador no ato de admissão e que permanece em seu poder. (TRT 2ª Região, RO n. 00520.2007.301.02.00.7, Rel. Des. Sérgio Winnik, DOE 08.05.2009)

Não se pode exigir, portanto, que o empregado apresente requerimento escrito ao empregador e recolha sua assinatura para demonstrar que solicitou o vale-transporte. Trata-se de exigência desarrazoada e em desconformidade com a realidade laboral.

Nessa linha é a argumentação de Carlos Alberto Reis de Paula:

Já que o vale-transporte é uma obrigação contratual normal, quando da contratação do empregado deverá ser exigida declaração relativa aos dados para o fornecimento regular do vale-transporte, e caso o empregado do mesmo não necessite ou não queira recebê-lo, pois a despesa com o seu deslocamento é inferior a 6% do salário básico, deverá firmar declaração nesse sentido.¹⁷⁸

Recentemente, o TST cancelou a OJ 215 da SBDI-I, mediante a Resolução nº 175/2011 (DEJT de 30.05, 31.05 e 1.06.2011), revelando forte indicativo de mudança

¹⁷⁸ PAULA, Carlos Alberto Reis de. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 153.

de entendimento para considerar do empregador o ônus de provar o requerimento do vale-transporte.

Com efeito, o ônus da prova quanto aos requisitos do vale-transporte deve ser suportado pelo empregador, que tem maior aptidão para a prova. Assim, pela distribuição dinâmica, poderá o juiz inverter o *onus probandi* e atribuí-lo ao empregador, relativizando as regras estáticas pelas quais o requerimento do benefício seria ônus do autor por se tratar de fato constitutivo do seu direito.

3.4.6 Discriminação e assédio moral no trabalho

Práticas discriminatórias são freqüentes no mercado de trabalho brasileiro. Basta mencionar que negros, mulheres e homossexuais são preteridos nas ascensões funcionais. Não é incomum, ainda, que mulheres sofram assédio sexual como forma de pressão no trabalho.¹⁷⁹

Com efeito, inúmeros trabalhadores são submetidos a condutas abusivas e reiteradas de ofensa a seus direitos da personalidade, que ensejam “a sensação de exclusão do trabalhador do ambiente no qual ele está inserido”¹⁸⁰, o que caracteriza o assédio moral no trabalho.

A prática discriminatória ou o assédio moral são fatos constitutivos do direito do autor e, por isso, segundo as regras estáticas (arts. 818, CLT e 333, I, CPC), o ônus da prova recai sobre o trabalhador.

Todavia, a demonstração da prática discriminatória ou do assédio moral sofrido do ambiente de trabalho é bastante difícil ao empregado, sobretudo porque tais práticas ocorrem, muitas vezes, de forma camuflada.¹⁸¹

Assim, a distribuição dinâmica emerge como solução para impor o encargo probatório ao empregador, mediante a inversão do ônus da prova, cabendo ao novo

¹⁷⁹ VASCONCELOS, Elaine Machado. A discriminação nas relações de trabalho: a possibilidade de inversão do ônus da prova como meio eficaz de atingimento dos princípios constitucionais. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, RS, v. 71, n. 2, p. 94-107, maio/ago. 2005, p. 100.

¹⁸⁰ PIERIN, Juliana Resun. **O assédio moral nas relações de trabalho e sua prova em juízo**. Disponível em: http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/juliana_resun_pierin/juliana_resun_pierin_o_assedio_moral.pdf. Acesso em: 21 out. 2011.

¹⁸¹ Juliana Pierin destaca a “dificuldade da vítima em provar sua existência, uma vez que, na maioria das vezes, a ocorrência do assédio se dá às escuras ou de forma camuflada. Árdua tarefa, portanto, é delegada ao trabalhador para que este prove, de forma inequívoca, que fora vítima de assédio moral. (Idem. Ibidem.)

onerado demonstrar a ausência de prática discriminatória ou assédio moral. É o que propõe Elaine Vasconcelos:

[...] concluo por uma proposta de uma postura judicante diferenciada nas hipóteses de alegação de prática discriminatória por parte do empregador (reclamado) ou seus prepostos, no âmbito do contrato de trabalho, em havendo indícios suficientes a autorizar a presunção em favor do empregado (reclamante). Assim, entendo que deverá o juiz aplicar o art. 818 da CLT conjugado com o princípio protetivo, como derivação do princípio constitucional da isonomia. Por conseguinte, determinará o julgador a inversão do *onus probandi*, revertendo ao empregador a obrigação processual de provar a inexistência da conduta discriminatória.¹⁸²

Idêntica solução é vislumbrada por Juliana Pierin:

Assim, transportando o princípio em apreço [aptidão para a prova] para o assédio moral, numa reclamação trabalhista, na qual o demandante se encontra em dificuldade de produzir a prova dos atos lesivos, seja porque os atos tidos como ofensivos à sua dignidade se deram às portas fechadas ou porque suas testemunhas estejam sofrendo represálias, pode o magistrado inverter o ônus para a empresa, para que esta prove que em seu ambiente laboral não há condutas que caracterizem o assédio moral.¹⁸³

O magistrado, contudo, deve ser prudente e cauteloso quando da inversão do ônus da prova nessas hipóteses, pois muitas vezes o empregador também não se encontra apto a demonstrar a circunstâncias do ambiente de trabalho.

Como visto, não pode a distribuição dinâmica implicar prova diabólica para o onerado. Desse modo, se o acesso aos meios de prova é difícil para ambas as partes (prova diabólica bilateral), não há disparidade probatória, sendo inaplicável a repartição dinâmica.

3.4.7 Meio ambiente do trabalho

A Constituição Federal proclama, em seu art. 225, o direito ao meio ambiente equilibrado, o que abrange, indubitavelmente, o meio ambiente do trabalho. Em decorrência desta norma constitucional, tem o empregador obrigação de propiciar

¹⁸² VASCONCELOS, Elaine Machado. A discriminação nas relações de trabalho: a possibilidade de inversão do ônus da prova como meio eficaz de atingimento dos princípios constitucionais. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, RS, v. 71, n. 2, p. 94-107, maio/ago. 2005, p. 104.

¹⁸³ PIERIN, Juliana Resun. **O assédio moral nas relações de trabalho e sua prova em juízo**. Disponível em: http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/juliana_resun_pierin/juliana_resun_pierin_o_assedio_moral.pdf. Acesso em: 21 out. 2011.

um ambiente de trabalho seguro e saudável aos seus empregados.

José Cairo Jr.¹⁸⁴ defende, neste sentido, a existência da obrigação de custódia, dever de segurança ou da cláusula de incolumidade no contrato de trabalho, pela qual se impõe ao empregador o dever de proporcionar higiene, segurança e saúde para os seus empregados.

Por outro lado, como regra geral, é subjetiva a responsabilidade do empregador por acidentes de trabalho e doenças ocupacionais, sendo objetiva apenas nas atividades de risco, conforme assentado pela doutrina e jurisprudência predominantes¹⁸⁵, com base no art. 7º, XXVIII, da CF¹⁸⁶.

Ainda que subjetiva a responsabilidade do empregador, exigindo-se comprovação do dolo ou culpa, é inequívoco que a empresa detém maiores informações quanto às condições do ambiente de trabalho, bem como ostenta melhores condições para demonstrar as medidas tomadas no sentido de garantir a saúde e segurança do trabalhador.

Por isso, com base na distribuição dinâmica, pode o juiz inverter o ônus da prova ao empregador para que este suporte o encargo de provar a ausência de culpa e demonstrar que tomou as providências cabíveis para resguardar a integridade física do trabalhador.¹⁸⁷

¹⁸⁴ *Apud* CECCHIN, Ailton José. **Aspectos probatórios das ações relativas a acidentes de trabalho** – Paraná. 2007. 417f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Paranaense, UNIPAR, Umuarama, 2007, p. 153.

¹⁸⁵ Neste sentido, colaciona-se o seguinte julgado: “ACIDENTE DO TRABALHO - DANOS MORAL E MATERIAL - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. A ocorrência do acidente do trabalho, de per si, não induz a incidência da responsabilidade objetiva do empregador, sendo necessária a prova da culpa para o deferimento da pretensão indenizatória. Recurso ordinário não provido, por unanimidade.” (TRT 24ª Região, 1262007720085242 MS, Relator: Nicanor de Araújo Lima, Data de Julgamento: 24/03/2009, Data de Publicação: DO/MS Nº 729 de 10/03/2010)

¹⁸⁶ “Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa” (grifos do autor)

¹⁸⁷ “Não se pode deixar de reconhecer a atual e forte corrente doutrinária sobre a responsabilidade subjetiva do empregador em acidentes de trabalho, inclusive em atividades perigosas. Por outro lado, também não se pode olvidar que o operador jurídico, mesmo na responsabilidade objetiva, dispõe de mecanismos eficientes para a solução da controvérsia, distribuindo a prova com equidade e justiça processual. Para tanto, poderá utilizar-se, por exemplo, da técnica da inversão do ônus da prova [...]” (CECCHIN, Ailton José. **Aspectos probatórios das ações relativas a acidentes de trabalho**. Umuarama, 2007, p. 346)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prova tem inestimável importância no processo, pois forma a convicção do julgador quanto aos fatos discutidos na relação processual e, com isso, viabiliza a prestação jurisdicional. Assim, observou-se que o termo prova é plurissignificativo e exprime os meios de prova, o resultado produção probatória e, ainda, o ato de provar, isto é, a atividade probatória.

Concluiu-se, outrossim, que a prova tem por objeto as alegações sobre os fatos controvertidos e relevantes, admitindo-se prova do direito somente em caráter excepcional. A finalidade da prova, por sua vez, consiste na aproximação máxima da verdade real de modo a formar o convencimento do juiz para alcançar a convicção necessária à decisão.

O direito à prova, ademais, constitui direito fundamental decorrente das garantias constitucionais do devido processo legal e do contraditório, asseguradas no art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Diante da importância da prova no processo, de igual relevância se reveste o ônus da prova. Constatou-se, pois, que o ônus não se confunde com dever ou obrigação, pois o onerado não pode ser compelido a cumprir o ônus, mas o seu atendimento favorece interesse próprio. O ônus é, portanto, um poder da parte que a permite atuar conforme interesse próprio, cuja inobservância a coloca em situação de desvantagem e o seu cumprimento, ao revés, enseja maior chance de êxito processual.

O ônus da prova, especificamente, pode ser visto em seu aspecto subjetivo, sendo delineada a matéria fática que incumbe a cada litigante provar, e em seu aspecto objetivo, permitindo que o juiz forneça a prestação jurisdicional mesmo nos casos de insuficiência da atividade probatória.

O aspecto subjetivo do ônus da prova, porém, não impõe tarefas processuais às partes, tampouco define rigidamente as matérias a serem provadas pelos litigantes, tendo em vista o princípio da comunhão da prova. Desse modo, tal aspecto subjetivo não constitui uma regra de conduta ou de procedimento, mas corresponde a uma faceta do ônus da prova que informa as partes acerca da sua responsabilidade na instrução processual, evitando surpresas aos litigantes, em respeito à boa-fé processual.

Constatou-se, portanto, que as regras sobre o ônus da prova não estabelecem quem deve produzir determinada prova, mas definem quem suporta o risco pela sua não-produção. Assim, a situação de insuficiência probatória se resolve pela aplicação das regras de distribuição do ônus da prova, eis que inaplicável no campo probatório o princípio trabalhista do *in dubio pro operario*, que tem apenas caráter hermenêutico.

Observou-se, dessa forma, que a disciplina legal do ônus da prova (arts 818, CLT e 333, CPC) contempla a distribuição estática do ônus da prova, estabelecendo o encargo probatório de modo abstrato e prévio, com base a posição processual da parte e na natureza do fato alegado.

Entretanto, evidenciou-se a insuficiência da distribuição estática do ônus da prova, o que revela a necessidade de flexibilizar o sistema legal. Neste sentido, a distribuição dinâmica do ônus da prova estabelece um modelo complementar que permite a relativização das regras estáticas conforme as especificidades do caso concreto. Realiza-se, desse modo, uma redistribuição do ônus probatório, a fim de atribuí-lo à parte que tenha melhores condições de produzir a prova.

Questionou-se, assim, a aplicabilidade da distribuição dinâmica no ordenamento jurídico vigente. Mediante a análise constitucional do ônus da prova, constatou-se que a garantia do acesso à justiça preconiza o direito a um processo justo e efetivo, assegurando, pois, a efetividade do processo. Tais garantias, muitas vezes, somente se concretizam pela relativização das regras estáticas do ônus probatório, o que respalda a aplicação da distribuição dinâmica.

O princípio constitucional da igualdade, ademais, impõe uma repartição do ônus probatório garantidora da efetiva isonomia material, o que, também em muitas hipóteses, só se alcança pela distribuição dinâmica. Concluiu-se, nessa linha, que a distribuição dinâmica do ônus da prova se ampara na visão constitucional da matéria.

Além disso, verificou-se que a ordem infraconstitucional consagra normas que respaldam a distribuição dinâmica: proibição da prova diabólica, poderes instrutórios do juiz, dever de colaboração, princípios da lealdade e boa-fé processual.

A partir do estudo do ônus da prova sob a perspectiva do processo do trabalho, percebeu-se a imperiosa necessidade de amenização do modelo estático

do ônus da prova, eis que tal ramo processual depara, no mais das vezes, com situações de disparidade probatória. Verificou-se, assim, a consagração do princípio da aptidão para a prova no processo laboral, o que revela mais um fundamento para a aplicação da repartição dinâmica.

Diante dessas considerações, evidenciou-se a possibilidade de aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho, independentemente de previsão legal explícita.

Uma vez constatada a aplicabilidade da distribuição dinâmica no processo laboral, verificou-se que a inversão do ônus da prova modifica as regras comuns do *onus probandi* e, por isso, consiste na técnica processual de aplicação da distribuição dinâmica do encargo probatório.

Constatou-se, pois, que a repartição dinâmica preconiza alteração, em certos casos, das regras estáticas, o que se realiza concretamente através da técnica da inversão do ônus da prova, rompendo-se com a concepção tradicional de que a inversão somente poderia ocorrer por expressa autorização legal.

Optou-se pela manutenção do termo “inversão” em razão da sua consagração legislativa, doutrinária e jurisprudencial, feita a ressalva de que o vocábulo não implica a modificação total e integral do ônus da prova, mas incide somente quanto a alegações específicas.

A partir dessa compreensão, buscou-se fixar certos parâmetros de aplicação da distribuição dinâmica, concluindo-se por acertados os balizamentos propostos por Peyrano: a modificação do ônus da prova é parcial, não pode ocorrer quando ambas as partes têm dificuldade probatória e não pode acarretar surpresa às partes.

Desse modo, constatou-se que, embora o ônus da prova constitua regra de julgamento, o juiz deve advertir às partes quanto a eventual inversão do ônus probatório, em observância ao princípio do contraditório. Verificou-se, ainda, a importância da motivação judicial para controle da atuação do juiz na aplicação da teoria.

Ademais, evidenciou-se a tendência legislativa de positivação da teoria, com a inclusão de disposições processuais que autorizam expressamente a modificação das regras gerais do ônus da prova pelo juiz. Verificou-se, neste sentido, a tentativa do Projeto de Lei 3015/2008 de alterar o CPC atual, bem como a adoção explícita da

teoria no Anteprojeto do Novo CPC.

Finalmente, concluiu-se que a distribuição dinâmica do ônus da prova melhor regula o encargo probatório nos litígios trabalhistas, mostrando-se aplicável em diversas matérias referentes à relação de trabalho. Neste sentido, a repartição dinâmica é apontada como solução para as lides em que o empregado apresenta extrema dificuldade na produção da prova, a exemplo das demandas relativas a prática discriminatória ou assédio moral no trabalho, e aquelas concernentes ao meio ambiente do trabalho.

REFERÊNCIAS

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. **O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. **Revista Jurídica**, n. 343, maio/2006.

ARRUDA ALVIM, J. M. de. **Manual de direito processual civil**. Vol. 2. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

AZÁRIO, Márcia Pereira. **Dinamicização da distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro** – Rio Grande do Sul. 2006. 200f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS, Porto Alegre, 2006.

BEBBER, Júlio César. Ônus da prova. Horas extras. Breves anotações à nova redação da Súmula nº 338 do TST. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 192, 14 jan. 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4723>. Acesso em: 15 out. 2011.

_____. **Princípios do processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado do direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso sistematizado de direito processual civil. Procedimento comum: ordinário e sumário**. Vol. 2. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUZAID, Alfredo. **Exposição de motivos do Código de Processo Civil**. Brasília, 1972.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Vol I. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CECCHIN, Airton José. **Aspectos probatórios das ações relativas a acidentes de trabalho** – Paraná. 2007. 417f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Paranaense, UNIPAR, Umuarama, 2007.

CESÁRIO, João Humberto. **Provas e recursos no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

CHAVES, Luciano Athayde. As lacunas no direito processual do trabalho. **Direito processual do trabalho: reforma e efetividade**. São Paulo: LTr, 2007.

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

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. Da releitura do método de aplicação subsidiária das normas de direito processual comum ao processo do trabalho. In: CHAVES, Luciano Athayde (org.), **Direito processual do trabalho: reforma e efetividade**. São Paulo: LTr, 2007.

COUTURE, Eduardo. **Estudios de derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Vol. 1. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Vol. 2. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Instituições de direito processual civil**. Vol. III. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho: critérios e casuística. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 32, p. 103-112, jan./jun. 2008.

GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. **Direito processual do**

trabalho. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GODINHO, Robson Renault. A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais. **De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 8, p. 384-407, jan./jun. 2007.

GRECO, Leonardo. O conceito de prova. **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2010.

MACHADO JR., César P. S. **O ônus da prova no processo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários à CLT**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 20. tir. São Paulo: Malheiros, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. As presunções e a prova. **Temas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1977.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

PIERIN, Juliana Resun. **O assédio moral nas relações de trabalho e sua prova em juízo**. Disponível em: http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/juliana_resun_pierin/juliana_resun_pierin_o_assedio_moral.pdf. Acesso em: 21 out. 2011.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação civil pública e meio ambiente**. São Paulo: Forense Universitária, 2003.

SANTOS, José Aparecido dos. Teoria Geral das Provas e Provas em Espécie. In: **Curso de processo do trabalho** (org.: Luciano Athayde Chaves). São Paulo: LTr, 2009.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. Vol. 2. 25. ed. rev. e atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Kohnen. São Paulo: Saraiva, 2009.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Curso de direito processual do trabalho**. Vol. II. São Paulo: LTr, 2009.

TESHEINER, José Maria Rosa. Sobre o ônus da prova. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **Estudos de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VASCONCELOS, Elaine Machado. A discriminação nas relações de trabalho: a possibilidade de inversão do ônus da prova como meio eficaz de atingimento dos princípios constitucionais. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, RS, v. 71, n. 2, p. 94-107, maio/ago. 2005.

ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras sobre o ônus da prova**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ZANGRANDO, Carlos. **Processo do trabalho: processo de conhecimento**. Vol. I. São Paulo: LTr, 2009.