

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO - UAD

MAGJANE MOREIRA GONÇALVES DE ABRANTES

A APLICAÇÃO DA TEORIA DAS CARGAS PROBATÓRIAS DINÂMICAS NAS
AÇÕES QUE VERSAM SOBRE ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO

SOUSA
2015

MAGJANE MOREIRA GONÇALVES DE ABRANTES

A APLICAÇÃO DA TEORIA DAS CARGAS PROBATÓRIAS DINÂMICAS NAS
AÇÕES QUE VERSAM SOBRE ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO

Trabalho de conclusão apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^a. Geórgia Graziela Aragão de Abrantes.

SOUSA
2015

MAGJANE MOREIRA GONÇALVES DE ABRANTES

A APLICAÇÃO DA TEORIA DAS CARGAS PROBATÓRIAS DINÂMICAS NAS
AÇÕES QUE VERSAM SOBRE ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO

Trabalho de conclusão apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^a. Geórgia Graziela Aragão de Abrantes

Data da aprovação: ____/____/____

Banca examinadora:

Orientadora: Prof^a. Geórgia Graziela Aragão de Abrantes

Examinador(a): Prof: José Alves Formiga

Examinador(a): Prof^a Danielle Alves Lucena Lima

“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).

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, por ser essencial em minha vida, meu guia, socorro presente em todas as horas, aos meus pais, meu esposo, minha filha, meus irmãos, a minha família e a todos os amigos, que com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa da minha vida.

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.

Ao meu amado esposo, Lincon, responsável por todas as minhas conquistas, pelo seu amor, companheirismo e compreensão,

A minha linda filha, Laís por preencher meus dias com seu amor incondicional e sua alegria.

A meus pais, Manoel e Carlinda, pelo amor e ensinamentos, alicerces da minha vida, que se doaram por inteiros e renunciaram aos seus sonhos, para que, muitas vezes, pudesse realizar os meus.

Aos meus irmãos Maglane, Francisco e Maryjane, por todo o amor, dedicação e confiança que sempre me foram ofertados.

A minha orientadora, Georgia Graziella, pela confiança e apoio, que com muita paciência e atenção dedicou seu valioso tempo para me orientar em cada passo desse trabalho.

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

A todos que, de algum modo, contribuíram para a realização deste trabalho.

RESUMO

A temática a ser desenvolvida na presente monografia tem como objetivo abordar a possibilidade da aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas no processo do trabalho, especificamente, nas ações que denunciam assédio moral, avaliando-se a sua definição, objeto e finalidade para a sua aplicabilidade. A relevância do tema se justifica pela busca da resolução de problemas quando da aplicação do ônus da prova, no momento da análise e julgamento de referenciadas ações, já que, o assédio moral é de difícil comprovação devido à maneira como acontece, ou seja, de forma camuflada, sem pessoas por perto, tornando-se de difícil comprovação para o trabalhador. Nesta esteira de pensamento, procurou-se demonstrar que a aplicação das regras probatórias estabelecida no Código de Processo Civil em seu art. 333 acolheu a teoria estática da distribuição do ônus da prova, distribuindo prévia e estaticamente o encargo probatório. Já o art. 818 da Consolidação das Leis Trabalhistas também é dotado de limitação em sua eficácia, gerando alguma dificuldade no que se refere ao provar para a parte, tornando-se insuficientes para o deslinde justo da causa. Assim, o estudo propõe que no apreciar dos processos referentes ao assédio moral no trabalho seja aplicada pelo julgador a teoria das cargas probatória dinâmicas levando em consideração o caso concreto, para atribuir o encargo probatório a parte que se encontre em melhores condições de fazê-lo, no caso, o empregador, deixando ainda patente que tal propositura, sem resquício de dúvidas, contribuirá para que realmente a Justiça seja alcançada. No presente trabalho será utilizado como técnica de pesquisa a bibliográfica, sendo também empregado o método histórico. O método de abordagem será o dedutivo, partindo de formulações gerais para que se possa focar no tema central a ser abordado.

Palavras - chaves: ônus da prova, inversão do ônus da prova; adequação do ônus da prova no processo do trabalho; assédio moral na relação trabalhista.

ABSTRACT

The theme to be developed in this monograph aims to address the possibility of applying the theory of dynamic evidentiary burdens in the labor process, specifically, actions that denounce bullying, assessing their definition, object and purpose for their applicability. The relevance is justified by the pursuit of solving problems when applying the burden of proof at the time of analysis and judgment referenced actions, since bullying is difficult to prove because of the way it happens, that is, camouflaged, without people around, making it difficult to prove for the worker. On this track of thought, we tried to demonstrate that the application of evidentiary rules established in the Civil Procedure Code in its art. 333 hosted the static theory of the distribution of the burden of proof, distributing prior statically the evidential burden. But the art. 818 of the Consolidation of Labor Laws is also endowed with limited in their effectiveness, creating some difficulty with regard to prove to the party, making it insufficient for fair demarcation of the case. Thus, the study suggests that in assessing the processes relating to bullying at work is applied by the judge the theory of evidential dynamic loads considering the case, to assign the evidential burden the party who is best placed to do so in the case, the employer, leaving even clear that such filing, without trace of doubt, contribute to that really justice is achieved. In this study will be used as the bibliographic research technique also being used the historical method. The method of approach is deductive, starting from general formulations so you can focus on the central issue to be addressed.

Key - words: burden of proof, reversal of the burden of proof; adequacy of the burden of proof in the work process; bullying in the labor relationship.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 TEORIA DA PROVA	14
2.1 CONCEITO	14
2.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO PROBATÓRIO	17
2.2.1 Princípio da aquisição processual	17
2.2.2 Princípio da proibição da prova obtida ilicitamente	19
2.2.3 Princípio do livre convencimento motivado	22
2.2.4 Princípio do inquisitivo	25
2.3 ÔNUS DA PROVA	28
2.3.1 Distinção entre ônus objetivo e ônus subjetivo da prova	32
2.4 OBJETO DA PROVA	36
3 TEORIA DAS CARGAS PROBATÓRIAS DINÂMICAS	38
3.1 CONCEITO E ORIGEM	38
3.2 A REGRA CLÁSSICA DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E A TEORIA DAS CARGAS PROBATÓRIAS DINÂMICAS	43
3.3 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA	47
3.4 MOMENTO DE APLICAÇÃO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E DA TEORIA DAS CARGAS PROBATÓRIAS DINÂMICA	49
3.5 APLICAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	52
3.6 FUNDAMENTOS DA TEORIA DAS CARGAS PROBATÓRIAS DINÂMICAS	55
3.7 A DIFERENÇA ENTRE DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA	56
4 APLICAÇÃO DA TEORIA DAS CARGAS PROBATÓRIA DINÂMICAS AO PROCESSO DO TRABALHO	58
4.1 A ADEQUAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA AO PROCESSO DO TRABALHO	58
4.2 O ARTIGO 818 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO	61
4.3 AS LACUNAS ONTOLÓGICAS E AXIOLÓGICAS PREVISTAS NA CLT E A INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA DO SEU ARTIGO 769.....	62
4.4 O PRINCÍPIO DA APTIDÃO PARA A PROVA	64

4.5 UM ESTUDO ACERCA DA APLICABILIDADE DA TEORIA DAS CARGAS PROBATÓRIAS DINÂMICAS NAS AÇÕES QUE VERSAM SOBRE ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO	66
4.6 A PROVA DO ASSÉDIO MORAL E O DANO	74
4.7 REPARAÇÃO DO ASSÉDIO MORAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO	75
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	78
REFERÊNCIAS	81

1 INTRODUÇÃO

A prova institui elemento importante para que o processo seja efetivado, pois sem ela o Direito não poderá se ajustar a uma adequada tutela jurisdicional. Com isso, tem-se firmado a convicção de que a prova constitui a viga mestra do processo, motivo pelo qual, o estudo do ônus da prova é de grande relevância, em especial, para a resolução dos problemas vitais existentes no processo.

Nesta esteira de pensamento, a problemática concernente ao ônus da prova consiste em definir a quem incumbe o encargo de provar os fatos declinados no processo, em especial, quando o magistrado encontra-se diante da fragilidade do conjunto probatório, não podendo jamais se escusar de apreciar a lide, em decorrência do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição. Com isso, tal instituto é de suma importância para o exercício da prestação jurisdicional.

Nesse contexto é necessário realizar um estudo referente ao tratamento conferido a matéria em análise pela legislação nacional. Observa-se, neste ponto, que a lei brasileira apresenta regulamentação bastante acanhada, na medida em que, traz em seu bojo apenas dois dispositivos sobre tal tema, sendo um, o artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e outro constante no artigo 333 do Código de Processo Civil, esclarecendo-se ainda que pré-falados dispositivos legais definem o encargo probatório de maneira prévia e abstrata.

Assevere-se ainda, que a distribuição do ônus da prova da maneira como encontra-se inserida nos mencionados dispositivos de lei, apresentam-se de forma, rígida e inflexível e muitas das vezes torna-se insuficiente para dar guarida jurídica as mais diversas situações existentes no direito material, proporcionando, por consequência, julgamentos totalmente injustos.

Diante disto, com o fluir dos tempos, houve a tentativa de resolução de tal problemática, quando buscaram-se a flexibilização da distribuição estática do ônus da prova. A título de exemplo, cita-se o Código de Defesa do Consumidor que em suas entrelinhas instituiu a inversão judicial de referenciado ônus, sendo que, mesmo assim, tornou-se insuficiente, na medida em que para tal inversão é necessário à verossimilhança das alegações efetivadas pelo autor, bem como, a comprovação da hipossuficiência.

Neste prisma a teoria da distribuição dinâmica das cargas probatórias, tendo a sua origem inserida, sobretudo na Argentina, precisamente no início do século XX, com a publicação dos trabalhos coordenados pelo professor Jorge Walter Peyrano que descreveram com lucidez os contornos da teoria batizada de *doctrina de lãs cargas probatórias dinâmicas* (teoria das cargas probatórias dinâmicas), apesar de não existir no ordenamento jurídico da Argentina disposição expressa dessa natureza, deixando ainda patente que tal teoria abre uma janela para que o julgador atribua o ônus probatório àquele 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, mais especificamente nas ações que versam sobre assédio moral no trabalho.

Constata-se que nos casos de assédio moral a demonstração da prática da conduta assediadora no ambiente de trabalho é bastante difícil ao empregado, sobretudo, porque tais práticas ocorrem muitas vezes de forma camuflada. Sendo as regras estabelecidas no Código de Processo Civil em seu art. 333 e o art. 818 da Consolidação das Leis Trabalhistas dotadas de limitação em sua eficácia, gerando alguma dificuldade no que se refere ao provar para a parte tornando-se insuficientes sua aplicação.

Por outro lado, a Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas onde deve ser levando em consideração o caso concreto para atribuir o encargo probatório a quem tenha mais possibilidades de fazer a prova, via de regra, torna-se difícil para a vítima a prova judicial da prática da ofensa, uma vez que o ofensor, normalmente, não manifesta sua conduta frente a outras pessoas que possam servir de testemunhas e nem deixam prova escrita.

No primeiro capítulo, realizar-se-á uma prévia abordagem da teoria da prova estabelecendo seu conceito, os princípios norteadores do direito probatório, abordando ainda, o ônus da prova, a distinção entre ônus objetivo e subjetivo e por fim o objeto da prova.

No segundo capítulo, será estudada a teoria das cargas probatórias dinâmicas, produzindo um estudo sobre conceito e origem, distinguindo as regras clássicas de distribuição do ônus da prova e a teoria das cargas probatórias dinâmicas, classificando e conceituando a inversão do ônus da prova. Descrever-se-á, também, o momento de aplicação da inversão do ônus da prova e da teoria das

cargas probatórias dinâmicas, a aplicação do ônus da prova no ordenamento brasileiro, os fundamentos da teoria das cargas probatórias dinâmicas e, por fim, a diferença entre distribuição dinâmica e inversão do ônus da prova.

No terceiro capítulo, finalmente, será analisada a aplicação da teoria das cargas probatória dinâmicas, com um foco especial, ao processo do trabalho, principalmente a dicção do artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho. Declina-se ainda no pré-falado capítulo as lacunas ontológicas e axiológicas previstas no art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, inclusive, com uma abordagem ao princípio da aptidão para a prova. Por fim, será estudada, a aplicação de referenciada teoria nas ações que versam sobre assédio moral no trabalho, a prova do assédio moral e o dano bem como a sua reparação na justiça especializada.

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.

2 TEORIA DA PROVA

A resolução de conflitos, a proteção e a realização dos direitos dos indivíduos por meio do processo, está indissociavelmente ligada à exata apuração dos fatos, ao preciso conhecimento a respeito da forma como os fatos se passaram.

A interpretação do direito e sua aplicação ao caso concreto dependem de como o juiz tomará conhecimento do que está sendo alegado pelas partes, ou seja, de como as coisas aconteceram no plano dos fatos.

Esse conhecimento só se tornará possível por intermédio da atividade probatória desenvolvida pelas partes no processo. Por meio dela, objetiva-se proporcionar ao juiz o conhecimento, do modo mais próximo possível da realidade, de como os fatos ocorreram.

Em contrapartida, não se pode esquecer que a atividade probatória é um direito das partes (direito à prova), por meio de que lhes é assegurado a possibilidade de demonstrar a verdade dos fatos que alegam, bem como a falsidade dos fatos alegados pela parte contrária.

2.1 CONCEITO

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 campo do processo, a prova tem o considerável encargo de formar o convencimento do julgador, para que este possa resolver o objeto do processo.

Com isso, inicia-se o tema ora em estudo conceituando prova como sendo todo e qualquer elemento material encaminhado ao juiz da causa para esclarecer o que foi afirmado por escrito pelas partes, especialmente as circunstâncias fáticas.

Em outra senda de pensamento, aduz-se que em sentido etimológico da palavra “prova” advindo do latim *probatio*, derivado de *probus*, que em língua portuguesa resultou nas palavras provas e probó.

Os processualistas, Marinoni e Mitidiero (2011, p. 334) ao definirem prova aduzem:

poderíamos definir a prova como meio retórico, regulado pela legislação, destinado a convencer o Estado da validade de proposições controversas no processo, dentro de parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais.¹

Com isso, percebe-se que a prova deve ser regulada pela legislação e ter como destino o convencimento do Estado Juiz para a solução da lide, ou melhor, para a resolução do conflito social.

Já também, Scarpinella Bueno (2010, p. 261) ao definir prova aduz:

tudo que puder influenciar, de alguma maneira, na formação da convicção do magistrado para decidir de uma forma ou de outra, acolhendo, no todo ou em parte, ou rejeitando o pedido do autor².

Pelustrando o supracitado conceito, percebe-se que a prova deve ser tudo que possa influenciar o juiz na formação da convicção deste, isso, frise-se, na resolução da lide, deixando ainda patente que com a averiguação e colheita de mencionadas provas o magistrado poderá acolher em sua totalidade ou em parte, bem como rejeitar o pedido formulado pelo autor.

Embora destinada ao convencimento do julgador, revela-se a concreção do direito material e de realização do escopo social do processo, ou seja, o restabelecimento do bem-estar da sociedade.

Saliente-se ainda que embora a doutrina tradicional defenda que a formação da cognição do magistrado seja pautada na vertente da certeza relativa dos fatos, assevera-se que o processo atingirá seu escopo social a medida que a verdade formal se aproximar cada vez mais da verdade real.

O processualista italiano Liebman (2003, p. 80) define:

meios que servem para dar o conhecimento de um fato, e por isso a fornecer a demonstração e formar a convicção da verdade do próprio fato; e chama-se instrução probatória a fase processual destinada a formar e colher as provas necessárias para essa finalidade. [...] se a justiça é o fim último da jurisdição, a prova é um instrumento essencial, porque não pode haver justiça, senão fundada na verdade dos fatos a que se refere.³

¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: RT, 2011. 3ª ed. p.334

² SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2010. Vol 2, Tomo I. 3ª ed. p.261.

³ LIEBMAN, E. T.; **Manual de Direito Processual Civil**, vol.2, 2003, p.80 Margarida Barreto, I Seminário Internacional sobre o Assédio Moral (Disponível em <www.assediomoral.org>. Acesso em 15/01/2015

Observando sucintamente os supracitados dispositivos doutrinários, percebe-se que há uma grande diferença em alegar e provar um fato, o que será objeto de instrução processual, até porque, tem um jargão jurídico que diz que alegar e não provar é o mesmo que não alegar.

Com isso, o magistrado ao julgar o mérito de determinada ação deve analisar o aspecto legal, ou seja, o direito e o aspecto fático.

Assim, a interpretação do direito apenas é admissível mediante análise de uma situação fática trazida ao conhecimento do magistrado, ficando as partes sujeitas a comprovar que se encontram em uma posição que admite a aplicação de uma determinada norma, ou seja, autor e réu é que vão produzir as provas de suas alegações.

Ressalta-se o posicionamento de Humberto Theodoro Júnior (2003, p. 375):

De tal sorte, às partes não basta simplesmente alegar fatos. Para que a sentença declare o direito, isto é, para que a relação de direito litigiosa fique definitivamente garantida pela regra de direito correspondente, preciso é, antes de tudo, que o juiz certifique da verdade do fato alegado o que se dá através das provas.⁴

Com isso, provar significa não apenas uma constatação ou demonstração de um fato ocorrido em sentido objetivo, mas também aprovar ou fazer confirmar no sentido subjetivo. Fazer aprovar significa produzir certa certeza, capaz de gerar certa verdade garantida por critérios de grande importância ao entendimento dos fatos numa definição apropriada o que envolve questões de justiça, equidade e bem comum.

Em outra senda de pensamento, afirma-se que as provas desempenham um papel de importância vital para a resolução de conflitos existentes no mundo do Direito. São com elas que os julgadores examinam todas as possibilidades existentes e resolvem situações que se puseram como complicadas.

⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I, 39.ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 375.

2.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO PROBATÓRIO

Os princípios estabelecem enunciados normativos de valor genérico, que regula e norteiam o entendimento do ordenamento jurídico, regulando também a aplicação, integração e ainda a fundamentação de novas normas. Por outro lado podem preencher as eventuais lacunas existentes nas legislações específicas sobre variados temas.

Tem-se ainda que, os princípios estão estabelecidos “como as bases teóricas ou as razões lógicas do ordenamento jurídico, que deles recebe o seu sentido ético, a sua medida racional e a sua força vital ou histórica⁵” (REALE, 2011, p. 317).

Os princípios, portanto representam diretrizes basilares do ordenamento jurídico brasileiro, formando bases de compreensão e interpretação normativa, contribuindo ainda no processo para a sua integração, bem com, a produção de novas normas.

2.2.1 Princípio da aquisição processual

O princípio da aquisição processual expõe que a prova não pertence a parte. Uma vez produzida passa a integrar o processo, pouco importando quem a produziu, ou seja, impossibilita a livre disposição dos elementos de prova pelas partes quando estes já estão incorporados ao processo.

Diante da dicção de tal princípio, pode-se dizer que ele impede a retirada e o seu desentranhamento, isto é, quando trazida aos autos, a prova sai da esfera de disposição daquele que a providenciou, ou seja, partes, Ministério Público, terceiro ou juiz, tornando-se pública, comum e parte integrante do conjunto probatório, para favorecer ou desfavorecer quem quer que seja.

A produção da prova pela parte pode servir até mesmo aos seus litisconsortes ou ao seu adversário. Afinal, a prova não pertence à parte, mas ao processo. É produzida para o processo.

⁵ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. 10. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 317.

Saliente-se ainda que à partir deste princípio, firma-se uma comunhão da eficácia probatória, isto é, realizada a prova, esta produz efeitos para todos os sujeitos processuais, seja para beneficiá-los seja para prejudicá-los.

Nesse sentido já havia se manifestado com acerto na doutrina nacional o magistrado gaúcho Rui Portanova (1999, p. 217):

Sendo o fim da prova levar a certeza à mente do juiz, para que possa falar conforme a justiça, diz Echandia, há um interesse indubitável e manifesto em razão da função que desempenha no processo. É o princípio do interesse público na função da prova. É evidente, cada parte persegue, com suas próprias forças, um benefício próprio e imediato. Contudo, há de se considerar, ainda, o interesse público mediato que está acima dos benefícios específicos das partes. Em consequência, a prova nunca pertence a uma ou outra parte, mas ao juízo. Por igual, o benefício que se retira do elemento probatório não se vincula somente ao interesse da parte que produziu tal prova. É o princípio da comunhão ou comunidade da prova, também chamado da aquisição⁶.

Por isso, o responsável pela prova, após sua produção, não pode retirá-la do processo ou impedir que o juiz a considere na formação do seu convencimento, sob o argumento de que o resultado lhe é prejudicial ou por estar arrependido de tê-la requerido e produzido.

Em outro lado, aduz-se que, consolida-se a homogeneidade probatória, pois deve ser atribuído um só valor a prova que, como tal, repercutirá na esfera do seu produtor e todos os outros sujeitos do processo: ou bem a prova demonstra a veracidade da alegação de fato, ou bem demonstra a sua inveracidade, afinal não há meia verdade.

Pontifique-se ainda que o princípio ora em discussão possui importância no momento anterior à produção da prova, ainda na fase de admissibilidade, quando dá solução a duas complicadas questões, quais sejam: uma vez solicitada e acolhida a prova, pode a parte requerente desobrigar-se de sua produção ou haveria um direito adquirido à prova da parte adversária? Em atendimento ao princípio da comunhão da prova para que a renúncia da prova produza efeitos é imprescindível à anuência da parte adversária que já se vê consolidado em sua esfera jurídica o direito àquela prova, bem como à sua validação em juízo, afinal a prova não é de quem requereu, nem do seu adversário, mas do processo.

⁶ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**, 3ª ed., Campinas, Livraria do Advogado, 1999, p. 217

A outra questão é uma vez determinada a prova de ofício, pode o juiz dela desistir, ou haveria direito adquirido de ambas as partes a sua produção? Por razões semelhantes, há também aqui, direito à produção da prova incorporada ao patrimônio jurídico das partes, devendo o juiz ouvir ambas com sua anuência para cancelar a diligência probatória.

2.2.2 Princípio da proibição da prova obtida ilicitamente

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVI, diz que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Tratando-se do processo judicial, o art. 157 do Código de Processo Penal, alterado pela lei nº 11.690/2008, também afirma que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. No processo administrativo, os artigos. 30 e 38, §2º da lei nº 9.784/99 dizem, respectivamente: “são inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos” e “somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias”. Já o Código de Processo Civil em seu artigo 332 aduz que “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

Nota-se que a legislação brasileira não admite a utilização da prova considerada ilícita e, no mesmo sentido, grande parte da doutrina acredita ser inadmissível a produção de prova obtida ilicitamente. Segundo Fredie Didier Jr (2007, p. 32):

A experiência já indicava não ser aconselhável a ampla liberdade na produção de provas: a) porque não se fundam em bases científicas suficientemente sólidas; b) porque podem dar ensejo a manipulações ou fraudes; c) porque ofenderiam a própria dignidade de que lhes ficasse sujeito, representando constrangimento pessoal inadmissível (tortura, detectores de mentiras etc.).⁷

⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. vol. 2. Salvador: Jus Podiom, 2007, p. 32.

Nesta esteira de pensamento, tem-se adotado critérios para a admissibilidade ou inadmissibilidade da prova, ou seja, a descoberta acerca do seu teor ou quanto a forma como foi obtido o material probatório ou por meio do qual ele é inserido no processo são lícitos. O conceito de prova ilícita é amplo, alcançando aquela prova que contraria o ordenamento jurídico, visto através dos preceitos da Constituição, que abrange tanto a ordem constitucional e a infraconstitucional quanto os bons costumes, a moral e os princípios gerais do direito.

Assevere-se ainda que se pode falar da existência de um direito fundamental à vedação da prova ilícita, ou da existência do direito fundamental à prova. Trata-se de direitos que não se contradizem; antes, eles se complementam: o direito à prova é limitado pela legitimidade dos meios utilizados para obtê-la. O problema é que torna-se possível que, no caso concreto, esses direitos fundamentais entrem em rota de colisão. É que se dá, por exemplo, nos casos em que o único meio de prova de que a parte dispõe para demonstrar suas alegações de fato foi obtido ilicitamente.

Ultimamente, com a finalidade de resolver alguns casos específicos envolvendo as provas conseguidas por meios ilícitos, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, de forma ainda tímida, vêm tomando algumas decisões acerca da aceitação de provas obtidas ilicitamente, por meio da utilização de critérios de ponderação de valores, quais sejam: a razoabilidade e a proporcionalidade. Há a chamada “corrente intermediária” (ou corrente obstativa atenuada pela teoria da proporcionalidade) segue o posicionamento desses Tribunais, ao acreditar que, ante ao caso concreto, o julgador necessita realizar uma análise axiológica à partir desses parâmetros.

Essa nova maneira de interpretar o princípio da oposição da prova ilícita, justifica-se, apenas em casos excepcionais, de extrema importância, ou seja, quando não houver outra forma de obter determinada prova, e sendo esta necessária para a solução da causa. Por exemplo, o indivíduo que consegue comprovar sua inocência à partir de uma prova ilícita; observa-se então que há um conflito de direitos, e é nessa ocasião que deve haver um julgamento de valores por parte do juiz, tendo que solucionar qual é o direito que, naquela circunstância, tem “mais peso” na balança da justiça. Cabe ao juiz a melhor interpretação ao caso concreto a fim de solucioná-lo da forma mais justa possível.

Ao tratar das correntes doutrinárias existentes sobre a utilização da prova ilícita, Nelson Nery Jr, apud Barbosa. (2010, p. 8) comenta que:

Não devem ser aceitos os extremos: nem a negativa peremptória de emprestar-se validade e eficácia à prova obtida sem o conhecimento do protagonista da gravação sub-reptícia, nem a admissão pura e simples de qualquer gravação fonográfica ou televisiva. (A propositura da doutrina quanto à tese intermediária é a que mais se coaduna com o que se denomina modernamente de princípio da proporcionalidade), Devendo prevalecer, destarte, sobre as radicais⁸.

Observando detidamente o supracitado entendimento doutrinário, percebe-se que quanto à utilização da prova ilícita, tem-se procurado um meio termo, ou seja, nem se negando a validade e eficácia da prova obtida sem o conhecimento do protagonista da gravação nem a admissão pura e simples de qualquer gravação fonográfico, isso em zelo e homenagem ao princípio da proporcionalidade.

O Superior Tribunal de Justiça vem se posicionando da seguinte maneira quanto à aceitação das gravações telefônicas como provas lícitas, nos seguintes termos:

RESP. CRIMINAL. PREQUESTIONAMENTO. VIOLAÇÃO GENÉRICA DE LEI. PRONÚNCIA. PROVAS ILÍCITAS. FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. NÃO OCORRÊNCIA DE NULIDADE. SÚMULA 7. 3. A pronúncia, consoante lançado no acórdão, não teve por base meras conjecturas, mas indícios demonstrativos de autoria, não, evidentemente, de modo incontroverso, mas de simples admissibilidade de acusação. Não foram estes indícios, no entanto, derivados de provas ilícitas (utilização de dados telefônicos sem autorização judicial), mas autônomos, sem a contaminação de que fala a teoria dos frutos da árvore envenenada. (STJ – Resp 204080 – CE – 6ª T. – Rel. Min. Fernando Gonçalves – DJ 01.10.2001 – p. 255)⁹.

Torrencial o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. GRAVAÇÃO. CONVERSA TELEFÔNICA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES, SEM CONHECIMENTO DO OUTRO. INEXISTÊNCIA DE CAUSA LEGAL DE SIGILO OU DE RESERVA DE CONVERSAÇÃO. LICITUDE DA PROVA. ART. 5º, XII e LVI, DA

⁸ NERY JR. apud BARBOSA, 2010, p.8. BARBOSA, José Olindo Gil. **As provas ilícitas no processo brasileiro**. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/AS%20PROVAS%20IL%20C3%8DCITAS.pdf>. Acesso em: 25/02/2015

⁹ JUSBRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**: 204080 CE 1999/0014420-1, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 21/08/2001, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 01/10/2001 p. 255 JBC vol. 47 p. 145 Disponível em:< <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7915928/recurso-especial-resp-204080-ce-1999-0014420-1-stj>> Acesso em: 22/01/2015

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, quando ausente causa legal de sigilo ou de reserva da conversação não é considerada prova ilícita. Precedentes. 2. Agravo regimental improvido. (STF – AI 578858 AgR – RS – 2ª T. – Rel. Min. Ellen Gracie – DJ 27.08.2009)¹⁰

O fato é que nenhum direito deve ser considerado absoluto, mas sim, deve-se ser interpretado, sobretudo, com observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

2.2.3 Princípio do livre convencimento motivado

O surgimento do princípio do livre convencimento motivado é antigo e ocorreu após a Revolução Francesa e por sua influência. Este princípio acarretou a adoção da lógica racional como método de hermenêutica. Sabe-se que antes da Revolução Francesa os magistrados julgavam contra a lei, defendendo os interesses que lhes seriam convenientes. Com a evolução do pensamento, percebeu-se que o poder do juiz foi ampliado, sob o entendimento de que ao magistrado cabe dar a solução mais justa provável, integrando valoração pertencente à legalidade positiva.

Arrone (1996, p. 20), reporta-se a história deste princípio da seguinte maneira:

Naquele tempo, os magistrados não tinham limites quanto a sua forma de julgar as questões, tanto que injustiças em grande monta, aliadas ao cenário da época, de favorecimento da elite, colaboravam para a opressão do povo. Chegando a tal ponto, que eclodiu a revolução¹¹.

Depois da revolução, o cenário se modificou, pois os responsáveis pelo movimento desejaram normatizar tudo, a fim de que os julgadores passassem a aplicar literalmente a norma.

Arrone (1996, p. 20), discorre sobre a figura do juiz daquela época, através do pensamento de Montesquieu:

¹⁰ JUSBRASIL. **Superior Tribunal Federal**. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. AI: 578858 RS, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-162 DIVULG 27-08-2009 PUBLIC 28-08-2009 EMENT VOL-02371-08 PP-01674 Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5345767/agregno-agravo-de-instrumento-ai-578858-rs>> Acesso em: 22/01/2015

¹¹ ARRONE, Ricardo. **O Princípio do Livre Convencimento do Juiz**. 1ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1996, p. 20

chegou a denominar o juiz de um ente inanimado, mero repetidor da lei, pois o povo temia a possibilidade de um magistrado não atrelado à lei, como no sistema anterior, devido às marcas que ficaram na sociedade, com as 10 atitudes protecionistas destes julgadores que, inconsequentemente, sentenciavam em prol dos interesses que lhes favoreciam ou a que eram ligados.¹²

Com o passar do tempo o pensamento jurídico evoluiu, tendo novas ideias para a hermenêutica, que até então não tinha muitas preocupações axiológicas.

Adentrando-se no conceito do princípio ora em discussão, pode-se expor que o princípio do livre convencimento motivado consiste em que o juiz não deve ficar atrelado ao formalismo da lei, ao antigo sistema da verdade normativa, sendo que, o magistrado vai embasar seu entendimento nos meios probatórios existentes nos autos, levando em conta sua livre convicção pessoal motivada.

O julgamento do caso concreto feita pelo juiz, atende ao princípio do livre convencimento motivado, pelo qual, partindo da análise que lhe incubida, e após a apresentação de provas e argumentos dispostos pelas partes, tem ele liberdade para julgar acerca de seu conteúdo, de forma que considerar mais adequada conforme seu entendimento, dentro dos limites impostos pela lei e pela Constituição, e sempre fundamentando a sua decisão.

Não obstante apreciar as provas livremente, o juiz não segue as suas impressões pessoais, mas tira a sua convicção das provas produzidas, ponderando sobre a qualidade e a força probante destas, a convicção está na consciência formada pelas provas.

O juiz tem plena capacidade para avaliar a prova, buscando nela a base e o fundamento de sua decisão, porém, amparo na legislação, bem como, na doutrina e jurisprudência.

Neste aspecto aduz Arrone, (1996, p. 34) da seguinte maneira:

Nosso código condiciona o juiz à prova constante nos autos acerca dos fatos e circunstâncias pertinentes à lide, provas estas determinadas pelas partes ou pelo próprio julgador. Pelo exposto, temos que ao magistrado cabe encontrar na prova dos autos os motivos de sua convicção, combinando sua observação com seu raciocínio.¹³

¹² ARRONE, Ricardo. **O Princípio do Livre Convencimento do Juiz**. 1ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1996, p. 20

¹³ ARRONE, Ricardo. **O Princípio do Livre Convencimento do Juiz**. 1ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1996, p. 34

A livre persuasão na análise das provas está sujeita à certas regras quanto ao convencimento, que fica condicionada e por ser condicionada, há de ser sempre motivada: a) aos fatos nos quais se funda a relação jurídica; b) às provas destes fatos colhidas no processo; c) às regras legais de prova e às máximas de experiência. O livre convencimento motivado também fica limitado pela racionalidade, não sendo aceito o exame das provas conforme critérios irracionais, por mais respeitáveis que sejam; não pode o juiz, em um Estado laico, decidir o caso com base em questões de fé, por exemplo.

Neste sentido Cintra, Grinover e Dinamarco (2001, p. 68):

O Brasil também adota o princípio da persuasão racional: o juiz não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos (quod non est in actis non est in mundo), mas a sua apreciação não depende de critérios legais determinados a priori. O juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas os avalia segundo critérios críticos e racionais (CPC, art. 131 e 436).¹⁴

Observando detidamente o supracitado entedimento doutrinário, percebe-se que o magistrado ao apreciar a lide deve decidí-la esteiado nos elementos existentes no processo, mas também com observância a critérios críticos e racionais.

Neste mesmo entedimento destaca Fhuad Centhurraz (2007, p. 43):

O princípio do livre convencimento motivado do juiz pode também ser uma forma de defesa do jurista em casos de provas ilícitas, um exemplo comum é a interceptação das comunicações telefônicas, onde o juiz usará a lei 9296/96 como regulamentadora deste tipo de prova, no artigo 1º da lei 9296/96 diz "A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.", quando o juiz que esta usando o livre convencimento motivado é da vara civil ele usará as provas como emprestada respeitando a lei 9296/96¹⁵.

No sistema do livre convencimento motivado veda-se, na apreciação dos fatos, juízo de equidade: o julgador não pode considerar confirmados os fatos só porque lhe pareça justo considerar o pedido inicial, devendo isso sim basear-se em juízos de verossimilhança, fundados na experiência geral.

¹⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, **Teoria Geral do Processo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 68.

¹⁵ CENTHURRAZ, Fhuad. **Manual do Advogado Iniciante** - Editora Pinni ano 2007, p.43.

Embora o art. 131 do Código de Processo Civil adote, expressamente, o sistema da persuasão, é indiscutível a existência, de normas legais de análise da prova, tanto no Código Civil como no Código de Processo Civil brasileiros, têm-se, na realidade, um sistema temperado, em que prevalece o livre convencimento motivado.

As normas que regulamentam legalmente o valor de determinadas provas servem como técnicas desenvolvidas para combater e evitar arbitrariedades judiciais, decisões lastreadas em nenhuma ou qualquer prova, mesmo quando manifestamente inidôneas. Esses preceitos estão espalhados pelo ordenamento tanto material e processual e, normalmente tratam de questões relacionadas à admissibilidade ou à valoração da prova. São resquícios do sistema da prova legal, que tolhia sobremodo a valoração do material probatório pelo juiz, impondo aquilo que se convencionou chamar de tarifamento das provas.

Esse preceito de valoração, se não totalmente abolido, foi bastante mitigado, conforme se depreende-se da redação do art. 131 do Código Processo Civil. Não obstante a consagração do sistema da persuasão racional, ou seja, o livre convencimento motivado seja pela conquista histórica e a crítica que porventura se venha a fazer a opção legislativa, não se pode recusar a validade de dispositivos legais que regulamentam a valoração da prova. Resta assim, precisar-lhes a função: traçar parâmetros de valoração probatória para a atividade jurisdicional.

O magistrado deve levá-los em consideração, refutando-os apenas nos casos em que escancaradamente a sua aplicação resulte em manifesta injustiça ou impropriedade.

A existência de normas relacionadas à prova não impede a livre apreciação do material probatório pelo magistrado; apenas o direciona, estabelecendo parâmetros. Pensar de modo contrário seria exumar um sistema de valoração que, em sua versão rigorosa, já há muito tempo fora banido das legislações modernas.

2.2.4 Princípio do inquisitivo

A Teoria Geral do Direito Processual Civil sugere uma série de princípios que constituem os pilares para a condução do processo pelo juiz, partes, advogados e demais sujeitos do processo que venham buscar a verdade real.

Tais princípios indicadores das condutas muitas das vezes são empregados pelos operadores do direito e que, em maior ou menor grau, acabam por acomodar o formato do direito processual civil de determinado sistema jurídico.

Às vezes há a prevalência de princípios que indicam atitudes contrárias para uma mesma conduta: é exemplo desta circunstância a coexistência, em um mesmo sistema jurídico processual, do Princípio do Dispositivo e do Inquisitivo. O primeiro atenta, em uma simples definição, da regra de que toda a produção de prova de um processo deve ser única e unicamente apresentada e impulsionada pelas partes, não competindo ao juiz, um simples avaliador da prova, dar início a promoção de quaisquer atos capazes de ingressar no mundo da instrução processual sem que as partes assim o tenham requerido.

O Princípio do Inquisitivo expõe o contrário; com base nele, ao magistrado é atribuído um papel diferente do que o de mero observador do processo, o qual passa a ser instrumento não mais apenas arquitetado pelas partes autor e réu, mas também por aquelas que o juiz julgar importantes para a solução da lide.

No ordenamento pátrio, nada obstante ainda se compreenda, na doutrina e na jurisprudência, certa oposição a iniciativa probatória do magistrado, fruto de reminiscência histórica de um período em que se tinha um entendimento eminentemente privatista do direito processual. Pode-se afirmar que atualmente, com o desenvolvimento de uma visão oposta, que enxerga o processo civil sob um ângulo mais publicista, a finalidade é de atribuir ao Estado-juiz amplos poderes instrutórios.

Nesse sentido, Galeno Lacerda, (1994. p. 132) estende o poder instrutório do juiz para a aceitação de provas trazidas por uma das partes para outras situações processuais em que esta, pelo texto de lei, não mais teria esse direito, a saber:

em virtude desse enorme poder de ofício para a busca da verdade real, mesmo nos processos dispositivos, firmou-se na doutrina e na jurisprudência a tese de que, para o Juiz, não existe preclusão quanto à prova. Por isso, se a parte apresenta o rol de testemunhas fora do prazo, ou documentos a destempo, mesmo assim poderá o Juiz determinar de ofício a produção da respectiva prova se entendê-la importante para firmar seu convencimento. Poderá, ainda, determinar a audiência de ofício de qualquer das partes ou de testemunhas referidas, ou a realização de perícias ou inspeções, embora não requeridas pelas partes¹⁶.

¹⁶ LACERDA, Galeno. O juiz e a justiça no Brasil. **O judiciário e a constituição**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 132.

Diante de tal contexto, percebe-se que cabe ao magistrado para a formação de sua convicção determinar até mesmo de ofício a produção de prova que entenda importante para o julgamento da lide, não havendo, por consequência que se falar em preclusão.

Torrencial a jurisprudência pátria:

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2.0000.00.490367-5/000 25.01.2006 - JUIZ DE FORA EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL - EXTRAVIO DE BAGAGEM - AGRAVO RETIDO - PRODUÇÃO DE PROVAS PELO JUIZ - PRINCÍPIO INQUISITIVO - DANO MATERIAL - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. DANO MORAL - OFENSA MORAL CARACTERIZADA - QUANTUM INDENIZATÓRIO - CRITÉRIO DE FIXAÇÃO. 1 - É lícito ao juiz da causa valer-se do princípio inquisitivo (CPC, art. 130), determinando, depois da oitiva de testemunhas, diligência no sentido de corroborar as informações prestadas naquele ato, prosseguindo na instrução do processo, a fim de pesquisar a verdade real e bem instruir a causa. É incontroverso que, além do interesse da parte, que se encontra em jogo na lide, há o interesse estatal, em que o litígio seja composto de forma justa e segundo as regras do direito. 2- A indenização, em caso de extravio de bagagem, devida ao passageiro de transporte coletivo rodoviário intermunicipal, regulada pelo Decreto Estadual 32.656/1991, é fixada em (três mil) vezes o coeficiente tarifário, nos casos em que não se prova, efetivamente, o prejuízo suportado pela vítima. 3- A ocorrência do dano moral, questão de origem subjetiva, não exige do ofendido a prova efetiva do dano, bastando-lhe demonstrar os fatos e a ocorrência de constrangimento capaz de atingir sua dignidade pessoal. 4- É inegável a ocorrência de danos morais causados pelo sentimento de desconforto, de constrangimento, aborrecimento e humilhação decorrente do extravio da bagagem. 5- O objetivo da indenização por dano moral é dar à pessoa lesada uma satisfação diante da situação dolorosa, aflitiva e constrangedora que vivenciou, buscando, em contrapartida, desestimular o ofensor à prática de novos atos lesivos, daí seu caráter pedagógico. 6- Na quantificação da indenização devem ser levadas em conta as circunstâncias do caso, a situação econômica das partes e a gravidade da ofensa. (TJMG. Processo: 200000049036750001 MG 2.0000.00.490367-5/000(1). Relator: Maurício Barros. Julgamento: 25/01/2006. Publicação: 10/03/2006.)¹⁷

Outra:

MONITÓRIA - CHEQUES PRESCRITOS - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - DESISTÊNCIA DE DEPOIMENTO PESSOAL PELAS PARTES - OITIVA DE UMA DAS PARTES DETERMINADA DE OFÍCIO PELO JUIZ - APLICAÇÃO VÁLIDA DO PRINCÍPIO INQUISITIVO - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À OUTRA PARTE - DESCUMPRIMENTO DO DISPOSTO NO ART. 614, II, DO CPC - INOCORRÊNCIA - APRESENTAÇÃO DE DEMONSTRATIVO DO DÉBITO PELO CREDOR - ATUALIZAÇÃO PELO IGPM - SUBSTITUIÇÃO PELO INPC - CORREÇÃO

¹⁷ JUSBRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais **Apelação Civil** 200000049036750001 MG 2.0000.00.490367-5/000(1), Relator: MAURÍCIO BARROS, Data de Julgamento: 25/01/2006, Data de Publicação: 10/03/2006) Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=JUIZ+DE+FORA+EMENTA+RESPONSABILIDADE+CIVIL>> Acesso em: 23/01/2015

MONETÁRIA - INCIDÊNCIA A PARTIR DA EMISSÃO DOS CHEQUES - JUROS LEGAIS A PARTIR DO VENCIMENTO DOS TÍTULOS - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO Não obstante a desistência de ambas as partes com relação aos depoimentos pessoais, o juiz pode, como o fez, determinar a oitiva de qualquer uma delas, sem que isso acarrete prejuízo para a parte adversa. A correção monetária deve incidir a partir do vencimento da obrigação, in casu, da emissão dos cheques, pelo INPC. Os juros legais incidirão desde a citação até a vigência do Código Civil de 2002 na proporção de 6% ao ano, e, a partir de janeiro de 2003, 12% ao ano.¹⁸

Portanto, repita-se, cabe ao magistrado para a formação de sua convicção determinar até mesmo de ofício a produção de prova que entenda importante para o julgamento da lide.

Em outra vertente de pensamento, afirma-se que a ideia de uma maior dinamicidade do juiz ao administrar o processo, abrindo mão de sua capacidade de operar de ofício, no que se refere à produção de provas, deixando para trás a severidade formal em situações processuais que poderiam levá-lo ao enrijecimento da busca incansável pela verdade real, não poderá ser considerada como sinônimo de arbitrariedade ou de prestação jurisdicional despota. O Princípio do Contraditório, do Duplo Grau de Jurisdição e da Necessidade de Fundamentação das Decisões dão conta de garantir a integridade do procedimento dos magistrados quando do agir de ofício.

2.3 ÔNUS DA PROVA

Ônus da prova além de constituir uma ferramenta é considerado um termo utilizado no direito para definir quem é a pessoa responsável por sustentar uma afirmação ou conceito.

O termo especifica que a parte responsável por uma determinada afirmação é também aquela que deve proporcionar as provas necessárias para sustentá-la.

O ônus da prova parte do princípio que toda afirmação precisa de confirmação, de provas para ser levada em consideração, e quando não são proporcionados, essa afirmação não tem importância argumentativa e deve ser desconsiderada em um raciocínio lógico.

¹⁸ JUSBRASIL. Tribunal de Justiça Santa Catarina Processo: 0 e Processos pela Internet 10/09/2009 10:15. Relator(a) Edson Ubaldo. Julgamento: 03/11/2005. Órgão Julgador: Segunda Câmara de Direito Comercial. Publicação: Apelação cível n. , de Jaraguá do Sul < <http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=Descumprimento+do+Disposto+no+Art.+614+%2C+li+%2C+do+Cpc&c=>>. Acesso em 15/02/2015

O processualista, Humberto Theodoro Junior (2003, p. 381) ao se posicionar sobre o tema em estudo aduz:

Esse ônus consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz. Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional.¹⁹

A análise do ônus da prova ganhou considerável importância após a preponderância do princípio dispositivo no processo. Segundo esse princípio, cabe às partes o ônus de provar as suas pretensões. Ao julgador restaria uma posição inerte, não podendo suprir as insuficiências da instrução probatória das partes.

Por conseguinte, o ônus da prova depende da atividade das partes que, caso queiram ter sucesso em sua pretensão devem ser diligentes no cumprimento desse encargo.

Outro princípio importante na análise desse instituto, o ônus da prova, está inserido na proibição da declaração, pelo juiz, do *non liquet*, ou seja, não pode o magistrado desistir da sua tarefa de julgar, devendo em todo o caso proferir uma sentença seja esta favorável ou desfavorável às partes.

Adentrando-se propriamente no tema, pode-se asseverar que a matéria é tratada no artigo 333 do Diploma Instrumental Civil, *in verbis*:

Art. 333. 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.
Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:
I - recair sobre direito indisponível da parte;
II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito²⁰.

Observando o supracitado dispositivo legal, pode-se concluir que, conforme evidenciado anteriormente, o ônus da prova incumbe ao autor inicialmente, sendo-lhe imposta a responsabilidade de provar a veracidade dos fatos afirmados na

¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I, 39.ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p.381.

²⁰ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Instituiu o **Código de Processo Civil**. Vade Mecum Saraiva. 15 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p.297.

petição inicial, fatos esses, que ainda não se apresentam como controvertidos após a apresentação da defesa, não são notórios, em relação a eles não incide qualquer presunção se não houver confissão.

O autor deve provar a verdade do fato que constitui o seu direito, ou seja, provar os fatos que são capazes de creditar a seu favor a procedência da ação. É a regra que flui da leitura do enfocado artigo, embora se admita a estipulação de regra contratual que inverta o ônus (art. 333, parágrafo único do CPC) exceto na hipótese de direitos indisponíveis (ação de investigação de paternidade, de guarda, de alimentos quando proposta por filhos, etc.) ou quando inversão convencional impuser aparente vantagem para as partes, e evidente prejuízo para o seu opositor.

A possibilidade de inversão convencional do ônus da prova é prevista em decorrência das peculiaridades de certos negócios, que se revelam mais favoráveis em termos de prova ao eventual réu, retirando-se do autor a responsabilidade de demonstrar a veracidade dos fatos agitados no bojo de lide que eventualmente venha ser instaurada.

Assevere-se ainda que diante da regra geral de que ao autor é imposta a responsabilidade de provar a veracidade dos fatos por ele articulados, percebe-se que, nessa hipótese, pode o réu apenas se contentar em negar a veracidade desses fatos, visto que *probatio incumbit ei qui dicit, non ei qui negat* (a prova é da incumbência de quem alega o fato e não daquele que o nega).

A jurisprudência dos tribunais brasileiros ao se posicionar sobre o assunto aduz:

PROCESSUAL CIVIL - SERVIDOR PÚBLICO - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD) - VÍCIOS NÃO DEMONSTRADOS - ONUS DA PROVA - 1- O ônus da prova é de quem alega, cabendo ao autor fazê-lo em relação ao fato constitutivo de seu direito (art. 333, I, do CPC). 2- Não demonstrado vícios no Processo Administrativo Disciplinar, correta a sentença que julga improcedente o pedido de reintegração. 3- Apelação improvida. (TRF-1ª R. - AC 2005.01.00.071397-6/BA - Rel. Des. Fed. Carlos Olavo - DJe 17.03.2010 - p. 89)²¹

Outra:

²¹ JUSBRASIL. TRF-1ª R. - AC 2005.01.00.071397-6/BA - Rel. Des. Fed. Carlos Olavo - DJe 17.03.2010 - p.89

<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Aus%C3%A2ncia+de+provas+de+v%C3%ADcios+no+processo+administrativo>> Acesso em: 12/02/2015

PROCESSO CIVIL - JULGAMENTO COLEGIADO - TURMA SUPLEMENTAR - LEI 9.788/99 - PROVA DOCUMENTAL - ÔNUS DA PROVA - 1. A Lei 9.788/99 instituiu, no âmbito dos Tribunais Regionais Federais, turmas suplementares, cujo funcionamento foi delegado ao Conselho da Justiça Federal (art. 4º). 2. A sistemática permite a convocação de juízes de primeiro grau para atuarem nos tribunais, nos termos da Resolução 210/99 do Conselho da Justiça Federal. 3. Correta atuação da Turma Suplementar, com observância da lei, da resolução do Conselho e da Resolução 05/01 do próprio TRF da 1ª Região. 4. A vasta prova documental não foi impugnada pela parte contrária, satisfazendo o juiz de 1º grau que julgou a lide de forma antecipada (art. 300 do CPC). 5. Prova documental formada basicamente de documentos oficiais, copiados do processo administrativo instaurado pelo Bacen no processo de liquidação. 6. A prova cabe a quem alega e quem se insurge contra fatos retratados em documentos oficiais tem o ônus de provar o porquê da imprestabilidade do documento (art. 333 do CPC). 7. Recurso especial provido. (STJ - REsp 569985 - DF - 2ª T. - Relª Minª Eliana Calmon - DJ 20.09.2006 , p. 202).²²

Há a necessidade de ser externada a negativa do fato (impugnação específica, e não meramente genérica), a fim de evitar a incidência da presunção de veracidade das alegações de fato contidas na inicial.

Os Tribunais Pátrios ao se posicionarem aduzem:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. CONTRATO DE LEASING. SEGURO PRESTAMISTA. CONTESTAÇÃO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. ÔNUS DO RÉU. APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL. 1. Compete ao réu o ônus da impugnar especificamente os fatos articulados na inicial, sob pena de presunção de veracidade dos mesmos, nos moldes previsto no art. 302 do CPC. 2. O inc. II do art. 514 do CPC dispõe que a apelação deverá conter os fundamentos de fato e de direito dos pedidos de reforma da sentença. Assim, não deve prosperar o apelo quando a parte deixa de impugnar especificamente os fundamentos da decisão atacada, resumindo-se a reiterar os fundamentos declinados em defesa de conteúdo genérico. 3. Apelo negado. (TJ-PE - APL: 2429903 PE , Relator: Roberto da Silva Maia, Data de Julgamento: 30/07/2013, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 07/08/2013)²³

Por outro lado, e se o réu, além de se defender, suscita fato qualificado como extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor, atrai para si a responsabilidade de provar a veracidade das alegações, prejudicando-se em termos processuais. Esses fatos determinam a improcedência do direito do autor (na

²² JUSBRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**: 569985 DF 2003/0130765-0, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 20/06/2006, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 20/09/2006 p. 202)

Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7142511/recurso-especial-resp-569985-df-2003-0130765-0>> Acesso em: 27/01/2015

²³ JUSBRASIL. Tribunal de Justiça-Pe. **Apelação**: 2429903 PE , Relator: Roberto da Silva Maia, Data de Julgamento: 30/07/2013, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 07/08/2013 Disponível em: <<http://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/155288994/apelacao-apl-2429903-pe>> Acesso em: 28/01/2012

hipótese dos fatos extintivos e impeditivos), ou a rejeição parcial dos pedidos contidos na inicial (na hipótese dos fatos modificativos).

Outro aspecto que ainda merece ser trazido à baila é que quando o réu suscita um fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor, deve o magistrado, em consideração ao princípio do contraditório e da audiência bilateral, abrir vista dos autos à parte ex-adversa, a fim de que no prazo de 10 (dez) dias, manifeste-se sobre o alegado, sendo-lhe deferido o direito de produzir prova de caráter documental para combatê-lo (art. 326 do CPC).

Aduza-se ainda que a redação contida no referenciado artigo é semelhante a constante no projeto de lei do novo Código de Processo Civil, tendo, no entanto, as seguintes diferenças: o prazo naquele é de 10 (dez) dias, sendo que, neste é de 15 (quinze) dias. Naquele, faculta-se ao magistrado a produção de prova documental, enquanto que neste, faculta-se ao juiz a produção de prova e a apresentação adicional de rol de testemunhas. Por último, o mencionado projeto adicionou ao artigo de lei o parágrafo único, no qual consta que se procede de igual modo se o réu oferecer pedido contraposto.

2.3.1 Distinção entre ônus objetivo e ônus subjetivo da prova

Prima facie, aduza-se que o ônus subjetivo consiste na incumbência das partes provarem os fatos alegados nos autos. Dessa forma, pode-se verificar uma união entre a parte onerada pela prova e sua alegação dos fatos. Esse ônus está marcado pelo princípio dispositivo, intrinsecamente ligado à atividade das partes. Dessa maneira, quando o princípio dispositivo é atenuado, o ônus subjetivo sofre limitações.

Em outro pórtico, assevere-se que mesmo para a parte que não tem o ônus da prova de um determinado fato, há o interesse na contestação do fato que a outra parte pretende provar, por meio da impugnação especificada, dessa forma, pode-se utilizar dos meios de contraprova, tentando provar que o fato, por exemplo, não existe.

Echadía (1988, p. 424) observa a necessidade, para entender o ônus da prova, de distinguir dois aspectos dessa noção:

Para saber com claridad qué debe entenderse por carga de la prueba, es indispensable distinguir los dos aspectos de lá noción: 1º) por uma parte, es uma regla para el juzgador o regla del juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales deve basar su decisión, permitiéndole hacerlo em el fondo y evitándole el proferir um *non liquet*, esto es, uma sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser um sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2º) por outro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada uma le interessa probar (...), para que sean considerados com ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones²⁴

Perlustando o trecho declinado acima, percebe-se que há uma revelação de duas faces pelas quais pode ser observado o ônus da prova, antevendo a distinção entre o ônus da prova subjetivo e o objetivo.

Torrencial o posicionamento de Humberto Theodoro Júnior (2003. p. 375):

Há, por isso, dois sentidos em que se pode conceituar prova no processo:
 a) um objetivo, isto é, como instrumento hábil para demonstrar a existência de fato (os documentos, as testemunhas, a perícia, e etc.).
 b) e outro subjetivo, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim como a convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado.²⁵

O ônus subjetivo é muito importante para determinar a qual das partes cabe a produção de prova de um determinado fato, e quais as consequências advindas da produção probatória inexistente ou deficiente, consequências essas apuradas quando do julgamento, onde existirá a aplicação das regras de repartição do ônus da prova.

Por outro lado, o ônus da prova, no seu aspecto subjetivo, detém uma regra de conduta para as partes, indicando quais fatos são apropriados para serem provados, realizando a distribuição do ônus probatório entre o demandante e o demandado.

É importante mencionar que, para o magistrado, existe uma necessidade de normas para a distribuição do ônus da prova quando há fatos incertos. O magistrado deve avaliar toda a matéria fática presente nos autos, independente de qual parte a tenha provado. Interessa ao magistrado o que está provado nos autos e não quem na realidade efetivou sua declaração. Nesse ponto, reside o outro aspecto do ônus

²⁴ ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoria General de La Prueba Judicial**. v. 1. 6ª ed. [S.I.]: Zavalia, 1988, p. 424. (nº 119 e seg.)

²⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I, 39.ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 375.

da prova, onde a atividade das partes não possui relevância, tratando-se do ônus objetivo da prova.

Nesse sentido, Rangel (2000, p. 125) preceitua que "o que interessa é o demonstrado, não quem o demonstrou, pois o estabelecimento das bases para formar a convicção judicial não é tarefa exclusiva da parte²⁶".

Para o juiz, é importante o reconhecimento entre os fatos declarados pelas partes, dentre os quais são necessários serem provados para o deslinde da causa.

O princípio do *non liquet* evita que o juiz se recuse de decidir uma causa com fundamento em dúvida sobre a veracidade dos fatos. Sabendo que tal circunstância precisa ser resolvida. A ordem jurídica deu ao juiz preceitos, consistentes na distribuição do ônus da prova, que o permitem solucionar a causa. Somente por meio das regras do ônus da prova objetivo é que as dúvidas, aparentemente insanáveis, podem ser dirimidas.

Aparecem ligados a essa concepção de ônus da prova os princípios da aquisição processual e inquisitivo. Em verdade, busca-se a verdade material, o que justificaria a preponderância do ônus objetivo em relação ao ônus subjetivo.

No artigo 131 do Código de Processo Civil brasileiro, há permissão para o magistrado analisar livremente a prova, verificando os fatos e situações constantes dos autos, consagrando, por conseguinte, o ônus objetivo da prova. Baseado-se nesse dispositivo, o magistrado pode prolatar sua sentença sem indagar de qual parte originou-se a prova.

O projeto do novo Código de Processo Civil ao asseverar sobre o assunto descrito no artigo supracitado, traz em suas entrelinhas que todo julgamento deverá ser público e fundamentado, isso sob pena de nulidade.

Em complementação ao descrito acima, o mencionado projeto traz em seu artigo 259 que o juiz apreciará livremente a prova, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na sentença as que lhe formaram o convencimento.

Com isso, pode-se verificar as duas faces do ônus da prova. O ônus subjetivo está ligado às partes, determinando qual delas há de aguentar o ônus da prova frustrada, representando uma apenação em caso de inércia da parte. O ônus

²⁶ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O Ônus da Prova no Processo Civil**. 2ª ed. [S.l.]: Almedina, 2000, p.125. (nº 5.5 e seg.)

objetivo direciona-se ao magistrado, que, em virtude do princípio do *non liquet*, deve prolatar uma sentença e solucionar a causa, em virtude de um imperativo de ordem pública.

Afirme-se, por oportuno que os autores Micheli e Wach, que defenderam essa teoria, não o fizeram para invalidá-la e sim porque a consideraram de escassa utilidade.

Em outra senda de pensamento, referencie-se que há autores, como por exemplo, Echanía que considera que a diferença entre ônus subjetivo e objetivo não se versa de uma verdadeira classificação e sim apenas um aspectos do ônus da prova, pois há somente um ônus da prova.

Dessa maneira, o autor ao invés de discorrer a respeito de ônus objetivo e subjetivo sugeriu por referir-se aos aspectos subjetivos e objetivo do ônus da prova. Echandía (1988, p. 435/436) recusa-se em classifica-lo, pois faria crer na existência de verdadeiro o ônus objetivo, o que considera incorreto.

Para evidenciar sua linha de pensamento o autor tece algumas considerações. Aduz que “seria uma incoerência possuir um ônus, que é um poder ou faculdade, sem nenhum sujeito titular, o que induz à terminação de que sempre é uma noção subjetiva²⁷”. Por outro lado também afirma que “não se pode conferir o ônus objetivo a nenhum dos litigantes, pois haveria incoerência com seu caráter oferecendo a ele aspecto subjetivo²⁸”. Adiciona ainda que “também não se pode impor o ônus objetivo ao juiz, pois constitui um imperativo jurídico, cujo descumprimento não lhe traz prejuízo próprio²⁹”. Por fim, assevera que “la carga de la prueba siempre es subjetiva y recae exclusivamente sobre las partes (...), porque no se puede prescindir del sujeto que sufre las consecuencias adversas de la falta de certeza;”. Assim, conclui o autor que: “não é possível desligar o aspecto objetivo do aspecto subjetivo³⁰”.

Por outro lado, a classificação do ônus da prova em subjetivo e objetivo é importante, para evidenciar o papel das partes e do juiz não olvidando a íntima relação entre os dois aspectos dessa noção.

²⁷ ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoria General de La Prueba Judicial**. v. 1. 6ª ed. [S.l.]: Zavalia, 1988, p. 435 (nº 119 e seg.)

²⁸ *Ibidem*, p.435

²⁹ *Ibidem*, p.436

³⁰ *Ibidem*, p.436

2.4 OBJETO DA PROVA

São objeto da prova os fatos importantes para acabar com os litígios, ou seja, os fatos litigiosos e controversos relevantes para se provar os fatos. Compete ressaltar que a prova tende a demonstrar a veracidade dos fatos e não o direito em questão, por isso existe a expressão: "*da mihi factum, dabo tibi jus*", exigindo a lei que o magistrado conheça do direito vigente na área territorial em que exerce a sua jurisdição, carregando às partes, apenas, o ônus de se desincumbir da prova da certeza da existência e da veracidade dos fatos que alegam em juízo.

Essa regra não é absoluta, exigindo a Lei de Ritos da parte, em seu artigo 337, que se vier a alegar a incidência de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, que confirme o seu teor e sua validade, se assim o determinar o juiz.

Outrossim, diga-se que a realidade maior das ações judiciais apontam para a necessidade de ser empreendida a fase de instrução probatória, para a busca do esclarecimento dos contornos dos fatos afirmados por uma das partes e negados pela parte contrária.

O processualista, Fredie Didier Jr (2007, p 43) ao se posicionar sobre o assunto aduz:

Controvertido. Onde não haja controvérsia quanto aos fatos alegados pelos litigantes, a questão se traduz à mera aplicação do direito. Independentemente, ainda prova, os fatos intuitivos ou evidentes, assim como independentemente de prova os fatos reputados ocorridos por uma presunção legal. Exceções a regra: embora não contestados, em dadas circunstâncias deve ser feita a prova dos fatos: a) quando reclamada pelo juiz, para o fim de formar com mais segurança o seu convencimento; b) quando a lide versar sobre direitos indisponíveis; c) quando a lei exija que a prova do ato jurídico se revista de forma especial.³¹

Por outro lado para se perfectibilizar a averiguação judicial sobre fato deve existir determinada indefinição a respeito da veracidade e extensão do evento, como também só será incrementada a aludida investigação se a elucidação do fato for decisiva para a melhor compreensão do fato jurídico abarcado na causa de pedir.

³¹ DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. v.1, 7.ed.. Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 43

Portanto o ônus da prova deve ser compreendido como instituto jurídico processual que garante a inafastabilidade da jurisdição, obedecendo sempre o devido processo legal buscado no Estado Democrático de Direito, onde, a distribuição dinâmica do ônus da prova tem a importante tarefa de orientar o julgador quando da insuficiência probatória, permitindo que o magistrado cumpra o seu papel e assegure o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição. Além disso, a referenciada distribuição não apenas viabiliza a prestação jurisdicional mas, oferece solução de forma lógica e fundamentada para a solução dos litígios.

3 TEORIA DAS CARGAS PROBATÓRIAS DINÂMICAS

3.1 CONCEITO E ORIGEM

A Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova tem suas origens inseridas, sobretudo na Argentina, precisamente no início do século XX, com a publicação dos trabalhos coordenados pelo professor Jorge Walter Peyrano que descreveram com lucidez os contornos da teoria batizada de *doctrina de lãs cargas probatórias dinâmicas* (teoria das cargas probatórias dinâmicas), apesar de não existir no ordenamento jurídico da Argentina disposição expressa dessa natureza.

Segundo esse doutrinador, as regras relativas à distribuição ao ônus da prova foram estabelecidas de forma muito rígidas, sem considerar as particularidades do caso concreto. Ocorre que em certos casos essa regra torna-se de aplicação inadequada, tanto para as partes, quanto para o julgador, em relação a busca da verdade para solucionar os litígios.

Corroborando com esse entendimento pontifica o doutrinador Jorge Walter Peyrano (2014, p. 263):

En tren de identificar la categoria de las 'cargas probatorias dinamicas', hemos visualizado - entre otras - como formando parte de la misma a aquélla según la cual se incumbe la carga probatoria a quein - por las circunstancias del caso y sin que interese que se desempeñe como actora o demandada - se encuentre en mejores condiciones para producir la probanza respectiva.³²

Analisando o supracitado trecho doutrinário, percebe-se que na realidade de acordo com as cargas probatórias dinâmicas, quem deve produzir a prova, num litígio é a parte, seja ela promovente ou promovida que se encontre em melhores condições de produzi-la.

Roland Arazi (2007), outro renomado doutrinador da Teoria da Prova, corroborando com as ideias do supracitado exposto, ensina que:

Ante la falta de prueba, es importante que el juez valore las circunstancias particulares de cada caso, apreciando quien se encontraba en mejores

³² PEYRANO, Jorge W (Dir.); WHITE, Inés Lépori (coord.). **Cargas probatórias dinâmicas**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2014, p.263.

condiciones para acreditar el hecho controvertido, así como las razones por las cuales quien tenía la carga de la prueba no la produjo, a fin de dar primacía a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento no se vea preturbado por um excesivo rigor formal, en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación³³.

Com isso, na ausência de prova, é importante que o juiz avalie as circunstâncias incomuns específicas de cada caso, apreciando quem estar em melhor posição para provar o facto controvertido, bem como as razões pelas quais quem tem a carga da prova não a produziu, a fim de dar primazia à verdade jurídica objetiva, de modo que sua iluminação não ver preturbado um excessivo rigor formal.

Antônio Veloso Peleja Júnior (2009) apresenta uma importante retrospectiva do surgimento da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova na Argentina:

Na verdade a Corte Suprema de Justiça Argentina já havia, em um de seus julgados, em 1957, balanceado a situação concreta e invertido o encargo probatório, impondo a determinado funcionário público a prova da legitimidade de seu enriquecimento, sob a alegação de que ele estaria em melhores condições que o Estado para produzir a prova. Somente na década de 90, entretanto, o tema passou a ser recorrente nos simpósios e congressos de relevo e ganhou aprofundamento doutrinário, sob a coordenação de Jorge Peyrano. Em 1997, a Corte Suprema novamente utilizou a teoria, ao julgar caso envolvendo a responsabilidade civil na área médica e inverteu o ônus probatório à parte-ré (cirurgião e hospital) em relação à adequação e correção dos procedimentos utilizados durante a cirurgia, sob o argumento de que eles tinham melhores condições de produzir a prova.

³⁴

Perlustrando o supracitado entendimento doutrinário, percebe-se que na Argentina desde 1957 que já vem difundindo e semeando a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Por outro lado em sua obra Peyrano (2014, p. 19-20) aduz que a Comissão de Direito Processual formulou o seguinte conceito sobre a teoria das cargas probatórias dinâmicas:

La llamada doctrina de lãs cargas probatórias dinâmicas puede e debe ser utilizada por lós estrados judiciales em determinadas situaciones em las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como normas, reparten lós esfuerzos probatórios. La misma importa un desplazamiento del *onus probandi*, según fueren las circunstancias del

³³ ARAZI, Roland. **La carga probatoria**. Publicado em 08/2007. Disponível em: <<http://www.apdp.com.ar/archivo/teoprueba.htm>>. Acesso em: 29/01/15.

³⁴ Ativismo Judicial e Ônus da Prova: **a teoria da distribuição dinâmica**, publicado em 2009, p. 9. Disponível no site http://www.mp.mt.gov.br/arquivos/impressa/RevistaJuridica_MT_artigo_12.pdf, acessado em 15/01/15.

caso, em cuyo mérito aquél puede recaer, verbigracia, em cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos³⁵.

Já a Espanha adotou a teoria em comento no seu ordenamento jurídico. Segundo Graziella Ambrosio (2013, p. 55), a teoria das cargas probatórias dinâmicas encontra-se regulamentada no ordenamento espanhol, quando da edição da *Ley de Enjuiciamiento Civil* (Lei n. 1/2000). Especificamente em seu artigo 217, que posteriormente foi alterada pela lei Orgânica Espanhola n. 3/2007, têm-se que:

Art . 217. Ônus da prova.

1. Quando, no momento de proferir a sentença ou resolução semelhante, o tribunal considerar duvidoso uns fatos relevantes para a decisão, indeferirá as pretensões do autor ou do reconvinte, ou as do demandado ou reconvido, segundo corresponda a uns ou outros o ônus de provar os fatos que permaneçam incerto e fundamentarem as pretensões.
2. Cabe ao autor e ao demandado reconvinte o ônus da prova a certeza dos fatos que ordinariamente inferem-se, segundo s normas jurídicas a eles aplicáveis, o efeito jurídico correspondente às pretenõrs da demanda e da reconvenção.
3. Incumbe ao demandado e ao autor reconvido o ônus de provar os fatos que, conforme as normas que lhes sejam aplicáveis, impeçam, extingam ou modifiquem a eficácia jurídica dos fatos a que se refere o parágrafo anterior.
4. Nos processos sobre concorrência desleal e sobre publicação ilícita, caberá ao demandado o ônus da prova da exatidão e veracidade das informações e declarações realizadas e dos dados matérias que a publicidade expresse, respectivamente.
5. De acordo com as leis processuais, naqueles procedimentos em que as alegações da parte autora se fundamentem em condutas discriminatórias em razão do sexo, caberá ao demandado provar a ausência de discriminação nas medidas adotadas e sua proporcionalidades.
6. As normas contidas nos parágrafos anteriores aplicar-se-ão sempre que uma disposição legal expressa não distribua, com critérios especiais, o ônus de provar os fatos relevantes.
7. Para a aplicação do disposto nos parágrafo anteriores deste artigo, o tribunal deverá ter presente a disponibilidade e facilidade probatória que corresponde a cada uma das partes do litígio³⁶.

A Teoria de distribuição do ônus da prova vem sendo cada vez mais aceita e desenvolvida não só na Argentina e Espanha, mais também vem sendo defendida no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo, no campo da responsabilidade profissional, podendo também ser encontrada na legislação pátria, especificamente, no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, cujo teor prevê a possível

³⁵ PEYRANO, Jorge W (Dir.); WHITE, Inés Lépori (coord.). **Cargas probatórias dinâmicas**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2014, p.19-20

³⁶ AMBROSIO, Graziella. **A distribuição do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p.55.

inversão do ônus da prova a fim de promover a defesa dos interesses do consumidor, presumidamente hipossuficiente na relação consumerista.

Aduz o artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor (2013, p. 483):

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;³⁷

O dispositivo legal mencionado assegura que a inversão do ônus da prova é aceitável, nas relações consumeristas, quando estiver presente a verossímil alegação ou quando for ele hipossuficiente. Ocorrendo qualquer uma dessas previsões legais, afirma: Marinoni (2000, p. 22) que "o juiz não precisa inverter o ônus da prova, pois esse ônus já está invertido ou definido pela lei.³⁸".

Já no projeto do novo Código de Processo Civil tal teoria vem constando no seu artigo 380, parágrafo primeiro, *verbis*:

§1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.³⁹

Por outro lado no Processo do Trabalho a aplicação da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova é muito importante, devido à hipossuficiência do empregado, que muitas das vezes, é incapacitado de produzir provas nas quais o empregador está mais habilitado em apresentar. Como por exemplo: documentos, testemunhas, condições técnicas e de ambiente estão mais perto do empregador do que do empregado.

³⁷ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. In: Vade Mecum. 13. ed. São Paulo: Rideel, 2013, p.483.

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. V, t. I, 2000, p.22.

³⁹ Substitutivo da Câmara dos Deputados ao **Projeto de Lei nº 8.046-A** de 2010 do Senado Federal (PLS Nº 166/10 na Casa de origem), "Código de Processo Civil". Disponível em: <
http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=8&ved=0CDwQFjAH&url=http%3A%2F%2Fwww.camara.gov.br%2FproposicoesWeb%2Fprop_mostrarintegra%3Fcodteor%3D1246935%26filename%3DREDACAO%2BFINAL%2B-%2BPL%2B8046%2F2010&ei=SIIDVfrWGYPjsATCuYGwAQ&usg=AFQjCNHtOiJPZCSz5OTIKfckqxaL4C8UA&sig2=mcm1R2YEdAa4VAMI7ib8cA> Acessado em: 15/02/2015

A exposição de laborar em condições gravosas, o trabalho em jornada extraordinária, a redução da condição humana, moral e psicológica do empregado são situações nas quais o empregador tem as infrações em seu poder.

Portanto, a doutrina moderna de Direito Processual Trabalhista atualmente tem mais um princípio que norteia a sua atuação que é o da aptidão para prova. Conforme este princípio deve-se fazer prova aquele que estiver em melhores condições de fazê-la, independentemente de ser autor ou réu. Poder-se-ia então testemunhar que a essência da teoria dinâmica, está inserida, em tal ramo do Direito.

Pode-se comprovar tal entendimento na esteira da jurisprudência pátria, quando aduz:

DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADMITIDA.

Depois de vinte e cinco anos de contrato de trabalho, com vínculo empregatício, decidem as partes transformar o ajuste em contrato civil de prestação de serviços, situação que persistiu por mais dez anos. Extinto o contrato, o trabalhador vem a esta Especializada postular a unicidade, com os efeitos daí decorrentes. A tese defensiva admite a prestação de serviços no pacto derradeiro, mas nega o vínculo. Tal situação processual importa no deslocamento do ônus da prova, que deixa de ser do trabalhador e passa a ser do empresário, seja como empregador, seja como tomador de serviços. E considerando-se que o ordinário se presume e o extraordinário carece de prova, temos que na relação em exame, a alteração do objeto do contrato, de modo a afastar o liame empregatício fica com a entidade que orienta a prestação de serviços, até porque, é ela que exerce o poder empregatício e/ou de fiscalização das atividades, sendo a mais abalizada a produzir a prova da natureza do ajuste, enquadrando-se a questão na teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, aplicável no campo de atuação do Direito Processual do Trabalho. (TRT-3: RO 01416201013903006 0001416-19.2010.5.03.0139. Relator. Convocado Vitor Salino de Moura Eca. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: 18/07/2011 15/07/2011. DEJT. Página 61. Boletim: Sim).⁴⁰

Com isso, frise-se, o Direito Processual Trabalhista tem se norteado por mais um princípio, ou seja, o da aptidão para prova, o qual deve-se fazer prova aquele que estiver em melhores condições de fazê-la, independentemente de ser autor ou réu.

⁴⁰ JUSBRASIL. Tribunal Regional do Trabalho-3 **Recurso Ordinário**: 01416201013903006 0001416-19.2010.5.03.0139, Relator: Convocado Vitor Salino de Moura Eca, Terceira Turma, Data de Publicação: 18/07/2011 15/07/2011. DEJT. Página 61. Boletim: Sim. Disponível em :<<http://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/124307054/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1416201013903006-0001416-1920105030139>> Acesso em: 29/01/2015

3.2 A REGRA CLÁSSICA DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E A TEORIA DAS CARGAS PROBATÓRIAS DINÂMICAS

De acordo com o posicionamento clássico, em relação à aplicação do ônus da prova formal e abstrata, sendo elaborada de forma imutável pelo legislador, cabendo a cada uma das partes o ônus de provar os fatos alegados, ou seja, ao autor cabe provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu os fatos extintivos, impeditivos e modificativos do direito do autor.

Luiz Guilherme Marinoni (2000, p. 22) leciona que tal regra “funda-se na lógica de que o autor deve provar os fatos que constituem o direito que afirma, mas não a existência daqueles que impedem a sua constituição, determinam a sua modificação ou a sua extinção” justificando que ⁴¹“não há racionalidade em exigir que alguém que afirma um direito deva ser obrigado a se referir a fatos que impedem o seu reconhecimento. Isso deve ser feito por aquele que pretende que o direito não seja declarado, isto é, pelo réu⁴²”.

O estudo da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova afasta o preceito clássico segundo o qual o autor incumbe provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu provar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos, como se observa na narrativa do artigo 333, I e II do Código de Processo Civil brasileiro, *in verbis*:

Art. 333. 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.⁴³

Pela teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova inadmissível torna-se o estabelecimento prévio e abstrato da responsabilidade, ignorando a posição da parte no processo; desconsiderando a distinção tradicional entre fatos constitutivos, extintivos e impeditivos. O que importa para tal teoria é o caso concreto, a natureza

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. V, t. I, 2000, p.22.

⁴² *Ibidem*, p. 22

⁴³ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Instituiu o **Código de Processo Civil**. Vade Mecum Saraiva. 15 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

do fato a ser provado imputando-se o encargo àquela parte que, pelas circunstâncias reais, encontra-se em melhor condição de fazê-lo.

O tema em evidência tem particular importância na atualidade onde estão sendo rediscutidos e questionados princípios fundamentais da Teoria Geral do Processo, à luz do princípio da efetividade, onde o processo não é um fim em si mesmo, e sim uma forma de realizar o direito material vindicado.

Assim, passa-se à assertiva feita por Cândido Dinamarco (2009, p. 11) na Nova era do Processo Civil:

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 devidos da sociedade a assegurar-lhes a liberdade.⁴⁴

Na atualidade mesmo que se tenha escrito sobre a efetividade do processo, sobre um processo justo, sobre um novo papel do juiz no processo civil, percebe-se que tais opiniões em relação ao ônus da prova ainda são bem retrogradadas, a prova é tanto, que muitas das vezes os juízes são impedidos de buscar a verdade dos fatos, através de decisões judiciais.

Posiciona-se sobre esse tema o doutrinador Fredie Didier Jr. (2011, p. 26)

ADI n. 1570. Proposta pelo Procurador Geral da República, O Supremo Tribunal Federal julgou parcialmente procedente o pedido formulado, dando por inconstitucional o art. 3º da Lei nº9034/95, por ofensa ao princípio do devido processo legal, ao entender que a coleta pessoal de provas pelo magistrado desvirtua a função, comprometendo a sua imparcialidade no exercício da prestação jurisdicional. O aludido dispositivo permitia que, na persecução criminal versando sobre ação praticada por organizações criminosas, o magistrado, para preservar o sigilo absoluto no acesso de dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais, realizasse pessoalmente a diligência, adotando, ele mesmo e não outros auxiliares da justiça, os procedimentos necessários para acessar tais informações. Foi voto-vencido o Min. Carlos Velloso, que entendia improcedente o pedido por considerar eu o caráter público do processo não proíbe-aliás, impõem-, em hipótese excepcionais, a participação ativa do juiz na busca da verdade material⁴⁵

⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 13ª ed., 2009, p.11.

⁴⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil: **teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 6ª Edição. Salvador, Bahia: Editora Podivm, 2011, p.26.

A fase instrutória no processo é de grande valia, onde os fatos devem ser demonstrados nos autos a fim de que convencidos daqueles, o juiz prolate uma decisão, pondo fim a um conflito posto a seu julgamento. Por outro lado, ganha importância a regra do ônus da prova quando encerrada a instrução e não houver prova efetiva dos fatos, onde juiz não poderá de escusar em julgar a lide por falta de provas.

Nesse sentido aduz Gonçalves (2009, p. 914) em sua obra Responsabilidade Civil que:

A vontade concreta da lei só se afirma em prol de uma das partes se demonstrado ficar que os fatos, de onde promanam os efeitos jurídicos que pretende, são verdadeiros. (...) Claro está que, não comprovados tais fatos, advirão para o interessado, em lugar da vitória, a sucumbência e o não reconhecimento do direito pleiteado.⁴⁶

Como demonstrado em linhas pretéritas o ônus da prova no direito brasileiro é tratado de forma cogente tanto em relação às partes quanto ao julgador, onde o artigo 333 do Código Processo Civil estabelece as regras gerais relativas à distribuição do ônus da prova, partindo da premissa básica de que quem alega deve provar a veracidade do fato.

A teoria dinâmica do ônus da prova, ora estudada, pretende dar uma maior flexibilidade em relação a clássica e rígida distribuição do ônus da prova, pois em determinados casos pela teoria ora em comento o juiz, poderá fazer um estudo a respeito de qual parte poderá melhor produzir a prova, para resolver o litígio.

Ressalta-se o entendimento do instituto da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo o posicionamento de Klippel (2011.):

- a) a redistribuição do encargo probatório entre as partes não é mais um efeito de disciplinas específicas de direito material, mas sim o poder processual a ser aplicado em qualquer tipo de demanda, regulada por qualquer que seja o procedimento jurisdicional.
- b) o critério para a redistribuição do ônus passa a ser, pura e simplesmente, a busca pela isonomia material entre as partes, afastando-se critérios casuístas e até mesmo de difícil interpretação como verossimilhança das alegações ou hipossuficiência, hoje empregados no Código de Defesa do Consumidor.⁴⁷

⁴⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.914.

⁴⁷ KLIPPEL, Rodrigo. **O juiz e o ônus da prova no projeto de novo código de processo civil**. 2011. Disponível em < <http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/343%20a%20352.pdf> > Acesso em: 29/01/2015

Ao aplicar a teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova o juiz pode flexibilizar o ônus probatório com o seu convencimento e conforme seja cada caso em particular, ou a relação das partes à determinada prova, ou seja, poderá verificar as possibilidades de produção de prova a seu entendimento, e não só aplicar os critérios antes definidos na lei.

Apesar da teoria em estudo dá ao juiz a capacidade de sua interferência na instrução processual, em relação quem deva produzir a prova, essa interferência do juiz deverá ser motivada. Veja-se o entendimento de Zufelato (2012):

Mas o fato é que dela surgem novas situações processuais que precisam ser equacionadas. A primeira delas é que a decisão que fixa o onus probanti no caso concreto deverá ser bem motivada. O julgador deverá indicar de forma precisa quais os elementos concretos que o levaram a alterar a regra de quem alega prova. E a finalidade da fundamentação é bastante evidente - além da exigência constitucional, evidentemente - esta decisão desafiará recurso (agravo de instrumento), com o qual a parte onerada impugnará a distribuição do ônus, contrastando exatamente os motivos apontados pelo juiz ao atribuir a ela o ônus da prova⁴⁸.

Esse entendimento estático de distribuição do ônus da prova vem passando por transformações, além de sofrer várias críticas por parte da doutrina moderna e, cada vez mais, perdendo forças, visto que essa rigidez muitas vezes impede a adequação da produção da prova ao caso concreto.

Já para a parte contrária não existem tantas dificuldades para a produção por ela da prova indispensável para a resolução da causa "*sub judice*". Por tudo isso, a doutrina moderna vem lutando por uma maior flexibilização em relação às regras de distribuição do ônus da prova, no sentido de permitir o duto julgador que, verificado no caso concreto o nítido desequilíbrio das condições de produção de provas entre os litigantes, motivadamente, entenda adequar a regra de distribuição do ônus da prova ao caso concreto, estabelecendo que este ônus recaia sobre a parte que tiver melhores condições de provar os fatos submetidos ao deslinde da causa.

Assevere-se por oportuno que tal entendimento estar sendo positivado no projeto de lei do novo código de processo civil, em especial, na dicção do parágrafo

⁴⁸ ZUFELATO, Camilo. **Novas tendências sobre o ônus da prova e o projeto de novo CPC - parte II** (conclusão). São Paulo, SP. Jornal Carta Forense, 2012. Disponível em < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/novas-tendencias-sobre-o-onus-da-prova-e-o-projeto-de-novo-cpc---parte-ii-conclusao/8276> >. Acesso em 23/02/2015.

primeiro do artigo 380 que afirma que nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Outrossim, noticie-se que a norma é elogiável porque a técnica de distribuição da dinâmica da prova não se presta a tornar uma das partes vitoriosa por onerar a parte contrária com o encargo do qual ela não terá como se desincumbir. A nova sistemática de distribuição do ônus da prova serve para facilitar a produção da prova e não para fixar *a priori* vencedores e vencidos.

3.3 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Inverter o ônus da prova significa distribuí-lo de forma diversa do que já se encontra pré-estabelecido na lei.

O doutrinador Carpes (2008), destaca da seguinte maneira o conceito de inversão do ônus da prova.

O termo “inversão” aspira a consagrar a transferência integral dos ônus probatórios de uma parte à outra, nada ressalvando quanto às circunstâncias de fato cujo encargo de prova deva ser efetivamente transferido [...] o termo “inversão” consagra a transferência do esquema legal, imóvel e estático, de um lado para outro, restando mantido, portanto, o generalismo e abstracionismo legal.⁴⁹

A inversão do ônus da prova não segue a mesma regra geral e estática, o que se busca é mudar o ônus das partes no processo, procurando a melhor forma de solucionar os litígios.

Costuma-se dividir as normas de inversão do ônus da prova em normas de inversão legal (*ope legis*) e normas de inversão judicial (*ope iudicis*).

Ainda, segundo Didier Jr; Braga e Oliveira (2011, p. 83),

⁴⁹ CARPES, Artur Thompsen. **Prova e participação no processo civil: a dinamização dos ônus probatórios na perspectiva dos direitos fundamentais**. Porto Alegre, 2008: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito – Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em < <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/14251/000661231.pdf?sequence=1>>. Acessado em: 28 /01/2015

Costuma-se dividir as normas de inversão do ônus da prova em normas de inversão legal (*ope legis*) e normas de inversão judicial (*ope iudicis*). A inversão *ope legis* é a determinada pela lei, *aprioristicamente*, isto é, independentemente do caso concreto e da atuação do juiz [...] é um caso de presunção legal relativa.⁵⁰

A inversão legal como o próprio nome diz é determinado pela lei, isto é, independe do caso concreto e do juiz. A lei determina que em uma dada situação, haverá a distribuição do ônus da prova diferente do regramento geral, estabelecido no art. 333 do Código de Processo Civil.

Já a inversão judicial, esta sim é uma verdadeira inversão do ônus da prova. Em certos casos, o legislador não excepciona a norma geral em relação ao *onus probandi*, mas abre a oportunidade para que o julgador, no caso concreto, examinando a presença dos requisitos exigíveis para tanto, o inverta. Assim, utiliza-se, primeiramente, a regra geral do art. 333 do Código de Processo Civil, podendo o juiz, em relação ao caso concreto, a depender das circunstâncias, excepcioná-la, dispondo de que forma será redistribuído o ônus da prova.

No tocante a pacífica jurisprudência se posiciona em relação ao assunto aduzindo que:

AÇÃO MONITÓRIA. AERUS. CONTRATO DE MÚTUO. EMBARGOS. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE CRÉDITO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS PAGAS E NÃO DEVOLVIDAS. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO DO DÉBITO. RELAÇÃO DE CONSUMO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. VEROSSIMILHANÇA DA SUSTENTAÇÃO INICIAL. HIPOSSUFICIÊNCIA. SÚMULA Nº 321 DO STJ. - A relação jurídica existente entre as partes em relação ao débito efetivamente cobrado é oriunda de contrato de mútuo de valor determinado. Assim, imperioso reconhecer que a agravante figurou como prestadora de serviço, ao passo que a agravada figurou como consumidora, destinatária final, sendo aplicáveis ao caso concreto as normas cogentes do Código de Defesa do Consumidor. - O Código de Defesa do Consumidor prevê no rol do artigo 6º os direitos básicos do consumidor, contemplando em um de seus incisos (VIII) o direito à inversão do ônus da prova, desde que comprovados os requisitos exigidos para tanto. Trata-se, pois, da inversão *ope iudicis*, onde o magistrado deve analisar a presença dos requisitos para concedê-la. - Por outro lado, no artigo 14, § 3º do mesmo diploma legal vislumbra-se a inversão *ope legis*, determinada pela própria lei, sem que tenha o magistrado qualquer juízo de discricionariedade para sua concessão. Analisando as circunstâncias do caso concreto, verossímil a alegação inicial quanto a existência de suposto crédito da agravada em relação a agravante, em virtude da existência de contribuições previdenciárias pagas e não devolvidas, apesar da liquidação da agravante. - De outro vértice destaque-se que a inversão do ônus da prova não está subordinada apenas à

⁵⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil: **teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 6ª Edição. Salvador, Bahia: Editora Podivm, 2011, p.83.

hipossuficiência financeira ou econômica, devendo-se levar em conta o conceito de hipossuficiência técnica, em sentido amplo, que se traduz na real possibilidade de se produzir e no acesso da parte à prova, sendo certo que, no caso dos autos, incontestemente a hipossuficiência da agravada. - Teor da Súmula nº 321 deste TJ/RJ. DESPROVIMENTO DO RECURSO.(Processo: AI 00015227220148190000 RJ 0001522-72.2014.8.19.0000. Relator(a): DES. CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA. Julgamento: 21/01/2014. Órgão Julgador: VIGÉSIMA SEGUNDA CAMARA CIVEL. Publicação: 21/02/2014 13:55. Parte(s): AGRAVANTE: INSTITUTO AERUS DE SEGURIDADE SOCIAL AGRAVADO: MARILENE CAVALCANTI DE GUSMÃO⁵¹

Também se pode dar a inversão do ônus da prova por conversão das partes, ou seja, pode ocorrer por acordo entre as partes, desde que seguindo algumas restrições. Sendo nula a convenção que inverta o ônus da prova, que se trata de direito indisponível ou quando a inversão torne demasiadamente difícil à uma das partes o exercício do seu direito. Também se torna nula a convenção que afasta algum meio legal de prova ou aprecie um meio de prova diverso dos legais.

Por outro lado àquele que invocar direito consuetudinário, local ou estrangeiro cabe fazer prova da sua aplicação e do seu teor, mas o tribunal deve procurar, oficiosamente, obter o respectivo conhecimento.

3.4 MOMENTO DE APLICAÇÃO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E DA TEORIA DAS CARGAS PROBATÓRIAS DINÂMICA

No Brasil existe uma divergência doutrinária em relação qual melhor momento processual para que ocorra a inversão do ônus da prova.

Existindo, duas correntes doutrinárias a respeito do assunto. A primeira corrente, seguida pelos ilustres doutrinadores Nelson Nery Júnior, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Rosa Maria de Andrade Nery, que consideram a regra de distribuição do ônus da prova, sendo uma regra de juízo, ou seja, é no momento de julgamento da causa, que deve ocorrer o ônus da prova.

Posiciona-se Batista Lopes (2002, p. 51) da seguinte maneira:

⁵¹ JUSBRASIL.Tribunal de Justiça RJ. **Agravo de Instrumento**: AI: 00015227220148190000 RJ 0001522-72.2014.8.19.0000, Relator: DES. CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 21/01/2014, VIGÉSIMA SEGUNDA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 21/02/2014 13:55)Disponível em: <http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116637081/agravo-de-instrumento-ai-15227220148190000-rj-0001522-7220148190000> > Acesso em: 03/02/2015

... é orientação assente na doutrina que o ônus da prova constitui regra de julgamento e, como tal, se reveste de relevância apenas no momento da sentença, quando não houver prova do fato ou for ela insuficiente". Conclui, ao final, que "... somente após o encerramento da instrução é que se deverá cogitar da aplicação da regra da inversão do ônus da prova. Nem poderá o fornecedor alegar surpresa, já que o benefício da inversão está previsto expressamente no texto legal⁵²

A segunda corrente defende como sendo o melhor momento processual para que ocorrer a inversão do *ônus probandi*, sendo aquele quando ocorre o despacho saneador, ou seja, o juiz, saneando o processo, com a finalidade de que o mesmo possa continuar de forma regular, livre de quaisquer questões que venham atrapalhar a análise do mérito da causa, de forma que o processo seja colocado em ordem, em seguida, estabelecendo as providências de caráter probatória. Essa corrente é seguida por renomados juristas, tais como: José Carlos Barbosa Moreira, Carlos Roberto Barbosa Moreira, Teresa Arruda Alvim, Humberto Theodoro Júnior e Luiz Antônio Rizzatto Nunes.

Tal entendimento encontra-se disciplinado no ordenamento jurídico brasileiro no § 3º do artigo 331, do Código de Processo Civil:

“Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º”. (incluído pela Lei nº 10.444/2002)⁵³

Neste sentido, Rizzatto Nunes (2000, p. 124) apresenta a seguinte saída quanto ao momento processual mais acertado para que o juiz se manifeste em relação da ocorrência da inversão do ônus da prova afirmando que “o momento processual mais adequado para a decisão sobre a inversão do ônus da prova é o situado entre o pedido inicial e o saneador⁵⁴”.

Sendo mais acertado seguir o entendimento daqueles que defendem, que o melhor momento para que ocorra o a inversão do ônus da prova seja quando ocorrer o saneamento do processo, pois será nesse momento onde serão adotadas todas as providências necessárias para que o processo alcance seu fim desejado, que é

⁵² BATISTA LOPES, João. **A prova no Direito Processual Civil**, 2ª ed, p. 51, Ed. RT, São Paulo, 2002, p.51.

⁵³ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Instituiu o **Código de Processo Civil**. Vade Mecum Saraiva. 15 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p.297.

⁵⁴ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material** (arts. 1 a 54). São Paulo: Saraiva, 2000, p.124.

uma sentença justa e um processo regido pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, sendo esse o momento processual apto para que se opere a inversão do ônus da prova.

Já o momento de aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas entende Graziella Ambrosio (2013, p. 67), que esta deve correr antes de iniciada a instrução processual.

Assim, a flexibilização das regras clássicas de distribuição do ônus da prova deve ocorrer antes de iniciada a instrução processual, como forma de dar ampla ciência às partes e viabilizar a produção probatória pela nova parte onerada⁵⁵

Pois ocorrendo a aplicação das cargas probatórias dinâmicas no momento da prolação da sentença causaria surpresa às partes, retirando-lhes, em muitas das vezes, a oportunidade real de produção da prova, violando os princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e de acesso ao Poder Judiciário.

Já em relação ao processo do trabalho onde as audiências são unas e inexistente despacho saneador, o melhor momento de aplicar a teoria em comento aduz Graziella Ambrosio (2013, p. 67):

competete ao Juiz do Trabalho, assim que recebida a defesa e fixados os pontos controvertidos, anunciar às partes a nova distribuição do ônus da prova, determinando, se for o caso, nova audiência em que as partes terão oportunidade de produzir as provas que desejarem e, assim, desincumbir-se satisfatoriamente do novo encargo processual.⁵⁶

Portanto a flexibilização das regras de distribuição do ônus da prova deve ocorrer antes de se iniciar a fase instrutório processual, para que a parte não seja pega de surpresa e assim viabilizar a produção probatória pela nova parte onerada.

Por outro lado caso o autor se encontre em situação em que sabe que a prova do assédio moral será de difícil demonstração em juízo, este deverá informar já na sua petição inicial a respeito dessa circunstância e requerer a inversão da distribuição do ônus da prova.

⁵⁵ AMBROSIO, Graziella. **A distribuição do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p.67.

⁵⁶ *Ibidem*, p.67

3.5 APLICAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

O Código de Processo Civil brasileiro acolheu o entendimento estático do ônus da prova, o qual está positivado no artigo 333 do vigente Código Processo Civil. Quer dizer, em resumo, que o código brasileiro adotou a teoria clássica que preceitua pela definição, estática do encargo probatório entre o autor e o réu, de forma que cabe àquele 'a prova quanto ao fato constitutivo de seu direito', bem como ao réu 'a existência de fato impeditiva, modificativa ou extintiva do direito do autor'.

O Novo Projeto de Lei do Código de Processo Civil inova quanto ao sistema de distribuição dos ônus probatórios, atendendo corrente doutrinária que já vinha defendendo a chamada distribuição dinâmica do ônus da prova.

Apesar do artigo 380 do mencionado projeto, em seus dois incisos repetir as regras contidas no artigo 333 do Código de Processo Civil de 1973, o parágrafo primeiro permite que o juiz, nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, atribua, em decisão fundamentada e com respeito ao princípio do contraditório, o ônus da prova de forma diversa.

Ocorre que, com a busca por uma melhor efetividade dos direitos inerentes as partes, ao devido processo legal e com a força normativa atribuída aos princípios, essa norma rígida vem se mostrando insuficiente e, muitas vezes, protagonistas de decisões muitas das vezes injustas.

Citando, novamente, o doutrinador Fredie Didier Jr. (2007, p. 57), aduz:

(...) Sucede que nem sempre autor e réu têm condições de atender a esse ônus probatório que lhes foi rigidamente distribuído – em muitos casos, por exemplo, vêm-se diante de prova diabólica. E, não havendo provas suficientes nos autos para evidenciar os fatos, o juiz terminará por proferir decisão desfavorável àquele que não se desincumbiu do seu encargo de provar (regra de julgamento). É por isso que se diz que a distribuição do ônus da prova atrofia nosso sistema, e sua aplicação inflexível pode conduzir a julgamentos injustos. Não se nega a validade da teoria clássica como regra geral, mas não se pode é admitir tal regra como inflexível e em condições de solucionar todos os casos práticos que a vida apresenta⁵⁷

⁵⁷ DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. v.1, 7.ed.. Salvador: JusPODIVM, 2007, p.57.

Quando alguém recorre ao Poder Judiciário, buscando a proteção a um direito subjetivo assegurado e que se encontra diante de regras rígidas de distribuição do ônus probatório, em face de determinados fatos cuja prova é muita das vezes complicada ou até mesmo de impossível demonstração, tendo garantido o acesso ao Judiciário apenas formalmente.

Já por outro lado a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova viabiliza uma melhor alternativa na busca em relação da produção da prova, sob o prisma de quem, pela regra rígida do artigo 333 do Código de Processo Civil, o magistrado poderá flexibilizar o regulamento geral, sob pena de se está negando o acesso à tutela jurisdicional.

A inversão do ônus da prova deve acontecer, sempre que, no caso concreto, as regras do artigo 333 do Código Processo Civil der origem a uma situação onde se torne excessivamente onerosa ou impossível a manifestação dos acontecimentos necessários à solução da causa. Nesses casos, ao magistrado é incumbido de equilibrar as partes.

Ao se aplicar a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, deve-se sempre observar, mais sempre respeitando o devido processo legal, se há a possibilidade das partes em colaborar com o Juízo, mostrando, se previamente ocorre à possibilidade de redistribuição da obrigação probatória a ser realizada, prestigiando-se, com isso, a segurança jurídica, bem como o direito fundamental à prova, estabelecida pelos litigantes.

No Processo Civil brasileiro os poderes instrutórios do juiz vêm cada vez sendo mais aceitos em busca de uma melhor efetividade do processo, sendo essa interferência sempre ser controlada pelo princípio da fundamentação das decisões e do devido processo legal substantivo.

No ordenamento jurídico brasileiro há várias decisões de sua aplicação tanto na legislação, como na jurisprudência. No Código de Defesa do Consumidor que assegurou a possibilidade da inversão no ônus da prova, em benefício do consumidor (art. 6, VIII do Código de Defesa do Consumidor). No Código de Processo Civil mesmo não possuindo regra expressa em relação a tal acepção, embora uma parte da doutrina, fazendo interpretação extensiva dos arts. 5º, capítulo, da Constituição Federal de 1988 e artigo 125, I do Código Processo Civil, bem como em aplicação aos princípios da igualdade (sob o prisma de uma real paridade de armas das partes); da lealdade, boa-fé e veracidade (artigos 14, 16, 17,

18 e 125, III, Código Processo Civil); da solidariedade com o órgão judicial, onde as partes devem ajudar o magistrado pela busca da verdade dos fatos (artigos. 339, 340, 342, 345, 355, Código Processo Civil); princípio do devido processo legal (artigo 5º, XIV, Constituição Federal); princípio do acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, Constituição Federal), que abona o alcance de tutela jurisdicional justa e efetiva, extraia a plena aplicabilidade da teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova.

Saliente-se ainda que, hodiernamente, tramita projeto de lei no Congresso Nacional, que conforme previsão em seu artigo 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório.

O intuito na nova norma é evitar que a isonomia material seja colocada em prática de forma a privilegiar apenas algumas situações. O que na realidade se quer é universalizar uma regra que, hoje, no ordenamento jurídico vigente, é casuísta.

Os tribunais nacionais não ficaram alheios a essa discussão, no sentido de formar o entendimento de julgados em relação a aplicabilidade da distribuição dinâmica da prova, flexibilizando, assim, a regra estática do artigo 333 do Código Processo Civil:

RESPONSABILIDADE CIVIL. MEDICO. CLINICA. CULPA. PROVA. 1. NÃO VIOLA REGRA SOBRE A PROVA O ACORDÃO QUE, ALEM DE ACEITAR IMPLICITAMENTE O PRINCIPIO DA CARGA DINAMICA DA PROVA, EXAMINA O CONJUNTO PROBATORIO E CONCLUI PELA COMPROVAÇÃO DA CULPA DOS REUS. 2. LEGITIMIDADE PASSIVA DA CLINICA, INICIALMENTE PROCURADA PELO PACIENTE. 3. JUNTADA DE TEXTOS CIENTIFICOS DETERMINADA DE OFICIO PELO JUIZ. REGULARIDADE. 4. RESPONSABILIZAÇÃO DA CLINICA E DO MEDICO QUE ATENDEU O PACIENTE SUBMETIDO A UMA OPERAÇÃO CIRURGICA DA QUAL RESULTOU A SECÇÃO DA MEDULA. 5. INEXISTENCIA DE OFENSA A LEI E DIVERGENCIA NÃO DEMONSTRADA. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (REsp 69309 / SC RECURSO ESPECIAL 1995/0033341-4 Relator(a) Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR (1102) Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 18/06/1996 Data da Publicação/Fonte DJ 26/08/1996 p. 29688 JBCC vol. 194 p. 55 LEXSTJ vol. 89 p. 155RSTJ vol. 87 p. 287)⁵⁸

Outra:

⁵⁸ JUSBRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**: 69309 SC 1995/0033341-4, Relator: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Data de Julgamento: 18/06/1996, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 26/08/1996 p. 29688 <http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=INEXISTENCIA+DE+OFENSA+A+LEI+E+DIVERGENCIA+N%C3%83O+DEMONSTRADA> Acesso em: 05/02/2015

PROCESSO CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - REGULARIZAÇÃO PROCESSUAL - AUSÊNCIA DE INSTRUMENTO DE MANDADO - REVELIA - PRINCÍPIO DA CARGA DINÂMICA DA PROVA - DANO MORAL - PROVA - QUANTUM INDENIZATÓRIO - DANO MATERIAL EMERGENTE - DETERIORAÇÃO DO VEÍCULO - 1- Restando demonstrado nos autos que foi concedido prazo a ré para regularização processual, com a juntada do instrumento de mandado, e ela mantém-se inerte, deixando transcorrer *in albis* o prazo assinalado, configurada estará a revelia. 2- Por aplicação do princípio da carga dinâmica da prova, compete a ré fazer contraprova dos fatos alegados pela autora, mesmo porque de natureza negativa, porquanto relativa a ausência de prejuízo material sofrido. 3- O fato da apelada ter sido despojada de forma incorreta de seu meio de transporte, aquele que utilizava para condução dos filhos no traslado casa/trabalho/casa e demais tarefas do dia a dia, gera transtornos capazes de dar causa a indenização por danos morais. 4- O valor decorrente do abalo moral deverá ser fixado levando em conta, entre outros aspectos, a extensão do dano e a capacidade econômica das partes, não podendo ser arbitrado em montante ínfimo, pois assim não atingirá o objetivo, consistente em reparar o dano e servir de reprimenda para que o ofensor não volte a praticar tais atos. 5- Restando comprovado, através de documentos idôneos, a locação de veículo no período em que o automóvel da autora ficou indisponível para uso, sem que desse causa a tanto, cabível a indenização dos valores gastos a título de danos materiais emergentes. 6- Apelo parcialmente provido. (TJAP - AC 337907 - (12572) - Rel. Des. Gilberto Pinheiro - J. 26.02.2008 - p. 22)⁵⁹

Por essa nova visão de redistribuição do encargo probatório entre as partes não é mais um efeito de disciplinas específicas de direito material (como a do consumidor), mas sim o poder processual a ser aplicado em qualquer tipo de causa, regulada por qualquer que seja o procedimento jurisdicional.

Outro critério para a redistribuição do ônus passa a ser, pura e simplesmente, a busca pela isonomia material entre as partes, afastando-se critérios casuístas e até mesmo de difícil interpretação como verossimilhança das alegações ou hipossuficiência, hoje empregados no Código de Defesa do Consumidor.

3.6 FUNDAMENTOS DA TEORIA DAS CARGAS PROBATÓRIAS DINÂMICA

Os fundamentos da teoria das cargas probatórias dinâmicas residem no dever de participação ou colaboração dos litigantes com um processo justo, de lealdade, de probidade, de solidariedade e de boa-fé. Mencionada teoria mostra-se

⁵⁹ JUSBRASIL.Tribunal de Justiça AP - AC: 337907 **Apelação**, Relator: Desembargador GILBERTO PINHEIRO, Data de Julgamento: 26/02/2008, Câmara Única, Data de Publicação: DOE 4274, página (s) 22 de 20/06/2008) Disponível em:<http://tj-ap.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3651380/apelacao-civil-ac-337907> Acesso em 02/02/2015

com um novo conceito de distribuição do ônus da prova, mais flexível e dinâmico, onde, se amolda ao caso concreto segundo suas peculiaridades e do direito material discutido. Com isso busca-se o equilíbrio entres os litigantes, conforme critério de equidade na relação processual e o dever e das partes colaborar com a busca da verdade.

Inés Lépori White(2014, p. 21) afirma que são fundamentos da teoria das cargas probatórias dinâmicas: “a justiça, a atitude das partes no processo e a responsabilidade do juiz no processo⁶⁰”.

Portanto os fundamentos existentes para que se possa aplicar a teoria em comento é que se busque um processo justo, equilíbrio entre as partes para que se possa melhor esclarecer os fatos, probidade, boa-fé, dever de lealdade e o dever de cooperação entre partes e juiz.

O objetivo da teoria é fazer com que os litigantes participem efetivamente da produção das provas, exercendo um contraditório efetivo, não permanecendo inertes por razões de interesses privatísticos.

3.7 A DIFERENÇA ENTRE DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Inversão do ônus da prova não se confunde com distribuição dinâmica, mesmo tendo correlação entre ambos os casos em relação à alteração do encargo probatório.

O juiz, ao examinar o caso concreto entender não ser apropriado aplicar aquele fato o que a lei dispõe de forma estática, surge à teoria da carga dinâmica para dar uma maior efetividade ao processo. Será nesse momento que cada parte se sujeitará a apresentar a prova, para solucionar seu problema, desde que seja realmente possível e mais simples a esta. Com isso verifica-se que o processo tornou-se um instrumento flexível e, portanto, mais apropriado para a resolução dos litígios.

Por outro lado, a inversão do ônus da prova é a transferência do encargo probatório de uma parte à outra. Não há uma flexibilização, pois inverter é um meio

⁶⁰ PEYRANO, Jorge W (Dir.); WHITE, Inés Lépori (coord.). Cargas probatórias dinâmicas. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 21

rígido, que ocorre para casos já pré-estabelecidos na lei. Ficando o magistrado, alheio a uma análise própria, sendo apenas mero aplicador da norma.

Nas palavras de Carpes (2010, p. 117).

o termo 'inversão' consagra a transferência do esquema legal imóvel e estático, de um lado para o outro, restando mantido, portanto, o generalismo e abstracionismo legal. Altera-se apenas o sujeito no qual recairá o ônus da prova, preservando sua distribuição rigorosamente as mesmas qualidades que opunham sua adaptação à realidade do caso concreto.⁶¹

Nas relações de consumo, os consumidores por serem a parte mais frágil da relação fazem jus ao direito positivado no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 2013), qual seja: “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências⁶²”.

Nota-se que o magistrado somente terá que verificar se as alegações são verossímeis e a parte hipossuficiente, sendo a inversão um direito amparado pela lei, consagrando com isso a proteção da parte mais vulnerável o consumidor.

Já com relação ao âmbito trabalhista, Almeida (2009, p. 582) estabelece que “a prova das alegações incumbe a parte que as fizer, a Consolidação das Leis Trabalhistas não dispensa o trabalhador de produzir a prova de suas alegações, ao passo de que o art. 852-D da CLT também impede a adoção da inversão do ônus da prova em favor do trabalhador como regra⁶³”

Portanto, a distribuição dinâmica do ônus da prova é mais abrangente que a inversão do ônus da prova, por ser a distribuição dinâmica mais flexível e beneficiar qualquer uma das partes, independente da sua posição, processual, o que não ocorrerá em relação à inversão probatória que busca sempre resguardar a parte hipossuficiente, sendo a distribuição dinâmica a forma mais viável e capaz de melhores condições para as partes no processo.

⁶¹ CARPES, Artur Thompsen. **O ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 117.

⁶² BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Instituiu o **Código de Defesa do Consumidor**. Vade Mecum Saraiva. 15 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 497.

⁶³ ALMEIDA, Cléber Lúcio de. **Direito Processual do Trabalho**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.582

4 APLICAÇÃO DA TEORIA DAS CARGAS PROBATÓRIA DINÂMICAS AO PROCESSO DO TRABALHO

4.1 A ADEQUAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA AO PROCESSO DO TRABALHO

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

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 diferenciado⁶⁴” (MARINONI, 2009, p. 187).

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

É exatamente o que ocorre nas relações de emprego. Conforme estabelece Mauricio Delgado (2010, p. 599):

o empregador dispõe dos poderes de direção, de 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 empregados⁶⁵.

O poder empregatício, por isso, proporciona ao empregador a possibilidade de dirigir e ter sob sua tutela a prestação de serviços do empregado, o que, por conseguinte, lhe coloca numa posição mais favorável para demonstrar as condições e circunstâncias em que se desenvolve na 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

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.187

⁶⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010, p.599

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

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 (2009, p. 539):

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.⁶⁶

Nessa esteira de entendimento a repartição do encargo probatório no processo do trabalho deve considerar a maior disponibilidade dos meios de prova pelo empregador. Isto é possível 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 de pensamento, as regras estáticas contidas nos artigos 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e 333 do Código Processo Civil “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 fundamentais⁶⁷” Guilherme Feliciano (2008, p. 104).

Diante disso, o magistrado trabalhista defende que “no processo do trabalho, deve prevalecer à teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, a ser sempre racionalmente demonstrada em decisão fundamentada⁶⁸” (FELICIANO 2008, p. 112).

⁶⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.539.

⁶⁷ 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, jan./jun. 2008, p.104.

⁶⁸ 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, jan./jun. 2008, p.112.

Portanto, a repartição dinâmica do ônus probatório, amolda-se perfeitamente ao processo do trabalho, na medida em que proporciona a imposição do encargo probatório ao empregador quanto os seus poderes empregatícios (especialmente diretivo e fiscalizatório) onde lhe confere um maior acesso aos meios de prova.

Em outro pórtico, 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 delineamento de regras mais eficazes para a tutela dos direitos decorrentes da relação de trabalho.

A seguir uma decisão que adota a teoria a aplicação da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no âmbito do processo do trabalho:

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. TÉCNICA DE JULGAMENTO CONSENTIDA PELA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA. ATIVAÇÃO JUNTO AO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO. A despeito da natural disparidade de forças que existe entre empregado e empregador, na maioria dos feitos processados perante esta Justiça Especializada, a norma processual do trabalho que trata da distribuição do ônus da prova não contempla expressamente a possibilidade da inversão do ônus da prova. Embora haja sua positivação em outros diplomas processuais, assim não ocorre entre nós. Isso, no entanto, não a afasta do Direito Processual do Trabalho. E, assim, a Justiça do Trabalho não está impedida de se valer dessa técnica de julgamento, podendo utilizá-la sempre que a distribuição dinâmica do ônus da prova assim recomendar. Sua aplicação encontra sólido suporte doutrinário e jurisprudencial, pelo que seu uso é não só possível, mas também recomendável, como imperativa medida de justiça. (00235-2009-063-03-00-4 RO, 6ª T., TRT 3ª R., Rel.: Convocado Vitor Salino de Moura Eça, in DeJT 6/12/10, g.o.)⁶⁹

Através do supracitado entendimento jurisprudencial, percebe-se que a aplicação de teoria das cargas probatórias dinâmicas ao processo laboral é uma forma de melhor buscar uma resolução que espelhe o senso de justiça.

⁶⁹ JUSBRASIL. Tribunal Regional do Trabalho-3. **Recurso Ordinário** Processo Nº 235/2009-063-03-00.4 Complemento Vara do Trabalho de Ituiutaba Relator Juiz Convocado Vitor Salino de M.Eca Recorrente (s) Plantar S.A. - Planejamento Tecnica e Administração de Reflo <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/46414669/trt-3-03-12-2010-pg-214>> Acesso em: 04/02/2015

4.2 O ARTIGO 818 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

A normatização da regra geral de aplicação da distribuição do ônus da prova em matéria trabalhista conforme artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, a prova das alegações incumbe á parte que as fizer.

Segundo a dicção do referido dispositivo legal, cabe a cada parte o dever de fazer prova de suas alegações.

No que se pode observar, a norma laboral é dotada de limitação em sua eficácia, isso se partindo da premissa de que, no caso concreto, a prova tem o condão de atribuir se são verdadeiros os argumentos sustentados pelos litigantes e que nem sempre essa estará à disposição do trabalhador. Assim, outros instrumentos são colocados à disposição do magistrado, de forma secundária, com a finalidade de suprir essa carência do regramento específico.

Entretanto, a doutrina majoritária atualmente defende a aplicação subsidiária do artigo 333 do Código Processual Civil, segundo o qual incumbe ao autor de comprovar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu a dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor.

Em outra senda de pensamento, aduza-se que os seguidores desta corrente entendem que o enunciado contido no artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho não é suficiente para proporcionar uma solução a todas as demandas relativas ao ônus da prova, por ser apenas um enunciador de um princípio relativo à prova, segundo o qual quem alega um fato está com a incumbência de prová-lo.

Neste sentido, oportunos os ensinamentos de Silva Oliveira (2004, p. 685):

Pensamos, todavia, que a orientação legal do citado art. 818 é insuficiente para a solução de todas as controvérsias, mesmo porque se trata apenas de um princípio da prova, conhecido desde o Direito Romano, segundo o qual o ônus da prova incumbe a quem alega o fato. Faz-se necessária, por isso, a aplicação subsidiária do art. 333 do CPC⁷⁰.

Observando minuciosamente o supracitado entendimento doutrinário, percebe-se limpidamente que a dicção do artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho é insuficiente para a solução de todas as controvérsias, motivo pelo qual, deve-se aplicar o artigo 333 do Código de Processo Civil, isso subsidiariamente.

⁷⁰ SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **O ônus da prova e sua inversão no processo do trabalho**. Revista LTr. São Paulo, v. 68, n. 6, jun. 2004, p.685.

4.3 AS LACUNAS ONTOLÓGICAS E AXIOLÓGICAS PREVISTAS NA CLT E A INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA DO SEU ARTIGO 769

As Lacunas podem ser definidas segundo Paulo Nader (2009, p. 341) “como sendo a ausência de lei que permita resolver uma situação da vida social que reclama uma solução jurídica, ou como sendo a ausência de lei para um caso concreto⁷¹”, ou seja, existe a lacuna quando um fato não foi contemplado como pressuposto de uma norma, ou, havendo a norma falta uma hipótese típica dentro da qual o fato se inclua com o correspondente existencial concreto.

A Consolidação das Leis Trabalhistas datada de 01 de maio de 1943 surgiu para satisfazer os anseios sociais da época. Sendo uma das suas principais garantias, a possibilidade das lides entre patrões e empregados serem mais céleres, menos custosas e menos burocrática do que o processo comum.

Em um primeiro momento o artigo 769 em sua redação “permite a aplicação subsidiária do direito processual comum em casos de omissão legislativa e desde que seja compatível com as normas processuais trabalhistas”, evitando que a legislação comum fosse aplicada ao processo laboral retirando a sua razão de existir.

Mais no decorrer do tempo o Código de Processo Civil passou por varias fases reformistas e com as novas reformas o que antes não se adequava ao processo trabalhista, hoje com o surgimento do processo sincrético torna-se de aplicabilidade mais benéfica, com regras procedimentais mais céleres do que as encontradas no texto consolidado.

Em outro pórtico vive-se sob uma nova ordem constitucional, que tem como fundamento a garantia à justiça. E mais, uma ordem constitucional que garante a todo e qualquer cidadão a razoável duração do processo.

Por outro lado surge a necessidade de uma interpretação evolutiva do artigo 769 da Consolidação das Leis Trabalhistas para que seja possível a heterointegração dos dois subsistemas (processo civil e trabalhista), não somente quanto às hipóteses de lacunas normativas (tradicionais), mas também quando a norma processual trabalhista apresentar manifesto envelhecimento (lacunas

⁷¹ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.341.

ontológicas) que, na prática, impede ou dificulta a prestação jurisdicional justa (lacunas axiológicas) e efetiva deste processo especializado.

Como bem sublinha Luciano Athayde Chaves (2006, p. 28-29):

Precisamos avançar na teoria das lacunas do direito (quer sejam estas de natureza normativa, axiológica ou ontológica), a fim de reconhecer como incompleto o microssistema processual trabalhista (ou qualquer outro) quando - ainda que disponha de regramento sobre determinado instituto - este não apresenta fôlego para o enfrentamento das demandas contemporâneas, carecendo da supletividade de outros sistemas que apresentem institutos mais modernos e eficientes⁷².

Precisa-se buscar uma maneira de preencher as lacunas existentes no ordenamento jurídico tanto laboral, quanto no comum e a heterointegração é uma forma de solucionar essa problemática, não apenas diante das lacunas normativas, mas sempre que a norma não mais corresponder aos fatos sociais, de uma determinada época em virtude da sua incompatibilidade com o desenvolvimento social, econômico e político ou se a norma existente e a sua aplicabilidade ao caso o tornar, manifestadamente, injusto.

Segundo o doutrinador Carlos Henrique(2012, p. 104):

Ancorado-nos nas doutrinas supracitada, podemos dizer que a regra inscrita no art. 769 da CLT apresenta duas espécies de lacunas quando comparada com o novo processo sincrético inaugurado com as recentes reformas introduzidas na Lei n. 11.232/2005, a saber: a lacuna ontológica e a lacuna axiológica.⁷³

Portanto, para preencher as lacunas ontológicas e axiológicas do texto consolidado do artigo. 769 da CLT se faz necessária uma nova interpretação que propicie a seu conteúdo um novo sentido, devido ao peso dos princípios constitucionais do acesso efetivo à justiça que determinam a utilização dos meios necessários para abreviar a duração do processo, com isso a heterointegração do sistema é aplicável mediante o diálogo das fontes normativas buscando uma jurisdição justa e tempestiva, sempre pautada nos princípios constitucionais.

⁷² CHAVES, Luciano Athayde. **A recente reforma no processo comum: reflexos no direito judiciário do trabalho**. São Paulo: LTr, 2006, p. 28-29

⁷³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2012, p.104.

4.4 O 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 artigos 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e 333 do Código Processo Civil, como bem observa João Humberto Cesário (2010, p. 46):

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 trabalhista⁷⁴.

O princípio da aptidão para a prova, “determina que deve produzir a prova não quem detenha o ônus processual (art. 818, da Consolidação das Leis do Trabalho ou 333, do Código Processo Civil), mas sim quem detenha melhores condições materiais ou técnicas para produzir a prova em juízo⁷⁵”, Mauro Schiavi (2011, p. 573)

O Ministro Carlos Alberto Reis de Paula (2010, p. 120) 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.⁷⁶

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

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.⁷⁷

⁷⁴ CESÁRIO, João Humberto. **Provas e recursos no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010, p.46.

⁷⁵ SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011, p.573.

⁷⁶ PAULA, Carlos Alberto Reis de. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010, p.120.

⁷⁷ *Ibidem*. p. 122-123

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 afirmações⁷⁸”, Santos (2009, p. 611)

O princípio em exame é resultado de uma construção jurisprudencial sedimentada, 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 redundava na ideia da distribuição dinâmica do ônus 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. (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).⁷⁹

Outra:

REMUNERAÇÃO DA RECLAMANTE - PRINCÍPIO DA APTIDÃO DA PROVA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA- Para melhor proteger o trabalhador, vige hoje no Direito do Trabalho o princípio da aptidão da prova, a significar que o onus *probandi* é de quem possui condições de cumpri-lo, em oposição à já conhecida regra geral inserida no art. 333, I, do CPC e no art. 818 da CLT. No presente caso, a reclamada furtou-se a juntar aos autos as faturas das vendas de veículos efetivadas pela reclamante, o que lhe possibilitaria comprovar os valores das comissões referentes aos negócios concluídos pela reclamante. Neste diapasão, não tendo a reclamada se desincumbido do ônus que lhe competia, é de se considerar a prova testemunhal para definir o valor da remuneração da autora. ((TRT-16 218200900316002 MA 00218-2009-003-16-00-2, Relator: JAMES MAGNO ARAÚJO FARIAS, Data de Julgamento: 16/11/2010, Data de Publicação: 19/11/2010)⁸⁰

⁷⁸ 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.

⁷⁹ JUSBRASIL. Tribunal Regional do Trabalho-15 - Recurso Ordinário: 10097 SP 010097/2011, Relator: FRANCISCO ALBERTO DA MOTTA PEIXOTO GIORDANI, Data de Publicação: 04/03/2011 <Disponível em: <http://trt-15.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18320012/recurso-ordinario-ro-10097-sp-010097-2011> > Acesso em: 14/02/2015.

⁸⁰ JUSBRASIL. Tribunal Regional do Trabalho-16 218200900316002 MA 00218-2009-003-16-00-2, Relator: James Magno Araújo farias, Data de Julgamento: 16/11/2010, Data de Publicação: 19/11/2010. Disponível em:< <http://trt-16.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17486460/218200900316002-ma-00218-2009-003-16-00-2> > Acesso em: 20/02/2015.

Observando detidamente os verbetes acima declinados, percebe-se que 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 maior facilidade na obtenção da prova e, com isso, autoriza a flexibilização das regras estáticas e aplicação da distribuição dinâmica.

Por isso, existe a necessidade de se flexibilizar o modelo estático do ônus da prova, ou seja, intensifica-se 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, o princípio da aptidão para a prova, norteia exatamente a ideia central da distribuição dinâmica, isto é, 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 ao 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.

4.5 UM ESTUDO ACERCA DA APLICABILIDADE DA TEORIA DAS CARGAS PROBATÓRIAS DINÂMICAS NAS AÇÕES QUE VERSAM SOBRE ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO.

O assédio moral é espécie da qual o dano moral é gênero e por este pode-se entender como o “prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima sendo sua atuação na esfera dos direitos da personalidade⁸¹” (VENOSA 2008, p. 41). O assédio moral apresenta algumas peculiaridades devido a sua forma de expressão, temporalidade e frequência.

⁸¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Responsabilidade Civil**. 8ª ed., 2ª reimpr., São Paulo: Atlas: 2008, p.41.

As pesquisas e trabalhos realizados acerca do fenômeno do assédio moral encontram base nos ramos da Sociologia e principalmente da Psicologia, portanto, os conceitos que seguem têm características que foram apontadas com embasamento nas citadas ciências.

Marie-France Hirigoyen (2006, p. 65), ao definir o assédio moral, aduz que:

Por assédio moral em um local de trabalho temos que entender toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se, sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade, ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho.⁸²

A supracitada doutrinadora ao justificar o emprego do termo “moral” em seu conceito, afirma que:

A escolha do termo moral implicou uma tomada de posição. Trata-se efetivamente de bem e de mal, do que se faz e do que não se faz e do que é considerável aceitável ou não em nossa sociedade. Não é possível estudar esse fenômeno sem levar em conta a perspectiva ética ou moral, portanto, o que sobra para as vítimas do assédio moral é o sentimento de terem sido maltratadas, desprezadas, humilhadas, rejeitadas (...).⁸³

Portanto, percebe-se que não é possível estudar o assédio moral sem levar em conta a perspectiva ética ou moral.

Margarida Barreto (2008), no I Seminário Internacional sobre o Assédio Moral apresentou o seguinte conceito:

O assédio moral pode ser definido como a exposição de trabalhadores a situações vexatórias, constrangedoras e humilhantes durante o exercício de sua função, de forma repetitiva e prolongada ao longo da jornada de trabalho. É uma atitude desumana, violenta e sem ética nas relações de trabalho, que afeta a dignidade, a identidade e viola os direitos fundamentais dos indivíduos. No Brasil, o termo ‘assédio moral’ veio na esteira do ‘assédio sexual’, até porque o verbo assediar tem, segundo o dicionário Aurélio, o significado bem específico de colocar o outro num cerco, não dar tregua e humilhar até quebrar a sua força, quebrar sua vontade.⁸⁴

⁸² HIRIGOYEN, Marie-Francie. **Assédio moral: a violência perversa do cotidiano**. Tradução Maria Helena Kuhner, 8ª ed., Rio de Janeiro; Bertrand Brasil, 2006, p.65.

⁸³ HIRIGOYEN, Marie-Francie. *Mal-estar no trabalho: Redefinindo o assédio moral*. Tradução por Rejane Janowitz, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. Original: *Malaise dans Le travail*

⁸⁴ Margarida Barreto, **I Seminário Internacional sobre o Assédio Moral**. Publicado em: 2008. (Disponível em <www.assediomoral.org>. Acesso em 15/01/2015)

Pode-se ainda conceituar assédio moral como sendo um comportamento abusivo, de caráter psicológico, que atenta contra a dignidade psíquica do indivíduo, de forma reiterada, trazendo por consequência a sensação de exclusão do ambiente e do convívio social.

Este conceito busca uma abrangência geral, podendo ser realizado em qualquer ambiente onde tenha um conjunto de pessoas, como, por exemplo, em escolas, comunidades eclesiais, corporações militares, entre outros, pois o assédio moral não é um "privilégio" da relação empregatícia,

Devido à subordinação do empregado em relação ao empregador, na relação laboral, este tema recebe tons mais contundentes, por conta da hipossuficiência de uma das partes (empregado), em decorrência da probabilidade de perder o seu posto de trabalho, o qual lhe proporciona meios necessários para a sua subsistência, fazendo com que muitas das vezes acabe submetendo-se aos mais terríveis caprichos e desatinos, não somente do seu empregador, mas até mesmo de seus colegas de trabalho.

Por isso mesmo, os autores que têm apreciado essa questão acabam sempre conceituando o fenômeno dentro do campo das relações de trabalho.

No mesmo entendimento, é o conceito elaborado por Sônia Aparecida Costa Mascaro Nascimento (2004, p.930), ao afirmar que:

assédio moral se caracteriza por ser uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada, e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de causar ofensa à personalidade, à dignidade ou à integridade psíquica, e que tenha por efeito excluir a posição do empregado no emprego ou deteriorar o ambiente de trabalho, durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções.⁸⁵

Para que seja caracterizado o assédio moral é necessário basicamente a existência de atos que surgem de forma explícita ou implícita, mas sempre se manifestando através de condutas abusivas e agressivas.

Os elementos indicadores de tal ação são: a) conduta abusiva e dolosa que possua um potencial lesivo que torne insuportável o ambiente de trabalho, sendo manifestadas através de comportamentos, palavras, atitudes com o intuito de ofender a personalidade e dignidade da vítima; b) Repetição prolongada, não

⁸⁵ NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaro. **Assédio moral no ambiente do trabalho** In: Revista LTr", São Paulo, v. 68, n. 08, ago. 2004, p.930.

podendo ser uma conduta que aconteça esporadicamente, mas sim, ser praticada com certa frequência; c) a consciência do agente sujeito ativo que tenha a intenção de causar um efeito danoso; d) natureza psicológica, ou seja, o assédio é visto como uma forma de terror, podendo ser praticado pelo empregador, como também pelos colegas; e) dano Psíquico, caracterizado pela alteração psicopatológica comprovada.

Graziella Ambrosio (2013, p. 108) afirma que doutrina e jurisprudência estão em consonância quanto aos elementos caracterizadores do assédio moral, e os elenca da seguinte maneira:

São eles: a) conduta abusiva e grave, como atitude vexatória, perversa, ofensiva ou discriminatória e, ainda, que seja grave na avaliação objetiva de um homem médio; b) repetição e prolongamento no tempo da conduta ilícita, constituindo-se em verdadeira perseguição, pois episódio esporádico não caracteriza o assédio moral; c) finalidade lesiva dos atos praticados, pois assédio moral pressupõe ato doloso do agente com a finalidade de exclusão da vítima do ambiente de trabalho; d) dano psíquico, permanente ou transitório, que ocorre quando a personalidade da vítima é alterada e seu equilíbrio emocional sofre perturbações; e e) nexos de causalidade: de haver nexos de causalidade entre o dano sofrido e a conduta do assediador.⁸⁶

No assédio moral a responsabilidade civil é subjetiva estando a vítima com a prova da culpa, isto é, da transgressão ao dever da conduta – o dolo –, da existência de uma relação de causalidade entre a ação ou omissão culposa do agente agressor e o dano experimentado – o nexo causal – e, por fim, o dano, decorrente do comportamento ou da atitude do agente.

A jurisprudência nacional tem firmado entendimento de que cabe ao autor provar os fatos por ele alegado:

ASSÉDIO MORAL. ÔNUS DA PROVA. A Autora trabalhou para o Réu no período compreendido entre 18.08.89 e 11.08.05 e ajuizou a ação sob o argumento de que sofrera assédio moral por parte de sua superior hierárquica (perseguição). A única testemunha ouvida, indicada pela própria Reclamante, sequer foi empregada do Réu, mas apenas aluna, e só disse ter visto tê-la visto nervosa e tendo dificuldade para ministrar aulas. Só falou da superiora, apontada como algoz na inicial e no recurso, para dizer que não a conheceu. Nesse diapasão, por constitutivo de seu direito (arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC), cabia à Autora a prova dos fatos narrados na peça de ingresso, hábeis a caracterizar a ofensa ao seu patrimônio ideal. Desse vencilho probatório não se desincumbiu, todavia. Para que um dano

⁸⁶ AMBROSIO, Graziella. **A distribuição do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p.108.

moral seja indenizável é indispensável a existência de ato ilícito por parte do empregador, que cause ao trabalhador abalo em seu patrimônio moral e lhe afete a vida privada, a imagem e a honra (nexo causal). O dano moral exsurge da gravidade do ilícito perpetrado, tendo em vista sua repercussão na esfera extrapatrimonial da vítima, impingindo-lhe dor, sofrimento, constrangimento, humilhação, menosprezo, baixa auto-estima etc. Trata-se de dano extraído de presunção decorrente da própria gravidade do fato em relação ao contexto vivenciado pela vítima, o que não se comprova através de testemunha que nada sabe sobre o relacionamento com a superiora hierárquica. (TRT-PR-00297-2006-673-09-00-7-ACO-34648-2007 - 1A. TURMA Relator: UBIRAJARA CARLOS MENDES Publicado no DJPR em 23-11-2007)⁸⁷

Importante ressaltar que nem sempre a prática do assédio moral é de fácil comprovação, porquanto, na maioria das vezes, ocorre de forma oculta, dissimulada, visando atormentar a autoestima da vítima e desestabilizá-la. Pode camuflar-se em uma “brincadeira” sobre o jeito de ser da vítima ou uma característica pessoal ou familiar, ou ainda, sob a forma de insinuações humilhantes acerca de situações compreendidas por todos, mas cuja sutileza torna impossível a defesa do assediado, sob pena de ser visto como paranoico ou destemperado.

Portanto, práticas discriminatórias são frequentes no mercado de trabalho brasileiro. Basta mencionar que negros, mulheres e homossexuais são desprezados muitas das vezes nas ascensões funcionais. Não sendo ainda incomum, que mulheres sofram assédio sexual como forma de pressão no trabalho.

Por outro lado, inúmeros trabalhadores são submetidos a vários tipos de condutas abusivas e reiterada de ofensa a seus direitos, direito estes como a intimidade, personalidade, entre outros, que ensejam segundo (PIERIN. 2011), “a sensação de exclusão do trabalhador do ambiente no qual ele está inserido” o que caracteriza o assédio moral no trabalho.

A prática do assédio moral ocorrido configuram fatos que constituí o direito do autor e, por isso, segundo as regras rígida normatizada nos artigos 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e 333, I do Código Processo Civil o ônus da prova incumbe ao trabalhador

⁸⁷ JUSBRASIL TRT-9 2972006673907 PR 297-2006-673-9-0-7, Relator: UBIRAJARA CARLOS MENDES, 1A. TURMA. Data de Publicação: 23/11/2007. Disponível em: < <http://trt-9.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18971709/2972006673907-pr-297-2006-673-9-0-7-trt-9>> Acessado em 10/02/2015

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

Diante deste contexto, o magistrado na análise do caso concreto, deve basear-se principalmente pelas provas indiretas como, por exemplo, presunções e até mesmo indícios, por meio da sua máxima experiência, pela razoabilidade e proporcionalidade da sua pretensão, pelos antecedentes da vítima e do acusado, pelas circunstância em que ocorreram os fatos, bem como a valoração a palavra da vítima.

Assevere-se ainda que, o magistrado mesmo diante da utilização de todos os meios acima declinados se não conseguir elucidar a questão, deve-se utilizar da aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas.

Assim, a distribuição dinâmica surge como solução para conferir o encargo probatório ao empregador, mediante a inversão do ônus da prova, cabendo ao novo onerado demonstrar a ausência do assédio moral. É o que propõe Elaine Vasconcelos (2005, p. 104):

[...] 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 discriminatória⁸⁸.

Observando sucintamente a supracitada passagem doutrinária, percebe-se que em casos discriminatórios no âmbito do direito trabalhista deve o juiz aplicar o artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, somado ao princípio protetivo, ou seja, determinando a inversão do ônus da prova, isto é revertendo ao empregador a obrigação processual de provar que não praticou ou não existe a conduta tida como discriminatória.

Idêntica solução é vislumbrada por Juliana Pierin (2011):

⁸⁸ 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, Acesso em:20/02/2015

Assim, transportando o princípio em apreço [aptidão para a prova] para o assédio moral, numa reclamação trabalhista, na qual o demandante se encontre 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.⁸⁹

Por outro lado, cabe ao juiz, valendo-se de sua persuasão racional e da presunção como meio de prova, auferir ou até mesmo presumir a existência da dor, sofrimento, angústia, aflição, desespero, vergonha, humilhação, o descrédito perante os colegas, e admitir a existência do dano, determinando a inversão do ônus da prova, deixando de lado as regras estáticas contidas nos artigos 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e 333 do Código de Processo Civil, impondo ao agressor o ônus de provar a inexistência de conduta assediante e da possibilidade da existência de nexo de causalidade; até porque diante do desequilíbrio entre empregado e empregador, perfeitamente justificável é a possibilidade de inversão do ônus da prova.

Nessa esteira de pensamento Graziella Ambrosio (2013, p. 116) pontifica:

Como já exposto em passagens anteriores, caso superados os meios de prova acima expostos, cumpre ao magistrado fixar o ônus da prova, quando, então, abre-se caminho para aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas. Em outras palavras, na apuração do fato lesivo, o magistrado deve observar os elementos indiciários, sua experiência vivencial, as circunstâncias do caso concreto e se, ainda assim, restarem dúvidas acerca da veracidade dos fatos articulados na ação, cabe ao juiz impor o ônus da prova ao empregador, ou seja, exigir que este demonstre que os fatos não ocorreram tal como narrados na petição inicial⁹⁰.

Sendo a teoria dinâmica das cargas probatórias uma forma pela qual o juiz possa recorrer para solucionar o caso concreto para que se tenha a solução de um processo mais justo a jurisprudência pátria se coaduna com tal pensamento:

ASSÉDIO MORAL - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - A verossimilhança da alegação de assédio moral e a dificuldade do reclamante em produzir prova devido à peculiaridade da condição de trabalho de marítimo

⁸⁹ PIERIN, Juliana Resun. **O assédio moral nas relações de trabalho e sua prova em juízo**. Publicado em: 2011. Disponível em:

http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/juliana_resun_pierin/juliana_resun_pierin_o_assedio_moral.pdf. Acesso em: 21/02/2015

⁹⁰ AMBROSIO, Graziella. **A distribuição do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p.116.

embarcado, atraem a inversão do ônus da prova, autorizada pelo artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, de aplicação subsidiária na hipótese, cabendo ao reclamado provar a inexistência do assédio moral. (TRT-17ª R. - RO 118000-28.2012.5.17.0005 - Rel. Des. Carlos Henrique Bezerra Leite - DJe 10.05.2013 - p. 344)⁹¹

Outra:

DANO MORAL-ASSÉDIO - COMPROVADA A CONFIGURAÇÃO DO DANO - CABÍVEL A INDENIZAÇÃO – O assédio moral se caracteriza pela conduta dirigida a um ou mais empregados, no intuito de exigir atribuições superiores à sua capacidade, com a prática de humilhações, perseguições, tornando insustentável o ambiente de trabalho e deixando os empregados desestabilizados psicologicamente. Da análise do conjunto probatório dos autos verifica-se a veracidade dos fatos alegados na exordial, especificamente quanto à forma desrespeitosa e humilhante com a qual a autora era tratada por seu superior hierárquico em seu ambiente de trabalho, sendo submetida a situações de constrangimentos e humilhações, motivo pelo qual deve ser acolhido o pedido de indenização por danos morais. REMUNERAÇÃO DA RECLAMANTE - PRINCÍPIO DA APTIDÃO DA PROVA -INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA- Para melhor proteger o trabalhador, vige hoje no Direito do Trabalho o princípio da aptidão da prova, a significar que o onus *probandi* é de quem possui condições de cumpri-lo, em oposição à já conhecida regra geral inserida no art. 333, I, do CPC e no art. 818 da CLT. No presente caso, a reclamada furtou-se a juntar aos autos as faturas das vendas de veículos efetivadas pela reclamante, o que lhe possibilitaria comprovar os valores das comissões referentes aos negócios concluídos pela reclamante. Neste diapasão, não tendo a reclamada se desincumbido do ônus que lhe competia, é de se considerar aprova testemunhal para definir o valor da remuneração da autora. (TRT-16ª R. - RO 134300-30.2010.5.16.0016 - Rel. Des. James Magno Araújo Farias - DJe 23.05.2013 - p. 10)⁹²

Dessa forma, a repartição dinâmica do ônus probatório, mais uma vez, se alinha à ordem constitucional, onde é garantido a todos de forma equitativa, o que pressupõe, para além da igualdade formal, tratamento diferenciado buscando adequar a lei a necessidades e peculiaridades de cada um, na medida em que atende o princípio constitucional da isonomia, propiciando o reequilíbrio da relação processual e a efetiva paridade de armas.

⁹¹ JUSBRASIL. Tribunal Regional do Trabalho- 17ª Região - 0118000-28.2012.5.17.0005 **Recurso Ordinário** Recorrente: NILTON BERNARDO SCOFIELD Recorrido: CEPEMAR - SERVICOS DE CONSULTORIA EM MEIO AMBIENTE LTDA Origem: 5ª VARA DO TRABALHO DE VITÓRIA – ES Relator: DESEMBARGADOR CARLOS HENRIQUE BEZERRA LEITE

<<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/54138389/trt-17-09-05-2013-pg-344> > Acesso em:07/02/2015

⁹² JUSBRASIL. TRT-16ª R. - RO 134300-30.2010.5.16.0016 - Rel. Des. James Magno Araújo Farias - DJe 23.05.2013 - p. 10 Disponível em:< <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/53604689/trt-16-25-04-2013-pg-10>>

4.6 A PROVA DO ASSÉDIO MORAL E O DANO

Para efeito de responsabilidade civil e efetiva reparação do dano moral, a celeuma será instaurada em torno da prova do assédio moral e efetivo dano ao empregado, tendo em vista que a agressão proveniente do assédio moral é oculta e atinge a esfera íntima e subjetiva da vítima, ou seja, “atinge a personalidade e a dignidade do empregado; não se mostra visível como uma chaga ou uma lesão física e concreta no corpo da pessoa, pois, a lesão se dá pela dor moral⁹³” (CASTELO, 2002, p.55), somente despertando a consciência do empregado quando os efeitos maléficos já estão instalados.

Para a representação do dano moral, é imprescindível a prova dos fatos que dão causa ao dano, entretanto, faz-se necessário a prova da dor, sofrimento e perturbação interior causada pela conduta ilícita e devido a maneira como tal conduta assediadora ocorre, ou seja, sem pessoas por perto, de forma clandestina, oculta, não tem como o assediado (trabalhador) comprovar os fatos ocorridos. A doutrina admite a aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas, alterando o encargo probatório a parte que se encontra em melhores condições de produzir a prova nesse caso o empregador.

Acerca da teoria dinâmica, pondera Juliana Resun Pierin (2011):

O A teoria da distribuição dinâmica leva em consideração as peculiaridades do caso concreto e tem como objetivo, proporcionar uma distribuição móvel do *onus probandi*. Sob esta perspectiva, o encargo não deve ser repartido previamente, mas causuisticamente. A distribuição da prova, sob este aspecto, não leva em consideração a natureza do fato probando (se constitutivo, modificativo ou extintivo do direito) e sim o fato de atribuir-se a produção da prova a quem melhor tenha condições de produzi-la⁹⁴.

Em relação o exposto acima, estudiosos deste tema concorda que o assédio moral não deve se sujeitar à regra geral em matéria de prova, ou seja, propõe-se relativizar a orientação legal, em relação ao ônus probatório, daquele que deduz a pretensão

⁹³ CASTELO, Jorge Pinheiro. **A prova do dano moral trabalhista**. Revista do Advogado, a XXII, n. 66, jun. 2002, p. 55.

⁹⁴ 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: 21/02/2015.

O assédio moral é uma violação invisível, e o dano moral proveniente do assédio moral, como bem coloca Jorge Pinheiro Castelo (2002, p. 43), “não é algo passível de ser objetivamente demonstrado, já que estamos tratando de fenômenos relacionados às vivências do indivíduo. Mas, nem por isso, deixa de produzir efeitos concretos⁹⁵”

De fatos, fato não se pode ignorar os prejuízos concretos e externos na vida da vítima, pois reflete no pessoal, social, familiar e profissional, cujo sofrimento moral provoca reações orgânicas e psíquicas, como por exemplo, stress, ansiedade, depressão, distúrbios do sono e alimentar, medo, angústia, etc.; cujos efeitos concretos podem ser aferidos ou apreciados através da prova indireta, como presunção, indícios e mesmo assim se esses elementos não forem suficientes para se provar o ocorrido, deve o juiz utilizar-se da teoria das cargas probatórias dinâmicas como forma de não deixar o causador dos danos impune e atribuir o encargo probatório a aquele que tenha as melhores condições de produzir as provas.

Então a prova do dano moral, inclusive no caso de assédio moral, não deve se sujeitar à disciplina geral em matéria de prova, no sentido de que o encargo probatório deve ser atribuído àquele que invoca a tutela jurisdicional e deduz a pretensão ressarcitória, sob alegação de ter sofrido dano moral, artigo 818 da Consolidação das Leis Trabalhistas e o artigo 333 do Código de Processo Civil, inciso I, ante a dificuldade de se exteriorizar o sofrimento íntimo, moral e interno.

4.7. REPARAÇÃO DO ASSÉDIO MORAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Considerando que o assédio moral atinge a esfera da dignidade humana do trabalhador e a personalidade moral, profissional, social, familiar, integridade física e psíquica do mesmo, enfim, dá origem ao denominado pelo direito italiano dano existencial, forçosamente concluímos que será impossível mensurar a intensidade do sofrimento psicológico e, conseqüentemente, estabelecer critérios matemáticos para a fixação da indenização.

A reparação dos danos morais causados ao indivíduo devido ao assédio moral ocorrido, no âmbito laboral, objetiva amenizar de forma pecuniária a dor

⁹⁵ CASTELO, Jorge Pinheiro. **A prova do dano moral trabalhista**. Revista do Advogado, a XXII, n. 66, jun. 2002, p. 43.

sofrida pela vítima pela violação dos seus direitos de personalidade devido à conduta ilícita ocasionada pelo agressor.

A ação praticada no assédio moral provoca na vítima danos físicos, morais e emocionais, incumbido ao causador da ação a passível reparação, pois os danos ocorridos ferem o patrimônio moral do indivíduo, e assim como qualquer outro dano, deve ser reparados.

Foi no Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região em Vitória-ES, que foi julgado o primeiro caso em que se conheceu que a violação a intimidade por meio do assédio moral na relação laboral enseja indenização por dano moral, com a seguinte ementa:

ASSÉDIO MORAL - CONTRATO DE INAÇÃO - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - A tortura psicológica, destinada a golpear a auto-estima do empregado, visando forçar sua demissão ou apressar sua dispensa através de métodos que resultem em sobrecarregar o empregado de tarefas inúteis, sonegar-lhe informações e fingir que não o vê, resultam em assédio moral, cujo efeito é o direito à indenização por dano moral, porque ultrapassa o âmbito profissional, eis que minam a saúde física e mental da vítima e corrói a sua auto-estima. No caso dos autos, o assédio foi além, porque a empresa transformou o contrato de atividade em contrato de inação, quebrando o caráter sinalagmático do contrato de trabalho, e por consequência, descumprindo a sua principal obrigação que é a de fornecer trabalho, fonte de dignidade do empregado." (TRT - 17ª Região - RO 1315.2000.00.17.00.1 - Ac. 2276/2001 - Rel. Juíza Sônia das Dores Dionízio - 20/08/02, na Revista LTr 66-10/1237).⁹⁶

Observando detidamente o verbete acima declinado, percebe-se que qualquer violação a intimidade do indivíduo, por meio de condutas agressivas ou mesmo vexatórias, com o objetivo de constranger a vítima, humilhá-la, fazendo-a se sentir inferior, reduzido a sua integridade física e emocional, resultam em assédio moral, cujo efeito é o direito à indenização por dano moral.

A Indenização por danos materiais também é admissível nos casos de assédio moral em que decorram prejuízos de ordem psicológica em gravidade tal que importem em gastos ao trabalhador, como remédios e tratamentos.

Nas ações que versão sobre assédio moral tanto pode cumular o dano moral quanto o dano material oriundos do mesmo fato, sendo esse entendimento já sedimentado na súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça.

⁹⁶ JUSBRASIL. TRT - 17ª Região - RO 1315.2000.00.17.00.1 - Ac. 2276/2001 - Rel. Juíza Sônia das Dores Dionízio - 20/08/02, na Revista LTr 66-10/1237Disponível em:<
<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/2519018/contrato-de-inacao>> Acessado em 10/02/2015

Outrossim, é de competência da justiça do trabalho, julgar as ações que versam sobre indenização por dano moral, desde que emanadas do vínculo empregatício tendo como sujeitos empregador/empregado, visto que a lesão nasce de uma relação de trabalho.

Entendimento este já pacificado por força da Emenda Constitucional nº 45/04 - art.114 VI da Constituição Federal e Súmula 392 do Tribunal Superior do Trabalho nos seguintes termos “A Justiça do Trabalho é competente para dirimir controvérsias referentes à indenização por dano moral, quando decorrente da relação de trabalho”.

Além do direito ao dano moral poderá a vítima rescindir o contrato de trabalho indiretamente em qualquer hipótese de terror psicológico, nos termos do art. 483, principalmente pelas alíneas *a*, *b*, *e* e *g*, da Consolidação das Leis do Trabalho, o pleito de que reste caracterizada a rescisão indireta do contrato de trabalho, com as consequências previstas pela legislação trabalhista: saldo de salário, aviso prévio, férias vencidas e proporcionais, o adicional de 1/3, os depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), a multa fundiária de 40%, a gratificação natalina, como se o contrato de trabalho tivesse sido extinto sem justa causa.

Ocorre também a possibilidade de anulação do ato de dispensa da vítima do assédio moral, gerando com isso o direito à reintegração ou indenização, fundada na garantia constitucional da não discriminação.

Portanto nas ações que versão sobre indenização onde o trabalhador pretende a condenação da empresa a título de indenização de danos morais, em virtude do assédio moral sofrido, compete a ele o encargo de demonstrar as condutas que atentaram contra a sua dignidade, ou seja, deve-se aplicar as regras estáticas do ônus da prova, e estas muitas das vezes tornam-se inúteis devido a grande dificuldade do trabalhador provar o assédio sofrido.

Já a aplicação da teoria dinâmica da prova torna-se de melhor aplicabilidade nas ações indenizatória por assédio moral, pelo fato do trabalhador se desonerar da difícil tarefa de provar o ocorrido, devido à maneira pela qual a ação do assédio acontece, ou seja, de forma camuflada, sem pessoas por perto, tornado-se de difícil comprovação para o trabalhador.

Portanto a teoria dinâmica probatória devido à natureza do fato a ser provado, fará a atribuição do encargo probatório à parte que se encontre em melhores condições de fazê-la, nesse caso o empregador.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prova tem grande importância para o processo, pois é através desta que o julgador vai formar a sua convicção quanto aos fatos discutidos na relação processual podendo proporcionar uma melhor prestação jurisdicional. A expressão “prova” tem vários significados e como isso exprime os meios de prova, o resultado da produção probatória, o ato de provar, ou seja, a atividade probatória.

Por outro lado, a prova tem por objeto as alegações em relação às controvérsias e aos fatos importantes da relação processual podendo admitir-se a prova do direito somente em caráter excepcional. O escopo da prova, por sua vez, incide em aproximar os fatos da relação processual, a verdade real de modo a formar o convencimento do juiz para alcançar a convicção necessária para a sua 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

A prova constitui um fator de grande importância para o deslinde do processo, com isso se reveste de igual valor o ônus da prova. Onde pode ser observado que ônus não se confunde com dever ou obrigação, pois o onerado em provar os fatos não pode ser obrigado a realizar o ônus, pois, a sua realização estabelece interesse próprio e não uma imposição. O ônus é uma deliberação da parte que atua conforme sua vontade, cuja sua inobservância a colocará em situação de desvantagem e o seu cumprimento, ensejará maior chance de obter um melhor desfecho processual.

Foi possível analisar o ônus da prova por seu aspecto subjetivo, sendo delineada a matéria fática que incumbe a cada litigante provar as suas alegações, e em seu aspecto objetivo, permitindo que o juiz forneça a prestação jurisdicional mesmo nos casos de insuficiência da atividade probatória.

Resolveu-se a problemática da deficiência probatória através da aplicação das regras de distribuição do ônus da prova, percebendo-se que as regras sobre o ônus da prova não estabelecem quem deve produzir determinada prova, mas definem quem deva suporta o risco pela sua não produção.

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.

Além disso, verificou-se que a ordem infraconstitucional consagra normas que respaldam a distribuição dinâmica: como o Código de Defesa do Consumidor e ainda existe tramitando no Congresso Nacional o Projeto de Lei 3015/2008 de alterar o Código de Processo Civil atual, adotando explicitamente a teoria das cargas probatórias dinâmica.

Constatou-se ainda o princípio da aptidão para a prova no processo laboral, o que evidencia mais um fundamento para a aplicação da distribuição dinâmica.

Diante dessas considerações, ressaltou-se a possibilidade de aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho, independentemente de previsão legal explícita, para assim atenuar modelo estático do ônus da prova, eis que tal ramo processual se depara, com situações de desigualdade probatória.

Por outro lado, 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.

Constatou-se que a alteração ou modificação do ônus da transferência do encargo probatório é admitida em nosso ordenamento jurídico, não apenas porque normatizado no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, apesar de ali não encontrar-se confinada, mas porque atende aos princípios norteadores do ordenamento jurídico, sobretudo, considerando que é por intermédio da transferência de ônus, da demonstração de determinadas situações de fato, que se mostra admissível a adequação da atividade probatória das partes em dificuldade nos meios a seu alcance, aos postulados da igualdade substancial e ao direito

fundamental à prova, mediante o acesso a um processo justo, observado o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Á partir dessa compreensão buscou-se fixar certos parâmetros de aplicação da distribuição dinâmica, concluindo-se por acertados os balizamentos propostos pela doutrina na qual a modificação do ônus da prova é parcial, não podendo ocorrer quando ambas as partes têm dificuldade probatória podendo também acarretar surpresa às partes.

Diante do disposto foi possível analisar que a distribuição dinâmica do ônus da prova é uma forma de melhor regular o encargo probatório nas ações trabalhistas, revelando-se aplicável em matérias referentes à relação de trabalho, mais precisamente com relação às ações que versem sobre assédio moral, sendo a aplicação da teoria dinâmica das cargas probatórias uma solução para as lides em que o empregado apresenta extrema dificuldade na produção da prova, sendo uma forma de impedir o desequilíbrio da relação processual, não deixando que o agressor saia impune e buscando a aplicação da teoria para o deslinde de um processo justo, respeitando acima de tudo os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Nas relações de trabalho, não são mais toleráveis condutas que atentem contra a dignidade da pessoa humana, o que está em jogo é a saúde psíquica do obreiro que tem somente sua força de trabalho para se inserir no mundo capitalista. Por isso, buscou-se os ditames de um processo justo e ideal, ressaltando a conduta do juiz da modernidade, defendeu-se ainda aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas quando o trabalhador se encontrar em real dificuldade em demonstrar a violação à sua integridade psíquica para que, assim, a justiça do trabalho possa cumprir com o mister para o qual foi criada.

Por fim a distribuição dinâmica do ônus da prova permitiu a superação da igualdade meramente formal para atingir-se a igualdade substancial entre as partes, pois se a prova se mostra muito difícil ou impossível a uma das partes segundo as regras rígidas do modelo clássico, a dinamização do encargo probatório permitirá o alcance de uma tutela jurisdicional justa e adequada.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cléber Lúcio de. **Direito Processual do Trabalho**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009

AMBROSIO, Graziella. **A distribuição do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013

ARAZI, Roland. **La carga probatoria**. Disponível em: <http://www.apdp.com.ar/archivo/teoprueba.htm>. Acesso em: 29/01/15.

ARRONE, Ricardo. **O Princípio do Livre Convencimento do Juiz**. 1ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1996.

_____. Ativismo Judicial e Ônus da Prova: **A teoria da distribuição dinâmica**, p. 9. Disponível no site http://www.mp.mt.gov.br/arquivos/impressao/RevistaJuridica_MT_artigo_12.pdf, acessado em 29/01/2015.

BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. **Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor**, Revista de Direito do Consumidor, nº 22 abril-junho, 1997. Ed.RT

BATISTA LOPES, João. **A prova no Direito Processual Civil**, 2ª ed, p. 51, Ed. RT, São Paulo, 2002

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: 15/02/15

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. In: Vade Mecum. 13. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 outubro de 1988. Vade Mecum Saraiva. 15 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Decreto-lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. Instituiu a **Consolidação das Leis do Trabalho**. Vade Mecum Saraiva. 15 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Instituiu o **Código de Processo Civil**. Vade Mecum Saraiva. 15 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Instituiu o **Código de Defesa do Consumidor**. Vade Mecum Saraiva. 15 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARPES, Artur Thompsen. **Prova e participação no processo civil: a dinamização dos ônus probatórios na perspectiva dos direitos fundamentais**. Porto Alegre, 2008: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito – Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em < <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/14251/000661231.pdf?sequence=1> >. Acessado em: 28 /01/2015.

CASTELO, Jorge Pinheiro. **A prova do dano moral trabalhista**. Revista do Advogado, a XXII, n. 66, jun. 2002.

_____. Artur Thompsen. **O ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010

CENTHURRAZ, Fhuad. **Manual do Advogado Iniciante** - Editora Pinni ano 2007,

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

ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoria General de La Prueba Judicial**. v. 1. 6ª ed. [S.l.]: Zavalía, 1988. (nº 119 e seg.)

CHAVES, Luciano Athayde. **A recente reforma no processo comum: reflexos no direito judiciário do trabalho**. São Paulo: LTr, 2006, p. 28-29

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, **Teoria Geral do Processo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

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

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil: **teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 6ª Edição. Salvador, Bahia: Editora Podivm, 2011.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. v.1, 7.ed.. Salvador: JusPODIVM, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 13ª ed., 2009.

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, jan./jun. 2008,

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009

HIRIGOYEN, Marie-Francie. **Assédio moral: a violência perversa do cotidiano**. Tradução Maria Helena Kuhner, 8ª ed., Rio de Janeiro; Bertrand Brasil, 2006.

JUSBRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**: 204080 CE 1999/0014420-1, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 21/08/2001, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 01/10/2001 p. 255 JBC vol. 47 p. 145 Disponível em:<
<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7915928/recurso-especial-resp-204080-ce-1999-0014420-1-stj>> Acesso em: 22/01/2015

_____. Superior Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento**. AI: 578858 RS , Relator: Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-162 DIVULG 27-08-2009 PUBLIC 28-08-2009 EMENT VOL-02371-08 PP-01674 Disponível em:
<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5345767/agregno-agravo-de-instrumento-ai-578858-rs>> Acesso em: 22/01/2015

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais **Apelação Civil** 200000049036750001 MG 2.0000.00.490367-5/000(1), Relator: MAURÍCIO BARROS, Data de Julgamento: 25/01/2006, Data de Publicação: 10/03/2006) Disponível em:

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=JUIZ+DE+FORA+EMENTA+RESPONSABILIDADE+CIVIL>> Acesso em: 23/01/2015

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**: 569985 DF 2003/0130765-0, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 20/06/2006, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 20/09/2006 p. 202)
Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7142511/recurso-especial-resp-569985-df-2003-0130765-0>> Acesso em: 27/01/2015

_____. Tribunal de Justiça-Pe. **Apelação**: 2429903 PE , Relator: Roberto da Silva Maia, Data de Julgamento: 30/07/2013, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 07/08/2013 Disponível em: <<http://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/155288994/apelacao-apl-2429903-pe>> Acesso em: 28/01/2012

_____. Tribunal Regional do Trabalho-3 **Recurso Ordinário**: 01416201013903006 0001416-19.2010.5.03.0139, Relator: Convocado Vitor Salino de Moura Eca, Terceira Turma, Data de Publicação: 18/07/2011 15/07/2011. DEJT. Página 61. Boletim: Sim. Disponível em :<<http://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/124307054/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1416201013903006-0001416-1920105030139>> Acesso em: 29/01/2015

_____. Tribunal de Justiça RJ. **Agravo de Instrumento**: AI: 00015227220148190000 RJ 0001522-72.2014.8.19.0000, Relator: DES. CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 21/01/2014, VIGÉSIMA SEGUNDA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 21/02/2014 13:55)Disponível em: <http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116637081/agravo-de-instrumento-ai-15227220148190000-rj-0001522-7220148190000> > Acesso em: 03/02/2015

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**: 69309 SC 1995/0033341-4, Relator: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Data de Julgamento: 18/06/1996, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 26/08/1996 p. 29688
<http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=INEXISTENCIA+DE+OFENSA+A+LEI+E+DIVERGENCIA+N%C3%83O+DEMONSTRADA> Acesso em: 05/02/2015

_____. Tribunal de Justiça AP - AC: 337907 **Apelação**, Relator: Desembargador GILBERTO PINHEIRO, Data de Julgamento: 26/02/2008, Câmara Única, Data de Publicação: DOE 4274, página (s) 22 de 20/06/2008) Disponível em:<http://tj-ap.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3651380/apelacao-civel-ac-337907> Acesso em 02/02/2015

_____. Tribunal Regional do Trabalho-3. **Recurso Ordinário** Processo Nº 235/2009-063-03-00.4Complemento Vara do Trabalho de Ituiutaba Relator Juiz

Convocado Vitor Salino de M.Eca Recorrente (s) Plantar S.A. - Planejamento Técnica e Administração de Reflo
<<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/46414669/trt-3-03-12-2010-pg-214>> Acesso em: 04/02/2015

_____. Tribunal Regional do Trabalho- 17ª Região - 0118000-28.2012.5.17.0005
Recurso Ordinário Recorrente: NILTON BERNARDO SCOFIELD Recorrido: CEPEMAR - SERVICOS DE CONSULTORIA EM MEIO AMBIENTE LTDA Origem: 5ª VARA DO TRABALHO DE VITÓRIA – ES Relator: DESEMBARGADOR CARLOS HENRIQUE BEZERRA LEITE
<<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/54138389/trt-17-09-05-2013-pg-344> > Acesso em:07/02/2015

_____. Tribunal Regional do Trabalho-15 - Recurso Ordinário: 10097 SP 010097/2011, Relator: FRANCISCO ALBERTO DA MOTTA PEIXOTO GIORDANI, Data de Publicação: 04/03/2011 <Disponível em: <http://trt-15.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18320012/recurso-ordinario-ro-10097-sp-010097-2011> > Acesso em:14/02/2015

_____. Tribunal Regional do Trabalho-16 218200900316002 MA 00218-2009-003-16-00-2, Relator: James Magno Araújo farias, Data de Julgamento: 16/11/2010, Data de Publicação: 19/11/2010. Disponível em:< <http://trt-16.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17486460/218200900316002-ma-00218-2009-003-16-00-2> > Acesso em: 20/02/2015

_____. Tribunal de Justiça SC. 0 e Processo pela Internet, 10/09/2009 10:15. Relator: Edson Ubaldo. Julgamento: 03/11/2005. Órgão Julgador: Segunda Câmara de Direito Comercial. Publicação: Apelação Cível n. de Jaraguá do Sul. Disponível em: <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5385315/e-processos-pela-internet-10-09-2009-10-15>> Acesso em: 22/02/2015

KLIPPEL, Rodrigo. **O juiz e o ônus da prova no projeto de novo código de processo civil**. 2011. Disponível em <<http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/343%20a%20352.pdf> > Acesso em: 29/01/2015.

LACERDA, Galeno. O juiz e a justiça no Brasil. **O judiciário e a constituição**. São Paulo: Saraiva, 1994.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2012,

LIEBMAN, E. T.; **Manual de Direito Processual Civil**, vol.2, 2003,

MARGARIDA BARRETO, **I Seminário Internacional sobre o Assédio Moral** (Disponível em <www.assediomoral.org>. Acesso em 15/01/2015

MARINONI, Luiz Guilherme. **Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades de caso concreto**. Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br/artigos.php>. Acesso em: 26.01.2015

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. V, t. I, 2000.

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

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: RT, 2011. 3ª ed.

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

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro**, 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009

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

NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaro. **Assédio moral no ambiente do trabalho** In: Revista LTr", São Paulo, v. 68, n. 08, ago. 2004.

NERY JR. apud BARBOSA, p.8. BARBOSA, José Olindo Gil. **As provas ilícitas no processo brasileiro**. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/AS%20PROVAS%20IL%C3%84DCITAS.pdf>. Acesso em: 25/02/2015.

NERY JUNIOR E NERY, Nelson e Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado** 9ª ed. São Paulo: RT, 2003.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: direito material (arts. 1 a 54). São Paulo: Saraiva, 2000.

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

PEYRANO, Jorge W (Dir.); WHITE, Inés Lépori (coord.). Cargas probatórias dinâmicas. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2014.

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: 21/02/2015.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**, 3ª ed., Campinas, Livraria do Advogado, 1999,

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O Ônus da Prova no Processo Civil**. 2ª ed. [S.l.]: Almedina, 2000.(nº 5.5 e seg.)

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. 10. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2011.

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.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2010. Vol 2, Tomo I. 3ª ed..

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

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **O ônus da prova e sua inversão no processo do trabalho**. Revista LTr. São Paulo, v. 68, n. 6, jun. 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I, 39.ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

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, Acesso em:20/02/2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Responsabilidade Civil**. 8ª ed., 2ª reimpr., São Paulo: Atlas: 2008,

ZUFELATO, Camilo. **Novas tendências sobre o ônus da prova e o projeto de novo CPC** - parte II (conclusão). São Paulo, SP. Jornal Carta Forense, 2012. Disponível em < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/novas-tendencias-sobre-o-onus-da-prova-e-o-projeto-de-novo-cpc---parte-ii-conclusao/8276> >. Acesso em 23/02/2015.