

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

ANA EMÍLIA MOREIRA DE OLIVEIRA GADELHA

A APLICAÇÃO DA CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO
TRABALHISTA

SOUSA
2015

ANA EMÍLIA MOREIRA DE OLIVEIRA GADELHA

A APLICAÇÃO DA CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO
TRABALHISTA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Kaline Lima de Oliveira
Moreira.

SOUSA

2015

ANA EMÍLIA MOREIRA DE OLIVEIRA GADELHA

A APLICAÇÃO DA CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO
TRABALHISTA

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao curso de Direito do
Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da
Universidade Federal de Campina
Grande, como exigência parcial para a
obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Prof. Kaline Lima de Oliveira Moreira (Orientadora)
Universidade Federal de Campina Grande (UFCG)

(Examinador 1)

(Examinador 2)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela maravilha da vida, por ser o meu sustento diário e a fonte de todas minhas forças.

A minha mãe, Márcia, pela sua proteção maternal, por dividir comigo cada passo, sempre me impulsionando para saltos ainda maiores. É minha vida.

Ao meu pai, Antonio. Tenho em casa o meu maior exemplo de ser humano. Ofereço a ti esta e todas as vitórias que um dia alcançar.

Ao meu irmão, Isaac, por ser meu companheiro. Busco alcançar ao menos metade do que representa pra mim. Agradeço pelo incentivo, carinho e cuidado.

Aos meus avós maternos, vovô Isaac Moreira, que, mesmo não estando presente fisicamente, sei que olhas por mim todos os dias. À sua companheira, vovó Dilva, por toda sua fé em mim depositada e por toda a sua força, já que só transmite alegria, irradiando os corações de toda a família.

Aos meus avós paternos, Doutor Zé, mesmo não estando fisicamente entre nós, sei que está muito orgulhoso agora; e a vovó Zeneide, mulher de fibra e força, que sempre cuidou de todos nós.

A todos os meus familiares pelo incentivo, força e compreensão ao longo desta árdua e bela caminhada.

Ao meu namorado, Hugo, instigador da conquista que agora alcanço. Agradeço por compartilhar das minhas alegrias e dificuldades. Por muito mais do que eu poderia enumerar aqui, em especial pela atenção na conclusão deste trabalho. Seu apoio é fundamental.

À minha tia e orientadora, Kaline Lima, pelo carinho com que me recebeu como sua orientanda. Pela sábia contribuição para a consecução deste trabalho monográfico e pelo exemplo de profissional.

À secretária de minha casa, Escolástica, pelo zelo, carinho e dedicação com que cuida de mim.

Aos meus amigos do curso de Direito, Marília, Ana Eliza, Paloma, Carolina, Ana Laura, Samire e Renata, pelos bons e inesquecíveis momentos vivenciados. Pelo ânimo nos momentos difíceis, pelos abraços, pelas boas risadas e pelo companheirismo.

Às minhas amigas, Camila, Rayssa, Jéssica, Emili, Rayra, Tainá, e demais amigos pelo apoio de sempre, por fazerem a caminhada parecer menos árdua. Obrigada pela boa amizade, a torcida e o carinho.

Aos professores e funcionários da UFCG, pelo auxílio prestado e pela dedicação com que prestam seus trabalhos.

A todos que direta ou indiretamente contribuíram para que esse sonho fosse realizado.

“Seja o que você possa fazer, ou sonhe
fazer, comece. A ousadia envolve talento,
poder e magia.”

(Goethe)

RESUMO

Vislumbra-se que a regra probante no processo trabalhista não deve ser dotada de eficiência limitada, especialmente por força do direito material tutelado, de modo que se faz necessário uma distribuição dinâmica do ônus probatório, de acordo com as particularidades do caso concreto. Nessa ordem de ideias, o presente trabalho tem como propósito estudar a distribuição do encargo probatório no direito processual trabalhista de forma dinâmica, de modo que cada parte possa suportar tal ônus conforme suas condições. Para tanto, investigou-se os aspectos gerais que envolvem o ônus da prova, o real conceito do instituto, examinando seu objeto e finalidade. Ainda, inquiriu-se sobre os aspectos objetivo e subjetivo da prova, o papel das regras de distribuição do ônus probatório e algumas teorias que tratam da temática. Após, abordou-se o atual tratamento legal conferido à matéria, sob o enfoque do artigo 333 do Código de Processo Civil e artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, conferindo as possíveis modalidades de inversão do ônus da prova. Em seguida, buscou-se analisar os principais fundamentos e princípios que embasam a aplicação da carga dinâmica do ônus da prova, com destaque para o direito fundamental à prova, além dos princípios da igualdade, proteção processual, lealdade, boa-fé, cooperação, aptidão para a prova, enfim, dos poderes instrutórios do juiz. Finalmente, diante da necessidade de flexibilização das regras tradicionais de distribuição probatória, pesquisou-se os critérios estabelecidos para aplicação da teoria dinâmica no processo trabalhista, exemplificando a dinamização através de entendimento sumulado pelo Tribunal Superior do Trabalho, contemplando, por último, a inserção legislativa da teoria dinâmica da prova no novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Ônus da Prova. Direito Processual do Trabalho. Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova.

ABSTRACT

Sees that the testing rule in the labor process should not be provided with limited efficiency, especially under the tutelage substantive law, so that a dynamic distribution of evidential burden is necessary, according to the particularities of the case. In this order of idea, the present work have wift purpose study the distribution of the evidentiary burden on labor procedural law dynamically, so that each part can withstand such a burden as their conditions. Therefore, we investigated the general aspects concerning the burden of proof, the actual concept of the institute, examining its object and purposes. Still, if asked about the objective and subjective aspects of the evidence, the role of distribution rules the burden of evidence and some theories that deal with the theme. After, we dealt with the current legal treatment given to the matter, under Article 333 of the focus of the Civil Procedure Code and Article 818 of the Consolidation of Labor Laws, giving the possible ways of reversing the burden of proof. Then, we tried to analyze the main foundations and principles that underlie the application of dynamic load of the burden of proof, especially the fundamental right to the test, in addition to the principles of equality, procedural protection, loyalty, good faith, cooperation, fitness for proof, finally, the instructive powers of the judge. Finally, given the need for flexibility of the traditional rules of evidentiary distribution, researched the criteria established for implementation of dynamic theory in the labor process, illustrating the dynamics through understanding docket by the Superior Labor Court, contemplating finally, the legislative insertion the dynamic theory of proof in the new Civil Procedure Code.

Keywords: Burden of Proof. Procedural Law of Labor. Distribution Dynamics of Burden of Proof.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 ÔNUS DA PROVA: ASPECTOS GERAIS	13
2.1 Conceito, objeto e finalidade da prova	13
2.1.1 Fases da atividade probatória	16
2.1.2 Sistema de valoração da prova	16
2.2 Ônus da prova. Ônus subjetivo e objetivo	17
2.3 Ônus da prova de fato negativo	19
2.4 Prova diabólica.....	20
2.5 Teorias sobre distribuição do ônus da prova.....	21
2.6 Apresentação da Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e sua aplicação em outros países.....	23
3 ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL E NO PROCESSO DO TRABALHO .	26
3.1 Regra geral alusiva ao ônus da prova no Código de Processo Civil	26
3.2 Ônus da prova na Consolidação das Leis do Trabalho e a subsidiariedade no artigo 333 do Código de Processo Civil	28
3.3 Inversão do ônus da prova. Inversão Judicial, Legal e Convencional do ônus da prova	30
4 FUNDAMENTOS E PRINCÍPIOS EMBASADORES PARA A APLICAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA	36
4.1 Direito fundamental à prova	36
4.2 Princípio da igualdade.....	38
4.3 Princípio da proteção processual	40
4.4 Princípio da lealdade processual e boa-fé.....	42
4.5 Poderes instrutórios do juiz e princípio da cooperação	43
4.6 Princípio da aptidão para a prova.....	45
5 APLICAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO TRABALHISTA	47

5.1 Necessidade de adaptação da carga dinâmica ao Processo Trabalhista	47
5.2 Critérios para aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova no Processo Trabalhista	50
5.3 Exame de jurisprudência à luz da distribuição dinâmica do ônus da prova	54
5.4 Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no projeto do novo Código de Processo Civil	58
6 CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS	63

1 INTRODUÇÃO

Costuma-se dizer que a prova é o coração do processo, eis que aquilo que não é provado tem-se como inexistente para o mundo jurídico. A prova revela-se de extrema importância para o processo, em razão de sua capacidade de fornecer uma tutela jurisdicional efetiva, ao passo que sem a prova o processo esvazia-se em seu próprio fim.

Indubitável que a prova influencia no convencimento do julgador, razão porque não deve ser dotada de eficiência limitada, mas de acordo com a dinâmica do processo.

Em matéria trabalhista a regra geral para a distribuição do ônus da prova é disciplinada pelo artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, verificando-se, ante a literalidade do texto, carência no preceito.

Vislumbra-se, pois, a existência de lacuna ontológica e axiológica na norma, motivo pelo qual se defende a utilização, subsidiária, do artigo 333 do Código de Processo Civil, por força do artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho.

O dispositivo supracitado (artigo 333 do Código de Processo Civil) distribui o ônus da prova de forma prévia e abstrata, a partir da natureza dos fatos controvertidos, trata-se da chamada regra estática de distribuição do ônus da prova.

Ocorre que a mencionada regra ainda é insuficiente, diante do que realmente acontece no campo da relação jurídica material, vez que muitas vezes o ônus probante poderá recair à parte que não tem condições de se desvencilhar do encargo, o que pode acarretar decisões judiciais injustas.

No plano do direito processual do trabalho a questão ainda é mais delicada, considerando que, não raro, o obreiro, a quem cabe o ônus da prova, não detém as condições necessárias à comprovação da veracidade de suas alegações, enquanto que o empregador, por sua vez, poderia perfeitamente dispor das condições necessárias à produção da prova, sendo que a este não é atribuído tal encargo.

Destarte, destaca-se a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, que permite ao magistrado, considerando as especificidades do caso concreto, distribuir o encargo probatório de acordo com quem dispuser de melhores condições de produzir a prova.

O presente trabalho, por conseguinte, pretende estudar a aplicação da carga dinâmica do ônus da prova no direito processual do trabalho, eis que nesta seara tal instituto apresenta características peculiares em suas relações jurídicas processuais, decorrentes da própria relação jurídica material.

A inclinação do tema pautou-se na frequência de situações sob esse aspecto, considerando o dia a dia da prática trabalhista, restando aos nossos Tribunais Pátrios à discussão sobre o assunto em seus julgados.

Na busca de sistematizar a pesquisa, o trabalho foi estruturado em quatro capítulos. O primeiro capítulo dedica-se a um breve estudo acerca da prova e à análise dos aspectos gerais do ônus da prova, apontando seu conceito, estrutura funcional e função no processo, aspectos estes que servirão de base para o desenvolvimento da pesquisa. Além disso, apresenta a teoria de distribuição dinâmica do ônus da prova.

No segundo capítulo será estudado o tratamento conferido ao ônus da prova no direito processual comum, notadamente o artigo 333 do Código de Processo Civil e, posteriormente, no direito processual do trabalho. De modo que será analisado o artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e a aplicação subsidiária do dispositivo processual civil. Nesta oportunidade, serão elucidadas as modalidades de inversão do ônus da prova.

O terceiro capítulo concentra-se na abordagem dos princípios e fundamentos que embasam a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no direito processual trabalhista.

Por último, no quarto capítulo, objetiva-se abordar, especificamente, a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo trabalhista. Busca-se demonstrar a necessidade de adequação da carga dinâmica ao processo do trabalho, tendo em conta suas particularidades. Evidencia-se, ainda, a consagração da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no projeto do Novo Código de Processo Civil, observando-se que a contemplação da referida teoria pode contribuir, ainda que de forma subsidiária, para a distribuição probatória no direito processual trabalhista.

O trabalho monográfico será desenvolvido com base nos seguintes métodos: o de abordagem será o raciocínio dedutivo; o método de procedimento será o histórico, bibliográfico, comparativo e hermenêutico; e a técnica de pesquisa se fará através da documentação direta e indireta.

O método dedutivo, de base racionalista, pressupõe que apenas a razão poderá conduzir ao conhecimento verdadeiro. Assim, partindo de princípios reconhecidos como verdadeiros e inquestionáveis (premissa maior), pretende-se estabelecer relações com uma posição particular (premissa menor) para, a partir do raciocínio lógico, chegar à verdade daquilo que se propõe (conclusão). Como se verifica, esse método fundamenta-se no silogismo, ou seja, parte-se de uma premissa maior, passando por outra menor, para se chegar a uma conclusão particular.

Já os métodos de procedimento constituem etapas mais concretas da pesquisa, explicando objetos menos abstratos. Pretende-se, com tal método, um trabalho ordenado e completo sobre o tema específico, com interpretações bastante fundamentadas, levando-se em conta a bibliografia textual.

Quanto às técnicas de pesquisa, utilizar-se-á a fonte direta e indireta. De maneira especial buscará as fontes primárias (Constituição Federal e Leis Processuais Ordinárias) para uma melhor interpretação da doutrina, jurisprudência, artigos jurídicos ou quaisquer outros documentos que discorram sobre o tema.

Enfim, almeja-se com o presente estudo contribuir para uma maior compreensão do tema proposto, numa análise criteriosa acerca do desenvolvimento da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no campo do Direito Processual do Trabalho.

2 ÔNUS DA PROVA: ASPECTOS GERAIS

Será abordada, de início, a conceituação da palavra *prova* e o significado que possui para o processo, bem como seu objeto, finalidade e demais aspectos inerentes ao tema. Projetar-se-á um esboço geral do estudo jurídico do ônus da prova, analisando-se sua estrutura funcional e temas relacionados, recorrentes ao longo de todo o trabalho, perpassando pelas teorias existentes em relação ao tema, com o intuito de tornar luzentes os entendimentos expostos ao longo desta monografia. Trabalhar-se-á o direito comparado fazendo alusão às legislações da Argentina, Espanha, Uruguai e Alemanha, quanto à aplicação da teoria, objeto deste estudo.

2.1 CONCEITO, OBJETO E FINALIDADE DA PROVA

Prova, palavra originária do vocábulo latim *probatio*, assume diferentes significações, que correspondem à prova, razão, argumento, verificação, confirmação, aprovação. É emanada do verbo *probare*, que se refere a provar, examinar, demonstrar, verificar, persuadir. O termo possui várias acepções, comuns e jurídicas, sendo estas as que nos interessam.

O Código de Processo Civil não conceitua a prova, tão somente assevera em seu artigo 332: “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.”.

Desse modo, o Código de Processo Civil admite todo meio moralmente legítimo de prova, além dos meios legais já especificados na legislação. À vista disso, percebe-se a extensão probatória consagrada no regulamento processual, na tentativa de garantir o acesso à Justiça.

Num conceito jurídico-processual, a *prova* refere-se ao instrumento por meio do qual se demonstra a veracidade das alegações suscitadas pela parte no curso do processo e através do qual se forma a convicção do juiz, acerca da (quase certeza) existência ou inexistência do direito em disputa no processo, determinando a

procedência ou improcedência do pedido. Neste sentido, afirma Cintra, Grinover e Dinamarco (2008, p. 371): “A prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo”.

Fala-se em “quase certeza”, em razão da impossibilidade de se chegar a uma verdade absoluta, em outras palavras, é impossível reproduzir os fatos de forma idêntica ao que realmente aconteceu, o máximo que se pode atingir é a verdade formal, isto é, aquela inferida conforme os elementos de prova constantes dos autos do processo, a verdade possível. Em sintonia com este esclarecimento, Montenegro Filho (2008. p. 332.), reforça que:

Ao contrário do que observamos no processo penal, que persegue a verdade real com condição para a procedência da ação ou dos pedidos, a doutrina processualística civil se contenta com a verdade formal, ou seja, com a demonstração fática transposta para o processo, sem a exigência de que seja absoluta.

Demais disso, a atual concepção processualística civil, segue com a teoria de que a finalidade da prova não é pura e simplesmente uma reconstrução fática, objetiva-se projetar um corpo probatório que dê embasamento bastante ao magistrado para que forme sua convicção. Por conseguinte, a finalidade da prova nada mais é do que o convencimento do juiz e das próprias partes do processo a respeito da veracidade das alegações nas quais se funda a ação. Corroboram Didier Jr, Braga e Oliveira (2014, p. 72-73):

[...] o objetivo da prova judicial é dar ao juiz suporte suficiente para que possa convencer-se dos fatos discutidos no processo, proferindo a sua decisão a partir da crença de tê-la alcançado. [...] Com efeito, além de ter por objetivo convencer o juiz acerca das alegações de fato sobre as quais se desenvolve a atividade probatória, a prova também tem por finalidade permitir que as próprias partes se convençam (i) de que efetivamente são titulares das situações jurídicas que, em princípio, pensam ter e (ii) da demonstrabilidade em juízo das alegações de fato subjacentes a tais situações jurídicas.

Considerando que a prova tem por finalidade permitir ao juízo formar o seu convencimento, é ao juiz que se destina a prova produzida.

O termo prova é usado, ainda, nas seguintes acepções: como ato de provar, isto é, produção da prova; às vezes, como meio de prova, ou seja, técnicas ou atividades pelas quais se possa trazer aos autos os dados probatórios, encaixa-se

nesse sentido, a prova documental, prova testemunhal, prova pericial, etc. e, por último, como o resultado dos elementos de prova desenvolvidos com objetivo de convencer o juiz.

Ao falar no seu sentido objetivo, entende-se a prova como a atividade probatória ou os meios desenvolvidos para demonstrar a veracidade dos fatos alegados. Por outro lado, num sentido subjetivo, traduz-se pelo resultado que se arquiteta no íntimo do julgador, após análise das provas produzidas no processo.

Diz-se que o objeto da prova (*themaprobandum*) constitui-se dos fatos da causa. Doutra banda, o modelo processual mais moderno não se filia a esta afirmação. Provar não objetiva à comprovação da ocorrência ou inoocorrência dos fatos alegados, mas, sim, a demonstração da veracidade das alegações formuladas pelas partes acerca desses fatos. Ao discorrer sobre o objeto da prova, confirma Câmara (2014, p. 434-435):

[...] a prova não tem por fim criar a certeza dos fatos, mas a convicção do juiz sobre tal certeza. Por esse motivo, prefiro afirmar que o objeto da prova é constituído pelas alegações das partes a respeito dos fatos. As alegações podem ou não coincidir com a verdade, e o que se quer com a produção da prova é exatamente convencer o juiz de que uma determinada alegação é verdadeira. Alegações sobre fatos, pois, e não os fatos propriamente constituem o objeto da prova.

A prova se volta para os fatos controvertidos, aqueles que perceberam interpretação diferente pelas partes. De acordo com Didier Jr., Braga e Oliveira (2014), o fato probando se define como aquele que é controvertido, relevante e determinado. Assim, para caracterizar o fato probando este tem de ser controvertido, do contrário, bastaria que o direito relativo fosse meramente aplicado; tem de ser relevante, posto que não interessa a prova de fatos que nada influenciam na resolução da causa; e tem de ser determinado, isto é, orientados no tempo e espaço, distinguindo-se dos demais.

De modo que não há que se produzir prova em relação aos fatos notórios, afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, admitidos como incontroversos no processo e em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade, nos termos do 334 do Código de Processo Civil.

A prova *prima facie*, também conhecida por prova por verossimilhança ou prova por aparência, é, justamente, o resultado de uma presunção judicial, que é

gerada a partir das máximas de experiência do juiz, tomando por base o que normalmente acontece.

2.1.1 Fases da atividade probatória

A atividade probatória (fase instrutória) apresenta quatro fases distintas, são elas: a) propositura, em que as partes revelam a intenção na produção da prova na petição inicial e contestação; b) admissão, ato pelo qual o juiz permite a produção de determinada prova, geralmente no curso da audiência preliminar; c) produção da prova, em regra na audiência de instrução e julgamento, em cujo momento a prova é colhida por intermédio dos meios de prova (oral ou em documentos); d) valoração da prova, em que o juiz, por ocasião da prolação da sentença, analisa as provas produzidas para formação de seu convencimento.

2.1.2 Sistema de valoração da prova

Quanto ao sistema de valoração da prova, o artigo 131 do Código de Processo Civil, além dos artigos 765 e 832 da Consolidação das Leis do Trabalho, prestigiaram o princípio da persuasão racional do magistrado, também conhecimento por princípio do livre convencimento ou livre convencimento motivado. Neste sistema, o magistrado tem liberdade para apreciar a prova, desde que motive seu convencimento, pautado em argumentos racionais.

Inobstante tal poder, o magistrado fica limitado aos fatos sobre os quais se estabelece a relação jurídica em questão, às provas reunidas no processo, além das regras legais sobre a apreciação de prova. Trata-se do emprego do brocardo *quod non est in acti non est in mundo* (o que não está nos autos não está no mundo), como bem coloca Câmara (2014).

Os princípios do contraditório e do duplo grau de jurisdição revelam-se como formas de controle da valoração da prova. Em todo caso, o sistema da persuasão racional é fundamental para que se alcance um efetivo acesso à justiça.

2.2 ÔNUS DA PROVA. ÔNUS SUBJETIVO E OBJETIVO

Inicialmente, cumpre esclarecer a ideia relativa ao ônus propriamente dito. Diferentemente do dever, o qual pode exigir-se o cumprimento, sujeitando a parte que não o cumpriu à determinada sanção, no ônus, o sujeito tem interesse em observá-lo, vez que o seu não cumprimento pode colocá-lo em situação de desvantagem. Ao discorrer sobre o assunto, Theodoro Júnior (1999, p. 423), diz que:

Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de se exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provas os fatos alegados e do qual depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo a máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente.

Sabe-se que não basta alegar a ocorrência do fato, mas sim, prová-la, com o fim de formar o convencimento do magistrado. Ônus da prova é o encargo atribuído à parte para ratificar as alegações de fato. A parte que não se desvencilhar do encargo terá de conviver com o insucesso da empreitada e arcar com a falta de prova, não sendo, porém, punida. Tal encargo pode ser aplicado pelo legislador, pelo juiz ou por convenção das partes.

O legislador tratou de fixar quem deve arcar com as consequências na ausência de provas, são as chamadas *regras sobre ônus da prova*, que também podem ser alteradas pelo magistrado ou por convenção das partes, em determinados casos.

Num aspecto subjetivo ou formal, referidas regras impõem a quem cabe o ônus de provar cada alegação de fato. Ocorre que nem sempre as provas produzidas são suficientes para atestar o que se pretende, e, ainda assim, o magistrado tem o dever de julgar, evitando o *non liquet*. É aí que mora o aspecto objetivo ou material do ônus da prova por meio do qual se chega à conclusão qual das partes suportará as consequências negativas sobrevindas de um fracasso da atividade probatória. Através das regras objetivas do ônus da prova, o órgão jurisdicional recebe as diretrizes de como julgar, diante da insuficiência de provas. Sobre o ônus subjetivo, Moreira (1988, p. 74-75), explica:

O desejo de obter a vitória cria para a litigante a necessidade, antes de mais nada, de pesar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão, e de esforçar-se, depois, para que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa. Fala-se, ao propósito, de ônus da prova, num primeiro sentido (*ônus subjetivo ou formal*).

São bastante conhecidas as palavras de Moreira (1988, p. 74-75), em relação ao ônus objetivo quando afirma:

A circunstância de que, ainda assim, o litígio deva ser decidido torna imperioso que alguma das partes suporte o risco inerente ao mau êxito da prova. Cuida então a lei, em geral, de proceder a uma distribuição de risco: traça critérios destinados a indicar, conforme o caso, qual dos litigantes terá de suportá-los, arcando com as consequências desfavoráveis de não se haver provado o fato que lhe aproveitava. Aqui também se alude ao ônus da prova, mas num segundo sentido (*ônus objetivo ou material*).

Em suas lições acerca do assunto, Moreira (1988, p. 61), sintetiza:

O valor normativo das disposições pertinentes à distribuição do *ônus probandi* assume real importância na ausência de prova: em semelhante hipótese é que o juiz há de indagar a qual dos litigantes competia o ônus, para imputar-lhe as consequências desfavoráveis da lacuna existente no material probatório.

Ressalte-se a importância da perspectiva subjetiva do ônus da prova, vez que proporciona um julgamento pautado em provas efetivamente produzidas nos autos do processo. Aliás, neste sentido, assevera Baldini (2013, p. 134):

[...] o magistrado deve buscar, na maioria dos casos, julgar de acordo com as provas produzidas, com base na formação plena de seu convencimento, e não de acordo com regras formais de julgamento. Isto porque, uma decisão proferida em razão de provas produzidas é muito mais eficaz, do ponto de vista do escopo social do processo, do que uma sentença emanada de acordo com critérios abstratos, os quais atende apenas ao escopo jurídico do processo.

Importa, ainda, no sentido de comportamento e comprometimento de cada parte para trazer um elemento de prova aos autos, quando onerada ou não de trazê-la. Com efeito, inegável que tais desempenhos podem influenciar no convencimento do juiz.

2.3 ÔNUS DA PROVA DE FATO NEGATIVO

A doutrina clássica considera que o fato negativo não deveria ser objeto de prova.

Atualmente, a ideia da *negativa not sunt probanda* vem sendo mitigada, pois a todo fato negativo pode consistir uma alegação positiva, a qual impende ser provada pela parte que a aduz. Assim, mesmo que o encargo pertença ao autor, na medida em que o réu nega o fato constitutivo do direito, este poderá efetuar a contraprova da inexistência de fato constitutivo do direito do autor.

Leite (2014, p. 672), de forma correta, observa:

Na verdade, toda negação contém, implicitamente, uma afirmação, pois, quando se atribui a um objeto determinado predicado, acaba-se por negar todos os demais predicados contrários ou diversos do mesmo objeto. Assim, por exemplo, ao alegar o empregador que não dispensou o empregado sem justa causa (negação do fato), estará aquele alegando, implicitamente (afirmação), que este abandonou o emprego ou se demitiu.

A Súmula 212 do TST, impõe ao empregador o ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando este nega a prestação de serviço e o despedimento. Visualize-se o texto da Súmula n. 212 do TST:

O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

Didier Jr., Braga e Oliveira (2014, p. 88), no entanto, distinguem as negativas *absolutas*, das *relativas*, afirmando que:

A negativa absoluta é a afirmação pura de um não fato, indefinida no tempo e/ou espaço (ex.: jamais usou um “biquine de lacinho”). Já a negativa relativa é afirmação de um não-fato, definida no tempo e/ou no espaço, justificada pela ocorrência de um fato positivo – fácil de perceber quando lembramos dos “álibis” (ex.: na noite de reveillon, não cometeu adultério no apartamento 501, do Hotel Copacabana, pois estava hospedada com amigas no Eco Resort, na Praia do Forte, Bahia).

Mediante alegação de fato constitutivo pelo autor, o réu pode negar absolutamente, de modo que não se faz necessário nenhuma prova, diante da sua

indefinição. Já se a parte deduzir negativa relativa, esta é hábil de ser provada. Segue o exemplo de Didier Jr., Braga e Oliveira (2014, p. 89):

Se alguém afirma, por exemplo, que, em 09 de dezembro, não compareceu à academia pela manhã, porque foi ao médico, é possível provar indiretamente a não-ida à academia pela manhã, porque foi ao médico, é possível provar indiretamente a não-ida à academia (não-fato), se houver comprovação de que esteve toda a manhã no consultório médico.

Cumpra o exemplo de Leite (2010, p. 567): “Assim, por exemplo, ao alegar o empregador que não dispensou o empregado sem justa causa (negação do fato), estará aquela alegando, implicitamente (afirmação), que este abandonou o emprego ou se demitiu.”.

Presente o ônus unilateral o juiz tem duas opções: sustentar a regra legal de ônus da prova, doravante, completada a prova pelo autor, fica para o réu a alternativa de elaborar contraprova, ou, concluindo que o sujeito adversário está apto a realizar a atividade probatória, inverte o ônus da prova, distribuindo de forma dinâmica, para que agora o réu faça prova do contrário do alegado, demonstrando a afirmativa correspondente.

2.4 PROVA DIABÓLICA

É o nome que se dá àquela prova insuscetível ou extremamente difícil de ser demonstrada. Conforme apontam algumas jurisprudências, a prova diabólica teria relação com a prova de fato negativo. No entanto, como visto, nem todo fato negativo é insuscetível de ser provado. Câmara (2009, p. 281) assim define a prova diabólica:

[...] é expressão que se encontra na doutrina para fazer referência àqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil, nenhum meio de prova sendo capaz de permitir tal demonstração.

Por óbvio, tal hipótese é vedada em nosso ordenamento jurídico, como assevera Couture (2003, p. 48), que: “a lei que torne impossível a prova é tão inconstitucional quanto a lei que impossibilite a defesa”.

Infere-se, diante de tais premissas, que a prova diabólica apresenta-se como mais um caso em que se poderia aplicar a técnica de distribuição dinâmica do ônus da prova.

Assim, ante a impossibilidade da parte onerada carrear tal prova aos autos do processo, pode a parte contrária, que detiver melhores condições técnicas, financeiras, sociais etc, produzir a prova dos fatos alegados, descaracterizando, pois, a prova diabólica. Nesta mesma linha de pensamento, expõem Didier Jr., Braga e Oliveira (2014, p. 91):

Pode ser, no entanto, que a prova seja insuscetível de ser produzida por aquele que deveria fazê-lo, de acordo com a lei, mas apta a ser realizada pelo outro. Nessa hipótese, caso as próprias partes não tenham convencionado validamente a distribuição do ônus da prova de modo diverso ao estabelecido pelo legislador, poderá o juiz distribuí-lo dinamicamente, caso a caso, na fase de saneamento ou instrutória – em tempo de o onerado dele desincumbir-se [...]

Fala-se em prova unilateralmente diabólica quando apenas para uma das partes a mesma se configura impossível ou de extrema dificuldade, sendo, por outro lado, praticável para a outra parte. Com efeito, nos parece que a técnica de distribuição dinâmica do ônus da prova, revela-se como uma possível solução para contornar essa situação de disparidade na relação jurídica processual, na busca de uma efetiva justiça.

2.5 TEORIAS SOBRE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Primordialmente, no Direito Romano, o ônus da prova apresentava-se de acordo com o brocardo *actori incumbit ônus probandi*, segundo o qual à parte que afirma cabe o encargo probatório. À contraparte, que simplesmente se manifestasse pela simples negativa da afirmação do autor, estaria dispensada de fazer prova.

Com o passar do tempo, observou-se que a defesa, na maioria das vezes, não se reservava a negar as alegações desenvolvidas pelo autor e formulava seus próprios fatos ou exceções, de modo que também deveria prová-los.

Os glosadores, embasados pelas regras romanas, dissuadiram um sistema pelo qual o ônus da prova incide nas afirmações e não nas negativas, sendo estas

dispensadas de provas. Percebeu-se, todavia, que tal regra por vezes não traduz a realidade, pois existem negativas que podem resultar em afirmações. Conforme já visto, somente as negativas absolutamente indefinidas eximem-se de prova.

Seguindo tal norte resume-se a teoria clássica do ônus da prova, pela qual se leva em conta quem afirmou determinada situação jurídica como elemento fundamental à ação para incumbir-lhe o ônus da prova. Por outro lado, se a contraparte formular situação jurídica divergente, terá de assumir o encargo probatório respectivo.

Mais tarde, foram se desenvolvendo várias teorias para justificar os modos de distribuição do ônus da prova, cumprindo destacar as que se relacionam diretamente com este estudo, quais sejam, as teorias de Bentham, Demogue, Chiovenda e Carnelutti.

No modelo do jurista e filósofo, Jérémie Bentham (apud ZANETI, 2011, p. 94): “o ônus da prova deve ser imposto, em cada caso concreto, àquela das partes que puder satisfazê-lo com menores inconvenientes, quer dizer, menor demora, vexames e despesas”. Esta teoria foi marcante para o desenvolvimento da carga dinâmica do ônus da prova, na medida em que leva em consideração as particularidades caso por caso.

Para Demogue, (apud ZANETI, 2011) na produção probatória o princípio da solidariedade deve predominar sob o princípio da independência das partes, o que cogita um olhar não muito estático sobre a distribuição do ônus probatório, se assemelhando, dessa forma, ao pensamento de Bentham. Vale dizer que segundo o jurista francês, a parte que realiza a atividade probatória não necessita comprovar todos os elementos de prova capazes de garantir seu direito, basta fazer prova daquilo que demonstre sua verossimilhança.

Por sua vez, Chiovenda (1965, p. 378-379), assevera que: “é difícil chegar a uma formulação geral e completa do princípio que preside o ônus da prova”, uma vez que não é fácil fazer a distribuição do encargo probatório, desenvolvendo uma norma geral que assista a todos de forma justa. O jurista italiano, considerando o princípio da igualdade das partes, defendeu que cabe ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito, enquanto que ao réu os fatos impeditivos do direito do autor. Assim, nos dizeres de Chiovenda (1965, p. 382):

O autor deve provar os fatos constitutivos, isto é, fatos que normalmente produzem determinados efeitos jurídicos; o réu deve provar os fatos impeditivos, isto é, a falta daqueles fatos que normalmente concorrem com os fatos constitutivos, falta que impede que estes produzam seu efeito natural.

Para Carnelutti (2002, p. 133): “tem o ônus de provar quem tem o interesse em afirmar; portanto, quem propõe a exceção tem o ônus de provar os fatos extintivos e as condições impeditivas ou modificativas”. Assim, este partiu da premissa de que ao alegar um fato as partes tem interesses em direções contrárias, sendo o autor interessado em fazer prova da existência do direito alegado e o réu interessado em produzir prova da inexistência desse direito.

2.6 APRESENTAÇÃO DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA E SUA APLICAÇÃO EM OUTROS PAÍSES.

Cumprido destacar que da concepção do jurista Jérémie Bentham, originou-se a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Posteriormente, a partir dos anos de 1981, é que foi amplamente difundida a teoria pelo jurista argentino, Jorge Walter Peyrano, segundo as palavras de Vicentini (2014).

Mister se faz apresentar a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Propagada por Jorge W. Peyrano (apud ZANETI, 2011), na Argentina, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova sugere uma redistribuição do ônus probatório conduzida pelo magistrado com vistas a atender as peculiaridades de cada caso concreto. Ao defender a carga dinâmica do ônus da prova, critica a regra estática de distribuição do ônus da prova, Jorge W. Peyrano (apud ZANETI, 2011, p. 116):

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

demandado. E ponto... Começou-se a reparar que não eram bastante nem contavam com a flexibilidade que seria de desejar.

A teoria em análise sugere que o ônus da prova seja distribuído dinamicamente, incumbindo a prova à parte com melhores condições de produzi-la. Para tanto, é necessário que o magistrado, à luz das circunstâncias do caso concreto, verifique que o autor não tenha, efetivamente, meios de fazer prova de suas alegações e, em contrapartida, que o réu possua esses meios, posto que o juiz não pode, ao fazer essa redistribuição, deixar a parte contrária diante de uma prova diabólica. De igual modo, se pronuncia Schiavi (2012, p. 603):

O Juiz do Trabalho, como reitor do processo (art. 769, da CLT), deve ter a sensibilidade, à luz das circunstâncias do caso concreto, de atribuir o encargo probatório ao litigante que possa desempenhá-la com maior facilidade.

Enfim, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova vem para quebrar a rigidez com que é tratado o ônus da prova na atual legislação. Pois, ocorre que nem sempre as partes estão em condições de atender ao ônus probatório a que ficaram encarregados, configurando, por vezes, casos de prova diabólica.

Segundo Vicentini (2014), na Argentina, a distribuição dinâmica do ônus da prova, tem sido bastante utilizada em casos de acidentes de trânsito, contrato de depósito, concursos, contratos de financiamento, contratos de trabalho, direito bancário, falsificação de cheques, entidades financeiras, lesão subjetiva, locação de obra, imprensa, responsabilidade contratual e extracontratual, responsabilidade médica, seguridade social, simulação de títulos de crédito.

Vicentini (apud ZANETI, 2011, p. 129), informa que o Código de Processo Civil, do Uruguai, determina em seu artigo 139:

Art. 139.1 Incumbe provar quem pretende algo, os fatos constitutivos de sua pretensão; quem contradisser a pretensão de seu adversário terá o ônus de provar os fatos modificativos, impeditivos ou extintivos daquela pretensão.
139.2 A distribuição do ônus da prova não impedirá a iniciativa probatória do tribunal nem a sua apreciação, conforme as regras da melhor doutrina, das omissões ou das deficiências da prova.

Já na Alemanha, o Supremo Tribunal alemão (BGH), comporta a utilização da carga dinâmica probatória nas lides como de responsabilidade médica, relações de

trabalho, meio ambiente, responsabilidade nas relações de consumo e contrato financeiro, tudo de acordo com Vicentini (2014).

Na Espanha, Vicentini (2014) noticia que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, já foi positivada no país, na Lei de Enjuiciamiento Civil (Lei 1/2000), em seu artigo 217.

3 ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL E NO PROCESSO DO TRABALHO

O presente capítulo dedica-se a analisar o ônus da prova no âmbito do Código de Processo Civil e da Consolidação das Leis do Trabalho, visto que o direito processual comum é, e sempre será, a base dos demais ordenamentos jurídicos. Além disso, a aplicabilidade de determinadas regras do direito processual comum é amplamente defendida no direito processual do trabalhista. Será especificado, através desse estudo, as regras gerais de distribuição do ônus da prova na atual legislação. Serão abordadas, ainda, as modalidades de inversão do ônus da prova e o modo como se dá em ambos os institutos, uma vez que o tema é correlato à teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

3.1 REGRA GERAL ALUSIVA AO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil levou em consideração, no momento da distribuição do ônus da prova, o interesse da parte em provar determinada alegação de fato, a posição da parte na lide processual, se autor ou réu, e a natureza dos fatos pretendidos, se constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos.

Traçado por doutrinadores europeus, esse sistema processual civil foi adotado pelos legisladores processuais brasileiros de 1939 e de 1973, estimulados principalmente pelas lições de Chiovenda (2002), expostas no capítulo anterior.

Pela distribuição legislativa (artigo 333, incisos I e II do Código de Processo Civil), o ônus da prova é distribuído de forma estática. De acordo com o mencionado artigo, ao autor incumbe o ônus da prova de fato constitutivo de seu direito, ao réu, atribui-se o ônus de provar fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor, quando por ele alegados.

Daí extrai-se que caberá ao autor a prova de fato constitutivo de seu direito, podendo o réu, em sede de defesa, apenas negar as alegações firmadas pelo autor quando não lhe pesar nenhum ônus de fazer prova e assistir o desenrolar do autor

da ação. Afinal, é sabido que pela regra de julgamento (ônus objetivo), caso o autor não consiga se desvencilhar do seu ônus, o pedido provavelmente será julgado improcedente. Montenegro Filho (2008, p. 409), leciona:

Como regra, o ônus da prova é do autor, podendo o réu simplesmente negar a ocorrência do fato, sem acrescentar outras alegações, visto que *probatio incumbit ei que dicit, non ei qui negat* (a prova é da incumbência de quem alega o fato, e não daquele que o nega)

Somente quando o autor conseguir demonstrar fato constitutivo de seu direito ou se o réu trazer fatos novos, capazes de modificar o direito do autor, extingui-lo ou impedi-lo, pesa-lhe o ônus de prová-los, porquanto tenha interesse em obter sucesso na demanda. Na feliz síntese de Câmara (2014, p. 437):

[...] incumbe ao autor o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito. O réu, por sua vez, poderá assumir dois ônus: o de provar a inexistência de tal fato (prova contrária ou contraprova) ou o de – admitindo o fato constitutivo do direito do demandante – provar os fatos extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor.

Pode-se entender que fato constitutivo é aquele que originou a relação jurídica posta em juízo, por exemplo, um contrato de mútuo, num processo em que se busque o embolso do débito decorrente deste.

Aquele que cessa a relação jurídica discutida no processo é o fato extintivo. No caso do exemplo acima citado, seria a comprovação do devido pagamento pelo réu ou a extinção da obrigação de alguma outra maneira.

Fato impeditivo é, segundo Câmara (2014, p. 347, *grifos do autor*): “um *fato de conteúdo negativo*, a ausência de algum dos requisitos genéricos de validade do ato jurídico”. Isto é, agente capaz, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei. Desse modo, caberia ao réu, seguindo o mesmo exemplo, comprovar que o agente era menor de 18 anos, portanto, relativamente incapaz.

O fato modificativo, por seu turno, é aquele que convive com a existência do direito, todavia, busca modificar a relação jurídica, tal como o pagamento parcial da dívida.

Dito isso, visível é a inflexibilidade com que o nosso Código de Processo Civil trata a regra de distribuição do ônus da prova, caracterizando a concepção estática do ônus da prova, porém, nem sempre esta se apresenta como a regra adequada para tratar do instituto.

Em resumo, a distribuição estática do ônus da prova funda-se na ideia de igualdade formal (igualdade perante a lei) das partes e na liberdade de agir destas. Parte do pressuposto de que ambos os sujeitos processuais estão em iguais condições de produzir a prova, o que nem sempre representa a realidade fática.

Por isso, vem ganhando relevo a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, que será posteriormente analisada.

3.2 ÔNUS DA PROVA NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO E A SUBSIDIARIEDADE DO ARTIGO 333 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho estabelece a regra geral de distribuição do ônus da prova: "Art. 818. A prova das alegações incumbe à parte que as fizer."

Inúmeras são as críticas tecidas em relação à regra do dispositivo acima citado, no sentido de que não é completo e de aplicabilidade complicada. Neste sentido, afirma Carrion (2005, p. 622) que: "a regra de que o ônus da prova pesa sobre quem alega é incompleta, simplista em excesso". Zangrando (2009, p. 735), a seu turno, pronuncia que:

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

Neste mesmo diapasão, Giglio e Correa (2007, p. 227), fazem menção à antiguidade da regra do dispositivo criticado. Vejamos.

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

O que ocorre é que a regra do artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho não acolhe a regra de julgamento do ônus da prova, visto que “como cada parte tem de comprovar o que alegou, ambas as partes têm o encargo probatório de todos os fatos que declinaram” (SCHIAVI, 2012, p. 596). Desse modo, quando da ausência ou insuficiência de provas, pergunta-se: quem arca com as consequências? Assim, adverte Schiavi (2012, p. 596) que:

[...] o art. 818 consolidado não resolve situações de inexistência de prova no processo, ou de conflito entre as provas produzidas pelas partes. O Juiz da atualidade, diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF), não pode furtar-se a julgar, alegando falta de prova nos autos, ou impossibilidade de saber qual foi a melhor prova. Por isso, a aplicação da regra de ônus da prova como fundamento da decisão é uma necessidade do processo contemporâneo.

Em que pese à existência de doutrinadores que defendam ser a disposição celetista (art. 818 da CLT) bastante para regular a matéria e que não enxerguem omissões no texto normativo, como é o caso de Teixeira Filho (2009), prevalece o entendimento da doutrina majoritária no sentido de que a regra existente é insuficiente para regular a matéria de distribuição do ônus da prova, fazendo-se necessária a aplicabilidade, subsidiária, das disposições legais contidas no artigo 333 do Código de Processo Civil.

Caracterizado o carecimento da disposição celetista, deve-se reconhecer que não existe, de fato, uma omissão legislativa, o que, em tese, não permitiria a aplicação subsidiária do direito processual comum, de acordo com o artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, que exige a existência de omissão na norma, para que possa ser aplicado o direito processual como fonte subsidiária.

Porém, não se deve apegar-se à compreensão literal do texto, considerando apenas a lacuna normativa, ou seja, inexistência de norma regulando o assunto, mas também a regulamentação insuficiente à tutela jurisdicional justa ou ultrapassada do tema. Ademais, as disposições dos artigos 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e 333 do Código de Processo Civil, não se contrapõem nem, muito menos, são incompatíveis. O que acontece, na verdade, é a complementação do dispositivo celetista. Em consonância, as observações de Leite (2014, p. 668):

O art. 818 da CLT estabelece textualmente que ‘o ônus de provar as alegações incumbe à parte que as fizer’. Essa regra, que tem origem em 1943 e dada sua excessiva simplicidade, cedeu lugar, não obstante a

inexistência de omissão do texto consolidado, à aplicação sistemática do art. 333 do CPC, segundo o que cabe ao autor a demonstração dos fatos constitutivos de seu direito e ao réu a dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos.

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho sedimentou o entendimento acerca da aplicabilidade do disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil ao proclamar a Súmula n. 06, VIII, que versa: “É do empregador o ônus da prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial (ex-Súmula n. 68 – RA 9/1977, DJ 11.2.1977)”.

De fato, a jurisprudência aponta no sentido de ser aplicável o dispositivo processual comum ao processo trabalhista, consoante se depreende dos julgados a seguir expostos:

SALÁRIO. COMISSÕES. PROVA. ÔNUS. Alegada a percepção de salário acrescido de comissões, ao reclamante incumbe demonstrá-la, por ser fato constitutivo do direito às parcelas postuladas em juízo (CPC, art. 333, inciso I e CLT, art. 818). [...] (TRT 10º Região, RO 01465201201010002, Relator: Desembargador João Amílcar, Data de Julgamento: 05/02/2014 , Data de publicação: 14/02/2014)

ACIDENTE DE TRABALHO. ÔNUS DA PROVA. CLT ART. 818 C/C O ART. 331, I DO CPC. Dispõe o artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho c/c o artigo 333, I do Código de Processo Civil, aplicável ao processo trabalhista por força do artigo 769 da consolidação laboral, que o ônus da prova quanto ao fato constitutivo do direito incumbe à quem o alega. [...] (TRT 16º Região, RO 00929008220095160012, Relator: James Magno Araújo Farias, Data de julgamento: 29/03/2011, Data de publicação: 05/04/2011)

Com efeito, cabe ao reclamante o ônus da prova de fato constitutivo de seu direito, tal como, o trabalho em horário de sobrojornada ou o reconhecimento de nexo de causalidade entre a função desempenhada e a doença.

Em contrapartida, incumbe ao reclamado o encargo probatório dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos, por exemplo, tempo de serviço dos empregados de idêntica função acima de dois anos na equiparação salarial (fato impeditivo), compensação (fato modificativo) e prescrição (fato extintivo).

3.3 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO JUDICIAL, LEGAL E CONVENCIONAL DO ÔNUS DA PROVA.

Como visto, de acordo com a regra geral de distribuição do ônus probante, recai sobre o autor/reclamante a prova dos fatos constitutivos de seu direito, e ao réu/reclamado, dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito autoral (artigos 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e 333 do Código de Processo Civil). De forma excepcional, o ônus da prova pode inverter-se e ser investido ao réu, de modo a alterar a regra natural de distribuição do ônus da prova. Assim, o ônus inicialmente atribuído a uma parte, será transferido à parte contrária.

A inversão judicial do ônus da prova, é o que se dá nas relações de consumo, o magistrado, utilizando-se do artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor, está autorizado a inverter o ônus da prova em duas hipóteses: quando a alegação do consumidor for verossímil ou quando ele for hipossuficiente, segundo as regras de experiência.

Nas lições de Dinamarco (2001, p. 79): “a inversão judicial do ônus da prova é a alteração do disposto em regras legais responsáveis pela distribuição deste, por decisão do juiz [...]”.

Desse modo, o juiz quando, de acordo com as máximas de experiência, verificar que as alegações do consumidor são verossímeis, redistribuirá o ônus da prova, impondo ao fornecedor o encargo da prova contrária. Como bem esclarece Schiavi (2012, p. 601):

Na avaliação de verossimilhança, deve o juiz sopesar se há mais motivos para crer do que para não crer na veracidade da afirmação do autor. Também o Juiz do Trabalho se pautará pelas regras de experiência do que ordinariamente acontece.

Da mesma forma acontece quando o magistrado constatar que o consumidor não se encontra em condições técnico, materiais, financeiras ou sociais necessárias à produção de provas, estando, portanto, em situação de hipossuficiência probatória. Ressalte-se que “a hipossuficiência não é necessariamente a econômica, mas a dificuldade excessiva de produzir a prova” (SCHIAVI, 2012, p. 601). Neste caso, o juiz também redistribuirá o ônus da prova, atribuindo à contraparte o ônus de fazer prova das alegações formuladas pelo autor.

Cabe ao magistrado a análise dos pressupostos legais que permitem a inversão judicial e a necessidade de realizá-la, tendo em vista as características e peculiaridades de cada caso concreto. Segundo Schiavi (2012, p. 601):

A inversão do ônus da prova é faculdade do juiz que pode ser levada a efeito de ofício, independentemente de requerimento das partes. Segundo melhor doutrina, só haverá a necessidade de inversão do ônus da prova se não houver provas nos autos, ou seja, as partes não se desincumbiram do encargo probatório que lhes competia (*non liquet*).

Para Montenegro Filho (2008, p. 410): “A inversão de que cuidamos não infringe o princípio da isonomia, posto que o magistrado trata de modo desigual protagonistas que se encontram em situações desiguais”.

No âmbito do direito processual do trabalho, a consolidação das leis trabalhistas não traz previsão de inversão do ônus da prova. Todavia, de todos os regulamentos, pode-se dizer que é no direito processual trabalhista que mais pertence a regra de inversão do encargo probante, posto que tenta sempre minorar as disparidades entre as partes litigantes no processo.

Ademais, repetidas vezes, a hipossuficiência do empregado/reclamante impera, o impedindo de demonstrar a veracidade de suas alegações ou mesmo dificultando essa demonstração, diante da excessiva onerosidade, o que impossibilita a efetiva prestação jurisdicional do direito postulado.

Acredita-se, assim, ser totalmente viável a aplicação da regra de inversão do ônus probatório prevista no Código de Defesa do Consumidor ao Processo Trabalhista. No mesmo sentido, Schiavi (2012, p. 600):

[...] aplica-se perfeitamente ao Processo do Trabalho a regra de inversão do ônus da prova constante do Código de Defesa do Consumidor, em razão da omissão da CLT e compatibilidade com os princípios que regem o Processo do Trabalho (art. 769, da CLT), máxime o princípio do acesso do trabalhador à justiça.

A seguir, o Enunciado n. 41 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, que aconteceu no Tribunal Superior do Trabalho, defendendo a inversão do *ônus probandi* em benefício do empregado em ações indenizatórias por acidente trabalhista, em virtude da complexidade para o trabalhador de demonstrar a culpa do empregador nestes casos, *in verbis*: “41. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. ÔNUS DA PROVA. Cabe a inversão do ônus da prova em favor da vítima nas ações indenizatórias por acidente do trabalho.”.

Com o mesmo entendimento, a ementa abaixo:

Ementa: INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR - TEORIA DO RISCO - O Reclamado, considerado empregador na acepção do caput do artigo 2o . da CLT , está inserido no contexto do capitalismo, isto é, da economia de mercado, como um ente destinado à obtenção do lucro, por isso que, no âmbito do Direito do Trabalho, ele se arroga dos poderes organizacional, diretivo, fiscalizatório e disciplinar, por direta e expressa delegação da lei, assumindo amplamente os riscos sociais de sua atividade econômica, e se investe do dever de garantir a segurança, a saúde, assim como a integridade física e psíquica dos seus empregados, durante a prestação de serviços, para que o empregado tenha uma vida normal dentro e fora da empresa. Ao explorar determinado ramo de atividade econômica, o empregador é responsável pelos danos físicos sofridos pelo empregado no exercício de suas atividades laborativas, que integra e proporciona a edificação e a manutenção do ciclo produtivo, célula mater da sociedade capitalista. Nesta toada, compete ao empregador a adoção de medidas simples ou complexas que minimizem ou eliminem o risco e promovam melhores condições de segurança e de bem-estar físico no trabalho. Se a Autora foi afastada do trabalho, em decorrência de doença ocupacional equiparada a acidente de trabalho, a falta do empregador decorre de omissão voluntária e sobre ele recai, paralelamente, a culpa in vigilando, estabelecido o nexo causal entre o seu comportamento e a lesão, no caso, altamente danosa à vida normal de qualquer cidadão. Devida se revela, pois, a indenização por dano moral. **(TRT 3º Região, 3º Turma, RO 0000349-42.2013.5.03.0162, Relator: Luiz Otavio Linhares Renault, 25/04/2014. DEJT/TRT3, Data de publicação: 28/04/2014).**

Não é homogêneo na doutrina e jurisprudência a questão do momento processual em que se deve dar a inversão probatória. Alguns defendem que o momento processual adequado é o da sentença, por ser o ônus da prova, regra de julgamento. Filia-se a este entendimento Leite (2014, p. 678):

Parece-nos, de toda sorte, que, por ser regra de julgamento, cabe ao juiz, na sentença fundamentar (CF, ART 93, IX) a respeito de quem era o *ônus probandi*, informando, inclusive, a razão que o levou a inverter o ônus probatório para proferir a decisão.

Não nos parece, todavia, o pensamento mais adequado, por não atender aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Outros entendem que a inversão do ônus da prova é regra de processo e o momento processual adequado seria na instrução processual, por meio de decisão fundamentada (artigo 93, inciso IX da Constituição Federal), dando oportunidade, dessa forma, para que a parte possa produzir devidamente as provas que agora lhes cabe, entendimento ao qual nos filiamos por ser o mais razoável e atender efetivamente os princípios do contraditório e da ampla defesa. Em sintonia com esta corrente, Machado Jr. (2001, p. 156):

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

Neste mesmo diapasão, Schiavi (2012, p. 818):

[...] acreditamos, a fim de resguardar o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV da CF), que a inversão do ônus da prova deva ser lavada a efeito pelo Juiz do Trabalho antes do início da audiência de instrução, em decisão fundamentada (art. 93, IX, da CF), a fim de que a parte contra a qual o ônus da prova foi invertido não seja pega de surpresa e produza as provas que entende pertinentes, durante o momento processual oportuno.

A inversão deve ser feita, portanto, por ocasião que dê oportunidade daquele que atribuiu o encargo poder dele se liberar. Neste sentido, Didier Jr, Braga e Oliveira (2014, p. 83):

A regra de inversão do ônus da prova é regra de processo, que autoriza o desvio de rota; não se trata de regra de julgamento, como a que distribui o ônus da prova. Assim, deve o magistrado anunciar a inversão antes de sentenciar e em tempo do sujeito onerado se desincumbir do encargo probatório, não se justificando o posicionamento que defende a possibilidade de a inversão se dar no momento do julgamento.

A inversão legal do ônus da prova ou *ope legis* não é exatamente uma inversão, entende-se mais como uma dispensa de produzir provas como manda a regra geral, por tratar-se de casos de presunção legal relativa, dispensando a parte que, em tese, caberia provar, já que a presunção encontra-se a seu favor e, impondo à parte contrária o ônus de provar que inexistiu o fato presumido. Nos dizeres de Didier Jr, Braga e Oliveira (2014, p. 81):

Visível é que não há aí qualquer inversão, mas tão-somente uma exceção normativa à regra genérica do ônus da prova. É, pois, igualmente, uma norma que trata do ônus da prova, porquanto o regule abstratamente, excepcionando a regra contida no art. 333 do CPC. Por conta disso, é também uma regra de julgamento: ao fim do litígio, o juiz observará se as partes se desincumbiram dos seus respectivos ônus processuais, só que, em vez de aplicar o art. 333 do CPC, aplicará o dispositivo legal específico. Bem pensadas as coisas, a inversão *ope legis* do ônus da prova é um caso de presunção legal relativa. A parte que alega o fato está dispensada de prová-la. Cabe a outra parte o ônus da prova de que o fato não ocorreu.

No direito do trabalho, podemos citar como exemplo de presunção legal relativa, a existência de presunção em relação à condição essencial no contrato de trabalho verbal quando ausente acordo ou prova acerca disso, estabelecida no artigo 447 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Por fim, o parágrafo único do art. 333 do Código de Processo Civil possibilita a deliberação sobre a divisão do ônus da prova através de convenção entre as próprias partes. Entretanto, limita tal convenção até o ponto em que não seja atingido direito disponível da parte ou que não torne excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Percebe-se, com isso, que a própria legislação dá margem à mudança e flexibilização do sistema rígido adotado no diploma legal.

No âmbito do direito processual do trabalho é quase que inexistente esse tipo de inversão, diante da complexidade com que se depara o empregado para fazer prova de suas alegações, uma vez que a relação trabalhista é bastante peculiar.

4 FUNDAMENTOS E PRINCÍPIOS EMBASADORES PARA A APLICAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Ao defender que a concepção mais acertada em determinados casos seja a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, impende demonstrar os elementos nos quais se pode fundamentar o uso da teoria. O que se pretende no presente capítulo é, pois, analisar direitos fundamentais, princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao processo, que envolvem a utilização da carga dinâmica do ônus da prova e indicam a conformação das suas regras com os preceitos normativos existentes.

4.1 DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA

O direito à prova decorre do direito fundamental ao contraditório, sendo, portanto, também um direito fundamental, de natureza constitucional. É, portanto, conteúdo do princípio do acesso à justiça (artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal), “que garante a obtenção de tutela jurisdicional justa e efetiva.” (DIDIER JR.; BRAGA e OLIVEIRA, 2014, p. 96).

Atualmente, o princípio do acesso à justiça representa um direito a obtenção de uma tutela jurisdicional justa e efetiva, não basta, pois, garantir a titularidade de um direito sem que concretize os meios necessários para gerar uma decisão jurídica devida à parte em iminente ameaça de lesão ao seu direito.

O direito fundamental à prova se desdobra em vários aspectos: direito à produção probatória, direito de participação na produção de provas, direito de manifestação acerca das provas produzidas e, por fim, direito de análise, pelo juiz, das provas elaboradas.

Esse direito fundamental tem por fim, garantir uma verdadeira funcionalidade e o maior rendimento possível à ferramenta probatória, a fim de que os litigantes tenham chances reais de comprovar a veracidade de suas alegações fáticas. Neste sentido, “a efetividade do direito à prova significa o reconhecimento da máxima potencialidade possível ao instrumento probatório para que as partes tenham

amplas oportunidades para demonstrar os fatos que alegam.” (CAMBI apud DIDIER JR.; BRAGA e OLIVEIRA, 2014, p. 17)

De nada valeria ter os princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa, devido processo legal e acesso à justiça, sem que, paralelamente aos mesmos, existisse o direito a ampla produção probatória em juízo. Ademais, devem ser proporcionados quantos meios de prova forem necessários para alcançar a ratificação dos fatos alegados. Diante disso, é essencial a busca pela efetividade do direito fundamental à prova.

Deve-se observar, no entanto, que “o direito ao manejo das provas relevantes à tutela do bem perseguido pode ser limitado, excepcionalmente, quando colida com outros valores constitucionalmente consagrados” (DIDIER JR.; BRAGA e OLIVEIRA, 2014, p. 17). Desse modo, o direito fundamental à prova não é absoluto, podendo ser encurtado quando se chocar com algum direito constitucional que prevaleça sobre o mesmo.

Assim como as demais normas processuais infraconstitucionais, a norma processual relativa ao ônus da prova (artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho) deve ser desempenhada conforme a Constituição Federal. Destarte, as regras do direito processual do trabalho não podem ser desenvolvidas sem que atenda ao direito fundamental à prova, sob pena de serem consideradas inconstitucionais.

Deixar a produção de provas a cargo de uma parte que não tenha condições de realizá-la, enquanto que a contraparte apresenta tais condições, torna inviável a total demonstração das alegações formuladas e distancia as partes de uma tutela jurisdicional justa e efetiva. Tal situação, característica da divisão estática do ônus da prova, não pode ocorrer, posto que viola o direito fundamental à prova e atenta contra preceitos constitucionais.

Ambrosio (2013, p. 74-75) ressalta a importância de se dar efetividade ao direito fundamental à prova:

O direito à prova está implicitamente incorporado ao elenco dos direitos fundamentais em razão do alcance das garantias constitucionais do devido processo legal, da ação, da defesa e do contraditório. Assim, deve ser atribuída a máxima efetividade possível ao mecanismo probatório, o que implica dizer que o ordenamento jurídico deve se valer de algum mecanismo flexibilizador sobre as regras rígidas e abstratas do modelo geral (art. 333 do CPC) sempre que essas se mostrarem insuficientes para assegurar ao

demandante a prova do conjunto fático que constitui o substrato do seu direito subjetivo postulado em juízo.

Busca-se, através da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, possibilitar maiores oportunidades de demonstração dos fatos alegados, na medida em que permite inverter o ônus da prova para a parte com maior condição de se desincumbir deste encargo. Portanto, o direito fundamental à prova, apresenta-se como fundamento para aplicação da carga dinâmica do ônus da prova.

4.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Também conhecido por princípio da isonomia, o princípio da igualdade está consagrado no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, que reza que “todos são iguais perante a lei”. Encontra reforço, ainda, no artigo 125, inciso I, do Código de Processo Civil, que impõe ao juiz o dever de assegurar às partes um tratamento igualitário no processo.

A igualdade que aqui se busca, não é apenas a igualdade simplesmente formal, ou seja, a igualdade perante a lei, fundada na ideia de que todos são iguais, sem considerar suas especificidades, o que se procura alcançar é a igualdade substancial, isto é, aquela que confere tratamento desigual aos sujeitos, tendo em consideração suas diferenças específicas, perseguindo, assim, a verdadeira isonomia. Assim é que se deve seguir a máxima de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades.

Sob esta mesma perspectiva de igualdade substancial, acertadamente afirma Câmara (2014, p. 49):

A falsa ideia de que todos são iguais e, por isso, merecem o mesmo tratamento é contrária à adequada aplicação do princípio da isonomia. As diversidades existentes entre todas as pessoas devem ser respeitadas para que a garantia da igualdade, mais do que meramente formal, seja uma garantia substancial.

Assim é que se defende o uso de mecanismos capazes de minimizar essas diferenças, a fim de equilibrar o processo, promovendo um litígio com sujeitos em iguais condições de obter êxito na tutela jurisdicional. Tal ideal é igualmente

defendido pela ampla doutrina, a exemplo de Cintra, Grinover e Dinamarco (2008, p. 60):

No processo civil legitimam-se normas e medidas destinadas a reequilibrar as partes e permitir que litiguem em *paridade em armas*, sempre que alguma causa ou circunstância exterior ao processo ponha uma delas em condições de superioridade ou de inferioridade em face da outra.

No mesmo sentido, Câmara (2014, p. 50):

[...] o princípio da isonomia só estará sendo adequadamente respeitado no momento em que se garantir aos sujeitos do processo que estes ingressarão no mesmo em igualdade de armas, ou seja, em condições equilibradas. Esse o verdadeiro sentido da expressão *par conditio*, condições paritárias.

É justamente o que se pretende com a repartição dinâmica do ônus da prova, na medida em que, por ela, transferir-se-ia o ônus da prova para aquele com mais condições de produzi-la, quando existente manifesta desigualdade na possibilidade de produção probatória. Como bem constata Câmara (2014, p. 439), ao afirmar que: “[...] a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova se revela com uma forma de equilibrar forças na relação processual, o que nada mais é do que uma aplicação do princípio da isonomia”.

É aí que se percebe a diferença da distribuição dinâmica em relação a distribuição estática do ônus da prova, a qual deduz de modo formal e abstrato, uma isonomia entre as partes que, na realidade pode inexistir em determinados casos.

A aplicação da carga dinâmica do ônus da prova, com base no princípio da igualdade, se justifica, ainda mais, no âmbito do direito processual do trabalho, posto que neste ramo é comum a existência de desigualdade inerente da própria relação material entre as partes, desigualdade esta que fatidicamente refletirá num eventual litígio. Tanto é que o direito do trabalho desenvolveu o princípio protetor, aplicável também no processo juslaboral, que será a seguir estudado.

Com efeito, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova é corolário do princípio da igualdade, uma vez que, como afirma Didier Jr., Braga e Oliveira (2014, p. 96): “[...] deve haver uma paridade real de armas das partes no processo, promovendo-se um equilíbrio substancial entre elas, o que só será possível se atribuído o ônus da prova àquela que tem meios para satisfazê-lo.”

“É, sobretudo, a desigualdade dos litigantes no campo processual e sua situação de desequilíbrio frente à produção da prova que legitimam a aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas” (AMBROSIO, 2013, p. 77), à medida que, por ela, transfere-se o ônus da prova à contraparte, se esta dispôr de condições viáveis para produção da prova. Vê-se, pois, que a divisão dinâmica do ônus da prova encontra assento constitucional, à medida que se amolda ao princípio constitucional da igualdade, assegurando uma igualdade substancial ao equilibrar as partes do processo, no afã de deixar os litigantes em paridade de armas.

4.3 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO PROCESSUAL

O Direito Processual do Trabalho é o instrumento que existe para propiciar a aplicação das regras do Direito do Trabalho. Desse modo, considerando sua própria causa de existência, é que se concebe o princípio da proteção também na seara do processo trabalhista, a fim de compensar a disparidade vivida na relação jurídica material e, por conseguinte, numa eventual relação jurídica processual. Bem colocada a posição de Costa (1996, p. 5):

O processo não é um fim em si mesmo, mas instrumento de composição de lides, que garante efetividade do direito material. E como este pode ter natureza diversa, o direito processual, por seu caráter instrumental, deve saber adaptar-se a essa natureza diversa.

Rodriguez (1997, p. 32) sustenta que o Direito do Trabalho é um direito, essencialmente, protetor dos trabalhadores, fundamentando a necessidade de proteção do trabalhador em duas observações:

- 1) O sinal distintivo do trabalhador é sua dependência, sua subordinação às ordens do empregador. Essa dependência afeta a pessoa do trabalhador; 2) a dependência econômica, embora não necessária conceitualmente, apresenta-se na grande maioria dos casos, pois em geral somente coloca sua força de trabalho a serviço de outro quem se vê obrigado a isso para obtenção de seus meios de vida.

Do exposto, pode-se dizer que é natural que esta situação de hipossuficiência e desigualdade na relação de direito material trabalhista reflita na relação de direito processual, por isso é tão importante procurar minimizar tais disparidades.

A relação jurídica processual trabalhista é regada a uma grande carência do trabalhador, quase sempre reputado o lado mais fraco, o que ocorre em virtude da própria natureza da relação de direito material, pois o empregado geralmente está em posição inferior ao empregador, no que pertine aos aspectos financeiros, técnicos, sociais e probatórios e, por isso é tão peculiar ao direito processual do trabalho a aplicação do princípio da proteção ao trabalhador, com o fim de reequilibrar esta situação. Assim é que adverte Leite (2014, p. 83):

A desigualdade econômica, o desequilíbrio para a produção de provas, a ausência de um sistema de proteção contra a despedida imotivada, o desemprego estrutural e o desnível cultural entre empregado e empregador, certamente, são realidades trasladadas para o processo do trabalho, sendo portanto, imprescindível a existência de um princípio de proteção ao trabalhador, que é destinatário de direitos humanos sociais e fundamentais. Na verdade, o princípio da proteção visa salvaguardar direitos sociais, cujos titulares são juridicamente fracos, e, por isso, dependem da intervenção do Estado-Juiz para o restabelecimento dos postulados da liberdade e da igualdade das partes no processo.

No mesmo sentido, afirma-se que “[...] o empregado dificilmente consegue pagar a um bom advogado, não conhece as regras processuais, e tem maior dificuldade em produzir provas em juízos” (SCHIAVI, 2012, p. 113).

Cumprido destacar que o princípio protetor tem base constitucional e é o retrato do princípio da igualdade no processo trabalhista, reforçando-o, o que demonstra que o direito processual do trabalho busca atender aos preceitos constitucionais. De sorte que os dois princípios devem ser conjuntamente aplicados na lide processual, a fim de nivelar a desigualdade existente na relação de direito processual do trabalho. Dessa forma, é que leciona Schiavi (2012, p. 114):

[...] o Juiz do Trabalho deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. A correção do desequilíbrio é eminentemente processual e deve ser efetivada pelo julgador, considerando não só as regras do processamento, mas também os princípios constitucionais e infraconstitucionais do processo do trabalho, as circunstâncias do caso concreto e o devido processo legal justo e efetivo.

Tendo em vista que em determinados casos o empregador tem mais condições técnicas, informacionais e econômicas de produzir a prova, até mesmo

porque, em regra, a documentação referente a relação empregatícia fica sob sua guarda, necessário se faz garantir ao trabalhador, uma maior facilidade para demonstrar a veracidade das alegações por ele formuladas e diminuir sua dificuldade probatória, o que justifica, mais uma vez, a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, sob a perspectiva do princípio da proteção processual.

Baseado no princípio da proteção processual, sustenta-se a repartição dinâmica do ônus da prova. Assim, defende-se que quando o trabalhador estiver em situação de desigualdade em relação ao empregador, quanto à produção probatória, o juiz do trabalho distribua dinamicamente o ônus da prova, considerando as peculiaridades do caso concreto e buscando o equilíbrio processual, para que possa tomar uma decisão justa.

4.4 PRINCÍPIO DA LEALDADE PROCESSUAL E BOA-FÉ

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova é corolário dos princípios da lealdade processual e boa-fé, pois “nosso sistema não admite que a parte aja ou se omita, de forma ardilosa, no intuito deliberado de prejudicar a contraparte, não se valendo de alegações de fato e provas esclarecedoras” (DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2014, p. 96). Os citados princípios encontram-se explícitos no artigo 14, inciso II, do Código de Processo Civil: “Art. 14 São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: [...]; II - proceder com lealdade e boa-fé;”.

O princípio da lealdade processual, nos dizeres de Leite (2014, p. 80):

[...] tem por escopo impor aos litigantes uma conduta moral, ética e de respeito mútuo, que possa ensejar o curso natural do processo e levá-lo à consecução de seus objetivos; a prestação jurisdicional, a paz social e a justa composição da lide.

No universo probatório, os deveres de lealdade e boa-fé se fortalecem, pois uma atuação baseada na ética pode refletir diretamente na resolução judicial.

Não raro, se observa as partes depondo em versões distintas das alegadas na inicial ou na defesa ou diligências desnecessárias e procrastinatórias sendo realizadas, o que acaba por comprometer a resolução justa do processo. Afirmam Nery Júnior e Nery (2004, p. 284) que é vedado ao litigante “a utilização de expedientes de chicana processual, procrastinatórios, desleais, desonestos, com o objetivo de ganhar a demanda a qualquer custo”. Do contrário, poderia afetar a atividade probatória e a duração razoável do processo.

Por outro lado, a partir do momento em que as partes agem atendendo aos deveres de lealdade, probidade, integridade, conforme a boa-fé torna-se muito mais provável que o magistrado chegue a uma conclusão substancialmente verdadeira.

Assim é que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova se enquadra nos postulados dos princípios da lealdade processual e boa-fé, posto que ao impor o encargo probante à parte com melhores condições probatórias, obsta que o sujeito, de maneira desleal, omita elementos de prova relevantes à demanda, com intenção de nela se favorecer e prejudicar o direito da contraparte.

4.5 PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

Todo debate acerca dos poderes instrutórios do juiz volta-se para os modelos de organização do processo. No modelo adversarial, que tem por base o princípio dispositivo, o processo é tido como uma disputa entre as partes, e por elas se desenvolve, diante da passividade do órgão jurisdicional. Já no modelo inquisitorial, no qual prevalece o princípio inquisitivo, o órgão jurisdicional é que ocupa uma posição mais ativa no processo, podendo o magistrado ter iniciativa oficial.

Atualmente, vem-se solidificando e se destacando um novo modelo de organização do processo, o modelo cooperativo, com base no princípio da cooperação, que sugere um diálogo processual, entre os sujeitos do processo, incluindo-se o órgão judicial. Pois, não faz mais sentido que as partes apenas travem o processo, como se fosse um duelo, diante de uma atuação passiva do magistrado.

Chegou-se ao entendimento de que a finalidade do Estado Democrático de Direito não é apenas normatizar direitos, mas principalmente assegurá-los e garantir uma ordem jurídica justa. Assim, ao juiz não cabe a posição de somente assistir as

partes lutarem por seus interesses. Zelar por esses interesses é, também, objetivo estatal.

Tal objetivo pode ser alcançado através de um modelo cooperativo de organização do processo, por meio do princípio da cooperação que, segundo ensina Didier Jr. (2008, p. 59):

[...] orienta o magistrado a tomar uma posição de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais a de um mero fiscal de regras. Essa participação não se resumiria à ampliação dos seus poderes instrutórios ou de efetivação de decisões judiciais (arts. 131 e 461, § 5º, do CPC). O magistrado deveria adotar uma postura de diálogo com as partes e com os demais sujeitos do processo: esclarecendo suas dúvidas, pedindo esclarecimentos quando estiver com dúvidas e, ainda, dando orientações necessárias quando for o caso. Encara-se o processo como produto de atividade cooperativa: cada qual com as suas funções, mas todos com o objetivo comum, que é a prolação do ato final [...]. O princípio da cooperação gera os seguintes deveres para o magistrado (seus três aspectos): a) dever de esclarecimento; b) dever de consultar; c) dever de prevenir

No campo probatório, observa-se que o legislador conferiu amplos poderes instrutórios ao juiz ao proclamar o artigo 130 do Código de Processo Civil que dispõe: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”. Nota-se que a própria legislação admite a iniciativa probatória por parte do órgão jurisdicional.

Assim é que os poderes instrutórios do juiz aliados ao princípio da cooperação, permitem que o magistrado distribua dinamicamente o encargo probatório, levando em consideração, inclusive, que tem autorização expressa para determinar a produção de provas de ofício.

Didier Jr, Braga e Oliveira (2014, p. 25) entendem que a melhor forma de interpretar o artigo 130 do Código de Processo Civil é:

[...] aquela que privilegia o meio termo: a atividade probatória é atribuída, em linha de princípio, às partes; ao juiz cabe, se for o caso, apenas uma atividade complementar – uma vez produzidas as provas requeridas pelas partes, se ainda subsistir *dúvida* quanto a determinada questão de fato relevante para o julgamento, o juiz está autorizado a tomar iniciativa probatória para saná-la. Não se pode esquecer que, embora não seja finalidade do processo esclarecer a *verdade*, constitui princípio ético do processo buscá-la, a fim de que a decisão, cuja construção compete exclusivamente ao juiz, seja a mais justa possível. As regras de ônus da prova têm aplicação subsidiária: esgotadas as atividades probatórias-inclusive, se for o caso, a oficial-, aí sim elas têm lugar.

Ao discorrer sobre os poderes instrutórios do juiz, no mesmo entendimento, ora compartilhado, afirma Schiavi (2012, p. 617):

O juiz da atualidade não pode mais fechar os olhos diante de uma regra processual, ou vendar os olhos e prolatar uma sentença sem estar convicto (julgamento no escuro). Por isso, o juiz não pode omitir-se, negligenciando a produção de alguma prova necessária.

Logo, restando dúvida pelo juiz com relação a determinado fato, o magistrado deve, mediante diálogo com as partes, verificar a hipótese de possibilidade probatória pela contraparte, quando esta for impossível para o litigante inicialmente onerado. Existindo tal possibilidade, os poderes instrutórios do juiz lhe autorizam a distribuir o ônus da prova de forma dinâmica para aquele que tem condições de produzir a prova, operando-se, desse modo, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

4.6 PRINCÍPIO DA APTIDÃO PARA A PROVA

Considerando a deficiência da consolidação laboral, quanto ao ônus da prova, o direito processual do trabalho desenvolveu o princípio da aptidão para a prova, que flexibiliza o regramento dos artigos 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e o artigo 333 do Código de Processo Civil.

“O presente princípio determina que deve produzir a prova não quem detenha o ônus processual (artigos. 818, da CLT ou 333, do CPC), mas sim quem detenha melhores condições materiais ou técnicas para produzir a prova” (SCHIAVI, 2012, p. 586) e afirma tratar-se de:

[...] superação da regra do ônus da prova prevista nos arts. 818, da CLT e 333, do CPC, à luz dos princípios constitucionais do acesso à justiça, contraditório, ampla defesa e igualdade substancial dos litigantes, uma vez que no processo, em determinadas circunstâncias, a prova pode ser produzida com maior facilidade e efetividade por uma parte a qual não detém o ônus da prova.

Paula (2010, p. 120), fundamenta o princípio da aptidão para a prova nos seguintes elementos:

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 da facilidade do acesso às fontes de prova.

A aptidão para a prova diferencia-se da inversão do ônus da prova de que trata o artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, porquanto que este exige verossimilhança das alegações do consumidor ou sua hipossuficiência, enquanto que aquele simplesmente confere o ônus da prova àquele que tem melhores meios de fornecê-la.

Importa apontar a ementa que segue e que bem exemplifica a ideia do princípio da aptidão para a prova:

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 redonda na idéia 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-15 - RO: 10097 SP 010097/2011, Relator: Francisco Alberto Da Motta Peixoto Giordani, Data de Publicação: 04/03/2011)

Ressalte-se que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova foi melhor aprofundada e estruturada. Assim, o presente princípio revela-se como mais um fundamento para aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, uma vez que supera a simplicidade da legislação vigente, flexibilizando-a, ao passo que pretende impor o ônus da prova à parte com melhores condições de produzi-la.

5 APLICAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO TRABALHISTA

Este capítulo destina-se a analisar a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo trabalhista. Pretende-se mostrar a necessidade de adequação da carga dinâmica ao processo do trabalho, para, a partir de então, apresentar os critérios estabelecidos para utilização da teoria. Posteriormente, busca ilustrar a dinamização probatória, por meio de posicionamento sumulado pelo Tribunal Superior do Trabalho, perante uma situação de dificuldade do ônus probante, bem como se utilizará de jurisprudências como exemplos de aplicabilidade da teoria dinâmica. Abordará, ainda, a inovação trazida pelo projeto do Novo Código de Processo Civil, que é justamente a adoção expressa da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e de que modo refletirá no Direito Processual do Trabalho.

5.1 NECESSIDADE DE ADAPTAÇÃO DA CARGA DINÂMICA AO PROCESSO TRABALHISTA

Já vimos que a atual legislação processual adotou a regra estática de distribuição do ônus da prova, determinando de maneira prévia e abstrata a repartição do ônus probatório baseado na posição da parte na lide processual e na natureza dos fatos pretendidos.

Ao distribuir o encargo probatório previamente e de um modo geral, o atual sistema considera que as partes estão em pé de igualdade (formal), o que nem sempre ocorre. Assim, acaba por ignorar as especificidades do caso concreto e inviabilizar uma distribuição do ônus probatório de forma mais coerente em sede de determinadas relações de direito material.

Feliciano (2008, p. 104), sinaliza que as regras da distribuição estática (artigos 818 da CLT e 333 do CPC) “são inaptas a regular, de modo absoluto, a dinâmica de um processo tão veloz, garantista e tuitivo como é o processo do trabalho, que envolve, via de regra, pretensões vinculadas à violação de direitos

fundamentais”, o juiz do trabalho ainda assevera que “no processo do trabalho, deve prevalecer a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, a ser sempre racionalmente demonstrada em decisão fundamentada”.

A regra estática pode impedir uma tutela jurisdicional justa, pois, ainda que legítimo o direito de uma parte, quando esta estiver frente a uma prova diabólica, em contraposição ao conforto da contraparte, que possui elementos probatórios capazes de tornar claros os fatos controvertidos da demanda, “o juiz terminará por proferir decisão desfavorável àquele que não se desincumbiu do seu encargo de provar” (DIDIER JR.; BRAGA e OLIVEIRA, 2014, p. 93).

Torna-se claro e evidente a existência de lacuna axiológica, ou seja, “ausência de norma justa, isto é, existe um preceito normativo, mas, se for aplicado, sua solução será insatisfatória ou injusta” (DINIZ, 2010, p. 359) e, ontológica, isto é “ausência de norma eficaz socialmente” (DINIZ, 2010, p. 359), visto que em diversas lides laborais, o uso da teoria clássica do ônus da prova, apresenta-se ultrapassado ou resulta num desfecho injusto, impedindo o gozo de direitos fundamentais e o devido acesso à justiça, motivo pelo qual, mostra-se necessário a aplicação da teoria de distribuição dinâmica do ônus da prova.

Paula (2010, p. 116), chama atenção para a complexidade que enfrenta o empregado na atividade probatória:

No âmbito específico das provas, temos as dificuldades probatórias que podem ter o empregado e, em contrapartida, a maior facilidade probatória do empregador, que normalmente é quem dispõe das provas, principalmente, a documental. Não se pode tratar igualmente os dois, sendo que esse tratamento diferenciado é uma exigência do próprio princípio de igualdade, tendo essa desigualdade de tratamento justificativa objetiva e razoável. Sem se ofender o princípio do contraditório, que será sempre assegurado, facultando-se à parte a prova ou contraprova de seu direito ou interesse.

Vê-se que a técnica estática de distribuição do ônus da prova não atende às peculiaridades de cada caso concreto e, em decorrência de uma desigualdade na relação jurídica material, deixa que a parte inicialmente onerada, suporte tal encargo sem, no entanto, possuir as condições necessárias à produção de provas, enquanto que a parte contrária poderia estar perfeitamente apta para tanto.

Essa inflexibilidade com que é tratado o instituto do ônus da prova poderá obstaculizar, portanto, uma justa solução da demanda, sem necessidade de se valer de regras de julgamento. Tanto é que afirma Cambi (2006, p. 340-341):

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

É imprescindível que a estaticidade, característica da atual legislação do ônus da prova, seja relativizada, a fim de se adaptar ao Direito Processual do Trabalho. Tal flexibilização implicaria na aplicação da repartição dinâmica do encargo probatório no processo trabalhista.

É sabido que o processo do trabalho apresenta peculiaridades que merecem atenção especial, vez que, pela própria natureza e formação das relações de trabalho, o empregador ocupa uma posição mais confortável, do ponto de vista probatório.

Isto porque o empregador é quem domina toda a relação de trabalho. Com efeito, referido empregador é o titular dos poderes de direção, regulamentação, fiscalização e disciplina da prestação de serviços. Logo, cabe a este dirigir a estrutura organizacional da empresa, traçar as regras em que se fixam a prestação de serviços, supervisionar o desenvolvimento das atividades e estabelecer punições ou reconhecimento aos trabalhadores.

Por isso, praticamente todos os documentos que rezam sobre a prestação dos serviços encontram-se na posse do empregador, por conseguinte, este ocupa uma posição visivelmente mais favorável para demonstrar como se desenvolvia a atividade laboral. Seguindo o entendimento retro, assevera Ambrosio (2013, p. 99):

A hipossuficiência do trabalhador é fato notório, dentro e fora do processo trabalhista, da mesma forma como a superioridade econômica do empregador. A prova testemunhal deve ser obtida de outros empregados que estão subordinados ao mesmo empregador e, portanto, tem suas declarações comprometidas pelo medo de perderem o emprego. Da mesma forma, a prova documental raramente pode ser apresentada pelo trabalhador, pois toda a documentação se encontra em poder do empregador. A decorrência natural disso é a exigência de uma maior proteção do Estado para com o mais fraco, já que seu objetivo é a paz social e a concretização dos direitos fundamentais.

Deve-se, portanto, levar em consideração no momento de distribuição do encargo probatório, o maior acervo de elementos de prova de que dispõe o empregador, o que pode ser feito por meio da repartição dinâmica do ônus da prova, tendo em vista que esta técnica permite ao magistrado distribuir o ônus da prova para o empregador, quando verificar que ele tem melhores condições técnicas, informacionais e financeiras de demonstrar a veracidade das alegações, independentemente da natureza do fato alegado. Neste sentido, 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. 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.

Assim, é fundamental que o Direito Processual do Trabalho passe por uma flexibilização da regra estática do ônus da prova, através da aplicação da técnica da carga dinâmica, no intuito de realizar uma prestação jurisdicional justa e efetiva, que possa atender à realidade vivida na relação de direito material do trabalho.

5.2 CRITÉRIOS PARA APLICAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO TRABALHISTA

Amadurecida a ideia de aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho essencial torna-se a compreensão dos critérios que devem ser considerados no momento da sua aplicação, no intuito de não violar preceitos de ordem constitucional e infraconstitucional, posto que a técnica em análise não é absoluta, não podendo ser aplicada a todo e qualquer custo.

O primeiro ponto a ser destacado é a característica subsidiária da carga dinâmica do ônus da prova, eis que a regra estática de distribuição do ônus da prova continua sendo o artifício principal da disciplina do ônus da prova.

Com efeito, a regra de distribuição dinâmica não vem para substituir o regramento legal de distribuição do ônus da prova, mas para complementá-lo, aprimorando-o, aquela apenas entra em cena quando esta for insuficiente à resolução justa do caso. Neste sentido, Knijnik (2012):

Contudo, a idéia de um ônus dinâmico não afasta, de per si, as regras legais a esse respeito fixadas pelo legislador: ao contrário, persistiria o enfoque estático, devendo os sujeitos processuais, na generalidade dos casos, examinar a sintaxe das normas e a natureza dos fatos alegados segundo sua posição funcional. A invocação do ônus dinâmico entraria em jogo quando a aplicação daquelas regras iniciais conduzisse a uma probatio diabólica, vindo a inutilizar a ação judiciária e o acesso útil ao Estado-Jurisdição.

Desse modo, a repartição dinâmica do encargo probatório deverá atingir, excepcionalmente, aqueles casos em que o magistrado do trabalho constate que a parte onerada não dispõe de condições técnicas, econômicas, materiais e informacionais de fomentar a prova e que a contraparte, ao inverso, dispõe de tais condições.

Câmara (2014, p. 440), bem sintetiza essa característica subsidiária da distribuição dinâmica do ônus da prova:

[...] a distribuição dinâmica não é regra, mas exceção. Como regra geral, e para que se tenha segurança nas relações processuais, aplica-se a máxima tradicional, segundo a qual o ônus da prova incumbe a quem faz a alegação. Excepcionalmente, e como forma de assegurar a isonomia entre os sujeitos parciais do processo, o juiz poderá determinar, por decisão fundamentada, a inversão do ônus probatório, sempre que verificar que a parte a qual tal ônus normalmente incumbiria não tem mínimas condições de produzir a prova e a parte adversária tem condições totais de o fazer [...].

Assim, a distribuição dinâmica não deve ser aplicada indefinidamente, assumindo o lugar da regra geral, mas somente na ocasião demonstrada, hipótese em que será afastada a regra estática de distribuição do ônus probante.

A segunda análise trata-se do modo de avaliação que deve ser utilizado pelo juiz trabalhista para verificar a existência de desigualdade probatória entre os litigantes.

Os poderes instrutórios do juiz, à luz do artigo 765 da Consolidação das Leis do Trabalho, e o princípio da cooperação, permitem que o magistrado proceda à repartição dinâmica do ônus da prova, por provocação das partes ou de ofício, de acordo com as regras de experiência.

Portanto, a avaliação deve ser realizada segundo as máximas de experiência do magistrado, isto é, baseada na experiência adquirida pelo juiz ao longo do tempo, que acaba desenvolvendo um prévio entendimento acerca de diversos assuntos, a partir do que ordinariamente acontece em casos semelhantes ao que se encontra sob seu crivo.

Outro grande aspecto cuida da prova diabólica reversa. Não há espaço para aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, quando essa implicar prova diabólica para a contraparte. Nesse caso, há de prevalecer a regra estática.

Com efeito, não é cabível impor a repartição dinâmica, quando a parte que vier a ser onerada, também apresenta extrema dificuldade ou impossibilidade para ter acesso às provas, tal imposição configuraria prova diabólica reversa, o que, como já vimos em outra oportunidade, é inadmissível em nosso sistema legal.

Ressalte-se a importância de verificar, quando da aplicação da carga dinâmica, a existência de extrema dificuldade ou impossibilidade para a produção da prova pela parte inicialmente onerada e, ao mesmo tempo, maior facilidade ou possibilidade para a outra parte.

Destarte, além da parte inicialmente onerada pela regra estática, não apresentar condições de produzir a prova, a outra parte, deve apresentar tais condições, para que não caracterize prova diabólica reversa.

Por outro lado, não basta que a parte contrária esteja em melhores condições de produzir a prova, a parte que pretende a aplicação da carga dinâmica, não poderá, efetivamente, possuir essas condições, para que se evite o comodismo processual do litigante.

Destaca-se, ainda, a parcialidade da distribuição dinâmica do ônus da prova. Aplicar a técnica de repartição dinâmica do ônus da prova, não significa necessariamente inverter o encargo probatório referente a todas as alegações fáticas, para a parte contrária.

A dinamização, não implica a transferência integral do encargo probatório para a outra parte, podendo incidir sobre uma ou mais alegações fáticas do processo, tendo em vista que cada alegação de fato representa diferentes perspectivas de produção probatória para as partes conflitantes. Baldini (2013, p. 132) traz o seguinte exemplo:

[...] no caso de responsabilidade por acidente de trabalho, a distribuição dinâmica poderá ser aplicada quanto à ocorrência ou não de culpa do empregador no evento danoso, atribuindo-se a este o ônus da comprovação ou não dessa alegação, sendo que, quanto à existência do dano e sua extensão, e nexos causal, o ônus da prova permanecerá com o empregado, vez que não estaria, a princípio, impossibilitado de produzir prova quanto a estas questões processuais.

Assim, a transferência do ônus da prova poderá ocorrer de forma parcial, somente com relação a alegações específicas e não, obrigatoriamente, a todo o conjunto probatório. Principalmente, no processo trabalhista, no qual as demandas geralmente apresentam muitos pedidos.

Outro importante critério diz respeito à fundamentação da decisão do magistrado trabalhista. A aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova deve ser feita por meio de decisão judicial fundamentada.

O juiz deve explicitar os motivos que o levaram, num caso concreto, a afastar a regra tradicional de distribuição do ônus da prova, e aplicar a regra dinâmica e, argumentar, de forma racional, as circunstâncias que o fizeram entender que um litigante encontra-se em situação de desigualdade probatória em relação ao outro.

Ao discorrer sobre o assunto afirma, Carpes (2010, p. 130):

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

Revela-se, assim, uma forma de controlar a imparcialidade e arbitrariedade da atividade judicial.

Muito se discute acerca do momento processual adequado para aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, se no decorrer da instrução do processo ou no momento de proferir a sentença.

Anteriormente, quando da análise dos aspectos subjetivo e objetivo do ônus da prova, foi ressaltado a importância do aspecto subjetivo do ônus da prova, vez que ligado à ideia de se evitar uma situação de ausência de provas suficientes ao deslinde do feito que, por sua vez, forçaria a um julgamento com base nas regras de julgamento (ônus objetivo da prova).

Com efeito, uma sentença pautada em provas efetivamente produzidas nos autos do processo representa uma eficácia muito maior do que uma decisão prolatada com base em regras abstratas de julgamento. Essa última, atendendo ao intento judicial do processo, enquanto aquela ao intento social do processo.

Em momento posterior foi estudada a inversão judicial do ônus da prova e defendido que o momento adequado para tal fenômeno seria durante a instrução processual, e não no momento da prolação da sentença, em razão da necessidade de atenção aos princípios do contraditório e da ampla defesa, considerando a inversão do ônus da prova como regra de processo e não regra de julgamento.

Pois bem, em harmonia com esses enunciados, se defende que o momento processual adequado para a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova seria durante a instrução do processo, tanto no fito de se evitar uma situação de insuficiência de provas, quanto por considerar a “inversão” judicial do ônus da prova regra de processo, em conformidade com os princípios do contraditório e da ampla defesa. Descartado, portanto, o momento da prolação da sentença como adequado.

Desse modo, é na fase instrutória que o magistrado trabalhista deve operar a dinamização, seja no início ou mesmo até o fim da instrução processual, pois a qualquer momento pode o juiz acreditar que, naquele caso concreto, se faz necessário flexibilizar as regras comuns do ônus da prova.

O mais importante é que o juiz, após dar ciência às partes sobre o afastamento da regra tradicional, confira aos litigantes oportunidades para que possam se manifestar e se desincumbir dos encargos probatórios a que foram onerados. Inclusive, se necessário, a audiência de instrução pode ser adiada, para que fique assegurada a oportunidade de produção de prova pela parte, ora onerada.

Trata-se da observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, essencial para que a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, não viole direitos e garantias constitucionais.

Busca-se, desse modo, uma decisão formulada com base em provas devidamente produzidas e não em meras regras abstratas de julgamento.

5.3 EXAME DE JURISPRUDÊNCIA À LUZ DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

A questão da jornada de trabalho do empregado é bastante relevante no processo trabalhista, vez que é corriqueiro o pleito de pagamento de horas extras nas demandas trabalhistas. Há inclusive entendimento sumulado pelo Tribunal Superior do Trabalho em relação ao ônus da prova e a jornada de trabalho. Pelo exposto é que será analisado o ônus da prova no campo da jornada de trabalho, com o fim de ilustrar a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo juslaboral.

A Consolidação das Leis do Trabalho em seu artigo 74, § 2º, determina que:

Art. 74. [...]

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

O aludido dispositivo impõe ao empregador que conte com mais de dez empregados a obrigação de documentação da jornada de trabalho. Ante o compromisso de documentação da jornada de trabalho pelo empregador, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula n. 338, *in verbis*:

JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 234 e 306 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula nº 338 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

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

III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir. (ex-OJ nº 306 da SBDI-1- DJ 11.08.2003)

A referida súmula determina ser do empregador o ônus de registrar a jornada de trabalho quando contar com mais de dez empregados, em conformidade, portanto, com a regra do artigo 74, §2º da Consolidação Trabalhista.

Em seguida, preconiza que a não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho declinada na petição inicial, a qual pode ser elidida por prova em contrário, ainda que prevista em instrumento normativo, o que representa uma clara aplicação da distribuição dinâmica do ônus probatório

Além disso, fica estabelecido que a apresentação de cartões de ponto pelo empregador, com apontamentos uniformes, conhecidos como “registro britânico”, são inválidos como meio de prova, gerando, também, presunção favorável ao trabalhador, prevalecendo a jornada da inicial se o empregador não se desincumbir de seu encargo probatório.

A súmula supracitada é um nítido indicativo de uso da distribuição dinâmica do ônus da prova. Com efeito, frente a obrigação de registro da jornada de trabalho, o empregador fica em melhor situação probatória no que se refere ao horário trabalhado pelo empregado/reclamante, sendo perfeitamente capaz de trazer aos autos do processo a documentação da jornada trabalhada. Assim, a atividade probatória terá início com o empregador, tendo em vista que dispõe de melhores condições probatórias, motivo pelo qual sobre ele deve incidir o encargo probatório, em relação à alegação dos horários de serviços prestados.

Por outro lado, se aplicada fosse a regra estática, o empregado não possuiria a mesma facilidade que conta o empregador para produzir a prova mencionada, bem como a prova de prestação de horas extras, vez que não tem à sua disposição os registros da jornada prestada. No mais, o reclamante poderia se valer apenas de prova testemunhal ou algum outro meio de prova, o que configuraria uma situação de desigualdade probatória, o que fundamenta a aplicação da carga dinâmica, posto que não se pode violar o princípio da igualdade material e o direito fundamental à prova.

Frise-se que, como indica o item I da Súmula n. 338, a não apresentação dos controles de frequência pelo empregador gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, porém não inibe a possibilidade de produção de prova em contrário por outros meios possíveis. De igual modo, a apresentação de registros britânicos não implica o acolhimento da jornada da inicial, pois o empregador pode comprovar por outro meio de prova a efetiva jornada. Quando a reclamada não se desvencilhar de seu encargo é que será acolhida a jornada aduzida na petição inicial.

Observa-se que o Tribunal Superior do Trabalho, através de entendimento pacificado, encontra-se em sintonia com os postulados da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, vez que atribui o ônus probatório relativo à jornada prestada ao empregador, por este possuir melhores condições probatórias em relação ao empregado, já que tem o dever de documentar a jornada de trabalho.

As Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho operam relevante influência e servem de orientação para as instâncias inferiores da Justiça do Trabalho, como se pode ver nos seguintes julgados que se utilizam da Súmula analisada para resolução das lides trabalhistas, quanto ao aspecto da jornada de trabalho, impondo ao empregador o ônus da prova, *in verbis*:

RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. CARTÕES DE PONTO. JORNADA INVARIÁVEL. SÚMULA 338, III, DO TST. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. A tese regional é no sentido de que as reclamadas juntaram aos autos os controles de ponto de todo o período contratual, mas que tais documentos somente registram a jornada contratual da reclamante, ou seja, consignam horários de entrada e saída uniformes. Tal situação, nos termos da Súmula 338, III, do TST, acarreta a inversão do ônus da prova, quanto às horas extraordinárias, em desfavor da reclamada. Por se tratar de presunção relativa, pode ela ser elidida pela apresentação de prova em sentido contrário, não se equiparando a tanto o depoimento do preposto da reclamada, cuja natureza é de depoimento pessoal, e não de prova testemunhal hábil à comprovar as alegações da empresa. Prevalecendo, portanto, a referida presunção, a jornada a ser considerada para fins de apuração das horas extraordinárias além da jornada de 6 horas diárias é aquela indicada na petição inicial. Recurso de revista conhecido e provido. [...] (TST - RR: 142800820095020082, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 20/08/2014, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/08/2014)

EMENTA: Recurso do Reclamante. HORAS EXTRAORDINÁRIAS E REPERCUSSÕES DEVIDAS. SÚMULA N.º 338 DO C. TST. A recorrida negou o direito do reclamante sem produzir provas da negativa do aludido direito, situação essa que atraiu para si o ônus da prova do qual não se desincumbiu, em consonância com a distribuição do ônus probatório que se extrai da teoria da dinâmica da prova e nos moldes do art. 333 do CPC c/c art. 818 da CLT. Em razão da ausência dos controles de frequência e de quaisquer outras provas da recorrida, somado esse fato à incidência da súmula n.º 338 do C. TST, resulta confirmada a ocorrência de labor suplementar, de molde que reputo como verdadeira a jornada declinada na emenda à inicial de segunda a sexta-feira, das 07h30min às 17h30m, e labor aos sábados, em escala, com 1 hora de intervalo para refeição. Recurso parcialmente provido. (TRT-1 - RO: 2783009320095010431 RJ, Relator: Bruno Losada Albuquerque Lopes, Data de Julgamento: 16/07/2013, Quinta Turma, Data de Publicação: 24-07-2013)

[...] **INTERVALO INTRAJORNADA. ÔNUS DA PROVA. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA.** Diante da ausência de cartões de ponto nos autos e à luz do entendimento consubstanciado na Súmula n.º. 338, I, do c. TST, bem como do art. 74, § 2º, da CLT, impõe-se à acionada o ônus da prova da não

concessão do intervalo intrajornada mínimo, mormente diante do princípio da distribuição dinâmica do ônus da prova, em que se deve atribuir àquele que tem melhores condições de produzir a prova o encargo de fazê-lo. [...] **(TRT-5 - RECORD: 982002820095050401 BA 0098200-28.2009.5.05.0401, 2ª. TURMA, Data de Publicação: DJ 03/02/2012)**

5.4 TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Diante da necessidade de relativizar as regras tradicionais do ônus da prova, o Novo Código de Processo Civil, aprovado pelo Senado Federal em dezembro de 2014, propõe a positivação dos postulados da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, em seu artigo 262, que assim dispõe:

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

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

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

Nota-se que o novo Código de Processo Civil acolhe, claramente, a teoria em análise, ao possibilitar que o juiz distribua o ônus da prova, de modo diverso da regra comum, à parte com melhores condições de produzi-la, de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

Importa observar que a carga dinâmica do ônus da prova foi posta em posição complementar e subsidiária ao modelo da regra estática, coexistindo, portanto, os dois sistemas na proposta do Novo Código de Processo Civil, da mesma maneira como foi defendido no presente trabalho.

Assim, conservou-se a regra estática, que atribui o ônus da prova de acordo com a posição das partes no processo e a natureza dos fatos pretendidos e, por outro lado, permitiu o abrandamento deste modelo, por meio da utilização da regra dinâmica do ônus da prova.

O dispositivo em questão determina também que o magistrado, ao optar pela aplicação da teoria em estudo, profira decisão devidamente fundamentada e de

modo que seja observado o contraditório, oportunizando o desenvolvimento adequado do ônus atribuído pela regra dinâmica.

Conforme visto, não é unânime o pensamento sobre a aplicação subsidiária do artigo 333 do Código de Processo Civil ao processo trabalhista, argumentando, os relutantes, que não há omissão normativa neste particular. No entanto, vimos que, mesmo que exista norma positivada regulamentando determinado assunto, o artigo 769 da Consolidação Laboral não trata somente de lacuna normativa, mas ontológica e axiológica também. Assim, quando as regras do Direito Processual do Trabalho forem insuficientes à tutela jurisdicional justa, ou mesmo quando estiverem ultrapassadas, deve-se utilizar, subsidiariamente, as regras do direito processual comum, desde que, por óbvio, exista compatibilidade prática entre os citados regramentos.

Quanto à possibilidade de aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, sendo a mesma adotada no Novo Código de Processo Civil, naturalmente poderá, também, ser aplicada no direito processual do trabalho, ante à subsidiariedade deste àquele, vez que restaria configurada uma nítida omissão legislativa na Consolidação das Leis do Trabalho.

Ademais, repise-se que a distribuição dinâmica do ônus da prova, é perfeitamente compatível com as normas *juslaborais*, estando em conformidade com os princípios constitucionais e infraconstitucionais do Direito Processual do Trabalho, além de possibilitar o direito fundamental à prova e a igualdade substancial do processo.

O texto normativo do Novo Código de Processo Civil é um sinal evidente de que se está atravessando uma flexibilização das regras tradicionais do ônus da prova ao incorporar explicitamente a possibilidade de aplicação da distribuição dinâmica do encargo probatório, o que, conseqüentemente, irá refletir no Direito Processual do Trabalho. Tal fato corrobora o posicionamento de que o modelo estático de distribuição do ônus probatório se apresenta obsoleto, de modo que suas deficiências necessitam ser revisadas.

6 CONCLUSÃO

Verificou-se na presente pesquisa que a prova é, indubitavelmente, ponderosa para o processo, haja vista que por meio desta é que se forma a convicção do julgador acerca da existência ou não de um fato jurídico, de modo a efetivar a tutela jurisdicional.

Tem como desígnio, portanto, aproximar o máximo possível da realidade fática, a fim de dar suporte suficiente para que o magistrado forme seu convencimento, alcançando a justiça.

A partir dessas premissas, passou-se a questionar o tratamento legal conferido à matéria do ônus da prova no atual sistema processual trabalhista, que adotou uma regra estática de distribuição probatória, determinando de maneira prévia e abstrata a repartição do encargo, baseado na posição da parte na lide e na natureza dos fatos pretendidos.

A inversão judicial do ônus da prova está positivada no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, o qual autoriza o magistrado a inverter o ônus da prova em duas hipóteses: quando a alegação do consumidor for verossímil ou quando ele for hipossuficiente, segundo as regras de experiência.

No caso, o juiz, de acordo com as máximas de experiência, verificará se as alegações do consumidor são verossímeis, o que o autoriza a redistribuir o ônus da prova, impondo ao fornecedor o encargo da prova contrária.

Da mesma forma acontece quando o magistrado constatar que o consumidor não se encontra em condições técnico, materiais, financeiras ou sociais necessárias à produção de provas, estando, portanto, em situação de hipossuficiência probatória. Neste caso, o juiz também redistribuirá o ônus da prova, atribuindo à contraparte o ônus de fazer prova das alegações formuladas pelo autor.

Cumprido destacar que as regras tradicionais de distribuição do ônus da prova (artigos 333 do CPC e 818 da CLT) não se revelam mais suficientes à tutela dos direitos materiais que se busca nos conflitos trabalhistas, considerando as particularidades da relação jurídica material e processual do trabalho.

Diante da presente pesquisa, verificou-se que o emprego de princípios específicos do direito laborativo confere ao magistrado instrumentos hábeis para assegurar uma distribuição mais eficaz do ônus probatório.

Debruçou-se o trabalho sobre os elementos nos quais se poderia fundamentar o uso da teoria da inversão do ônus probante no processo do trabalho. Destacaram-se, neste sentido, o direito fundamental à prova, o princípio da igualdade, da lealdade, boa-fé, cooperação, aptidão para a prova, além dos poderes instrutórios do juiz.

O direito fundamental à prova, de natureza constitucional, decorre do direito fundamental ao contraditório e do princípio do acesso à justiça. As regras do direito processual do trabalho não podem ser desenvolvidas sem que atenda plenamente ao direito fundamental à prova, sob pena de serem consideradas inconstitucionais.

O princípio da igualdade, especificamente a igualdade substancial, consagrado no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, tem aplicabilidade em todo sistema jurídico e, por óbvio, também se aplica ao direito processual trabalhista. O referido princípio busca reequilibrar situações de desigualdade existentes na relação jurídica processual.

No plano infraconstitucional, verificou-se que da necessidade de observância do princípio proteção processual, da lealdade processual e boa-fé, poderes instrutórios do juiz e princípio da cooperação, surge o embasamento para utilização da carga dinâmica do ônus probatório no processo trabalhista.

Sob a ótica do processo do trabalho, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova encontra fundamento no princípio da aptidão para a prova, que busca relativizar as regras tradicionais ao determinar a produção probatória àquela parte com melhores condições de desenvolvê-la, diante das situações de desigualdade que enfrentam os litigantes no processo juslaboral.

Constatou-se a patente necessidade de flexibilização da regra estática do ônus da prova, haja vista apresentar o processo do trabalho peculiaridades dignas de atenção especial, tendo em vista o direito material tutelado e a própria natureza e formação das relações de trabalho, nas quais o empregador ocupa uma posição mais confortável, do ponto de vista probatório.

Percebeu-se a possibilidade de utilização da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no direito processual trabalhista, posto que representa a relativização da regra comum ao atribuir o encargo probatório àquela parte com melhores condições de produzir a prova, quando a contraparte não possui tais condições, independente de expressa autorização legal.

Com efeito, a justiça do trabalho pode e deve contribuir para construção e evolução do direito trabalhista, a partir de fundamentos constitucionais, notadamente o direito fundamental à prova e o princípio da igualdade material, com o escopo de obter uma tutela jurisdicional justa e efetiva, não se restringindo à voz da lei, quando insuficiente e ultrapassada.

Tanto é que o Tribunal Superior do Trabalho já editou súmula com visível adoção dos postulados da teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório, demonstrando sua pertinência em matéria de jornada de trabalho, por exemplo.

Constatou-se que a carga dinâmica do ônus da prova vem prevista no projeto do novo Código de Processo Civil, revelando a pertinência e tendência legislativa sobre a matéria. A iminente norma, de sorte, refletirá no direito processual do trabalho.

Conclui-se, portanto, que o processo juslaboral deve utilizar a distribuição dinâmica do ônus da prova, pois não se pode ignorar as peculiaridades das relações jurídicas materiais. Inobstante às disposições legais, importante que se utilize meios capazes de atenuar a rigidez com que é tratado o instituto, notadamente para atender aos casos em que o empregado se encontre em extrema desvantagem de produzir a prova face o empregador.

REFERÊNCIAS

AMBROSIO, Gabriella. **A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013.

BALDINI, Renato Ornelas. **Distribuição Dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho**. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-05122013-093647/pt-br.php>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988.

_____. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 27 dez. 2014.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 27 dez. 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. **Recurso Ordinário nº 01465201201010002**. Relator: Desembargador João Amílcar, Data de Julgamento: 05/02/2014. Disponível em: <<http://trt10.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113494891/recurso-ordinario-ro-1465201201010002-df-01465-2012-010-10-00-2-ro>>. Acesso em: 01 jan. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. **Recurso Ordinário nº 00929008220095160012**. Relator: James Magno Araújo Farias, Data de julgamento: 29/03/2011. Disponível em: <<http://trt16.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18715210/929200901216008-ma-00929-2009-012-16-00-8>>. Acesso em: 05 jan. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. **Recurso Ordinário nº 0000349-42.2013.5.03.0162**. Relator: Luiz Otavio Linhares Renault, Data de Julgamento: 25/04/2014. Disponível em: <<http://trt3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/122830146/recurso-ordinario-trabalhista-ro-349201316203002-0000349-4220135030162/inteiro-teor-122830156>>. Acesso em: 07 jan. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. **Recurso Ordinário 10097 SP 010097/2011**. Relator: Francisco Alberto Da Motta Peixoto Giordani. Data de Publicação: 04/03/2011. Disponível em: <<http://trt15.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18320012/recurso-ordinario-ro-10097-sp-010097-2011>>. Acesso em: 05 fev. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. **Recurso Ordinário nº 2783009320095010431**. RJ, Relator: Bruno Losada Albuquerque Lopes, Data de

Julgamento: 16/07/2013. Disponível em:
<<http://trt1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24932032/recurso-ordinario-ro-2783009320095010431-rj-trt-1>>. Acesso em: 07 jan. 2015.

_____. Tribunal Regional do Trabalho. **Recurso Ordinário, Record: 982002820095050401 ba 0098200-28.2009.5.05.0401**. Data de Publicação: 03/02/2012 2783009320095010431. Disponível em:
<<http://trt5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21212333/recurso-ordinario-record-982002820095050401-ba-0098200-2820095050401-trt-5>>. Acesso em: 07 jan. 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de revista, nº 1428000820095020082**. Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 20/08/2014. Disponível em:
<<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/135195874/recurso-de-revista-rr-1428000820095020082>>. Acesso em: 07 jan. 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 338**. Jornada de Trabalho. Registro. Ônus Da Prova. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 02 fev. 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 06**. Equiparação Salarial. Art. 461 da CLT. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 02 fev. 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Enunciados da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho**. Disponível em:
<http://www2.trt3.jus.br/cgi-bin/om_isapi.dll?clientID=281837&infobase=sumulas.nfo&jump=Enunciado%20079%2fAnamatra%2fJornadaJTrabalho&softpage=Document42>. Acesso em: 23 jan. 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. I. 19ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. I. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

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

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

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

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Tradução Lisa Pary Scarpa. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2002.

_____. **Sistema de direito processual civil**. Vol. 1. São Paulo: Classic Book, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Vol. 2. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1965.

_____. **Instituições de direito processual civil**. Vol. 2. 3ª ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

COSTA, Coqueijo. **Direito Processual do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

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

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. **Curso de direito processual civil**. Vol. 2. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Vol. 1. 16ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. V. III. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico Universitário**. São Paulo: Saraiva, 2010.

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. Disponível em: <http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/125443/Rev32_art6.pdf/974426ac-4705-491f-ba25-30d584e17f54>. Acesso em: 12 jan. 2015.

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

KNIJNIK, Danilo. **Ônus Dinâmico da Prova**. 2012. Disponível em: <http://www.knijnik.adv.br/upload/artigos/arquivo_13419320784ffc422e8c4cd.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 12ª ed. São Paulo: LTr, 2014.

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

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

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Processo Civil**. Serie Concursos Públicos. 9ª ed. São Paulo: Método, 2013.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **“Julgamento e ônus da Prova”**. Temas de **Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. **Código de Processo Civil Comentado e Interpretado**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOURA, Marcelo. **Consolidação das leis do trabalho para concursos**. Salvador: Juspodivm, 2011.

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

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

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

QUADRO comparativo entre a redação original do projeto de Lei do Senado n.º 166, de 2010, o Código de Processo Civil em vigor e as alterações apresentadas no substitutivo do Senador Valter Pereira. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>>. Acesso em 12 jan. 2015.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. 5ª ed. São Paulo: LTr, 1997

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. Vol. 2. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2012.

_____. **Provas no Processo do Trabalho**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Curso de direito processual do trabalho**. Vol. 2. São Paulo: LTr, 2009.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Vol. 1. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

VICENTINI, Fernando Luiz. **Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3633, 12 jun. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24683>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

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

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