



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
CAMPUS DE SOUSA

RONALDO CRUZ TARGINO

DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO
DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO BRASILEIRO

SOUSA-PB

2014

RONALDO CRUZ TARGINO

DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO
DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO BRASILEIRO

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento aos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

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

SOUSA-PB

2014

RONALDO CRUZ TARGINO

DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO
DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento aos requisitos necessários para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

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

Banca Examinadora:

Data de aprovação: _____

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

Prof. Examinador (UFCG)

Prof. Examinador (UFCG)

Dedico esse trabalho a meus amados pais pelo incentivo e compreensão. Ao meu pai, Manoel Targino Neto, um exemplo de honestidade e anseio por justiça; a minha mãe, Maria Aparecida Cruz Targino, pelo amor e confiança a mim dedicados; aos meus Irmãos, Adriana, Ana Celia, Giliard, Ana Patrícia, Ana Flávia e em especial a José Leonardo (in memorian), que partiu para o lado de Deus, mas permanece vivo em nossos corações e nunca sairá de nossas mentes; a minha namorada Talita Sabrine de Sousa, fonte de amor e incentivo constante. Dedico ainda, a minha orientadora e professora Geórgia Graziela Aragão de Abrantes. A todos meus amigos que me incentivaram a estudar e acreditaram que eu poderia chegar até aqui, especialmente, Armando Fernandes do Nascimento, Luan Alves Vieira, Cícero Oberdan Rodrigues Nogueira, Jonnas Gonçalves Ferreira, Edmilson de Oliveira Gomes. Este trabalho é, portanto, dedicado a todos que amo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, razão principal da minha existência e fonte de vida, fé, coragem, esperança e tudo aquilo que nos causa o bem.

A meu pai por ter batalhado tanto, para aproximar a sua família cada vez mais da escola. Além de ter dedicado toda sua vida para seus filhos. Saiba que é uma inspiração para mim, como profissional e como ser humano.

A minha querida mãe, por seu amor e vontade de ajudar a seus filhos. Que com certeza deu o máximo de si para que eu pudesse estar aqui.

Especialmente a minha orientadora, Geórgia Graziela Aragão de Abrantes, que aceitou o desafio de orientar-me na concretização deste trabalho. Com paciência e compreensão, contribuiu muito para a conclusão desse trabalho; e aos demais mestres, e funcionários da casa, pelo empenho dedicado a esse Curso de Graduação.

“Devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade” (Aristóteles).

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo principal pesquisar a respeito da distribuição dinâmica do ônus da Prova no Processo do Trabalho. A prova constitui elemento essencial para o processo, pois é por meio dela que as partes buscarão o convencimento do magistrado. Matéria de igual relevância constitui o ônus da prova, e nesse contexto, compete ao ordenamento jurídico nacional disciplinar a quem compete o encargo de trazer a prova até o órgão jurisdicional. O atual ordenamento jurídico brasileiro adota o modelo estático de distribuição do ônus da prova no processo do trabalho, como se pode observar pela leitura dos artigos 333 do Código de Processo Civil e o artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho. Porém, esse modelo vem mudando com o tempo, tendo em vista que o artigo 6º, VIII Código de Defesa do Consumidor traz a inversão judicial, como forma de flexibilizar a distribuição do ônus da prova. Todavia numa visão doutrinária, essas normas mostraram-se insuficientes. Nos últimos tempos tem ganhado relevância à teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, especialmente no processo do trabalho. Ademais, os projetos da nova Lei de Ação Civil Pública e do novo Código de Processo Civil preveem essa teoria, visando sanar a problemática da prova diabólica, que é a prova de difícil ou impossível produção, bem como atribuir a prova quem dispuser de maior facilidade em produzi-la. Ante a inexistência atual de lei regulamentando a matéria, a doutrina e jurisprudência estão utilizando-se como fundamentos para sua concessão os princípios da inafastabilidade de jurisdição e da igualdade material, devendo a decisão que distribuir dinamicamente o ônus da prova, oportunizar a parte adversa o contraditório e a ampla defesa. Por fim, será estudada a aplicabilidade dessa teoria, nas lides que envolvam jornada de trabalho, vale-transporte, depósitos do fundo de garantia por tempo de serviço, discriminações nas relações trabalhistas, meio ambiente laboral hígido seguro e ergonômico, violação à privacidade e à intimidade do trabalhador e o assédio moral e sexual nas relações de trabalho. Na busca de respostas para as inquietações levantadas como problemática da pesquisa, fora utilizada a pesquisa documental com a utilização de doutrinas, com o propósito de demonstrar o surgimento e a evolução das teorias do ônus da prova ao tempo em que se realizou um paralelo entre a distribuição estática, a inversão judicial e a distribuição dinâmica do ônus probatório; e por fim, fez-se uso do método exegético jurídico realizando a interpretação de dispositivos legais do Código de Processo Civil de 1.973, da Consolidação das Leis do Trabalho, do Código de Defesa do Consumidor, bem como, de diversos projetos e anteprojetos de lei.

Palavras-chave: Ônus da Prova. Prova Diabólica. Distribuição Dinâmica. Inovações Legislativas.

ABSTRACT

This paper has its main objective a research about the dynamic distribution of the burden of proof on Labor Law Procedure area. The evidence is essential to the process because it is through it that the parties seek to convince the magistrate. Another important matter comes to the burden of proof, wherein the national legal system is responsible for disciplining the burden of bringing evidence to the court. The current Brazilian legal system adopts a static model of distribution of the burden of proof in the Labor Law Procedure, as can be seen by reading the article 333 of the Civil Procedure Code and the article 818 of the Labor Law Code. However, this model has been changing with time, considering that the article 6, item VIII from Code of Consumer Protection brings the judicial reversal as a way to flexible the distribution of the burden of proof. It happens, according to the doctrine, these rules proved insufficient. In recent times, the theory of dynamic distribution of the burden of proof, especially in the labor process has gained importance. Besides, projects of the new Law of Civil Action and the new Civil Procedure Code anticipate this theory, aiming to remedy the problem of, which is difficult or impossible proof of production as well as assign the proof anyone with cheap ease for producing it. Considering the lack of a regulating norm of this matter, the doctrine and jurisprudence have been used as base to its application, and the principles of inseparable jurisdiction and materials equality, and the decision that dynamically allocate burdens of proof, nurture the adverse part a contradictory and full defense. Finally, the applicability of this theory will be studied, in litigations involving workday, vouchers, deposits of "FGTS", discrimination in employment relationships, a rigid, safe and ergonomic working environment, violation of privacy and intimacy of the worker and the moral and sexual harassment in employment relationships. In seeking answers to the concerns raised as issues of research, had been used to document research with the use of doctrines, with the purpose of demonstrating the emergence and evolution of the theories of the burden of proof at the time held a parallel between the static distribution, the court reversal and the dynamic distribution of the burden of proof; and finally, made use the legal exegetical method with an interpretation of device from Civil Procedure Code of 1973, the Consolidation of Labor Laws, the Code of Consumer Protection, and a lot of various projects and draft bills.

Keywords: Burden of Proof. Diabolical proof. Dynamic Distribution. legislative innovations.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CPC – Código de Processo Civil

CF/88 – Constituição Federal 1988

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

CP – Código Penal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 O ÔNUS DA PROVA	14
2.1 CONCEITOS E DISTINÇÕES ENTRE: ÔNUS, OBRIGAÇÃO E DEVER DE PROVAR	15
2.2 DIMENSÕES DO ÔNUS DA PROVA: ÔNUS SUBJETIVO E ÔNUS OBJETIVO	16
2.3 OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ.....	17
2.4 O ÔNUS DA PROVA DE FATO NEGATIVO.....	19
2.5 PROVA DIABÓLICA.....	20
2.6 O ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	22
2.7 O ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	25
2.8 O ÔNUS DA PROVA NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO	28
3 DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA	31
3.1 CONCEITOS E DISTINÇÕES ENTRE DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA, INVERSÃO JUDICIAL E DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA	32
3.2 FUNDAMENTOS PARA APLICAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA.....	34
3.3 MOMENTO DE APLICAÇÃO	35
3.4 CRÍTICAS À DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA	36
3.5 PROVA DIABÓLICA REVERSA.....	37
3.6 CÓDIGO MODELO DE PROCESSOS COLETIVOS PARA IBERO-AMÉRICA ..	38
3.7 INOVAÇÕES LEGISLATIVAS NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO	40
3.7.1 Projeto de Lei nº 5.139/2009	40
3.7.2 Redação Final do Projeto de Lei nº 166/2010 do Senado Federal.....	43
3.7.3 Redação Final do Projeto de Lei nº 8.046/2010 da Câmara dos Deputados ...	44
4 DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO	47
4.1 FUNDAMENTOS A APLICAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO TRABALHISTA.....	48
4.1.1 Direito fundamental à prova	48
4.1.2 Princípio da Igualdade Material no Processo do Trabalho	49
4.1.3 Princípio da Aptidão Para a Prova	50

4.2 MOMENTO DE APLICAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO.....	51
4.3 APLICAÇÃO DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO	53
4.3.1 Jornada de Trabalho	54
4.3.2 Vale-Transporte.....	55
4.3.3 Depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.....	57
4.3.4 Discriminações nas Relações Trabalhistas	58
4.3.5 Meio Ambiente Laboral Hígido, Seguro e Ergonômico.....	60
4.3.6 Violação à Privacidade e à Intimidade do Trabalhador	62
4.3.7 Assédio Moral e Assédio Sexual	64
5 CONCLUSÃO	67
REFERÊNCIAS.....	70

1. INTRODUÇÃO

O instituto da prova constitui um elemento de grande relevância para o processo, sendo tão importante quanto o próprio direito material. Isto porque em muitas situações, a reclamação de um direito esbarra diante da ausência de provas, frustrando o titular do direito que se virá impotente, mesmo sabendo que figura como único titular do direito material alegado.

A prova tem por objetivo expor a veracidade das alegações deduzidas nos autos do processo. Isto, porque diante de fatos controvertidos deverá o magistrado decidir com base nas provas produzidas nos autos, não podendo abster-se de sentenciar o feito, haja vista o postulado no princípio da inafastabilidade da jurisdição. É por meio das provas produzidas nos autos do processo, que o jurisdicionado conseguirá alcançar o convencimento do juiz.

Demonstra-se de igual relevância, a distribuição do ônus da prova, cuja importância mostra-se latente, quando há insuficiência de prova para julgar a lide, estando o julgador obrigado a decidir o processo, mas não dispondo de elementos suficientes para subsidiar sua decisão.

O Direito Processual do Trabalho utiliza como modelo legal de distribuição do ônus da prova, o descrito no art. 818 da CLT, esta, por se tratar de norma lacunosa, a doutrina entende que deverá ser aplicada de forma subsidiária a regra exposta no art. 333 do CPC, tendo como norma autorizadora o art. 769 da CLT.

A regra de distribuição adotada pelo CPC e também pela CLT é a que a doutrina chama de distribuição estática do ônus da prova; ela leva em consideração que ao autor compete produzir o fato constitutivo de seu direito e ao réu o fato modificativo, impeditivo e extintivo do direito do autor.

Contudo, a distribuição estática do ônus da prova, com o tempo mostrou-se incompleta, já que não levava em consideração as condições probatórias das partes. Como forma de solucionar essa problemática, algumas normas tentaram flexibilizá-la. Exemplo disso foi o CDC brasileiro que instituiu a inversão judicial do ônus da prova; mas, mesmo assim, essa norma apresenta-se insuficiente, principalmente, no ramo trabalhista, já que a doutrina alega não haver previsão legal, além de só poder ser aplicada em benefício do trabalhador. Ainda assim, exige que a alegação do trabalhador seja verossímil ou que seja ele hipossuficiente.

Por fim, surgiu a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, que se mostrou ser o modelo mais completo de distribuição do encargo probatório.

A distribuição dinâmica do ônus da prova visa solucionar, sobretudo, o problema da prova diabólica, ou seja, a prova de difícil ou impossível produção. Visa ainda, atribuir o encargo probatório à parte que apresente maior facilidade em produzi-la.

Como forma de subsidiar essa teoria, a doutrina e a jurisprudência valeram-se de vários fundamentos, que estão embasados, principalmente, na CF/88, como o princípio da igualdade material e o da indisponibilidade de jurisdição. Salienta-se que esses fundamentos terão de respeitarem o contraditório e a ampla defesa, que por configurarem fundamentos constitucionais de igual valor, também deverão ser respeitados.

O presente trabalho enfocará como problemática a questão de saber se é possível a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova nas lides trabalhistas. O objetivo consiste em identificar os contornos da distribuição dinâmica do ônus da prova, analisar os princípios e as inovações legislativas fundamentadoras dessa teoria, além de investigar a aplicabilidade da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho. Para tal desiderato, adota-se como metodologia, o método exegético jurídico com a interpretação de dispositivo da CLT, do CPC de 1973, do CDC, bem como de diversos projetos e anteprojetos de lei; o método comparativo, fazendo-se um paralelo entre a distribuição estática, a inversão judicial e a distribuição dinâmica do encargo probatório; e por fim, utilizou-se o método sistemático, realizando uma interligação entre a lei, a jurisprudência, a constituição e os princípios legais e constitucionais.

Partindo dessa premissa, o primeiro capítulo será abordado o ônus da prova, onde se analisará, especificamente, sobre: conceito de prova; conceitos e distinções entre ônus, obrigação e dever de provar; dimensões do ônus da prova; os poderes instrutórios do juiz; o ônus da prova de fato negativo; a prova diabólica; e por fim, o ônus da prova no CPC, no CDC e na CLT.

No segundo capítulo será estudada a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, fazendo-se um estudo sobre o conceito e a origem desta teoria, abordando-se as distinções entre a distribuição estática, a inversão judicial e a distribuição dinâmica do ônus da prova; seus fundamentos de sustentabilidade; o momento adequado para sua aplicação; as críticas à distribuição dinâmica do ônus

da prova; a prova diabólica reversa; a utilização da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no código modelo de processos coletivos para a ibero-américa; e por fim, serão pontuadas as inovações legislativas no direito brasileiro, que trazem a possibilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova.

No terceiro e último capítulo, será analisada a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho, fazendo-se um apanhado doutrinário e jurisprudencial sobre os fundamentos, que subsidiam a aplicação dessa teoria na seara trabalhista, especificamente, sobre o direito fundamental à prova, o princípio da igualdade material e o princípio da aptidão para a prova, bem como o momento adequado para sua aplicação. Será ainda abordada, a aplicação da referida teoria em casos práticos no processo trabalhista, como a jornada de trabalho, vale-transporte, depósitos do fundo de garantia por tempo de serviço, discriminações nas relações trabalhistas, meio ambiente laboral hígido seguro e ergonômico, violação à privacidade e à intimidade do trabalhador e por fim, assédio moral e sexual nas relações de trabalho.

2. O ÔNUS DA PROVA

O conceito de prova, segundo a doutrina, tem em sua feição o significado de persuasão, buscando convencer o magistrado da veracidade dos fatos trazidos aos autos.

A prova tem por objetivo sanar as contradições existentes entre as alegações levantadas pelas partes, sobre um determinado fato. Com isso, a prova objetiva trazer ao magistrado indícios capazes de lhe convencer que determinada alegação é a verdadeira, podendo proferir com segurança sua decisão e com base nessas provas fundamentá-la.

Sobre o instituto da prova Schiavi (2011, p. 13), afirma que “prova é originária do latim *probatio* que por sua vez, emana do verbo *probare*, com o significado de examinar, persuadir, demonstrar”. Pelo conceito apresentado, observa-se prova, como um meio utilizado para trazer ao conhecimento do órgão julgador os elementos capazes de persuadi-lo.

Com relação à prova, verifica-se a sua necessidade quando não houver uma certeza com relação aos fatos, precisando assim, deste instrumento para alcançar a verdade processual, trazendo, por conseguinte, segurança ao julgador no momento de conceder ou negar a tutela.

Com relação ao instituto da prova Cintra, Grinover e Dinamarco (2011, p. 377) dispõem que:

As dúvidas sobre a veracidade das afirmações de fato feitas pelo autor ou por ambas as partes no processo, a propósito de dada pretensão deduzida em juízo constituem as questões de fato que devem ser resolvidas pelo juiz, à vista da prova dos fatos pretéritos relevantes. A prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inócorência dos fatos controvertidos no processo.

Ante o exposto, observa-se que a prova constitui o instrumento de que as partes utilizam-se para demonstrar ao magistrado a veracidade dos fatos afirmados no processo, buscando o convencimento do mesmo, para que lhes sejam concedidos os provimentos jurisdicionais pleiteados.

2.1 CONCEITOS E DISTINÇÕES ENTRE: ÔNUS, OBRIGAÇÃO E DEVER DE PROVAR

De acordo com a doutrina majoritária o ônus de provar determinado fato, constitui um encargo, um fardo a que as partes estão submetidas pela lei para que venham a ter maior probabilidade de ver assegurado judicialmente suas pretensões.

Com relação ao ônus da prova Nery Junior e Nery (2004, p. 798), trazem um conceito de grande importância para que se possa compreender o significado do ônus da prova:

Ônus de provar. A palavra vem do latim, *onus*, que significa carga, fardo, peso, gravame. Não existe obrigação que corresponda ao descumprimento do ônus. O não atendimento do ônus de provar coloca a parte em desvantajosa posição para a obtenção do ganho de causa. A produção probatória, no tempo e na forma prescrita em lei, é ônus da condição da parte.

Pelo conceito apresentado pelos autores, o ônus de provar consiste em um fardo, uma carga ou gravame. Sendo que os mesmos deixam claro que ônus de provar não se confunde com obrigação de provar, sendo o primeiro uma faculdade dos litigantes no processo e que do seu descumprimento poderá sofrer uma decisão desfavorável; já o segundo constitui uma imposição da qual poderá gerar sanções jurídicas e a qual a parte contrária poderá exigir o seu cumprimento.

Sobre a distinção entre ônus e obrigação de provar, destaca-se o entendimento de Pires (2011, p. 66):

Na verdade a doutrina tem-se mostrado pacífica quanto a compreensão do encargo da prova como um ônus não representado um dever jurídico porque se a parte dele não se desincumbir não sofrerá nenhuma sanção jurídica e tampouco uma obrigação ou dever o seu cumprimento na medida em que se daria em relação a alguém enquanto que o ônus é do interesse da própria parte, ou seja, voltado para si mesma, vez que se não produzir a prova possivelmente pode não ter acolhida a sua pretensão.

Como fica bem claro pelo conceito apresentado pela autora, há uma diferença salientar entre ônus e obrigação ou dever de provar; enquanto obrigação e

dever são sinônimos, o ônus adquire outros contornos, já que pelo descumprimento de um ônus não conduzirá a uma sanção jurídica para parte, mas poderá gerar um pronunciamento judicial desfavorável a quem detinha este, pois o magistrado se pronuncia de acordo com as provas trazidas aos autos.

2.2 DIMENSÕES DO ÔNUS DA PROVA: ÔNUS SUBJETIVO E ÔNUS OBJETIVO

Com relação às dimensões do ônus da prova, a doutrina as divide em duas, que são: ônus da prova subjetivo e ônus da prova objetivo.

Sobre os presentes institutos, apresenta-se de grande importância a comparação feita por Ambrósio (2013, p. 25), que relata:

As regras relativas ao ônus da prova estatuem qual das partes deve assumir o risco da prova faltante ou insuficiente que impossibilita ao magistrado a formação de seu convencimento acerca da verdade dos fatos sobre os quais gravita o litígio. Assim, a lei permite ao juiz proferir uma decisão a partir da resposta a duas perguntas fundamentais: quem deveria provar o que? E o que deveria ficar provado independentemente de quem produziu a prova? Segundo a doutrina, a primeira indagação representa o chamado ônus subjetivo, enquanto que a segunda, o ônus objetivo.

Como afirmado na citação acima, o ônus subjetivo constitui um ônus das partes que terão que produzir as provas às quais estão expressamente previstas na lei; já o ônus objetivo indaga o que deveria ficar provado independentemente de quem produziu a prova, sendo este atribuído ao juiz, que deverá decidir de acordo com as provas trazidas aos autos não podendo se imiscuir de sentenciar alegando falta de provas.

O ônus da prova subjetivo é dirigido às partes no processo, ou seja, aos sujeitos parciais do processo, devendo disciplinar a quem compete trazer aos autos a prova dos fatos a que a lei os incumbiu. Com relação à competência das partes na produção das provas, o art. 333 do CPC, dispõe que ao autor compete a prova dos fatos constitutivos e ao réu a produção dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito autor.

O ônus da prova objetivo ocorrerá quando após a produção das provas, chegar o momento de sentenciar, e as provas se mostrarem insuficientes ou inexistentes, para que possa o magistrado achar-se resguardado de certeza quanto a quem pertence o objeto pleiteado na lide, tendo como base legal para tal imposição ao magistrado o art. 131 do CPC, dispõe:

O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

O presente conceito constitui o que a doutrina chama de livre convencimento motivado ou persuasão racional. Sendo assim, o juiz tem liberdade para decidir, desde que demonstre quais fatos ou circunstâncias formaram seu convencimento.

Deve-se observar que o ônus da prova subjetivo aproxima-se do modelo dispositivo baseado principalmente, na inércia do magistrado; diferentemente do modelo inquisitivo que visa ampliar os poderes instrutórios do juiz, que segundo a doutrina majoritária, a legislação processual cível e trabalhista aproximam-se mais do princípio inquisitivo, ou seja, aquele em que o magistrado poderá participar da produção das provas.

Salienta-se que as partes estão subordinadas ao princípio da comunhão das provas, ou seja, as provas que estiverem nos autos poderão ser usadas para o convencimento do magistrado, independentemente de vir ou não a beneficiar a parte que a produziu.

Pelo apresentado acima, conclui-se que esses institutos, devem se compatibilizar nunca excluindo nenhum deles, mas apenas prevalecendo de acordo com as situações do caso concreto, para que seja alcançada a mais justa solução para a lide.

2.3 OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

A doutrina formula dois modelos sobre a participação do magistrado na produção das provas, que são: o dispositivo e o inquisitivo. Pelo modelo dispositivo o

magistrado é um mero expectador na relação instrutória processual, não podendo agir em busca da prova, necessitando que as partes tragam ela ao processo; já no modelo inquisitorial o magistrado participa da produção das provas, devendo-se observar que essa busca pela prova deverá ocorrer de forma excepcional, já que de plano caberá às partes trazerem as provas ao processo e ao magistrado somente aquelas que observar como necessárias ao seu convencimento.

A respeito do sistema de produção de provas pelo magistrado, demonstra-se de grande importância o conceito trazido por Didier Jr, Braga e Oliveira (2012, p. 20), no qual afirmam que:

Fala-se, basicamente, em dois modelos possíveis: a) os sistemas informados pelo princípio dispositivo, em que cabe às partes em litígio a iniciativa probatória, com a coleta e apresentação das provas de suas próprias alegações – que é tradicional nos países anglo-saxônicos (*commum law*), o *adversarial system*; b) e os sistemas informados pelo princípio inquisitivo, em que são atribuídos maiores poderes ao juiz, cabendo-lhe uma postura mais ativa na atividade de instrução, que deve contar com a iniciativa oficial – que é característico dos países da Europa Continental e da América Latina (*civil law*), o *inquisitorial system*.

Como deixa claro o autor, cada modelo é formado por características próprias, sendo que no modelo dispositivo o juiz funciona apenas como um coletor de provas e sobre elas que proferirá sua decisão; já no modelo inquisitorial o juiz pode agir de ofício, buscando trazer ao processo as provas necessárias ao deslinde da causa.

Acerca dos poderes instrutórios do juiz no processo trabalhista, observa-se que o modelo que prevalece é o inquisitorial, sendo que a doutrina dispõe como fundamento o art. 765 da CLT, e de forma subsidiária o art. 130 do CPC. Assim dispõe o art. 765 da CLT “Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”, sendo que o art. 130 do CPC discorre que o juiz poderá de ofício determinar que as partes tragam ao processo as provas necessárias a sua instrução. Como deixam claro, por ambos os artigos, deverá o juiz buscar a resolução da lide determinando que as partes apresentem as provas necessárias à justa composição do conflito de interesses.

Parcela da doutrina critica a aplicação do modelo inquisitorial na obtenção de provas pelo magistrado, alegando que fere o princípio da igualdade expresso no art. 125, I do CPC, e no art. 844 da CLT, dispondo que as partes deverão ser tratadas de forma igual, e que o não comparecimento do reclamante à audiência trabalhista causará o arquivamento dos autos da reclamação trabalhista e que o não comparecimento do reclamado importará em sua confissão. Assim, em face do previsto nos dispositivos legais, deve-se averiguar que as partes no processo trabalhista, deverão ser tratadas igualmente, mas não poderá o magistrado afastar-se da realidade fática, já que na maioria das vezes, o trabalhador está em situação hipossuficiente, devendo o magistrado buscar a aplicabilidade da igualdade material, e não apenas a igualdade formal, fato que fugiria do tratamento isonômico dado pelo *caput*, do art. 5º, da CF/88.

2.4 O ÔNUS DA PROVA DE FATOS NEGATIVO

A prova dos fatos pode ser constituída sob dois vieses: sob a alegação positiva ou negativa. Na primeira ocorre a alegação de constituição de um direito; já na segunda, a parte afirma não ter praticado a conduta a qual gerou a relação jurídica.

Didier Jr, Braga e Oliveira (2012, p. 90), dispõem que em tempos passados quando alguém afirmava um fato negativo não necessitaria provar sua constituição, sendo necessário salientar que isso vem se modificando com o tempo, devendo o magistrado valorar a possibilidade da produção da prova.

Sobre a evolução da teoria do ônus da prova de fato negativo prelecionam os dizeres de Didier Jr, Braga e Oliveira (2012, p. 90):

Atualmente, a ideia de que os fatos negativos não precisam de ser provados – decorre do brocado *negativa non sunt probanda* – vem perdendo seu valor. É de meia verdade. Todo fato negativo corresponde a um fato positivo (afirmativo) e vice-versa. Se não é possível provar a negativa, nada impede que se prove a afirmativa correspondente.

Pelo afirmado acima, a prova do fato negativo poderá ser constituída por aquele que o alega, já que todo fato negativo é constituído sob um fato positivo. Sendo assim, se a parte não tem como provar que não praticou o fato deverá provar o que fazia no momento da prática deste.

O ônus da prova do fato negativo apresenta-se sob duas vertentes: fato negativo absoluto e fato negativo relativo.

Na negativa absoluta o autor nega ter praticado determinado fato sem estipular tempo e espaço, como por exemplo, afirma nunca ter ido a determinada cidade, sem determinar o dia ou o ano.

Já na negativa relativa o autor afirma não ter praticado determinada conduta, mas deduz isso em um determinado tempo e espaço, como poderia ocorrer no caso do empregado que não foi ao emprego, em determinados dias, sendo que ele poderia usar como justificava para sua falta ter ido ao médico naquela data.

A importância disso no ônus da prova vem a surgir, pois poderá no caso concreto a prova ser de difícil ou de impossível produção, constituindo uma prova diabólica, principalmente na negativa absoluta por não haver um liame temporal, onde deverá o magistrado auferir quem está em melhores condições de produzir a prova, aplicando-se assim, a distribuição dinâmica do ônus da prova, assunto que será abordado nos próximos capítulos.

2.5 PROVA DIABÓLICA

No direito processual civil brasileiro o ônus da prova foi distribuído de forma que cada parte tivesse a competência de produzir parcelas das provas, mas em alguns casos, essa distribuição vem a tornar-se injusta, pois a parte incumbida dessa produção não dispõe dos meios capazes de trazer ao magistrado as provas a que lhe competia.

A doutrina dispõe como prova diabólica a de difícil ou impossível produção, ou seja, o autor dispõe do ônus de trazer ao magistrado a prova dos fatos constitutivos e o réu a prova dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor. Mas de acordo com o caso concreto apresentado ao magistrado, observa-se que a parte não dispõe de meios de trazer ao processo determinado

prova e pede para que o magistrado determine que a parte adversa traga a mesma ao processo, pois naquela situação a parte contrária está em melhores condições de produzir a prova, cabendo ao magistrado no momento do saneamento ou instrução processual determinar que a parte contrária produza a prova.

Torna-se necessário pontuar que há uma pequena confusão entre ônus da prova de fato negativo e prova diabólica, mas que não deveria existir, pois o fato negativo constitui uma aceção do fato que poderá ser positivo ou negativo, diferentemente da prova diabólica, que está ligada apenas à dificuldade ou impossibilidade de produção da mesma.

Sendo assim, um fato negativo poderá ser de difícil ou impossível produção, sendo salvaguardado por uma prova diabólica, mas que poderá ter sua prova de fácil ou razoável produção, não se constituindo uma prova diabólica; já com relação à prova diabólica, deve-se observar que a mesma poderá ocorrer tanto em fatos positivo como em fatos negativos.

Com relação à confusão criada entre, prova de fato negativo e prova diabólica, constitui essencial o conceito apresentado por Didier Jr, Braga e Oliveira (2012, p. 93), no qual comentam:

A jurisprudência usa a expressão prova diabólica, outrossim, para designar a prova de algo que não ocorreu, ou seja, a prova de fato negativo. Sucede que nem toda prova diabólica se refere a fato negativo – basta pensar, por exemplo, que nem sempre o autor terá acesso à documentação que corrobora a existência de um vínculo contratual (fato positivo), em sede de uma ação revisional. E nem todo fato negativo é impossível de ser provado, demandando prova diabólica.

Como mencionado acima, não se deve confundir tais institutos já que os mesmos detêm suas peculiaridades, podendo um fato negativo ser constituído sobre uma prova diabólica, da mesma forma que pode a parte produzir a prova sem dificuldade, motivo que distingue as mesmas.

Por fim, observa-se que a prova diabólica constitui a prova difícil ou impossível produção, fator que muitas vezes torna ineficaz a aplicação da teoria da distribuição estática do ônus da prova.

2.6 O ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

O CPC em vigor discorre sobre distribuição do ônus da prova em seu art. 333, se observa uma repartição entre autor e réu quanto à produção da prova, como poderá se observar pela leitura do presente artigo:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Pela leitura do artigo conclui-se que o mesmo formula o ônus da prova de maneira que ao autor compete produção do fato constitutivo de seu direito e ao réu do quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

A doutrina argumenta que a espécie de divisão do ônus da prova proposta no CPC constitui uma distribuição estática, já que o presente diploma legal não cria a possibilidade de o magistrado valorar quem está em melhores condições de produzir a prova, mas sim, reparte para cada uma das partes parcela do ônus da prova. Nesse interim, Pires (2011, p. 78), afirma que “levou em conta o legislador dois elementos, quais sejam, a natureza dos fatos e a posição processual das partes”. A autora observa dois elementos inerentes ao CPC no que tange à natureza dos fatos que podem ser constitutivo, impeditivo, modificativo e extintivo e ainda, com relação à posição processual das partes, que são autores e réus.

No que diz respeito, tem-se uma interligação entre a natureza dos fatos e a posição processual das partes, já que ao autor compete a prova dos fatos constitutivos e ao réu os fatos impeditivo, modificativo e extintivo do direito do autor.

Sobre o fato constitutivo Didier Jr, Braga e Oliveira (2012, p. 80), formulam o seu conceito como sendo:

O fato constitutivo é o fato gerador do direito afirmado pelo autor em juízo. Compõe um suporte fático que, enquadrada em dada hipótese

normativa, constitui uma determinada situação jurídica, de que o autor afirma ser titular.

Pela afirmação acima, verifica-se que fato constitutivo é aquele em que há o surgimento de uma relação jurídica entre as partes, que legitima uma demanda processual.

Por outro lado, o ônus probatório do réu pode ser dividido em duas nuances, ou nega a existência do fato; ou aceita sua existência, mas afirma existir uma causa que o desonera do cumprimento.

Quando o réu apenas nega a existência do fato deverá o magistrado averiguar as provas trazidas aos autos pelo autor, já que ao réu não compete produzir provas de fatos constitutivos, sendo este um encargo da parte promovente.

Sendo assim, ao réu se oportuniza duas condutas de irresignação: nega a existência da situação fática geradora do direito do autor ou afirma que a mesma, apesar de ter ocorrido, existe um fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor.

O fato extintivo constitui aquele em que ocorre a perda da eficácia do fato constitutivo, não podendo vir o autor exigir a sua exequibilidade, como o pagamento, a prescrição e a decadência legal.

O fato impeditivo constitui aquele em que o fato constitutivo tem sua eficácia obstada por alguma situação fática como, por exemplo, a incapacidade provocando a suspensão de sua exequibilidade.

Sobre fato impeditivo Didier Jr, Braga e Oliveira (2012, p. 82), escrevem:

O fato impeditivo é um fato de natureza negativa; é a falta de uma circunstância (causa concorrente) que deverá concorrer para que o fato constitutivo produzisse seus efeitos normais. Por isso, em qualquer caso, tanto a presença de fatos constitutivos (causa eficiente), como a ausência de fatos impeditivos (presença de causa concorrente) “são igualmente necessárias à existência do direito”.

Como fica claro pelo conceito apresentado pelo autor, o fato impeditivo apresenta-se como uma circunstância concorrente, para que a validade do fato constitutivo, e que sua presença acaba por obstar a sua exequibilidade.

Por último, poderá o réu contradizer o direito do autor alegando fato modificativo, que é aquele onde sem extinguir ou impedir a relação jurídica, mas

alterando-a, consegue criar uma nova relação jurídica possivelmente mais vantajosa ao réu, assim, os fatos modificativos por si sós não conseguem desobrigar o réu, trazendo apenas uma melhor condição no processo.

O CPC também cria a possibilidade das partes distribuírem de forma diversa o ônus da prova. A presente possibilidade está expressa no art. 333, parágrafo único, no qual afirma que poderão as partes distribuir de forma diversa o ônus da prova; desde que não recaia sobre direito indisponível da parte nem torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito. Constata-se assim que poderão as partes acordarem de forma diversa sobre a produção das provas, ou seja, podendo o autor ser compelido à trazer aos autos algum fato impeditivo, extintivo ou modificativo e ao réu algum fato constitutivo, desde que respeitados os direitos acima elencados.

Após a apresentação do modelo de distribuição de provas trazidos no CPC, observa-se que a doutrina vem tecendo críticas ao mesmo, afirmado haver desrespeito à efetividade processual, principalmente quando a prova a ser produzida é de difícil ou impossível produção. Devendo o ônus da prova ser distribuído de forma menos rigorosa, abrindo oportunidade para que o magistrado tenha uma melhor possibilidade de aferir no caso concreto quem dispõe de melhores condições de produzir a prova.

Sobre a ineficácia da distribuição do ônus da prova no CPC em vigor, tem-se o que afirma Ambrósio (2013, p. 33):

A visão estática do ônus da prova, prevista no art. 333 do CPC, em muitas situações, dificulta o exercício probatório da parte interessada, pois há casos em que o direito material alegado é de difícil, quiçá impossível, demonstração pela parte. As regras emanadas do referido artigo são objetivas e fixas, distribuídas de forma imutável pelo legislador. No entanto, essa estrutura rígida e invariável muitas vezes submete o autor a uma prova excessivamente onerosa consistente na demonstração do fato constitutivo do seu direito, ao passo que se verifica ser muito mais fácil para a outra parte a produção de determinada prova que possibilite ao juiz buscar a verdade para a solução do litígio.

A autora deixa expresso que a divisão estática do ônus da prova, modelo imposto pelo instituto processual civil brasileiro, em alguns casos demonstra-se injusto, necessitando de ser relativizado, dando mais poderes aos magistrados para

que no caso concreto distribua de forma racional o ônus da prova possibilitando a cada parte produzir as provas a que tenha maior facilidade.

Por fim, observa-se a necessidade da relativização do modelo de distribuição estática do ônus da prova, para que seja alcançada uma justa solução para a lide, podendo o juiz atribuir o ônus do fato constitutivo ao réu e o ônus do fato impeditivo, modificativo e extintivo ao autor.

2.7 O ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Atento à situação de desigualdade existente nas relações de consumo, o legislador observou a necessidade de criar normas que pudessem traduzir o princípio da isonomia expresso na CF/88 dentro das relações consumeristas e com isso surgiu o CDC, que tem como principal objetivo conceder igualdade de condições entre as partes na relação processual.

Com relação ao ônus da prova, o CDC deixa expresso em seu art. 6º, VIII, como será a sua distribuição:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

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

O artigo citado deixa expresso que a inversão do ônus da prova do CDC visa proporcionar as partes igualdade de condições frente ao processo, já que se a regra aplicada fosse a do CPC, estaria o consumidor em desvantagem, distanciando assim, da verdade real que constitui objetivo a ser alcançado no final do processo.

Para isso o legislador criou dois requisitos para a concessão da inversão do ônus da prova, quais sejam: quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente. Deve-se salientar que os requisitos para inversão do ônus da prova necessitam ser analisados de forma isolada, ou seja, se qualquer deles estiver presente na relação processual, o juiz poderá realizar a inversão, sendo que esses critérios deverão ser averiguados pelo magistrado na análise do caso concreto.

Com relação à verossimilhança das alegações para a constituição da inversão do ônus da prova nas relações de consumo, a doutrina dispõe que a mesma consiste em uma análise detida do magistrado sobre a situação fática presente aos autos; sendo assim, o magistrado avaliando o caso concreto deverá deferir a inversão mesmo que ali não se encontre provas que venham assegurar o direito do litigante, mais pela sua experiência casuística e os fatos narrados observe a plausibilidade do direito do litigante.

Sobre a verossimilhança das alegações Ambrósio (2013, p. 42) dispõe com maestria sobre o assunto, assim relatando:

Assim, um fato é verossímil quando corresponde a uma hipótese plausível segundo a ordem normal das coisas; verossimilhança significa a plausibilidade da alegação das partes, de acordo com a observação do juiz do que costuma acontecer, independentemente da existência de provas sobre o caso concreto. O juízo da verossimilhança não depende da produção de provas, mas se fundamenta apenas nas alegações da parte comparadas com os fatos que ordinariamente acontecem. Por essa razão, alguns doutrinadores criticam essa hipótese, afirmando que verossimilhança não é caso de inversão do ônus da prova, mas se relaciona com a aplicação das regras de experiências.

Pelo conceito apresentado acima, chega-se ao entendimento que para se inverter o ônus da prova não precisará o magistrado de provas, mas deverá utilizar-se de sua experiência profissional e se ater a análise fática do que ordinariamente acontece.

O outro requisito contido no art. 6º, inciso VIII do CDC é a hipossuficiência, constituindo a mesma em uma relação de vulnerabilidade do consumidor, diante da prestadora do serviço ou da fornecedora do produto, que por não ser detentor de conhecimentos técnicos e nem possuidor de conhecimentos aprofundados sobre a constituição do produto, apresenta-se, na relação processual, em situação de desigualdade frente à parte adversa.

Sobre a hipossuficiência do consumidor e o ônus da prova, Pires (2011, p. 84), assim dispõe:

O consumidor é naturalmente a parte vulnerável desse tipo especial de relação jurídica e essa hipossuficiência se reveste de aspectos de ordem econômica e/ou técnica decorrendo geralmente das

dificuldades no acesso à informações, documentos, do grau de escolaridade da pessoa e sua posição social, poder aquisitivo e outros tantos fatos adversos que venham a impossibilitar a demonstração dos fatos alegados.

Com isso, conclui-se que a hipossuficiência do consumidor, pode ser analisada de acordo com a condição econômica, técnica, mas principalmente pela dificuldade que a parte tenha em trazer ao processo determinada prova, configurando-se assim, a necessidade de inversão do ônus da prova.

Outro tema de real importância sobre a inversão do ônus da prova no CDC, está ligado ao momento de sua concessão. A doutrina diverge quanto a isso; alguns são favoráveis que a concessão seja efetivada no momento da prolação da sentença, outros argumentam que seria mais conveniente que essa inversão ocorresse na fase de saneamento do processo.

Com relação à inversão do ônus da prova no momento da prolação da sentença, têm-se dois pontos a serem verificados, sendo um favorável e outro em sentido desfavorável. Em sentido favorável, verifica-se que com o fim da fase instrutória teria o magistrado substratos suficientes para conduzir a inversão, sem contar que teria maior facilidade ao determinar quais provas deveriam ser conduzidas ao processo; em sentido desfavorável, a presente inversão constituiria um cerceamento de defesa contra aquele que foi compelido a produzir a prova, não tendo como se destituir deste ônus, atacando principalmente o princípio do contraditório, constituindo uma norma basilar expresso no art. 5º, LV, da CF/88.

Já sobre a inversão do ônus da prova na fase de saneamento do processo, observa-se que ela configura o momento mais adequado para a inversão, já que nesta ocasião teria o julgador como fixar os pontos controvertidos e distribuir o ônus da prova, caso preenchidos os requisitos autorizadores do CDC.

Sobre o momento da inversão do ônus da prova é de grande importância às palavras de Baldini (2013, p. 58) no qual afirma:

A posição que vem ganhando maior destaque, inclusive na jurisprudência, e a que nos parece mais correta, é a de que o momento processual adequado para se proceder à inversão judicial do ônus da prova é a fase de saneamento do processo, em que o magistrado fixa os pontos controvertidos, decide as questões processuais pendentes e determina as provas a serem produzidas, nos termos dos parágrafos 2º e 3º, do art. 331, do Código de Processo Civil.

Como apresentado pelo autor, a fase de saneamento é considerada o momento mais adequado para que o juiz determine qual das partes tem o encargo de trazer ao processo determinadas provas, pois assim, abriria a oportunidade para que as partes pudessem se manifestar sobre quem deveria produzir as provas, respeitando também o princípio do contraditório.

2.8 O ÔNUS DA PROVA NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

A CLT discorre sobre o ônus da prova em seu art. 818, que assim dispõe “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer” este instituto demonstra-se vago no trato acerca de quem compete produzir a prova. Sendo que a doutrina majoritária é pacífica que o direito processual civil deverá ser usado como fonte integrativa para complementar o espaço deixado pela legislação processual trabalhista.

Como substrato legal para sustentar tal afirmação, a doutrina dispõe que deverá ser aplicado o art. 769 da CLT, ao preceituar que: “nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”.

Deve-se observar que a CLT não é omissa no trato ao ônus da prova, mas discorre sobre a matéria de forma insuficiente fazendo com que haja a aplicação subsidiária do CPC.

Sobre a aplicação subsidiária da legislação instrumental comum à CLT, observam-se as palavras de Leite (2010, p. 564), que afirma:

O art. 818 da CLT estabelece textualmente que “o ônus de provar as alegações incumbe à parte que as fizer”. Essa regra, dada a sua excessiva simplicidade, cedeu lugar, não obstante a inexistência de omissão do texto consolidado, à aplicação conjugada do art. 333 do CPC, segundo o qual cabe ao autor à demonstração dos fatos constitutivos do seu direito e ao réu a dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos.

Como deixa claro o doutrinador, a aplicação do CPC não irá preencher algo inexistente, mas sim, complementar algo no qual a CLT abordou de forma

superficial, necessitando da aplicação subsidiária para traçar os contornos do ônus da prova.

As críticas aplicáveis à distribuição do ônus da prova no Direito Processual Civil, demonstram-se mais necessárias quando do trato do direito processual do trabalho, já que as partes que compõem a relação trabalhista não estão no mesmo patamar, mas sim, observa-se um desnível entre empregado e empregador, constituindo o empregado o hipossuficiente desta relação jurídica, não dispondo dos mesmos conhecimentos técnicos quanto jurídicos auferidos pela classe empregadora.

Com isso, resta-se necessário a aplicação de um meio de equalizar a distribuição do ônus da prova, sendo necessário dispor de técnicas adequadas para com o trabalhador.

Como forma de distribuir de maneira mais equitativa o ônus da prova, a doutrina dispõe que o julgador poderia utilizar-se do que está expresso no procedimento sumaríssimo trabalhista, que está explícito na CLT, em seu art. 852-D, ao dispor que:

Art. 852-D. O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica. (Incluído pela Lei nº 9.957, de 12.1.2000)

Pelo apresentado no dispositivo legal acima mencionado, vê-se que o mesmo autoriza ao magistrado tomar as providências necessárias para que nenhuma das partes venham a sofrer prejuízos, por não dispor de meios para demonstrar seu direito.

Também com relação aos meios substitutivos da distribuição estática do ônus da prova no processo trabalhista, alguns doutrinadores asseguram que deverá ser aplicado o CDC, já que o presente diploma normativo visa proteger relações jurídicas substanciais, onde haja hipossuficiência de alguma das partes em relação à parte adversa, sendo sua aplicação ao processo trabalhista viável.

Sobre a aplicação do CDC às relações trabalhistas, Ambrósio (2013, p. 48), assim discorre:

Para a maioria dos doutrinadores, o processo do trabalho abarca a inversão do ônus da prova, expressamente adotada no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, pelo permissivo do art. 769 da consolidação das Leis do Trabalho. Assim, seriam requisitos para inversão do ônus da prova no processo do trabalho: I) faculdade do juiz que pode ser levada a efeito de ofício, independentemente de requerimento das partes; II) hipossuficiência do reclamante que não será necessariamente a econômica, mas a dificuldade excessiva de se produzir a prova; III) verossimilhança das alegações que é a aparência de verdade, devendo o Juiz do Trabalho se pautar pelas regras de experiências do que ordinariamente acontece (art. 335 do CPC).

Destarte, a aplicação da inversão do ônus da prova presente na lei consumerista ao processo trabalhista, demonstra-se da mais digna justiça, traçando a autora supramencionada alguns requisitos para que fossem aplicáveis no caso concreto quais sejam: a hipossuficiência do reclamante, que na maioria dos casos constitui o trabalhador, sendo necessário ressaltar que essa hipossuficiência, como na relação consumerista, não necessariamente econômica, mas sim, está interligada a dificuldade da parte de produzir a prova.

Posteriormente, deverá o juiz trabalhista também conceder a inversão do ônus da prova, caso verificado a verossimilhança das alegações produzidas pela parte, devendo utilizar da sua experiência habitual.

Por fim, a doutrina e a jurisprudência têm evoluído no sentido de que deverá o magistrado utilizar-se da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo trabalhista, distribuição esta que visa relativizar a distribuição estática do ônus da prova, permitindo que o magistrado ordene à parte contrária, que traga ao processo determinada prova a qual, inicialmente, não lhe competia. Tratar-se-á de forma mais detalhada sobre distribuição dinâmica do ônus da prova e sua aplicação ao processo trabalhista nos próximos capítulos.

3. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Observando as injustiças causadas pela aplicação indiscriminada da distribuição estática do ônus da prova, a doutrina e a jurisprudência começaram a apoiar a sua flexibilização, surgindo assim, a distribuição dinâmica do ônus da prova.

A distribuição dinâmica do ônus da prova apresenta-se como um meio subsidiário à distribuição estática, já que o magistrado, inicialmente, deverá aplicar a segunda regra somente se a prova mostrar-se de difícil ou impossível produção, ou constituir-se em maior facilidade para a parte adversa produzir, pois poderá o juiz determinar que a mesma traga ao processo determinada prova.

Com relação aos elementos para a adoção da distribuição dinâmica do ônus da prova, mostra-se importante a conceituação apresentada por, Baldini (2013, p. 15), no qual dispõe ser necessário o binômio “impossibilidade/extrema dificuldade da parte na produção da prova – possibilidade/menor facilidade da produção da prova pela parte contrária”.

Sendo assim, frente aos requisitos apresentados acima, e às desigualdades existentes nas relações processuais, constituiu-se por necessário flexibilizar a distribuição do ônus da prova, como forma de respeitar a igualdade material.

Sobre a origem da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, a doutrina não é pacífica, mas, os mesmos convergem sobre quem primeiro a sistematizou, afirmando que foi o argentino Jorge Walter Peyrano. Nesse sentido, observa-se o que dispõe Baldini (2013, p. 89):

Como será abordado mais adiante a referida teoria tem como grande causídico o jurista argentino Jorge W. Peyrano, considerado o responsável pela sistematização da *teoría de las cargas probatorias dinámicas*.

De acordo com a citação acima, o jurista argentino Jorge Walter Peyrano utiliza a expressão “cargas probatorias dinámicas”, sobre a flexibilização das regras de distribuição do ônus da prova, sendo importante observar, que isso constitui apenas mais um sinônimo para o conceito da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Sobre as acepções da expressão “cargas probatórias dinâmicas”, são de grande importância às palavras de Ambrósio (2013, p. 50), que dispõe serem:

Também chamada de teoria da carga dinâmica da prova, teoria dinâmica do ônus da prova, teoria das cargas probatórias compartilhadas, teoria da prova compartilhada, carga da prova compartilhada, dinamização do ônus da prova, distribuição dinâmica do ônus da prova, repartição dinâmica do ônus da prova ou teoria da solidariedade da prova.

Pelo que afirma a doutrinadora, cada uma destas acepções constituem sinônimos.

Com relação à jurisprudência, observa-se o seu surgimento na Argentina, onde as regras de distribuição dinâmica do ônus da prova foram inicialmente aplicadas nas ações sobre erros médicos, tendo a presente teoria avançado posteriormente para outras matérias, como as envolvendo: contratos de depósitos, contratos de garagem, contratos trabalhistas entre outros. Nas presentes lides podia-se observar uma profunda disparidade de armas, vindo a flexibilização da distribuição do ônus da prova constituir um meio justo para solução da lide.

3.1 CONCEITOS E DISTINÇÕES ENTRE DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA, INVERSÃO JUDICIAL E DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

A distribuição do ônus da prova pode ser observada de diferentes formas, entre elas, apresenta-se a distribuição estática, a inversão judicial e a distribuição dinâmica do ônus da prova, cada uma com as suas especificidades.

A distribuição estática constitui um modelo em que o legislador distribuiu o ônus da prova de forma fixa, dispondo competir ao autor à produção dos fatos constitutivos e ao réu a produção dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos, sem flexibilizar a presente regra.

A presente forma de distribuição foi adotada pelo CPC de 1973 e pela CLT, baseando-se na igualdade formal, sem avaliar o caso concreto.

Pelo que se observa, a distribuição estática do ônus da prova diferencia-se dos outros dois modelos, por não possibilitar ao magistrado a liberdade de flexibilizar o ônus da prova, apenas aplicando aquilo que está expresso na lei.

Já com relação à inversão judicial, constitui um modelo que visa possibilitar que o juiz, diante do caso concreto, após auferir a existência de elementos necessários, aprioristicamente contidos na lei, proceda à inversão do ônus da prova.

Na legislação brasileira, observa-se a aplicação da inversão judicial do ônus da prova, no CDC, sendo que o mesmo estipula algumas limitações, entre elas destacam-se: só será deferida a inversão em benefício do consumidor, ficará subordinada a análise do juiz, desde que seja verossímil a alegação ou quando o consumidor demonstre ser hipossuficiente.

Já a distribuição dinâmica do ônus da prova, caracteriza-se quando o magistrado avaliando o caso concreto, observa que a distribuição disciplinada na lei tornou-se injusta para o sujeito processual por ser difícil ou de impossível produção, além disso, poderá usar da presente técnica quando analisando o caso concreto observar que a prova demonstra-se com maior facilidade à parte adversa.

Com relação a distinções entre as cargas probatórias dinâmicas e a inversão judicial do ônus da prova, vejamos Ambrósio (2013, p. 64):

A teoria das cargas probatórias dinâmicas não se baseia em uma distribuição prévia do ônus da prova, ao passo que só se pode falar em inversão caso o ônus seja estabelecido prévia e abstratamente na lei. Presentes os requisitos legais, a inversão do ônus da prova se impõe. Já a teoria das cargas probatórias dinâmicas é mais abrangente, pois não se vincula à previsão legislativa, cabendo ao juiz abrandar a repartição do encargo probatório em todo e qualquer tipo de processo em que se apresente mais fácil a uma das partes a produção da prova.

Percebe-se claramente que os institutos da inversão judicial e da distribuição dinâmica do ônus da prova não se confundem; uma das diferenças apresentadas pela doutrinadora está no fato de a inversão do ônus da prova necessitar de previsão legal para que seja deferida. Já a distribuição dinâmica poderá ser deferida com fundamentos em dispositivos constitucionais e legais; sendo necessário salientar também, que a distribuição dinâmica não está subordinada apenas a uma das partes, podendo ser deferida tanto para o autor quanto para o réu. A inversão judicial necessita que seja auferida a verossimilhança da alegação ou que a parte

seja hipossuficiente, diferentemente da distribuição dinâmica, tendo como requisito apenas o fato de a parte demonstrar, no processo, que o seu adversário apresenta melhor condição para produzir a prova do alegado.

3.2 FUNDAMENTOS PARA APLICAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Por não haver no direito brasileiro dispositivo legal que assegure a distribuição dinâmica do ônus da prova, a doutrina dispõe que os fundamentos para a aplicação estão dispostos na própria CF/88, baseados principalmente no princípio da isonomia e no acesso à justiça, dispostos no art. 5º, inciso, XXXV da Carta Maior; e no direito processual comum, sendo o princípio da colaboração das partes no processo o principal deles.

Sobre os fundamentos da distribuição dinâmica do ônus da prova, Pires (2011, p. 108-109), que destaca:

Da conjunção de todos esses princípios pode-se dizer que a teoria da distribuição do ônus da prova está calcada na preocupação contemporânea com a busca da verdade substancial e possível, no acesso efetivo a justiça, na promoção da igualdade material das partes bem assim nos princípios da lealdade, boa-fé, e de colaboração das partes no processo.

A autora deixa claro que a CF/88 objetiva alcançar a verdade real e não apenas a verdade formal, sendo isto pautado pelo acesso efetivo à justiça, promoção da igualdade material e a colaboração das partes no processo.

Encontra-se a aplicação do princípio da isonomia na CF/88 em seu art. 5º, *caput*, ao assegurar que “todos são iguais perante a lei”, devendo-se salientar que essa norma é aplicável tanto no âmbito das normas materiais quanto processuais.

Sobre a aplicação do princípio da isonomia no âmbito processual Cintra, Grinover e Dinamarco (2011, p. 59) dispõem que:

A igualdade perante a lei é premissa para a afirmação da igualdade perante o juiz: da norma inscrita no art. 5º, *caput*, da Constituição,

brotam o princípio da igualdade processual. As partes e os procuradores devem merecer tratamento igualitário, para que tenham as mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas razões.

Dessa forma constata-se que, o princípio da igualdade é amplamente empregado na seara processual, e assim sendo, é também de completa aplicabilidade quando da distribuição do ônus da prova.

Já sobre o acesso à justiça, também conhecido como princípio da inafastabilidade de jurisdição, observa-se que o mesmo deve ser interpretado de forma ampla, visando proporcionar uma prestação jurisdicional concretizadora do direito material sob tutela, buscando reconhecer a cada um, o que é seu.

Por fim, outro fundamento que vem a assegurar a aplicabilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova constitui o dever de solidariedade das partes na produção das provas. Por esse princípio, conclui-se que é dever de todos colaborarem com a prestação da tutela jurisdicional, concedendo os meios que estão ao alcance da parte para que haja uma sentença justa. Como fundamento legal deste princípio tem-se o art. 339 do CPC ao preceituar que “Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”; por esse dispositivo legal fica claro a aplicabilidade do dever de colaboração de todos pela busca da verdade.

3.3 MOMENTO DE APLICAÇÃO

Com relação ao momento de aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova a doutrina dispõe que deverá ser processado na fase instrutória, preferencialmente, na audiência preliminar. Pois nesse momento o magistrado já dispõe de indícios suficientes para averiguar quem está em melhores condições de produzir a prova.

Deve-se observar ainda, que o magistrado poderá realizar essa distribuição de ofício ou mediante requerimento da parte, já que é ela a maior interessada em um julgamento favorável; já com relação à distribuição de ofício realizada pelo magistrado, vê-se que constitui uma necessidade do processo moderno, pois o magistrado deverá ser um sujeito imparcial com relação ao julgamento, mas deverá

participar efetivamente da produção das provas, como forma de equalizar a relação processual e evitar abusos praticados por aqueles que dispõem de maior capacidade jurídica, econômica, tecnológica e etc.

Com relação a este tema surge uma preocupação basilar, que constitui em dar oportunidade para que a parte contrária se manifeste sobre a distribuição dinâmica do ônus da prova, inviabilizando que a distribuição ocorra no momento da prolação da sentença.

Como meios limitadores da possibilidade da distribuição dinâmica do ônus probatório no momento da sentença, o direito nacional estipula alguns princípios basilares que deverão ser seguidos, entre eles apresentam-se: o contraditório e a ampla defesa. Esses princípios servem para proteger a parte adversa das possíveis arbitrariedades, que poderiam ser praticadas pelo magistrado, já que dará oportunidade a mesma para se manifestar sobre os motivos que dificultam a produção da prova, além de possibilitar que ela demonstre estar em situação de desvantagem, possibilitando ao juiz revogar a distribuição do ônus da prova, estipulando para parte anteriormente onerada.

3.4 CRÍTICAS À DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Alguns doutrinadores tecem críticas ao instituto da distribuição dinâmica do ônus da prova. Entre as críticas, as mais comuns são com relação à falta de disposição legal, que autorize o juiz avaliar quem está em melhores condições de produzir as provas e quanto ao direito de não produzir prova contra si mesmo.

Com relação à falta de disposição legal para subsidiar a distribuição dinâmica do ônus da prova, deve-se observar que a mesma não prospera, já que diversos dispositivos constitucionais e legais garantem este direito. Entre os dispositivos constitucionais que viabilizam a distribuição dinâmica do ônus da prova, estão os princípios da isonomia e o princípio da inafastabilidade de jurisdição, tendo os mesmos como maior objetivo proteger os direitos injustamente ameaçados, sendo que se deve observar, que essas são garantias a um processo justo, no qual deve imperar a verdade real. Com relação aos princípios legais que fundamentam

têm-se o princípio da lealdade, da boa-fé e da solidariedade, que visam possibilitar e orientar o magistrado no momento de distribuir a prova.

Já sobre os poderes que são concedidos aos magistrados para distribuírem o ônus da prova, avaliando quem detém melhores condições de produzi-la, constitui esse direito em uma evolução dos poderes do juiz para com o processo, onde ele deixa de ser um mero expectador da disputa entre autor e réu e passa a agir visando a impedir que o mais forte sobressaia injustamente sobre o mais fraco.

Ainda, com relação aos poderes do juiz para flexibilizar a distribuição do ônus da prova, os mesmos não serão ilimitados, mais sim, terão de respeitar alguns direitos do jurisdicionado, já que as suas decisões deverão ser fundamentadas e deverá ser respeitado o direito ao contraditório e a ampla defesa.

Por último, sobre o direito de não produzir prova contra si mesmo, observa-se que este não se aplica no âmbito do Direito Processual Civil nem no Direito Processual Trabalhista, constituindo essa proteção legal como característico do Direito Processual Penal, na qual o réu se defende do poder punitivo do Estado, diferentemente dos primeiros, já que nestes o que deve imperar entre as partes é a colaboração.

3.5 PROVA DIABÓLICA REVERSA

A prova diabólica constitui um dos fundamentos para que o Poder Judiciário distribua dinamicamente o ônus probatório, sendo que o objetivo a ser alcançado com a presente forma de distribuição é atribuir o ônus da prova àquele que dispõe de melhores condições técnicas, fáticas ou profissionais de produzi-la. Desse modo, deverá o magistrado observar, no caso concreto, quem está em melhores condições de produzir a prova.

Deve-se observar que nem sempre quando o ônus da prova constituir-se diabólica para o autor ou para o réu poderá o magistrado realizar sua distribuição, já que essa distribuição pode constituir uma prova diabólica reversa, circunstância que acabaria por inviabilizar a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Sobre a prova diabólica reversa, Ambrósio (2013, p. 62-63), discorre no sentido que:

Quanto da aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas se a transferência do encargo probatório acarretar a mesma dificuldade ou impossibilidade para a parte contrária inicialmente desonerada na respectiva produção, a utilização dessa técnica de dinamização resta obstada, pois seu objetivo não é punir a parte contrária ou gerar outra situação de desigualdade entre os litigantes. Assim, a teoria em comento encontra limite na chamada *probatio diabólica reversa*, pois é indispensável que a parte dinamicamente onerada tenha a possibilidade real de produção da prova, sob pena de grave violação ao seu direito de defesa e de acesso ao Poder Judiciário.

Pelo entendimento doutrinário acima aludido, fica claro que a dinamização do ônus da prova não poderá caracterizar-se como uma punição à parte contrária, devendo ser utilizada como forma de solução do litígio, sendo que quando o ônus da prova constituir-se diabólica para ambas as partes, o magistrado não efetuará qualquer forma de distribuição.

Por fim, resta-se demonstrado que o magistrado poderá distribuir dinamicamente o ônus da prova, desde que haja uma prova diabólica ou quando for aparente a facilidade da parte adversa em produzir a prova, devendo o magistrado ter a devida cautela para que não distribua dinamicamente o ônus da prova e cause uma circunstância de prova diabólica reversa, desvirtuando-se da finalidade da dinamização do ônus da prova.

3.6 CÓDIGO MODELO DE PROCESSOS COLETIVOS PARA IBERO-AMÉRICA

O instituto Ibero-América de Direito Processual foi criado em 1957 e tem por objetivo criar modelos de códigos processuais para os países que lhe são seguidores. Inicialmente, foram criados os modelos de Código Processo Civil e Penal, sendo os mesmos aprovados em 1988; posteriormente, em 2004 foi aprovado o código modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, norma que teve a participação de alguns juristas brasileiros como Ada Pellegrine Grinover, António Gidi e etc.

Com relação a este Código, observa-se a sua importância para com este trabalho por duas razões: primeiro por que ele trouxe em seu texto a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova; segundo por que influenciou no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo, que serviu de base para o projeto da nova Lei de Ação Civil Pública.

O presente Código modelo não adotou em seu texto a distribuição estática do ônus da prova, nem a inversão judicial, mas sim, a distribuição dinâmica do ônus da prova, conforme disposto em seu art. 12º:

Art. 12. Provas - São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem (grifo nosso).

Par. 1º. O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração. Não obstante, se por razões de ordem econômica ou técnica, o ônus da prova não puder ser cumprido, o juiz determinará o que for necessário para suprir à deficiência e obter elementos probatórios indispensáveis para a sentença de mérito, podendo requisitar perícias à entidade pública cujo objeto estiver ligado à matéria em debate, condenando-se o demandado sucumbente ao reembolso. Se assim mesmo a prova não puder ser obtida, o juiz poderá ordenar sua realização, a cargo ao Fundo de Direitos Difusos e Individuais Homogêneos.

Par. 2º – Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa, o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedido à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para a produção da prova, observado o contraditório em relação à parte contrária.

Par. 3º - O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

Como apresentado no parágrafo 1º, acima citado, observa-se que foi adotada a distribuição dinâmica do ônus da prova, pois diferentemente do modelo estático no qual o autor compete produzir os fatos constitutivos do seu direito e ao réu os fatos impeditivos, extintivos e modificativos do direito do autor, aqui há uma distribuição do ônus da prova de acordo com quem tem maior facilidade de produzir a prova; facilidade está que será observada ao se analisar os conhecimentos técnicos ou informacionais, no caso concreto.

Deve-se observar também, pelo que está expresso no parágrafo 1º, que caso o magistrado conclua que por razões econômicas ou técnicas as provas não

estejam sendo produzidas, poderá determinar de ofício a produção das mesmas, e se houver algum custo, a exemplo da perícia, a parte sucumbente arcará com este.

Por fim, o parágrafo 2º, traz a possibilidade de o juiz durante a fase instrutória modificar a distribuição do ônus da prova, desde que tenha havido uma modificação de fato ou de direito, que a justifique, devendo sempre a mesma ser fundamentada e respeitar o contraditório judicial.

3.7 INOVAÇÕES LEGISLATIVAS NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

Observando a necessidade de uma legislação que possibilitasse a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, o Poder Legislativo criou alguns projetos de lei, visando implantar em nosso ordenamento jurídico a aplicabilidade desta teoria.

Entre esses projetos, têm-se o Projeto de Lei Nº 5.139/2009, que visa tratar em um único diploma legal dos direitos transindividuais; tem-se ainda o Projeto de Lei Nº 166/2010 do Senado Federal, que trata do novo CPC, o qual foi debatido e teve sua redação alterada pelo Projeto de Lei nº 8.046/2010 da Câmara dos Deputados, os quais serão tratados nos tópicos abaixo.

3.7.1 Projeto de Lei Nº 5.139/2009

O projeto de lei acima identificado, objetiva constituir a nova Lei de Ação Civil Pública, que tramita na Câmara dos Deputados. Este projeto é oriundo do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo e visa disciplinar a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Deve-se observar que esse projeto é de grande importância, já que visa unificar a regulamentação dos direitos transindividuais, revogando assim, a lei de Ação Civil Pública, parte do CDC, parte do ECA, entre outros dispositivos legais.

Outra norma que influenciou a criação deste projeto foi o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, traçando normas gerais sobre a disciplina dos direitos coletivos, conforme já exposto no capítulo anterior.

Este projeto de lei configura-se de real importância para este trabalho, já que no trato da distribuição do ônus da prova, o mesmo veio a regulamentar a distribuição dinâmica do ônus probatório, constituindo assim, um avanço significativo no trato da matéria.

Frente à importância da distribuição do ônus da prova, este projeto de lei veio a tratar do tema desde os seus princípios, onde afirma:

Art. 3º O processo civil coletivo rege-se pelos seguintes princípios:
(...)

VII - dever de colaboração de todos, inclusive pessoas jurídicas públicas e privadas, na produção das provas, no cumprimento das decisões judiciais e na efetividade da tutela coletiva;

Como fica claro, pelo exposto no inciso acima, constitui um dos princípios do Projeto de Lei de Ação Civil Pública a colaboração de todos para a formação das provas.

Mais especificamente sobre ônus da prova, observa-se no projeto acima avençado, que o Brasil evoluiu com grande magnitude com relação a esta concepção, que por meio de seu art. 20 dispõe mais especificamente sobre a distribuição deste ônus. Pela importância deste dispositivo legal, necessário se faz a sua transcrição abaixo:

Art. 20. Não obtida a conciliação ou quando, por qualquer motivo, não for utilizado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:

I - decidirá se o processo tem condições de prosseguir na forma coletiva;

II - poderá separar os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas à tutela dos interesses ou direitos difusos e coletivos, de um lado, e dos individuais homogêneos, do outro, desde que a separação represente economia processual ou facilite a condução do processo;

III - fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas;

IV - distribuirá a responsabilidade pela produção da prova, levando em conta os conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos detidos pelas partes ou segundo a maior facilidade em sua demonstração;

V - poderá ainda distribuir essa responsabilidade segundo os critérios previamente ajustados pelas partes, desde que esse acordo não torne excessivamente difícil a defesa do direito de uma delas;
VI - poderá, a todo momento, rever o critério de distribuição da responsabilidade da produção da prova, diante de fatos novos, observado o contraditório e a ampla defesa;
VII - esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova; e
VIII - poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

Pelo que se extrai do artigo, constata-se que o mesmo adere à distribuição dinâmica do ônus da prova. Como fica explícito nos incisos III e IV, observa-se uma prevalência dos poderes instrutórios do juiz, afirmando que caso não seja obtida uma conciliação, deverá o magistrado decidir pontos controvertidos e determinar as provas a serem produzidas. Além disso, no inciso IV dispõe que o magistrado deverá distribuir o ônus da prova de acordo com os conhecimentos técnicos ou informações específicas, devendo auferir quem está com maior facilidade de produzir a prova.

Posteriormente, vê-se que o projeto de lei também disciplinou a distribuição convencional do ônus da prova, como pode ser visto pela literalidade do inciso V do mesmo artigo.

Outro fato que denota relevância é a possibilidade do juiz poder realizar a distribuição de ofício, além de que diante de fatos novos, poderem distribuir o ônus da prova, devendo respeitar os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Por fim, o projeto trata especificamente da sua aplicabilidade às relações trabalhistas, dispondo que poderá ser aplicado, desde que não contrarie os princípios específicos do processo trabalhista. Pelo grau de importância deste artigo, necessário sua transcrição: “art. 68. Os dispositivos desta Lei aplicam-se no âmbito das relações de trabalho, ressalvadas as peculiaridades e os princípios informadores do processo trabalhista”.

De acordo com o dispositivo acima transcrito, observa-se que o mesmo objetiva, de forma expressa, possibilitar a aplicação desta norma ao processo trabalhista, desde que respeitados as peculiaridades e os princípios basilares do processo do trabalho.

3.7.2 Redação Final do Projeto de Lei Nº 166/2010 do Senado Federal

O Projeto do Novo CPC, Projeto de Lei nº 166/2010 oriundo do Senado Federal, teve início após seu presidente José Sarney, por meio do ato Presidente do Senado nº 379 de 2009, constituir a comissão de juristas responsáveis pela elaboração do anteprojeto do novo CPC, sob a presidência do então ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Fux.

O referido projeto trouxe diversas inovações no âmbito processual, sendo que uma das mais relevantes está relacionada à distribuição do ônus da prova, já que deixou expresso a possibilidade de utilização pelo magistrado da distribuição dinâmica do ônus probatório, instituto este já adotado pela doutrina e jurisprudência nacional e estrangeira, sendo que em seu texto final aprovado pelo Senado Federal, a distribuição do ônus da prova foram tratada entre os arts. 357 e 359, que disciplina a matéria da seguinte forma:

Art. 357. O ônus da prova, ressalvados os poderes do juiz, incumbe:
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Art. 358. 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. 357, 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.

Art. 359. É nula a convenção relativa ao ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Parágrafo único. O juiz não poderá inverter o ônus da prova nas hipóteses deste artigo.

Como fica expresso nos arts. 357 ao 359, o projeto do Senado dispôs sobre o ônus da prova. O art. 357 trata da possibilidade da distribuição estática, competindo ao autor produzir os fatos constitutivos de seu direito e ao réu os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor. Já em seu art. 358 a

presente casa legislativa tratou do instituto da distribuição dinâmica do ônus da prova, possibilitando que o magistrado distribua de modo diverso o ônus probatório, transferindo para a parte que estiver em melhores condições de produzi-la, desde que por decisão fundamentada, respeitando-se o contraditório.

O presente projeto de lei também trouxe a possibilidade da distribuição convencional do ônus da prova, em seu art. 359, desde que não recaia sobre direito indisponível da parte ou que torne excessivamente difícil o exercício do direito pela parte, dispondo ainda, que o juiz não poderá intervir na distribuição realizada de comum acordo pelas partes, desde que respeitados os limites impostos nos incisos I e II do art. 359 do projeto.

Após sua aprovação no Senado Federal, o Projeto de Lei nº 166/2010 foi encaminhado a Câmara dos Deputados, sendo recebido como Projeto de Lei nº 8.046/2010, ao qual será analisado em seguida.

3.7.3 Redação Final do Projeto de Lei nº 8.046/2010 da Câmara dos Deputados

O Projeto do novo CPC foi recebido pela Câmara, passando a tramitar naquela casa como o Projeto de Lei nº 8.046, de 2010.

Na Câmara dos Deputados, o projeto foi apreciado, sofrendo diversas mudanças, principalmente com relação à distribuição do ônus da prova, que se encontra regulado por meio do art. 380, que assim dispõe:

Art. 380. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

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

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Na Casa do Povo, o projeto sofreu diversas modificações, como se pode observar pela leitura do presente artigo, principalmente com relação à distribuição dinâmica do ônus da prova.

Uma das mudanças foi com relação a melhor sistematização da distribuição dinâmica do ônus da prova, sendo que enquanto o projeto aprovado pelo Senado Federal, apenas dispunha sobre a maior facilidade de obtenção da prova, o projeto da Câmara, além disso, também dispôs sobre a prova diabólica, como poderá ser observado pelo disposto no parágrafo 1º do artigo acima transcrito. Referido parágrafo preceitua que o juiz poderá atribuir de modo diverso o ônus da prova, incumbindo a parte inicialmente desonerada, caso verifique a impossibilidade ou a excessiva dificuldade na produção da mesma, constituindo assim uma prova diabólica.

Outra mudança que houve em relação ao projeto enviado pelo Senado foi com relação ao que dispõe o parágrafo 2º do mesmo art. 380. Tal dispositivo normativo dispõe que não poderá o magistrado distribuir o ônus da prova para parte que inicialmente era desincumbida, de forma que a mesma esteja impossibilitada ou com grande dificuldade em produzir a prova, por isso, constituiria o que a doutrina chama de prova diabólica reversa, modalidade inaceitável na sistemática do processo civil moderno.

Ainda sobre as mudanças advindas pelo projeto final da Câmara dos Deputados em relação ao projeto enviado pelo Senado Federal, constatam-se outras modificações interessantes. Pelo Projeto do Senado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o o mesmo à parte que estiver em melhores condições de produzi-la. No entanto, existe uma crítica por parte da comissão especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei do novo CPC na Câmara dos Deputados. Para esta comissão o texto do projeto de Lei do Senado peca quando afirma que o juiz imporá à parte o ônus probatório, se a mesma estiver em melhores condições de produzi-la. Para a citada Comissão existe uma grande diferença entre “dever de provar” e “ônus

da prova”; é que o primeiro constitui uma obrigação, que uma vez não cumprida sujeitará a parte a uma penalidade; já o segundo, ônus da prova, constitui uma faculdade e do seu descumprimento não gerará nenhuma punição, podendo apenas gerar uma decisão desfavorável.

Na Câmara dos Deputados o projeto também deixou expresso o momento adequado para se distribuir o ônus da prova, dispondo ser na fase de saneamento do processo, como se observa pela dicção do texto expresso no art. 364 que afirma: “Não ocorrendo qualquer das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: (...) III – definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 380”. Fica claro a intenção do legislador em fixar um momento determinado para se distribuir o ônus da prova, observando que na fase de saneamento há possibilidade da parte se desincumbir deste ônus.

Pelo apresentado neste capítulo, chega-se à conclusão de que o instituto da distribuição dinâmica do ônus da prova já é uma realidade no direito brasileiro. Inicialmente, foi tratado na doutrina e na jurisprudência nacionais, afirmando que este Instituto estaria assegurado por princípios constitucionais e legais. Posteriormente, observa-se que o legislativo diante da ampla aceitação pelos tribunais da distribuição dinâmica do ônus da prova, passou a criar projetos de lei, com vista a regulamentar o assunto, traçando critérios para sua aplicação e dispondo sobre o momento adequado para sua concessão.

4. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

Como disciplinado no capítulo primeiro desse trabalho, o processo trabalhista adota como modelo legal de distribuição do ônus da prova, o modelo estático, como disposto no art. 818 da CLT, sendo que, pelo fato deste artigo não tratar de forma clara sobre o ônus da prova, adota de forma subsidiária, a divisão proposta no art. 333 do CPC, utilizando-se do comando legal permissivo disposto no art. 769 da CLT.

Ocorre que este modelo de distribuição do ônus da prova, quando aplicado de forma absoluta, vem a desvirtuar a finalidade do processo, que é conceder a cada um, o que é seu; afastando-se assim, do ideal de justiça.

Como forma de solucionar essa disparidade a doutrina e a jurisprudência trabalhista nacional, passaram a apoiar a flexibilização dessa norma, utilizando-se de fundamentos tanto constitucionais, como a inafastabilidade da jurisdição e o princípio da igualdade material, e de bases legais como os art. 6º, VIII do CDC, como também do art. 852-D da CLT.

Com base em alguns desses fundamentos, a doutrina e a jurisprudência vem apoiando a flexibilização da distribuição estática do ônus da prova, e utilizando-se em casos específicos da aplicação da teoria da distribuição dinâmica, objetivando principalmente sanar a problemática da prova diabólica, como também, a possibilidade de distribuir o ônus probatório para parte contrária quando disponha de maior facilidade de produzi-la.

Nos tópicos abaixo, tratar-se-á sobre os fundamentos que funcionam como sustentáculos da distribuição dinâmica, analisando qual o momento adequado para se aplicar essa teoria, além de apresentar casos práticos em que a teoria distribuição dinâmica do ônus da prova estela sendo apoiada pela doutrina ou pela jurisprudência trabalhista.

4.1 FUNDAMENTOS PARA APLICAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO TRABALHISTA

Diante da inexistência de texto legislativo tratando sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho, a doutrina e a jurisprudência nacional vêm fundamentando suas decisões em princípios constitucionais e legais.

Com relação a esses princípios, observa-se estarem dispostos no art. 5º da CF/88, como o princípio da inafastabilidade de jurisdição, contraditório, ampla defesa e da igualdade material; Além do princípio da aptidão para a prova, os quais serão tratados nos tópicos a seguir.

4.1.1 Direito Fundamental à Prova

O direito fundamental à prova está fundamentado na CF/88, tendo como fundamentos o art. 5º, incisos XXXV e LV, ai estando salvaguardados os princípios da inafastabilidade de jurisdição e do contraditório e da ampla defesa.

Sobre a aplicação dos direitos fundamentais, como fundamento para distribuição dinâmica do ônus da prova, ressalte-se o que dispõe Pires (2011, p. 171):

O reconhecimento do direito fundamental à prova emanará no processo do trabalho uma ordem de justificação muito expressiva apta a exigir o pleno acolhimento da teoria dinâmica do ônus da prova. De fato, “possuindo uma das partes melhores condições de provar, segundo as circunstâncias materiais do caso concreto, a dinamização funciona como filtro isonômico do direito fundamental à prova: o exercício desse direito é ajustado em concreto, evitando tratamento discriminatório a qualquer das partes na sua atividade probatória em face da distribuição estática positivada na lei”.

Como declinado acima, os direitos fundamentais à prova, legitimam a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova no Processo do Trabalho, constituindo ainda, um fator que se alia ao tratamento isonômico das partes,

buscando sempre distribuir o ônus da prova à parte que dispõe de melhores condições de produzi-la.

Com relação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, o mesmo vem a garantir um processo justo, onde as partes tenham oportunidade de lutar pelos seus direitos, ocorrendo uma real efetividade processual, possibilitando que a parte tenha além de acesso a justiça, também uma decisão justa.

O direito fundamental à prova está subsidiado por outros dois princípios, que legitimam a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho, que são: o contraditório e a ampla defesa, princípios que visam trazer a oportunidade da parte adversa se desincumbir do ônus da prova, ao qual lhe foi atribuído.

4.1.2 Princípio da Igualdade Material no Processo do Trabalho

O princípio da igualdade deve ser interpretado, no direito moderno de forma a alcançar a igualdade material, ou seja, aquela que assegura que as partes não tenham apenas um tratamento legal de igualdade, mas que seja avaliado, no caso concreto, se a mesma disponha das mesmas condições que a adversária, constituindo o que a doutrina chama de paridade de armas.

Ante o apresentado, observa-se que a distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho, almeja alcançar um processo que respeite a igualdade material, que avalie quem está mais apto a produzir a prova, diferentemente da distribuição estática do ônus probatório, já que este modelo utiliza-se da igualdade formal, sendo um modelo rígido ao qual não se atém a situações fáticas.

Como forma de se demonstrar a intensão do legislador na aplicação do princípio da igualdade material no direito brasileiro, diversos dispositivos constitucionais e legais foram criados; sendo que entre eles, alguns legitimam a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo trabalhista; nesse sentido, dispõe Pires (2011, p. 159):

A primeira ordem de fundamentação para aplicação do ônus dinâmico da prova o diz respeito à imperativa observância e promoção do princípio da igualdade (art. 5, *caput*, da CF/88 e arts. 125, I, 129 e 130 do CPC e art. 769 da CLT) pelo juiz do trabalho nas relações processuais que lhe são submetidas para apreciação. Deve o magistrado zelar para que haja real paridade de armas das partes no feito de modo a promover o equilíbrio substancial entre elas.

Pelo exposto, a igualdade material surge como um alicerce da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo trabalhista, apresentando-se bem regulamentado.

Por fim, com relação a este princípio e sua aplicação no âmbito do processo laboral, o mesmo constitui uma forma de não se afastar a realidade processual da realidade substancial, onde o empregado, na maioria dos casos, encontra-se em situação de vulnerabilidade, não dispondo das mesmas condições que o empregador, de produzir as provas.

4.1.3 Princípio da Aptidão Para a Prova

O presente princípio, largamente utilizado na doutrina e jurisprudência trabalhistas, visa atribuir a produção da prova à parte que detenha melhores condições de produzi-la. Nesse sentido, caso o magistrado diante do caso concreto, observe que o empregador detém uma maior facilidade em trazer aos autos a prova que solucionaria o fato controvertido, e o empregado necessitaria dispor de um esforço muito maior que o empregador, deverá o magistrado distribuir dinamicamente este ônus, como forma de atribuí-lo para aquele que inicialmente era desimpedido.

Observa-se que a doutrina e a jurisprudência vêm utilizando o princípio da aptidão para a prova e a técnica de distribuição dinâmica, como sinônimas, mas que isso não constitui uma verdade, já que a distribuição dinâmica demonstra-se mais ampla e sistematizada que a anterior, devendo o princípio da aptidão para prova funcionar como um de seus fundamentos.

Sobre a distinção entre a distribuição dinâmica do ônus da prova e o princípio da aptidão para a prova, dispõe Ambrósio (2013, p. 101), que:

Nada obstante a semelhança entre o princípio da aptidão para a prova e a teoria das cargas probatórias dinâmicas, constata-se que a aplicação daquele princípio não ocorre de forma genérica e sistematizada no processo trabalhista. Assim, melhor se afigura a construção de uma teoria geral sobre o ônus da prova no processo do trabalho baseada na teoria das cargas probatórias dinâmicas já estruturada de forma científica pelos doutrinadores argentinos. Trata-se, em verdade, de um resgate do princípio da aptidão para a prova, desde muito afirmado pelos processualistas trabalhistas, mas agora com a denominação de teoria das cargas probatórias dinâmicas, contudo não baseado exclusivamente na inversão do ônus da prova, e sim numa verificação mais ampla de aptidão para a produção probatória.

Como deixa claro à autora, o princípio da aptidão para prova não se confunde com a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, já que este último constitui um modelo já consagrado na doutrina, principalmente argentina, sendo que os seus contornos já foram definidos, demonstrando-se mais apto a solucionar a problemática do modelo estático de distribuição do ônus da prova.

A doutrina também apresenta óbices à aplicação do princípio da aptidão para prova no processo do trabalhista, afetando em contrapartida a distribuição dinâmica do ônus probatório, entre eles apresentam-se: que este princípio daria excesso de poder aos magistrados, que poderiam usá-los de forma inadequada, contudo, deve-se salientar que isto não prospera, já que o julgador deverá motivar suas decisões e abrir oportunidade para o contraditório, momento em que a parte contrária poderia desincumbir-se do encargo a ele criado; o outro óbice é com relação ao direito de não produzir provas contra si mesmo, sendo que esse direito é aplicável ao Processo Penal, diferentemente do processo do trabalho, onde o que deve imperar é a colaboração das partes pela busca da verdade material.

4.2 MOMENTO DE APLICAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

Com relação ao momento de aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho, igualmente ao Direito Processual Civil

comum, a doutrina majoritária afirma que o momento adequado encontra-se na fase de instrução e não na fase da sentença.

Nesse sentido, segue o entendimento de Baldini (2013, p. 134-135), que assim dispõe:

Assim, diante do procedimento específico do Direito Processual Trabalho, o magistrado trabalhista deverá aplicar a dinamização, em regra, durante a audiência de instrução, seja em seu início, após a apresentação da defesa, seja até o seu término, após a colheita da prova testemunhal, mas, sempre, antes do encerramento da instrução processual, dando prévia ciência às partes acerca de sua excepcional incidência, possibilitando a produção de provas e contraprovas de acordo com a atribuição do ônus probatório conferida pela distribuição dinâmica. Considerando a dinâmica da instrução probatória, o juiz poderá se convencer da necessidade de relativizar o ônus da prova, caso concreto, em qualquer momento da fase de produção da prova.

Pelo que afirma, o momento mais adequado para aplicação da dinamização das cargas probatórias no Processo do Trabalho, é durante a audiência de instrução, podendo também ocorrer em qualquer momento da fase de instrução processual.

O fundamento utilizado pela doutrina para que a dinamização do ônus probatório ocorra na fase de instrução constitui o fato de que o direito brasileiro têm como fundamentos o contraditório e a ampla defesa. Caso fosse aplicada a dinamização no momento da sentença, esses princípios restariam prejudicados, fato que tornaria a sentença nula.

Após a aplicação da dinamização, dará o juiz oportunidade para que a parte contrária se desincumba deste encargo, podendo se necessário for, adiar ou suspender a audiência.

Como forma de melhor esclarecer esse assunto, destaca Baldini (2013, p. 135-136):

A audiência de instrução poderá, inclusive, ser adiada em razão da dinamização, para garantir que a parte onerada pela técnica tenha oportunidade de produzir provas de acordo com a nova regra. Ainda que haja certo prejuízo ao princípio da celeridade processual, entendemos que, neste caso, deverá ser dada prevalência aos princípios constitucionais processuais do contraditório e da ampla defesa, bem como ao escopo social do processo, buscando-se um

juízo pautado nas provas efetivamente realizadas, e não na aplicação de regras formais de distribuição dos encargos. Entre a celeridade processual e a justiça da decisão de mérito, em nosso entendimento, esta última deverá prevalecer.

O autor deixa clara a possibilidade de que a audiência seja suspensa, após a decisão que distribuiu diversamente o ônus da prova, mesmo que venha a desvirtuar de outro princípio do direito processual trabalhista, que é a celeridade de tramitação da ação nessa seara. Sendo que o autor, ainda afirma ser melhor que o magistrado distribua dinamicamente o ônus da prova e obtenha as provas necessárias, a que decida sem provas que justifiquem sua decisão. Por fim, o autor acrescenta ser mais justo uma decisão pautada em provas e que respeitou o contraditório judicial do que uma decisão célere, mas que tenha violado algum dos direitos acima descritos.

4.3 APLICAÇÃO DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

Após serem analisadas as bases de sustentação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho, e também sobre o momento adequado para sua aplicação, passar-se-á a observar, de acordo com casos práticos, a aplicação dessa teoria nas lides trabalhistas.

Deve-se observar ainda, que a dinamização do ônus da prova, não vem a substituir as outras teorias da distribuição, principalmente a estática, já que a distribuição dinâmica do ônus da prova mostra-se como um modelo subsidiário às regras de distribuição estática, sendo aplicada apenas quando este modelo mostrar-se insuficiente para gerir as demandas trabalhistas.

Como salientado ao longo deste trabalho, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, tem por objetivo autorizar os magistrados diante de casos concretos, dinamizar o ônus probatório, atribuindo à parte que demonstrar melhores condições em produzi-la.

4.3.1 Jornada de Trabalho

É de grande relevância a comprovação do período trabalhado pelo empregado, pois só assim poderá o mesmo buscar o ressarcimento de algumas verbas que lhe são devidas a exemplo das horas extras.

Mas, ao analisar as possibilidades de que dispõe o empregado de produzir as provas, chega-se a conclusão de que as mesmas são mínimas, necessitando-se assim, que seja distribuído para aquele que dispõe de maior facilidade.

Atento a essa dificuldade, o legislador atribuiu ao empregador a incumbência de realizar a anotação da entrada e saída do empregado do ambiente de trabalho, pelo menos quando o estabelecimento tiver mais de dez trabalhadores, como fica claro pela leitura do art. 74, § 2º, da CLT:

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

Atento ao descumprimento da norma acima descrita, a jurisprudência passou a entender que caso o empregador, quando intimado, não leve à presença do órgão julgador o controle da jornada de trabalho, presumem-se verdadeiras as afirmações feitas pelo empregado, podendo o empregador constituir prova em contrário. Sobre esse assunto deve-se observar o que dispõe a Súmula 338 do Tribunal Superior do Trabalho:

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)

Pelo o disposto na súmula supratranscrita, o fato do empregador não apresentar injustificadamente os controles de frequência, acarreta presunção de veracidade das alegações apresentadas pelo empregado.

Assim sendo, mostra-se latente a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, quando da análise da jornada de trabalho, já que se observa patente a aplicação do princípio da aptidão para prova, pelo fato de o empregador estar em melhores condições de trazer aos autos as provas necessárias para o deslinde da causa.

4.3.2 Vale-Transporte

O vale-transporte foi um benefício concedido ao empregado, que necessita deslocar-se mediante transporte coletivo para chegar ao local de trabalho. O presente direito fora instituído pela Lei nº 7.418/85, que dispõe em seu art. 1º, que este benefício deverá cobrir as despesas de deslocamento residência-trabalho e vice-versa.

O benefício acima previsto foi regulamentado pelo decreto 95.247/87, que pelo seu art. 7º dispõe que deverá o empregado informar ao empregador seu endereço residencial, e os meios de transportes utilizados pelo empregado para se deslocar de sua residência até seu local de trabalho, devendo ser atualizadas anualmente estas informações.

Diante da legislação acima, formou-se uma dúvida sobre quem deveria provar a requisição do vale-transporte. O Tribunal Superior do Trabalho, inicialmente firmou o entendimento de que constitui ônus do empregado provar que requereu o benefício do vale transporte. O presente entendimento foi exposto na Orientação Jurisprudencial 215 da Seção de Dissídios Individuais: “VALE-TRANSPORTE.

ÔNUS DA PROVA. É do empregado o ônus de comprovar que satisfaz os requisitos indispensáveis à obtenção do vale-transporte”.

Contudo, o presente entendimento foi atualizado e o colendo Tribunal passou a adotar a distribuição dinâmica do ônus da prova como modelo de distribuição do encargo probatório, para o caso do vale-transporte, sendo que este entendimento já pode ser encontrado em diversas decisões da Suprema Corte Trabalhista, como se pode observar no acórdão abaixo transcrito.

3. VALE-TRANSPORTE. INDENIZAÇÃO. ÔNUS DA PROVA. Este colendo Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Orientação Jurisprudencial nº 215 da SBDI - 1, entendia ser ônus do empregado provar o preenchimento dos requisitos indispensáveis à obtenção do vale-transporte. Contudo, revendo seu posicionamento, referida Orientação foi cancelada. Desse modo, pela própria teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, é notório que se apresenta mais propício ao empregador comprovar que o empregado não satisfaz os requisitos para a concessão do vale-transporte que ao trabalhador provar que o satisfaz. Nesse contexto, incumbe à reclamada a prova de que a reclamante não satisfazia os requisitos para concessão dos vales-transporte ou que os recebeu à contento, ônus do qual não se desincumbiu. Recurso de revista não conhecido. (RR - 1004-18.2010.5.04.0121 , Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 24/04/2013, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/04/2013)

Como deixa claro o entendimento jurisprudencial, na análise sobre o ônus da prova em lides que envolvam vale-transporte, deverá ser adotado o entendimento, que compete ao empregador comprovar que o empregado não satisfaz os requisitos necessários para concessão do benefício, e que caso tenha recebido, esse valor constitui o suficiente para sua locomoção.

Observa-se que foi utilizada a distribuição dinâmica do ônus da prova, pelo motivo da produção da prova constituir-se uma maior facilidade para o empregador; caso esse ônus competisse ao empregado, seria uma exigência desarrazoada, a qual teria dificuldades em cumprir, mostrando-se necessária a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova.

4.3.3 Depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço

O fundo de garantia por tempo de serviço (FGTS), inicialmente foi instituído pela Lei nº 5.107/66, que tinha por finalidade criar um meio alternativo a estabilidade, que na época o empregado tinha direito. Posteriormente, a CF/88 tornou o FGTS obrigatório, eliminando a estabilidade do empregado. Após as inovações trazidas pela Carta Magna, mostrou-se necessária uma nova regulamentação, que adveio com a Lei nº 7.839/89, revogando a lei anterior, sendo ela posteriormente substituída pela Lei nº 8.036/90, que vigora até os dias atuais.

O atual diploma legal dispõe em seu art. 15, *caput*, que compete ao empregador depositar, mensalmente, em conta bancária vinculada em nome do trabalhador, o valor de 8 (oito) por cento de sua remuneração devida, devendo esse depósito ocorrer até o dia 7 (sete) de cada mês.

Ocorre que, em muitas ocasiões o empregador não recolhe a quantia devida ao FGTS, necessitando que o trabalhador promova uma reclamação trabalhista para ver reconhecido seu direito, devendo-se observar que nessa ocasião, mostra-se excessivamente difícil ao trabalhador comprovar que o empregador não recolheu as verbas acima citadas. Atento a essa situação, a justiça trabalhista passou a entender competir ao empregador comprovar o recolhimento do FGTS, utilizando-se para isso da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, como se pode observar, no acórdão abaixo transcrito:

(...) EXTRATOS DA CONTA VINCULADA. FGTS. ÔNUS DA PROVA. A matéria referente ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço encontra-se disciplinada pela Lei nº 8.036/1990. A referida norma traz em seu bojo o artigo 17 que dispõe acerca da responsabilidade da empresa em prestar as devidas informações quanto aos efetivos recolhimentos e valores do FGTS. Com base no referido preceito legal e ainda, considerando a aplicação, ao processo do trabalho, da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova - incumbindo-o à parte que melhor tem condições de produzi-la - chega-se à conclusão, evidente, de que compete à reclamada comprovar nos autos o efetivo recolhimento do FGTS e dos valores condizentes com as normas constitucionais e legais, demonstrando com isso o fato extintivo do direito do autor. Vale ressaltar que, com o cancelamento da Orientação Jurisprudencial n.º 301 da SBDI-I - consoante Resolução n.º 175/2011, publicada no DEJT dos dias 27, 30 e 31/05/2011 - a jurisprudência majoritária do TST tem caminhado

nesse sentido. Precedentes. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(AIRR - 1509-16.2011.5.22.0107, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 25/06/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/07/2014)

Pela ementa do julgado acima transcrita, observa-se que a Corte Superior Trabalhista firmou entendimento, que compete ao empregador comprovar o recolhimento das verbas do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, pelo fato do empregador estar em melhores condições de produzir a prova, ficando explícito pela ementa do acórdão aludido, que os eminentes julgadores, optaram em aplicar a teoria da distribuição dinâmica do encargo probatório.

4.3.4 Discriminações nas Relações Trabalhistas

A discriminação consiste em negar a uma pessoa determinado direito, de forma injusta, por motivos de raça, sexo, cor, etnia, religião, idade, por condições físicas e etc.

Sobre o assunto, mostra-se importante o conceito apresentado por Delgado (2011, p. 745), onde discorre que “Discriminação é a conduta pela qual se nega à pessoa, em face de critérios injustamente desqualificantes, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada”. Como deixa claro o autor, a discriminação ocorre quando de acordo com critérios injustos, vedam-se oportunidades de trabalho a uma pessoa.

Já com relação à normatização da discriminação no direito brasileiro, observa-se que a própria CF/88, recriou qualquer forma de discriminação, como se pode observar pela leitura do art. 3º, inciso IV, onde discorre constituir um dos objetivos da República Federativa do Brasil, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Além deste, existem outros dispositivos constitucionais que visam reprimir as práticas discriminatórias, como o art. 5º, *caput*, que regula o direito de igualdade, e os incisos XXX, XXXI de seu art. 7º, que proíbem diferenças salariais

por motivo de sexo, idade, cor, estado civil ou por ser o trabalhador portador de deficiência.

Já com relação às normas infraconstitucionais proibitivas de discriminação, observa-se a sua presença no art. 373-A da CLT, que dispõe sobre a proteção da mulher no mercado de trabalho, e na Lei nº 9.029/95, que regula a proibição de exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência no trabalho, entre outras normas legais.

Ainda com relação às práticas discriminatórias, deve-se observar que a lei tenta evitar, os atos que visem restringir o mercado de trabalho a determinadas pessoas, diferentemente das discriminações positivas, como as que tentam incluir pessoas deficientes no mercado de trabalho; nesses casos, essas práticas deverão ser toleradas e em alguns casos até incentivadas pelo Estado, como forma de respeitar a igualdade material.

O problema desse tema surge quando da análise sobre o ônus da prova, já que a prova nas ações que envolvem discriminação denotam uma dificuldade grotesca para o trabalhador, pois, nesses casos a discriminação não ocorre de forma explícita, mas sim, de forma silenciosa, já que o empregador não necessita motivar sua decisão em contratar ou não uma pessoa ou promovê-la, constituindo-se uma prova a qual o trabalhador não teria como conduzir ao Judiciário.

Atento a essas situações, os magistrados trabalhistas estão utilizando da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, para transferir o encargo ao empregador, que dispõe de melhores condições de produzir a prova, para que ele demonstre quais foram os requisitos utilizados para contratação de seus trabalhadores. Sendo que essa teoria também poderá ser aplicada na promoção de empregados para cargos mais altos dentro da empresa.

Sobre a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova nas lides que envolvam práticas discriminatórias, observe-se o que discorre Baldini (2013, p. 173/174), que dispõe:

Considerando ser o empregador quem detém toda documentação relativa a seus empregados, o ônus de produzir prova sobre a alegação de ocorrência de práticas discriminatórias a ele deve ser atribuído, pela teoria da distribuição dinâmica, por possuir as melhores condições probatórias para tanto. Desse modo, será do

empregador o ônus de comprovar o não cometimento de práticas discriminatórias, demonstrando a razoabilidade e a fundamentação da diferenciação praticada.

Pelo o que afirma o autor, deverá o empregador demonstrar que não ocorreram práticas discriminatórias em sua empresa, já que o mesmo detém documentação de todos os seus empregados, que presumivelmente, fundamentaram a contratação e a promoção de seus trabalhadores, estando assim, em melhores condições de produzir a prova, autorizando que o magistrado realize a sua dinamização.

As cortes trabalhistas também comungam desse pensamento, como se pode observar pelo exposto na Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho, que por sua importância deve ser analisada:

Súmula nº 443 do TST DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

A presente Súmula demonstra claramente, a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova nas lides que envolvam discriminação, dispondo haver presunção de que a dispensa de empregado portador de doença grave, que suscite estigma ou preconceito, ocorreu por discriminação, o que lhe garante o direito à reintegração, competindo ao empregador provar o contrário.

4.3.5 Meio Ambiente Laboral Hígido, Seguro e Ergonômico

O direito do trabalhador ao meio ambiente hígido, seguro e ergonômico está protegido pela CF/88, conforme pode-se observar em diversos dispositivos constitucionais, entre eles destacam-se: o art. 7º, XXII, o qual afirma constituir um direito dos trabalhadores a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”; ainda com relação ao meio ambiente

trabalhista, observa-se que, de acordo com o art. 225 da CF/88, é um direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, constituindo este um dever tanto do Estado como da coletividade.

Em nível de legislação ordinária, observa-se que o legislador tratou sobre segurança no meio ambiente do trabalho na CLT, entre os arts. 154 a 201, que regula a segurança e a medicina do trabalho. Deve-se observar, entretanto, que a CLT não esgotou a matéria, sendo que de acordo com seu art. 200, dispõe caber ao Ministério do Trabalho estabelecer disposições complementares à segurança e medicina do trabalho.

Ocorre que, mesmo com uma legislação evoluída sobre a medicina e segurança no ambiente de trabalho, muitos acidentes ocorrem, além de muitos trabalhadores terem sua saúde prejudicada; sendo que o problema maior aparece quando o trabalhador busca o Judiciário Trabalhista, para ver assegurado o seu direito, já que o trabalhador não dispõe de meios para provar nem a culpa nem o dolo do empregador, e na maioria das situações tendo dificuldade ainda de provar o nexo de causalidade entre o dano e a conduta.

Com relação à culpa e o dolo, a doutrina afirma que se deve aplicar a responsabilidade objetiva, com relação aos danos relativos ao meio ambiente do trabalho, nos termos do art. 225, § 3º, da CF/88. Assim, a doutrina dispõe que o empregado não necessitará provar que o empregador agiu com dolo ou culpa.

Mas, mesmo aplicando a responsabilidade objetiva, o problema não se demonstra resolvido, já que na maioria dos casos o trabalhador também não dispõe de meios para provar o nexo de causalidade, que não é suprido pela responsabilidade objetiva. Diante disso, a doutrina vem apoiando a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, atribuindo a prova do nexo causal ao empregador, por dispor de maior facilidade em demonstrar que o problema ao qual o trabalhador esta acometido não teria ocorrido pelo desempenho de sua atividade laborativa.

Sobre a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho e o nexo de causalidade, entre os danos sofridos pelos trabalhadores e o meio ambiente laboral hígido, seguro e ergonômico, veja o que discorre Ambrósio (2013, p. 130):

Afora as hipóteses em que se configure o chamado nexo técnico epidemiológico entre o trabalho e o dano, compete ao empregado, a princípio, a prova do nexo de causalidade para a verificação da responsabilidade civil do empregador. Mediante decisão judicial, no entanto, poderá ser aplicada a teoria das cargas probatórias dinâmicas, impondo-se ao empregador o ônus da prova da não ocorrência do nexo de causalidade entre sua conduta e a ocorrência do dano, especialmente em razão da dificuldade ou da impossibilidade dessa demonstração pelo obreiro, em casos envolvendo a tutela do meio ambiente do trabalho. Dessa forma, embora na responsabilidade objetiva não ocorra qualquer modificação da distribuição do ônus da prova prevista no art. 333 do CPC ou no art. 818 da CLT, o juiz poderá lançar mão da dinamização do ônus probatório, determinando que o empregador seja onerado com a prova da inexistência de nexo de causalidade ou que demonstre a inoccorrência do próprio dano ao trabalhador.

Na afirmação da autora, nas lides envolvendo a tutela do meio ambiente do trabalho, é muito difícil para o trabalhador demonstrar o nexo de causalidade entre o meio ambiente do trabalho e o dano sofrido pelo mesmo. Desse modo, mostra-se justo a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, já que o empregador encontra-se em melhores condições em demonstrar que o empregado não teria como sofrer aquele determinado dano em sua atividade desempenhada na empresa.

4.3.6 Violação à Privacidade e à Intimidade do Trabalhador

Os direitos a privacidade e a intimidade do trabalhador estão assegurados constitucionalmente, como se pode observar pela dicção do art. 5º, incisos X, XI, XII, da CF/88. No inciso X, encontra-se disposto serem invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; já no inciso XI, ocorre a proteção do direito a inviolabilidade de domicílio, e no inciso XII a proteção ao sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas.

No âmbito legal, observa-se a defesa desses direitos no art. 373-A, incisos IV e VI. No inciso IV, o legislador positivou a vedação de o empregador exigir para admissão ou permanência no emprego, atestado ou exame, que comprove a

esterilidade ou a gravidez da empregada; já no inciso VI, a legislação proibiu que o empregador ou preposto proceda à revista íntimas nas empregadas ou funcionárias.

Ocorre que, mesmo com todas essas proteções constitucionais e legais, os direitos à privacidade e a intimidade do trabalhador não são absolutos, devendo ser harmonizados com outros direitos. O entendimento doutrinário é que os direitos acima defendidos estão limitados ao poder de direção do empregador, que poderá em defesa de seu direito à propriedade, contido no art. 5º, XXII da Carta Maior, se dispor de meios para protegê-lo.

O atrito entre esses direitos surgem quando: são instaladas câmaras de segurança na empresa; o empregador passa a analisar mensagens eletrônicas do empregado; fazer revistas, sejam elas íntimas ou não; e exigir informações pessoais no momento da contratação.

É necessário salientar, que são direitos dos empregados com relação às situações anteriores, serem informados com antecedência de quaisquer umas destas providências; de serem garantidos a eles que qualquer uma das medidas acima, são necessárias à segurança patrimonial do empregador; devendo ainda respeitar a privacidade e intimidade do trabalhador. Isto porque em um conflito entre o direito à propriedade e o direito à privacidade e intimidade, deverá o último prevalecer.

Grande problema surge quando da distribuição do ônus da prova. Já que pela regra da distribuição estática, compete ao empregado provar o fato constitutivo de seu direito, e o reclamado o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Ocorre que, as lesões contra a privacidade e a intimidade do trabalhador, muitas vezes são praticadas em locais fechados ou de forma oculta, dificultando a produção da prova. Com isso, a doutrina passou a defender que deverá ser aplicada a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, quando as ações defenderem os direitos acima citados, pelo fato do empregador possuir melhores condições de demonstrar se houve ou não lesão aos direitos do trabalhador.

Sobre a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, nas ações que envolvam a privacidade e a intimidade do trabalhador, observe-se as palavras de Baldini (2013, p. 179), que assim dispõe:

Com efeito, quanto às câmaras de vigilância e acesso, controle e verificação de mensagens eletrônicas, caso esses procedimentos

não tenham sido previamente comunicados, sendo que o empregador age de forma oculta, as imagens e os dados eletrônicos geralmente são armazenados em bancos de dados (computadores, servidores), de poder da empresa, configurando a melhor condição probatória do empregador. Desse modo, o ônus de provar o registro de imagens por meio de câmaras de vigilância e o controle das mensagens eletrônicas do empregado no ambiente do trabalho deve ser atribuído ao empregador, por meio da distribuição dinâmica das cargas probatórias. Caso o empregador negue o controle oculto, o magistrado trabalhista poderá reconhecer algum indício em favor da alegação do reclamante, formulando presunção judicial, exonerando o empregado do ônus de provar a afirmação de violação à privacidade e à intimidade.

Na opinião do autor, nos casos em que o empregador age de forma oculta instalando câmaras de vigilância ou controla e verifica as mensagens eletrônicas do trabalhador, competirá a ele a constituição da prova, por encontrar-se em melhores condições probatórias, aplicando assim a distribuição dinâmica das cargas probatórias.

4.3.7 Assédio Moral e Assédio Sexual

A doutrina conceitua assédio moral na relação laboral, como sendo toda conduta praticada pelo empregador, pelo superior hierárquico ou por colegas de trabalho, que mediante comportamentos, palavras ou gestos reiterados, são capazes de causar ofensa à personalidade, à dignidade ou a integridade física ou psíquica do trabalhador, objetivando que ele peça demissão ou para tornar desagradável seu ambiente de trabalho.

Com relação assédio sexual no ambiente de trabalho, a doutrina dispõe como sendo toda conduta sexual indesejada em ambiente laboral, que mesmo repelida pela receptora, é reiterada, causando-lhe cerceamento de sua liberdade sexual. Na seara trabalhista não se encontra regulamentação para o assédio sexual, sendo o mesmo disciplinado pela doutrina e pela jurisprudência. Já no direito penal, o mesmo recebeu a atenção do legislador, que por meio do art. 216-A do CP, ficou instituído o citado crime com o seguinte tipo penal: “Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da

sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função”. Para fins penais, ocorrerá o assédio Sexual quando alguém, usando-se de sua superioridade hierárquica, constranja seu subordinado na relação de trabalho, com o intuito de obter vantagem sexual.

Por ocorrerem primordialmente em ambientes fechados, o assédio moral e o assédio sexual são de difícil prova. Atento a isso, a doutrina resolveu criar meios para solucionar essa problemática. Nesse sentido, ressalte-se o entendimento de Baldini (2013, p. 171):

Nessas hipóteses o reclamante poderá ser dispensado de produzir prova acerca da alegação de assédio moral ou sexual, caso o magistrado trabalhista reconheça indícios da prática da conduta abusiva, como rigor excessivo, queda involuntária de produção, tratamento diferenciado do empregado, etc.

O autor acima traça fórmulas para desonerar o trabalhador do encargo de provar, dispondo que a prova desse assédio poderá ocorrer de forma indireta, por meio de indícios da prática de conduta abusiva, da redução involuntária de produção, do rigor excessivo, e do tratamento diferenciado dos empregados.

Nesse mesmo sentido, observa Ambrósio (2013, p. 112), sendo que ela sugere como meio subsidiário desta alternativa, que o empregador seja compelido a produzir provas, que não assediou aquele trabalhador, dispondo ainda a pesquisadora, que caso isso ocorra estará sendo seguida a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Pela importância do tema, destaca-se as palavras de Ambrósio (2013, p. 112):

Conclui-se, portanto, que a doutrina nacional vem aceitando, para os casos de ofensas morais, notadamente por assédio moral ou assédio sexual, em que há enorme dificuldade para a vítima provar a conduta do ofensor, que o magistrado deve se guiar principalmente pelas provas indiretas (presunções e indícios), pelas máximas de experiência, pela razoabilidade da pretensão, pelos antecedentes da vítima e do acusado, pelas circunstâncias em que ocorreram os fatos, bem como valorizar a palavra da vítima.

Como já exposto em passagens anteriores, caso superados os meios de prova acima expostos, cumpre ao magistrado fixar o ônus da prova, quando, então, abre-se caminho para a aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas. Em outras palavras, na apuração do fato lesivo, o magistrado deve observar os elementos indiciários, sua experiência vivencial, as circunstâncias do caso concreto e se,

ainda assim, restarem dúvidas acerca da veracidade dos fatos articulados na ação, cabe ao juiz impor o ônus da prova ao empregador, ou seja, exigir que este demonstre que os fatos não ocorreram como narrados na petição inicial.

Pelo texto acima, observa-se que não é fácil para a vítima de assédio moral e sexual provar a ocorrência dos fatos, que configuram tais atos. Fica exposto ainda, que os magistrados deverão se guiar por provas indiretas (presunções e indícios), utilizando-se de sua máxima experiência e valorando os antecedentes do acusado e da vítima. Ademais, caso o juiz, após a análise das presunções e indícios, ainda tiver dúvidas, deverá distribuir dinamicamente o ônus da prova, passando esse encargo para o empregador, por estar em melhores condições de produzir as provas.

Por fim, deve-se se observar que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova visa atribuí-la a quem detém maior facilidade em produzi-la, sendo que nas ações sobre assédio moral e assédio sexual o empregador demonstra-se estar em melhores condições.

5 CONCLUSÃO

A presente pesquisa alcançou os objetivos almejados, já que conseguiu identificar os contornos da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, analisou os princípios e as inovações legislativas fundamentadoras dessa teoria, além de ter investigado os casos que possibilitavam a aplicabilidade da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho. Para isso, fez-se uma análise tanto na jurisprudência como na doutrina nacional.

Para alcançar esse desiderato, foram estudados os contornos do ônus da prova, ficando explícito que ônus não se confunde com obrigação e dever de provar. O primeiro constitui uma faculdade, da qual a inércia do jurisdicionado pode gerar uma decisão desfavorável, enquanto o segundo constitui uma imposição, e o seu descumprimento pode gerar uma punição.

Por conseguinte, distinguiram-se as dimensões do ônus da prova entre subjetivo e objetivo, sendo que o primeiro dispõe competir aos litigantes produzirem a prova, já o segundo constitui uma regra de julgamento, pela qual o magistrado mesmo diante de falta ou insuficiência de prova, deverá decidir.

Foi estudado também o instituto da prova diabólica, que se caracteriza pela impossibilidade ou extrema dificuldade de produção da prova, pela parte que alega determinado fato.

Além disso, foram pontuados os modelos legais de distribuição do ônus da prova adotados pela legislação brasileira, especificamente, no CPC, CLT e no CDC, constatando-se que os dois primeiros adotaram a teoria da distribuição estática do ônus probatório, enquanto o último diploma legal adotou a inversão judicial.

Já no estudo sobre a distribuição dinâmica do ônus da prova, foram traçadas as diferenças existentes entre a distribuição estática e a inversão judicial. O primeiro, como modelo básico em que a divisão é delimitada pela posição da parte autor ou réu, e pela natureza do fato a ser provado, se constitutivo, modificativo, extintivo e impeditivo. Diferentemente da inversão judicial, que parte do modelo básico, mas caso verifique estarem presentes seus elementos constitutivos, o juiz inverterá o ônus da prova, atribuindo-o à parte contrária. Contudo, nenhum desses modelos caracterizou-se como completos, sendo amplamente aceito pela doutrina e jurisprudência trabalhista nacional, a distribuição dinâmica do ônus da prova, modelo

em que não avalia a posição da parte nem a natureza dos fatos, mas sim, quem detém melhores condições de produzir a prova.

Desse modo, a dinamização divide o encargo probatório de acordo com a capacidade da parte, independentemente da posição assumida por esta, se autor ou réu, ou da natureza do fato a ser provado, se constitutivo, modificativo, impeditivo. Isto porque deverá imperar no processo a colaboração das partes para solução da lide.

Analizou-se ainda, a prova diabólica reversa, que ocorre quando ambas as partes encontram-se em dificuldades de produzi-la. Nesse caso, o magistrado deverá eximir-se de inverter o ônus probatório, já que não poderá incumbir à parte adversa, que, inicialmente, era desonerada do ônus de provar.

Além disso, ficou demonstrada a vontade do legislador em legalizar a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, como pode ser verificado no Projeto de Lei nº 5.139/2009, que objetiva instituir a nova Lei de Ação de Civil Pública, e nos Projetos de Leis nº 166/2010 e nº 8.046/2010, que objetivam instituir o novo CPC.

Também foram considerados os fundamentos que legitimam o magistrado conceder a dinamização, tendo como amparo o direito fundamental à prova, que se encontra albergado, pelo princípio da inafastabilidade de jurisdição, com previsão no art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, além do princípio da igualdade material, também expresso no *caput*, art. 5º da Carta Maior.

Como forma de proteger a parte adversa à dinamização, verificou-se que a decisão deverá ser fundamentada, concedendo oportunidade do contraditório e da ampla defesa, como meios que garantam a parte adversa, desvincular-se do ônus que lhe foi atribuído.

Já com relação ao momento adequado para aplicação da teoria distribuição do encargo probatório, conclui-se como sendo na fase de instrução, não podendo ser na fase de julgamento, tendo em vista que ficariam comprometidos os direitos ao contraditório e a ampla defesa, ficando a parte adversa impossibilitada de desincumbir-se do ônus do qual lhe foi atribuído.

Entre as demandas, as quais devem ser aplicadas a dinamização do encargo probatório, tem-se: jornada de trabalho; vale-transporte; depósitos do fundo de garantia por tempo de serviço; discriminações nas relações trabalhistas; meio ambiente laboral hígido, seguro e ergonômico; violação à privacidade e à intimidade do trabalhador; assédio moral e assédio sexual.

Por fim, verifica-se a necessidade da aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho, para sanar a problemática da prova diabólica, caso haja a impossibilidade ou extrema dificuldade da parte em produzi-la, como também atribuir esse ônus à parte contrária que demonstrar maior facilidade em produzi-la. Atualmente, com base em princípios constitucionais e legais e possivelmente no futuro próximo, baseado em dispositivos legais.

REFERÊNCIAS

AMBRÓSIO, Graziela; **A Distribuição Dinâmica do ônus da Prova no Processo do Trabalho**. 1ª. ed. São Paulo: Ltr, 2013.

BALDINI, Renato Ornellas; **Distribuição Dinâmica do ônus da Prova no Direito Processual do Trabalho. Dissertação (Mestrado)**. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da Republica Federativa do Brasil. **Vade Mecum**. 16ª. ed. atual. e ampl. – São Paulo: São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de Maio de 1.943. Consolidação das Leis do Trabalho. **Vade Mecum**. 16ª. ed. atual. e ampl. – São Paulo: São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1.990. Código de Defesa do Consumidor. **Vade Mecum**. 16ª. ed. atual. e ampl. – São Paulo: São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. **Vade Mecum**. 16ª. ed. atual. e ampl. – São Paulo: São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Projeto de Lei nº 5.139. **Projeto da Nova Lei de Ação Civil Pública**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2.009. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2B46069D9D05045A3C7AC9CB9AA4DAEE.proposicoesWeb2?codteor=651669&filename=PL+5139/2009> Acesso em: 30 mai. 2014.

_____. Projeto de Lei nº 166. **Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2.010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=83984&tp=1>> Acesso em: 05 mai. 2014.

_____. Projeto de Lei nº 8.046. **Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2.010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1246935&filename=REDACAO+FINAL+PL+8046/2010> Acesso em: 30 mai. 2014

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **RR - 1004-18.2010.5.04.0121**. Recorrente: WMS Supermercado do Brasil LTDA. Recorrido: José Antônio Silveira do Evangelho. Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos. Data de Julgamento: 24/04/2013, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/04/2013. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%201004-18.2010.5.04.0121&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAI+1AAI&dataPublicacao=26/04/2013&localPublicacao=DEJT&query=>> Acesso em: 30 jul. 2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR - 1509-16.2011.5.22.0107**. Agravante: Município de Francinópolis. Agravada: Conceição de Maria de Jesus Silva. Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão. Data de Julgamento: 25/06/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/07/2014. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIIR%20-%201509-16.2011.5.22.0107&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAN6qAAV&dataPublicacao=01/07/2014&localPublicacao=DEJT&query=>> Acesso em: 30 jul. 2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 338 do TST**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-338> Acesso em: 28 jul. 2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 443 do TST**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-443> Acesso em: 28 jul. 2014.

_____. VADE MECUM SARAIVA. 16ª. ed. atual. e ampl. São Paulo: São Paulo: Saraiva, 2014.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; **Teoria Geral do Processo**. 27ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª. ed. São Paulo: Ltr, 2011.

DIDIER Jr, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 7ª. ed. Salvador Bahia: Editora Jus Podivm, 2012.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Distribuição Dinâmica do ônus da Prova no Direito Processual do Trabalho – Critérios e Casuística**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15^o Região, nº 32, p. 103-112, 2008.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 8^a. Ed. 1 tiragem - São Paulo: Ltr, 2010.

MANHABUSCO, José Carlos; MANHABUSCO, Amanda Camargo; **A Inversão do ônus da Prova no Direito Processual do Trabalho: Teoria da Distribuição Dinâmica do ônus da Prova**. 1^a. ed. São Paulo: Ltr, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. 7^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

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

PIRES, Líbia da Graça; **Teoria da Distribuição Dinâmica do ônus da Prova no Processo do Trabalho**. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, 2011.

SCHIAVI, Mauro; **Provas no Processo do Trabalho**. 2^a. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ltr, 2011.