

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP

MARIANA SOARES TRIGO JACOB

A TEORIA DA CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA E O PROCESSO
INDIVIDUAL DO TRABALHO

São Paulo

2015

MARIANA SOARES TRIGO JACOB

A TEORIA DA CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA E O PROCESSO
INDIVIDUAL DO TRABALHO

Monografia jurídica apresentada à Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo –
PUC/SP como requisito para a obtenção do
título de Especialista em Direito do Trabalho,
sob a orientação da Professora Doutora
Cláudia José Abud

São Paulo

2015

FOLHA DE APROVAÇÃO

MARIANA SOARES TRIGO JACOB

A TEORIA DA CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA E O PROCESSO
INDIVIDUAL DO TRABALHO

Monografia jurídica apresentada à Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo –
PUC/SP como requisito para a obtenção do
título de Especialista em Direito do Trabalho,
sob a orientação da Professora Doutora
Cláudia José Abud.

Data: __/__/____

Nome	Assinatura

São Paulo

2015

RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar os conceitos e fundamentos legais relacionados à prova e seu ônus no processo do trabalho; nesta toada pretende analisar a teoria da carga dinâmica do ônus da prova, e sua aplicabilidade na esfera processual trabalhista. Objetiva compreender a viabilidade da aplicação da teoria em questão, em face da aptidão das partes para a produção da prova, e analisar os aspectos positivos da distribuição dinâmica do ônus da prova, bem como delinear os óbices e possíveis entraves à aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova. Em vista das características delineadas, o presente trabalho visa compreender a recepção da teoria da carga dinâmica do ônus da prova pelo ordenamento jurídico brasileiro, especialmente em face da Lei 13.105/2015, que institui o novo Código de Processo Civil. Sob o aspecto do processo individual do trabalho, pretende analisar os fundamentos para a aplicabilidade da teoria em referência em face do ordenamento jurídico vigente.

Palavras-chave: Direito processual do trabalho. Prova. Ônus da prova. Distribuição dinâmica do ônus da prova. Princípio da aptidão para a prova.

ABSTRACT

This study intends to analyse the concepts and legal foundations related to proof and burden of proof in labor proceedings; in this sense it intends to analyse the theory of the dynamic distribution of the burden of proof and the viability of its enforcement in labor proceedings. This study intends to analyse the enforcement of the mentioned theory considering the aptitude of the parties to bring proof in the proceeding, and analyse the benefits of the enforcement of such theory in labor proceedings, as well as possible damages to the parties' material and procedural rights. In accordance to the conclusions gathered, this study intends to evaluate the legislation that rules such matter in Brazil, especially the Law 13.105/2015, that substitutes the actual Civil Procedure Law. In consideration of the individual labor proceeding, this study intends to analyse the foundations able to enforce the theory of the dynamic distribution of the proof to labor proceedings.

Keywords: Labor procedural law. Proof. Burden of proof. Dynamic distribution of the burden of proof. Aptitude to prove.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
I. A PROVA: CONCEITO E NOÇÕES GERAIS	11
I.I. NATUREZA JURÍDICA DA PROVA	15
I.II. PRINCÍPIOS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO	16
I.II.I. <i>Princípio da necessidade da prova</i>	16
I.II.II. <i>Princípio da unidade da prova</i>	16
I.II.III. <i>Princípio da lealdade ou probidade da prova</i>	17
I.II.IV. <i>Princípio da contradição ou contraditório</i>	18
I.II.V. <i>Princípio da igualdade de oportunidade de prova</i>	19
I.II.VI. <i>Princípio da legalidade</i>	19
I.II.VII. <i>Princípios da imediação</i>	20
I.II.VIII. <i>Princípio da obrigatoriedade da prova</i>	20
I.II.IX. <i>Princípio da aptidão da prova</i>	21
II. O ÔNUS DA PROVA.....	22
II.I. O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO: O ARTIGO 333 DO CPC E O ARTIGO 818 DA CLT	24
II.II. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E A APLICABILIDADE DO ARTIGO 6º, VIII DO CDC AO PROCESSO DO TRABALHO	27
III. A TEORIA DA CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA: CONCEITO E FUNDAMENTOS.....	33
III.I. A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA EM FACE DA TEORIA CLÁSSICA DA DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA	35
III.II. A APTIDÃO PARA A PRODUÇÃO DA PROVA.....	36
III.III. A CARGA DINÂMICA E A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	38
III.IV. ÓBICES À DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA	40
III.V. O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A APLICAÇÃO DA TEORIA DA CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA.....	43
III.V.I. <i>As alterações legislativas implementadas pela Lei 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil)</i>	48
IV. A TEORIA DA CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA E O PROCESSO DO TRABALHO: FUNDAMENTOS.....	52
IV.I. CRITÉRIOS DE APLICABILIDADE DA TEORIA DA CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO	56

IV.II. MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO À DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E A DECISÃO PROFERIDA PELO TRIBUNAL	59
IV.III. A RECORRIBILIDADE DA DECISÃO QUE DINAMIZA ÔNUS DA PROVA E A DECISÃO DO TRIBUNAL	60
IV.IV. A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E AS NULIDADES PROCESSUAIS	61
CONCLUSÃO.....	68
BIBLIOGRAFIA.....	72

INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico pátrio, a função jurisdicional, exercida pelo Poder Judiciário, deve contemplar a solução dos litígios em caráter definitivo, ao mesmo tempo que deve observar as formalidades processuais e as provas produzidas nos autos, tudo em atenção à segurança jurídica que deve emanar dos provimentos judiciais.

Nesta toada, o Estado-juiz é obrigado a proferir decisão motivada e fundamentada nas provas dos autos, ainda que estas não sejam suficientes para a formação da sua convicção; nestes casos utiliza-se a distribuição do ônus da prova como regra de julgamento.

O ônus da prova, por sua vez, previsto na legislação trabalhista através do artigo 818 da CLT, integrado pelo artigo 333 do CPC, foi distribuído pelo legislador de maneira estática, de modo que incumbirá ao autor a prova do fato constitutivo das suas alegações, e ao réu a prova dos fatos extintivos, impeditivos e modificativos do direito do autor.

Adotando a distribuição do ônus da prova como regra de julgamento, portanto, será proferido provimento contrário ao direito do autor quando este não provar o fato constitutivo do seu direito, e contrário ao interesse do réu quando este deixar de provar os fatos extintivos, impeditivos e modificativos do direito daquele. Trata-se de uma regra simples e objetiva

Entretanto, não se pode olvidar que a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição não se limita à simples possibilidade de se submeter os seus conflitos ao jugo do Poder Judiciário; modernamente, tem-se entendido que o direito a um provimento justo está abarcado pela garantia referida.

Nesta toada, a regra de distribuição do ônus da prova positivada no ordenamento justralhista se afigura insuficiente para garantir às partes que a decisão proferida seja justa quando as partes ocupam posições desiguais na relação processual, pois a parte a quem o ônus foi imposto pode não ter condições de produzir a mesma prova que, pela parte adversa pode ser produzida facilmente.

Tais situações se observam em grande escala no processo do trabalho, uma vez que o trabalhador na maioria das vezes se apresenta hipossuficiente técnica e financeiramente em relação ao empregador. Este, explorando a atividade econômica, auferir lucro que o alça a posição vantajosa em relação ao seu empregado, seja do ponto de vista financeiro, seja do ponto de vista técnico, pois detem as informações vitais do negócio e do contrato de trabalho, que no mais das vezes, são sonegadas ao trabalhador.

Com vistas a corrigir esta distorção surge teoria da dinamização do ônus da prova, segundo a qual será distribuído o ônus da prova subjetiva e casuisticamente, de acordo com a aptidão para a sua produção. Trata-se de teoria moderna que, embora fundamentada em princípios fundamentais, não encontra previsão expressa no ordenamento jurídico pátrio, pelo que passamos a analisar detidamente cada um

dos pontos e questões ora levantados a fim de concluir pela sua aplicabilidade ou não no direito processual do trabalho.

I. A PROVA: CONCEITO E NOÇÕES GERAIS

Toda pretensão posta à análise do Poder Judiciário se vincula a uma ou algumas situações de fato; em contrapartida, toda defesa à pretensão ajuizada se baseia em fatos que podem ou não corresponder àqueles alegados pelo autor da demanda. Cada um dos fatos alegados pelo autor ou réu de um processo judicial pode ou não corresponder à realidade, pelo que incumbe às partes produzir as provas que formarão a convicção do juiz.

O conceito de prova não está definido em lei, e gera debates no meio acadêmico. A teor do que nos ensina a maior parte da doutrina, prova é o instrumento, meio legal e idôneo através do qual se demonstra a veracidade ou não, ou a ocorrência ou não de determinado fato jurídico ou direito que interessa a uma das partes no processo, implicando, desta forma, no convencimento do magistrado ou órgão julgador da demanda. Nas palavras de Nelson Nery Junior, obtemos a seguinte definição: “as provas são os meios processuais ou materiais considerados idôneos pelo ordenamento jurídico para demonstrar a verdade, ou não, da existência e verificação de um fato jurídico”¹.

Manoel Antonio Teixeira Filho, na contramão da maior parte da doutrina, entende que o conceito de prova não se encerra no meio processual adequado à demonstração de determinado fato, mas na conclusão a que chega o Poder Judiciário a partir da análise dos meios de prova produzidos no processo. Assim,

¹ NERY JÚNIOR, Nelson. *et al. Código de Processo Civil comentado*. 3 ed. São Paulo: RT, 1997, p. 611.

define prova como sendo “a demonstração, segundo as normas legais específicas, da verdade dos fatos relevantes e controvertidos no processo”².

Não obstante o brilhantismo das definições traçadas por Nelson Nery Junior e demais autores que compartilham desse entendimento, o conceito elaborado por Manoel Antonio Teixeira Filho nos parece mais preciso, por traçar uma clara distinção entre dois institutos diversos, quais sejam a prova em si, e o meio de prova, uma vez que este se configura instrumento para a demonstração daquela.

Tamanha a relevância das provas, trata-se dos pilares centrais de um processo, através dos quais se verificará a procedência ou não de determinadas alegações.

O artigo 332 do Código de Processo Civil de 1973³ determina que são hábeis para provar os fatos que interessem às partes todos os meios legais, além daqueles moralmente legítimos. Tal redação implica dizer que os meios de prova aptos não se restringem àqueles previstos em lei, mas qualquer meio que não desafie os limites da moralidade e dos bons costumes será aceito enquanto comprovar os fatos a que se destinam.

² TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A prova no processo do trabalho* 10 ed. rev. e ampl. – São Paulo: LTr, 2014. P. 31.

³ Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

Tal fato configura verdadeira “amplitude probatória”, nas palavras de Mauro Schiavi⁴, destinada a facilitar o acesso à Justiça e a prova da verdade real. A referida amplitude decorre da interpretação constitucional do direito à prova, que se trata de instrumento a assegurar as garantias constitucionais do devido processo legal, ampla defesa e contraditório⁵.

Dentro do conceito de prova, importa distinguir duas figuras, quais sejam os meios, já abordados brevemente, e que não raras vezes se confundem com a prova em si, e as fontes de prova. Meios de prova são os instrumentos admissíveis para a demonstração da veracidade de fatos e alegações em juízo, estejam eles previstos em lei ou não. No ordenamento jurídico vigente, temos como meios de prova, em suma, o interrogatório das partes, a confissão, a prova documental, a prova testemunhal, a prova pericial, e a inspeção judicial.

As fontes de prova, por outro lado, são os fatos ou objetos a partir dos quais emanam as premissas básicas que demonstram a veracidade ou não das alegações das partes; a partir das fontes de prova é que se originam os meios de prova.

O objeto de prova, por sua vez, equivale aos fatos controvertidos e pertinentes à lide. A controvérsia implica na afirmação de um fato por uma parte e negação do mesmo fato por outra, ao passo que a pertinência do fato à demanda equivale à relação direta do fato com o objeto do pedido. Importa mencionar, em grau de exceção, que mesmo os fatos incontroversos poderão ser objeto de prova

⁴ SCHIAVI, Mauro. *Provas no processo do trabalho* 4 ed. rev. e ampl. – São Paulo: LTr, 2014. P. 20

⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araujo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. V. IV, p. 11.

quando se afigurarem inverossímeis, conforme nos ensina Amador Paes de Almeida:

Todavia, isso não significa que os fatos não contrariados não possam ser objeto de prova, pois ao juiz, em face do princípio inquisitório, é dado exigir prova do alegado ainda que não contestado, 'para o fim de formar com mais segurança o seu convencimento', ou ainda que se faça necessária a prova do ato jurídico, quando a lei exija que esta se revista de forma especial.⁶

A finalidade da prova, enfim, é formar a convicção do juiz a respeito de determinado fato pertinente alegado pela parte, norteando a decisão judicial; esta deverá ser proferida em estrita observância à prova dos autos, sob pena de nulidade, por força do artigo 131 do Código de Processo Civil⁷, cuja disposição decorre do princípio da persuasão racional, disposto no artigo 93, IX da Constituição Federal⁸.

Em resumo, a prova se destina a delinear, nos autos, a realidade dos fatos que culminaram na submissão de determinada contenda ao Poder Judiciário, no entanto, em atenção à segurança jurídica que deve reger o processo, a prova deverá ser produzida de acordo com os mandamentos legais e se a parte, por inércia ou inaptidão, não produzir a prova que lhe compete, a verdade dos autos, ou verdade formal, irá diferir da verdade real.

⁶ ALMEIDA, Amador Paes de. *CLT comentada: legislação, doutrina, jurisprudência*. 7 ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2011. P. 427.

⁷ Art. 131. 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.

⁸ Art. 93. IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

I.I. Natureza jurídica da prova

Muito se discutiu no passado a respeito da natureza jurídica da prova, se instituto de natureza material ou processual, uma vez que, não obstante a prova fosse instituto apto a formar a convicção do juízo, ou seja, instituto utilizado no âmbito do processo, todo o seu regramento era contido na lei material.

Isso porque se entendia que os requisitos formais de validade dos negócios jurídicos constituíam meios de prova anteriores, no tempo, aos processos; neste sentido, o Código de Processo Civil de 1939 tratava do tema, mas em referência à lei material, a exemplo do artigo 208, que fixava serem admissíveis em juízo “*todas as espécies de prova reconhecidas nas leis civis e comerciais*”.

Atualmente, a discussão que se travou no âmbito doutrinário não encontra espaço no que se refere à prova no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que toda a matéria afeta à prova está disciplinada no Código de Processo Civil, implicando na natureza exclusivamente processual do instituto.

Neste sentido sedimentou-se o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, no acórdão que se segue, de relatoria do então Ministro Coqueijo Costa:

Modificou-se a doutrina das provas – todos os meios legais, ou moralmente legítimos, são hábeis para provar os fatos (CPC, art. 332) – e ampliou-se o seu âmbito. Antr, só se admitia a prova segundo a especificação reconhecida nas leis civis e comerciais, mas o CPC de 1973 integrou a disciplina das provas no sistema

processual, repudiando a teoria de que a teoria das provas diz respeito ao direito material.⁹

I.II. Princípios da prova no Processo do Trabalho

A produção da prova no processo do trabalho deve ser norteadada por princípios, diretrizes fundamentais que alicerçam a aplicabilidade do instituto. A complexidade do tema é notável, uma vez que não há consenso doutrinário sequer a respeito de quais seriam os princípios aplicáveis à prova no processo do trabalho; sendo assim, e observando o escopo do presente trabalho, traçaremos breves considerações a respeito dos princípios elencados por Amauri Mascaro Nascimento¹⁰.

I.II.I. Princípio da necessidade da prova

Traduz este princípio a imprescindibilidade de que os fatos alegados por cada parte sejam provados. A teor do já mencionado artigo 131 do Código de Processo Civil, o juiz está vinculado às provas dos fatos, e deve decidir a lide com base no seu livre convencimento, desde que se apoie nas provas dos autos, ou seja, é defeso ao juiz proferir julgamento fundamentado em suas convicções pessoais.

I.II.II. Princípio da unidade da prova

⁹ 3ª T., 1.502/75, RR 2.628/75. In: *Revista do TST*, 1975

¹⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 191

O princípio da unidade da prova implica na globalidade do conjunto probatório, ou seja, nenhuma prova poderá ser apreciada isoladamente, mas contextualizada com os diversos meios de prova produzidos nos autos; tal princípio é especialmente relevante quando nos autos se observa a produção de provas conflitantes, neste caso, o juiz deverá analisar todo o conjunto probatório a fim de formar a sua convicção em bases sólidas. Também pela leitura deste princípio, o magistrado não se vincula à aceitação total das alegações das partes, ou seja, analisando toda a universalidade de provas produzidas no processo, o juiz poderá concluir por haver a parte provado algumas de suas alegações e não todas elas.

I.II.III. Princípio da lealdade ou probidade da prova

Implica no dever de lealdade das partes para que as provas produzidas no processo conduzam à verdade real, sem quaisquer vícios ou distorções. O direito processual conta com instrumentos relevantes que visam assegurar a observância deste princípio, quais sejam o artigo 17 do Código de Processo Civil¹¹, que define como litigante de má-fé aquele deliberadamente altera a verdade dos fatos, combinado com o artigo 18¹² que estabelece a punição correspondente ao litigante

¹¹ Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidentes manifestamente infundados.

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

¹² Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

de má fé, e o artigo 129¹³ que determina que o magistrado, se convencendo de que as partes intentaram lide simulada, ou pretendem objetivo escuso, deverá proferir decisão que impeça que as partes alcancem os objetivos almejados.

I.II.IV. Princípio da contradição ou contraditório

Às partes a Constituição Federal assegura o contraditório¹⁴, pelo que a toda prova produzida por uma parte equivale o direito da parte adversa produzir a contraprova. Implica também na possibilidade da parte impugnar as provas que venham a ser produzidas pela parte adversa, a exemplo a contradita de testemunhas¹⁵, impugnação da veracidade de documentos¹⁶, recusa do perito nomeado¹⁷, entre outras medidas cabíveis.

§ 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

¹³ Art. 129. Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes.

¹⁴ Art. 5º. LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes

¹⁵ CPC. Art. 414. § 1º É lícito à parte contraditar a testemunha, argüindo-lhe a incapacidade, o impedimento ou a suspeição. Se a testemunha negar os fatos que lhe são imputados, a parte poderá provar a contradita com documentos ou com testemunhas, até três, apresentada no ato e inquiridas em separado. Sendo provados ou confessados os fatos, o juiz dispensará a testemunha, ou lhe tomará o depoimento, observando o disposto no art. 405, § 4º.

¹⁶ CPC. Art. 372. Compete à parte, contra quem foi produzido documento particular, alegar no prazo estabelecido no art. 390, se lhe admite ou não a autenticidade da assinatura e a veracidade do contexto; presumindo-se, com o silêncio, que o tem por verdadeiro.

¹⁷ CPC. Art. 423. O perito pode escusar-se (art. 146), ou ser recusado por impedimento ou suspeição (art. 138, III); ao aceitar a escusa ou julgar procedente a impugnação, o juiz nomeará novo perito.

I.II.V. Princípio da igualdade de oportunidade de prova

Consiste na garantia às partes da igualdade de condições para requerer e produzir as provas que entendam necessárias; decorre do artigo 125, I do Código de Processo Civil¹⁸ e a sua inobservância conduzirá à nulidade do processo, na hipótese da parte observar efetivo prejuízo¹⁹, arguindo-o na primeira oportunidade²⁰.

I.II.VI. Princípio da legalidade

Através do presente princípio a produção da prova é adstrita à forma prevista em lei. Não se trata aqui do meio de prova, eis que já estabelecemos que a prova será feita por todos meios previstos em lei e por outros que não atendem à moralidade; o princípio em referência trata da disciplina probatória imposta pela lei processual, e que deve ser observada pelas partes para a aceitação da prova a ser produzida. Deve-se observar, por exemplo o regramento a respeito do tempo de produção da prova, sob pena de preclusão²¹, adequação do meio de prova ao fato alegado, como no caso de alegação de trabalho em condições inaslubres, que impescinde de prova pericial²², entre outras determinações legais de cunho técnico processual.

¹⁸ Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

¹⁹ Art. 794 - Nos processos sujeitos à apreciação da Justiça do Trabalho só haverá nulidade quando resultar dos atos inquinados manifesto prejuízo às partes litigantes.

²⁰ Art. 795 - As nulidades não serão declaradas senão mediante provocação das partes, as quais deverão argüi-las à primeira vez em que tiverem de falar em audiência ou nos autos.

²¹ Súmula nº 8 do TST. JUNTADA DE DOCUMENTO. A juntada de documentos na fase recursal só se justifica quando provado o justo impedimento para sua oportuna apresentação ou se referir a fato posterior à sentença.

²² CLT. Art. 195. § 2º - Argüida em juízo insalubridade ou periculosidade, seja por empregado, seja por Sindicato em favor de grupo de associado, o juiz designará perito

I.II.VII. Princípios da imediação

O princípio da imediação assegura ao juiz a participação ativa na produção probatória, e dele deriva o princípio da oralidade, eis que serão tratados ambos os princípios em conjunto. Em razão do princípio da imediação, o juiz atua como verdadeiro condutor do processo, interferindo na produção das provas, visando sempre a busca da verdade real, conforme previsão legal contida nos artigos 848²³ e 852-D²⁴ da Consolidação das Leis do Trabalho.

I.II.VIII. Princípio da obrigatoriedade da prova

O referido princípio parte do pressuposto que a produção das provas não beneficia exclusivamente as partes, mas também o Estado que, com a correta produção probatória incorrerá na mais justa prestação jurisdicional; sendo assim, a produção das provas não seria faculdade das partes, mas obrigação perante o Estado. Tal princípio, definido por Amauri Mascaro Nascimento encontra opositores que entendem ser a prova um ônus e não uma obrigação, uma vez que a não produção da prova pela parte dela incumbida não acarreta sanção legal, mas apenas a perda da oportunidade e o risco de se obter um julgamento desfavorável.

habilitado na forma deste artigo, e, onde não houver, requisitará perícia ao órgão competente do Ministério do Trabalho.

²³ Art. 848 - Terminada a defesa, seguir-se-á a instrução do processo, podendo o presidente, ex officio ou a requerimento de qualquer juiz temporário, interrogar os litigantes.

²⁴ 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.

I.II.IX. Princípio da aptidão da prova

Não obstante o princípio da aptidão da prova não tenha sido elencado no rol de Amauri Mascaro Nascimento, importa mencioná-lo, haja vista a relevância para o tema estudado no presente trabalho. Em conformidade com este princípio, tem o dever de produzir a prova não aquele que detem o ônus processual, mas aquela parte que possui melhores condições de fazê-lo; maiores considerações a respeito do presente princípio serão tecidas oportunamente em capítulo próprio.

Enfim, além dos princípios ora elencados, há inúmeros outros abordados como norteadores da produção das provas, dentre os quais o princípio da oralidade, aquisição processual da prova, livre convencimento motivado e busca da verdade real.

II. O ÔNUS DA PROVA

Segundo Cintra, Dinamarco e Grinover, o ônus da prova consiste no encargo da parte provar aquilo que alega e que lhe aproveita, ou como nos ensina a sua doutrina:

A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando à vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. O juiz deve julgar *secundum allegata et probata partium* e não *secundum propriam suam conscientizam* – e daí o encargo que as partes têm no processo, não só de alegar, como também provar (encargo = ônus).²⁵

O conceito de ônus está diretamente ligado ao interesse da parte em provar o alegado, e não pode se confundir com obrigação. O descumprimento de uma obrigação acarreta a imposição de uma sanção legal, ao passo que o ônus, se não observado, acarreta tão somente a perda dos efeitos do ato que deixou de ser praticado, e cujo ônus incumbia a determinada parte.

O ônus da prova, neste sentido, exemplifica perfeitamente a diferença entre os dois institutos, uma vez que a parte a quem incumbia o ônus pode deixar de produzir determinada prova, e ainda assim ter a sua pretensão reconhecida, por ter havido a produção de prova pela parte contrária a quem não interessava; não há sanção processual.

²⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo* 25ª ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. P. 375

Manoel Antonio Teixeira Filho denomina a hipótese em que o descumprimento do ônus não prejudica a parte de “ônus imperfeito”. Por outro lado, o descumprimento do ônus que acarreta o prejuízo, como a não interposição de recurso, que implica no trânsito em julgado de decisão desfavorável, constitui o “ônus perfeito”²⁶.

Também há que se distinguir ônus de dever, uma vez que há sensíveis diferenças entre ambos, especialmente no que tange os sujeitos envolvidos. O dever se dá entre partes, ou seja, haverá dever perante outra parte; se de um lado há um sujeito que deve, se outro lado, haverá um sujeito credor, ainda que este sujeito seja a sociedade ou o Estado. O ônus, por outro lado, se relaciona apenas à pessoa que o detém, sendo de seu próprio interesse a satisfação do ônus.

Tem-se ainda a distinção entre o ônus objetivo e subjetivo; este pertine às partes sobre as quais recai o ônus de provar as alegações. O ônus objetivo se refere ao juiz que deverá analisar as provas produzidas para a formação da sua convicção.

Poderá ocorrer, neste ensejo, de determinado fato não restar provado nos autos pela parte a quem competia. Neste caso a distribuição do ônus da prova será observada como regra de julgamento, quando o magistrado estiver impossibilitado de formar o seu convencimento a partir do conjunto probatório dos autos.

²⁶ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A prova no processo do trabalho* 10 ed. rev. e ampl. – São Paulo: LTr, 2014. P. 92.

A adoção da distribuição do ônus da prova como regra de julgamento decorre do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal²⁷, que assegura a todo cidadão a completa prestação jurisdicional. Tendo isso em vista, é defeso ao órgão julgador se omitir a respeito de determinada matéria que seja submetida à sua apreciação, ainda que não tenha sido produzida qualquer prova a respeito da referida matéria.

A adoção da distribuição do ônus da prova como regra de julgamento, portanto, é ficção jurídica que assegura ao jurisdicionado a completa prestação jurisdicional, mesmo diante das limitações do processo, e ao órgão julgador uma diretriz a seguir na ausência de provas, não obstante o julgamento conforme esta regra não observe a verdade real, tampouco a verdade material.

II.I. O ônus da prova no Processo do Trabalho: o artigo 333 do CPC e o artigo 818 da CLT

A matéria do ônus da prova está disciplinada pela Consolidação das Leis do Trabalho no seu artigo 818, segundo o qual “a prova das alegações incumbe à parte que as fizer”.

Tendo a Consolidação das Leis do Trabalho regrado a matéria referente ao ônus da prova, em tese não haveria lacuna a ser preenchida pela aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

²⁷ Art. 5º. XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Entretanto, ocorre que a definição do artigo em comento é simplista e incompleta, além de lhe carecer aplicabilidade prática, já que cada parte formulará alegações conflitantes, e deste modo, recairia sobre ambas o ônus da prova, e ao julgador restaria o impossível trabalho de decidir a demanda conforme as provas que foram ou deixaram de ser produzidas pelas partes; neste caso seria impossível a distribuição do ônus da prova como regra de julgamento.

Neste sentido é que a maior parte da doutrina entende pela aplicabilidade supletiva, ao processo do trabalho, do artigo 333 do Código de Processo Civil que, melhor elaborando a regra de distribuição do ônus da prova, confere ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, e ao réu o ônus da prova quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor²⁸.

Bem ilustra a defesa desta tese o ensinamento do saudoso Valentim Carrion:

A regra de que o ônus pesa sobre quem alega é incompleta, simplista em excesso. O empregado que afirme não ter faltado ao serviço em certo dia terá de prová-lo? Se outro alegar, na petição inicial, que celebrou contrato com empresa e que esta foi representada no ato por preposto capaz e sem coação, deverá provar as três circunstâncias? É obvio que não: 1) ao autor cabe o ônus da prova do fato constitutivo de seu direito; 2) ao réu, o da existência do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (CPC, art. 333).²⁹

Não é pacífica, contudo, a aceitação da aplicação do artigo 333 do CPC ao processo do trabalho; os que sustentam a inaplicabilidade se calcam, em suma, no

²⁸ 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.

²⁹ CARRION, Valentim. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho* – 37 ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 718

fato de que o artigo 769 da CLT³⁰ admite a aplicação subsidiária do direito processual comum no processo do trabalho nos casos em que a CLT for omissa, e neste caso não há que se falar em omissão da lei trabalhista em matéria de ônus da prova, em vista do disposto no artigo 818.

Entende-se que a corrente majoritária está correta ao se posicionar pela aplicabilidade subsidiária do artigo 333 do CPC ao processo do trabalho, diante da incompletude e excessiva simplicidade do artigo 818 da lei trabalhista. Não obstante as discussões de cunho teórico, o Tribunal Superior do Trabalho houve por bem colocar pá de cal sobre a questão, através da edição da Súmula 06, VIII, que sedimenta entendimento no sentido de ser aplicável a regra processual civil ao direito do trabalho³¹.

Feitas tais considerações, importa definir o que seriam os fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos de direitos.

Fatos constitutivos são aqueles que fazem nascer o direito que se pleiteia e podemos tomar como exemplo o exercício de idênticas funções às do paradigma, em casos de equiparação salarial³².

Os fatos impeditivos, por outro lado, são aqueles que, não obstante a existência do fato constitutivo, têm o condão de obstar o direito pretendido. Trata-se

³⁰ Art. 769 - Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

³¹ Súmula nº 6 do TST. VIII - É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial.

³² CLT. Art. 461 - Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.

de fatos que retiram alguma circunstância essencial para que nasça o direito. No exemplo da equiparação salarial, a diferença de dois anos na função e as diferenças de perfeição técnica e produtividade são fatos impeditivos do direito pretendido³³.

Os fatos modificativos são aqueles que alteram o direito pretendido pelo autor; não se nega a ocorrência do fato que poderia ser constitutivo do direito pretendido, mas se alega que tal fato apresenta uma nuance diferente daquela exposta pelo autor e que, portanto, conduz a um direito diverso do pretendido. É o caso da prestação de serviços, por exemplo; o autor alega que houve prestação de serviços pessoais ao réu e pleiteia o reconhecimento do vínculo de emprego, o réu, por outro lado, não nega a prestação de serviços, mas afirma que tal se deu a título de trabalho autônomo, sendo indevido o reconhecimento do vínculo de emprego, pois o autor faz jus aos direitos garantidos aos trabalhadores autônomos.

Enfim, os fatos extintivos do direito postulado são aqueles que põem fim ao direito em si, e temos como exemplo a prescrição, a decadência ou a quitação das verbas pleiteadas.

II.II. A inversão do ônus da prova e a aplicabilidade do artigo 6º, VIII do CDC ao Processo do Trabalho

A Lei 8.078/1990, conhecida como o Código de Defesa do Consumidor, pretendeu a facilitação da defesa dos direitos do consumidor, empregando para

³³ CLT. Art. 461. § 1º - Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a 2 (dois) anos.

essa finalidade, diversos institutos que procuram equilibrar a relação entre consumidor e fornecedor inclusive no âmbito processual. Nesta toada o artigo 6º, VIII da referida lei prevê como direito básico do consumidor a inversão do ônus probatório quando observada a hipossuficiência do consumidor ou a verossimilhança de suas alegações:

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 tratamento diferenciado entre litigantes se justifica na desigualdade material entre eles, uma vez que o consumidor se encontra em posição vulnerável em face do mercado e fornecedores com que se relaciona.

Não obstante a inversão do ônus da prova em seu favor seja direito básico do consumidor, como estabelece o artigo em referência, não é ela automática, mas depende da verossimilhança de alegações ou hipossuficiência do consumidor, o que será observado e deferido a critério do juiz, que deverá avaliar, ainda, a adequação e conveniência da inversão do ônus da prova.

A verossimilhança equivale à possibilidade real de que a alegação corresponda à verdade, trata-se da plausibilidade da alegação independente da produção de provas, seja porque se revela em hipótese aceitável, em face do contexto em que é posta, seja porque a cognição sumária do feito não revela indícios de ser a alegação descabida.

A hipossuficiência, por sua vez, é caracterizada pela vulnerabilidade processual da parte, que deve ser analisada tanto sob o viés financeiro quanto técnico, ou seja, se o consumidor não houver meios de produzir a prova de seu direito, ou se a produção de tal prova lhe for demasiadamente custosa, o ônus recairá sobre o fornecedor que, por estar em posição vantajosa técnica (por deter o conhecimento do seu negócio) e economicamente (por auferir lucro a partir da sua atividade comercial), deverá arcar com o ônus da prova.

Não obstante seja o CDC o único diploma legal no ordenamento jurídico pátrio que discipline a inversão do ônus da prova, esta regra processual tem sido aplicada em diversas áreas do direito sempre que a relação de direito material havida entre as partes implique na desigualdade real entre elas; nesses casos é necessário que se reestabeleça o equilíbrio entre as partes, a fim de resguardar a paridade de armas entre os litigantes. Trata-se de garantir a igualdade material entre as partes.

Juridicamente, há que se aplicar a inversão do ônus da prova quando a situação de fato assim exigir, com fundamento no princípio do devido processo legal, pois se a distribuição estática do ônus da prova não possibilita que a parte faça valer o seu direito, ainda que lhe seja impossível fazê-lo, está-se negando o direito à prova e a garantia da inafastabilidade da jurisdição³⁴.

No âmbito do processo do trabalho, a aplicação do artigo 6º, VIII do CDC tem sido amplamente aceita pela doutrina, haja vista a lacuna da Consolidação das Leis

³⁴ Art. 5º, XXXV da Constituição Federal

do Trabalho, que não regulamenta, tampouco veda a inversão do ônus da prova, e especialmente considerando-se que a regra em comento se amolda aos princípios próprios do direito do trabalho (art. 769 da CLT), que assim, como no direito consumerista, implica em relações entre partes fundamentalmente díspares, em que o trabalhador se encontra frequentemente em posição de hipossuficiência em relação ao empregador.

Neste sentido é o entendimento de Carlos Henrique Bezerra Leite, segundo quem a hipossuficiência do trabalhador autoriza a inversão do ônus da prova, com fulcro não só no artigo 6º, VIII do CDC, mas também no artigo 852-D da CLT, que confere ao juiz liberdade de direção do processo no procedimento sumaríssimo:

Poder-se ia dizer que tal regra é específica do procedimento sumaríssimo. Todavia, entendemos que, em matéria de prova, não é o procedimento que vai impedir o juiz de dirigir o processo em busca da verdade real, levando em conta as dificuldades naturais que geralmente o empregado-reclamante enfrenta nas lides trabalhistas.³⁵

No que tange o momento processo adequado para a inversão do ônus da prova, Antonio Herman V. Benjamin entende que, por ter emprestado, o CDC, caráter de direito à inversão do ônus da prova, conforme *caput* do artigo 6º, a discussão acerca da inversão do ônus da prova não se esgota na primeira instância com o saneamento do processo, mas os magistrados das instâncias superiores podem inverter o ônus da prova a qualquer tempo.

³⁵ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*, 10 ed. São Paulo: LTr, 2012. P. 616

Carlos Henrique Bezerra Leite³⁶ defende que o artigo 6º, VIII do CDC encerra verdadeira regra de julgamento, de modo que a decisão a este respeito deve ser prolatada em sentença, após a colheita das provas em instrução. Neste sentido também já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça³⁷.

Há grande controvérsia, contudo, uma vez que a inversão do ônus da prova em momento posterior à produção das provas pode ocasionar prejuízo à parte e cerceamento do seu direito de defesa e contraditório que, desconhecendo a inversão, não se empenhou em produzir a prova que entendia ser ônus da parte contrária:

Caso entenda cabível a inversão da prova, disso o juiz deverá alertar o réu, para que tenha oportunidade de desincumbir-se do ônus probatório que ora lhe vem a ser cometido. Então essa decisão deve ser tomada antes ou no máximo durante a instrução, e não quando o juiz vai sentenciar.³⁸

Enuncia ainda Mauro Schiavi que, não obstante a distribuição do ônus da prova deva ocorrer antes da instrução, pode ser aplicada a regra de julgamento para a inversão do ônus da prova em sentença ou em grau recursal, no entanto, a decisão que assim o fizer deverá ser amplamente fundamentada; consigna ainda que a parte não pode ser prejudicada por não haver o juiz se convencido acerca da distribuição do ônus da prova:

³⁶ *Op cit.*

³⁷ RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ART. 6º, VIII, DO CDC. TREGRA DE JULGAMENTO. A inversão do ônus da prova, prevista no Art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, é regra de julgamento. Ressalva do entendimento do relator, no sentido de que tal solução não se compatibiliza com o devido processo legal." (STJ.-REsp 949000/ES – 2007/0105071-8 – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – 3ª T. – j. 27.03.2008 – Dje 23.06.2008).

³⁸ MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 24 ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011. P. 633.

De outro lado, no nosso sentir, não é possível inverter o ônus e não propiciar à parte a quem este foi invertido o direito de produzir a prova. Por isso, devem as partes estar atentas à produção de suas provas. Se o juiz indeferir a produção de alguma prova, por entender que o ônus seria da parte contrária, deve a parte requerer que o juiz consigne seus protestos em ata, a fim de evitar a preclusão. Sob outro enfoque, se o juiz do Trabalho, ao instruir o processo, não estiver convencido da distribuição do ônus da prova, deve propiciar às partes igualdade de oportunidades na produção da prova, deixando a fixação da regra de distribuição do ônus da prova para a decisão final.³⁹

Entendemos ser este o melhor posicionamento, haja vista aliar a regra de julgamento, intrínseca à natureza da distribuição do ônus da prova, à garantia às partes do direito à prova, decorrente do contraditório e ampla defesa.

³⁹ SCHIAVI, Mauro. *Provas no processo do trabalho* 4 ed. rev. e ampl. – São Paulo: LTr, 2014. Pp. 93/94.

III. A TEORIA DA CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA: CONCEITO E FUNDAMENTOS

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova foi primeiro sistematizada no final do século XX, pelo jurista argentino Jorge Walter Peyrano, sob a denominação de *doctrina de las cargas probatorias dinámicas*, ou teoria das cargas probatórias dinâmicas. Observou-se na jurisprudência argentina que a distribuição estática do ônus da prova acarretava por vezes decisões injustas, uma vez que a regra estática estabelecida em lei deixava de observar as peculiaridades do caso, tampouco se observava a igualdade de condições das partes no processo.

O jurista argentino então estabeleceu que a distribuição estática do ônus da prova, regrada de acordo as alegações das partes e direitos pretendidos, poderia não atender adequadamente aos interesses das partes, tampouco do juiz, na busca da verdade real e da solução justa da lide, quando houvesse peculiaridades no caso concreto que colocasse as partes em posições desiguais no processo.

A teoria em comento tem por objetivo a distribuição do ônus da prova em atenção à capacidade que cada uma das partes apresenta, no caso concreto, para produzir determinada prova. Nesta toada, a distribuição do ônus da prova não está atrelada a critérios prévios e estanques fixados em lei, de acordo com a posição que cada parte ocupa no processo e a natureza das suas alegações; ao contrário, em atenção à teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, a produção probatória

incumbirá à parte que estiver em melhores condições de fazê-lo, e tal circunstância será observada caso a caso.

A finalidade da teoria em questão, por sua vez, é justamente propiciar que as partes obtenham um provimento mais justo ao fim da demanda, ou seja, que a prestação jurisdicional se aproxime o máximo possível da realidade dos fatos. Visa também garantir a isonomia entre as partes, de modo que não será imposto o ônus à parte que estiver impossibilitada de produzir provas.

Seguindo esta premissa, vale dizer que incumbirá o ônus da prova à parte que estiver em melhor condição de produzi-la, ainda que o objeto da prova cujo ônus lhe foi imposto seja fato alegado pela parte contrária e que a esta beneficie, sob pena de se aplicar a distribuição do ônus da prova como regra de julgamento.

Diante das características em apreço, podemos conceituar a distribuição dinâmica do ônus da prova como regra segundo a qual o ônus da prova será distribuído casuisticamente pelo magistrado, visando assegurar a isonomia das partes e a busca da verdade real. Nesta toada registra Graziella Ambrosio:

Em outras palavras, transfere-se a atividade do Poder Legislativo (estabelecimento de regras sobre a distribuição do ônus da prova) ao Poder Judiciário, atuando o magistrado como um adequador das regras clássicas ao caso concreto, com vistas ao melhor desenvolvimento processual, sobretudo à igualdade dos litigantes.⁴⁰

⁴⁰ AMBROSIO, Graziella. *A distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2013. P. 54.

No direito brasileiro, a aplicabilidade da dinamização do ônus da prova tem fundamento tríplice, segundo afirma Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues⁴¹. Fundamenta-se na inafastabilidade da jurisdição, consubstanciada no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, uma vez que esta compreende o direito à obtenção de um provimento jurisdicional justo; se a parte, em razão de circunstâncias concretas, está impossibilitada de produzir a parte que lhe beneficiaria, ao passo que a parte contrária poderia fazê-lo sem qualquer óbice, não se afigura justa que a parte que detém o direito mas não pôde prová-lo seja prejudicada.

Fundamenta-se ainda na igualdade material, disposta no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal⁴² e equivalente, no âmbito processual, à paridade de armas; bem como na função pública do processo e o seu aprimoramento em busca da justiça. O fundamento jurídico da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova será melhor desenvolvido em tópico próprio.

III.I. A distribuição dinâmica do ônus da prova em face da teoria clássica da distribuição estática

A aplicabilidade da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova não exclui a fixação, por lei, de critérios prévios e estáticos para a distribuição do ônus. Trata-se, por natureza, de hipótese excepcional, que será aplicável no caso concreto

⁴¹ RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *A dinamização do ônus da prova*. Revista de Processo. Vol. 240/2015. Pp. 41/58. Fev-2015.

⁴² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...).

quando atendidas as condições já debatidas da melhor condição para produção da prova.

A dinamização do ônus da prova, portanto, trata-se de flexibilização da regra estática, e não sua substituição. Neste sentido, a dinamização será aplicada em razão de cada fato e prova, ou seja, o ônus poderá ser distribuído dinamicamente em relação a um determinado fato, ao passo que aos demais fatos seria aplicada a regra estática.

A distribuição do ônus da prova será decidida pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes, em decisão fundamentada, antes da instrução probatória, a fim de que, dessa forma, se incentive a produção probatória. A dinamização do ônus antes da instrução probatória se justifica pelos próprios fundamentos da teoria, entre os quais se destaca a viabilização do atingimento da verdade real, e de um provimento judicial justo. Há controvérsias a respeito do momento oportuno para a dinamização do ônus da prova, que serão analisadas em tópico próprio.

III.II. A aptidão para a produção da prova

Como já salientado a dinamização do ônus da prova depende da aptidão de uma das partes para a produção da prova em detrimento da parte contrária, que está impossibilitada de suportar este ônus.

Sérgio Pinto Martins classifica a aptidão para a prova como princípio informador da prova, segundo o qual “a parte que tem melhores condições de fazer

a prova o fará, por ter melhor acesso a ela ou porque é inacessível à parte contrária”.⁴³

Tal situação, entretanto, deve ser verificada em concreto, de modo que nos autos deve haver prova de que a parte a quem o ônus originalmente não seria incumbido, de acordo com a regra estática, está em condição favorável em detrimento da parte contrária. Vale dizer, não há presunção acerca da aptidão para a produção da prova, mas tal condição deve estar demonstrada nos autos, e tal demonstração incumbe à parte que se beneficiar da dinamização do ônus.

Nesta esteira, a parte que alegar a favor de si a aplicabilidade da dinamização do ônus da prova deve demonstrar que está impossibilitada de produzir a prova, e que a parte contrária detem condições de fazê-lo. Não basta, portanto, que uma das partes esteja impossibilitada ou em grande dificuldade de produzir a prova; deve ainda ser constatada a facilidade da parte contrária para a produção da prova, sob pena de ser esta prejudicada pelo provimento injusto. Sem que haja a demonstração destes fatores, será aplicável a regra estática.

Os critérios para a análise de aptidão da prova são inúmeros, e serão observados no caso em concreto. Entre diversos elementos, Graziella Ambrosio cita os seguintes para a apuração da aptidão probatória:

Tal constatação exige uma análise criteriosa do julgador no caso concreto, levando-se em consideração fatores como: obrigações legais ou contratuais impostas a cada uma das partes, a participação

⁴³ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*, 34 ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 325.

de cada litigante no fato gerador da controvérsia, a posse efetiva das provas discutidas nos autos, a facilidade para a produção probatória segundo razões técnicas, profissionais, jurídicas ou econômicas, dentre outras.⁴⁴

No processo do trabalho a análise criteriosa de tais critérios se fará imprescindível, sob pena de se incorrer em provimentos injustos, tal qual o risco corrente com a aplicação da regra estática. Isto porque não se pode partir da inquestionada premissa de que o empregador teria maior aptidão probatória em razão da natureza da relação jurídica entre as partes; esta questão será tratada em detalhes adiante no presente trabalho.

Enfim, para a aplicabilidade da dinamização do ônus, deve se comprovar não só a impossibilidade de uma das partes, mas a aptidão da parte contrária para a produção probatória, importante mencionar que a distribuição do ônus da prova conforme a teoria da carga dinâmica encontra limite na prova diabólica reversa. Isso significa que a parte dinamicamente onerada deve ter condições de produzir a prova, ou seja, não lhe deve constituir prova impossível, sob pena de desvirtuamento do instituto, já que se estaria criando uma nova situação de desigualdade.

III.III. A carga dinâmica e a inversão do ônus da prova

Muito embora a dinamização e a inversão do ônus da prova sejam institutos semelhantes, não há que se confundir os conceitos, pois trata-se de técnicas essencialmente diversas.

⁴⁴ AMBROSIO, Graziella. *A distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2013. P. 58.

Não obstante a teoria das cargas probatórias dinâmicas não negue a aplicação das regras estáticas, não parte delas, ou seja, o ônus será atribuído à determinada parte, em vista da sua aptidão probatória; caso ambas as partes apresentem idêntica aptidão, será aplicada a regra estática. A inversão do ônus da prova, por sua vez, parte da regra geral (estática), e redistribui o *onus probandi* a depender dos requisitos legais.

No entender de Eduardo Cambi⁴⁵, só pode haver inversão do ônus quando este é estabelecido em abstrato previamente; neste caso não há distribuição do ônus da prova, como na teoria das cargas dinâmicas, mas uma readequação do que já havia sido distribuído por força de lei.

Outra diferença fundamental entre cada um dos institutos. Enquanto a dinamização do ônus da prova depende da análise casuística do juiz, que distribuirá o ônus com base nas máximas de experiência⁴⁶, a inversão do ônus será aplicada em atenção a critérios objetivos, quais sejam a verossimilhança de alegações e hipossuficiência da parte.

Na teoria das cargas probatórias dinâmicas, não é relevante se as alegações que serão demonstradas dinamicamente são verossímeis ou não. A hipossuficiência, por sua vez, se aproxima da aptidão probatória, mas com ela não

⁴⁵ CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil: Admissibilidade e Relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P. 341.

⁴⁶ Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.

se confunde, pois esta última é mais abrangente, podendo beneficiar até a parte que, na relação de direito material, detem condição favorável, mas no processo encontra-se em desvantagem processual, como exemplificado alhures.

Neste sentido é o entendimento de Mauro Schiavi:

A presente teoria não se confunde com a inversão do ônus da prova, embora com ela tenha contatos, pois a inversão pressupõe a presença dos critérios previstos em lei, enquanto a carga dinâmica pressupõe circunstâncias e peculiaridades do caso concreto.⁴⁷

Em suma, a dinamização do ônus da prova é mais abrangente que a sua inversão, uma vez que aquela visa a busca da verdade real e o provimento justo, podendo beneficiar qualquer das partes, desde que comprovada a sua inaptidão, em oposição à aptidão da parte contrária para a produção probatória. A inversão do ônus da prova visa, por outro lado, a defesa dos direitos do consumidor, originalmente, e demais litigantes hipossuficientes, como aplicado na justiça do trabalho ao trabalhador; sendo assim, os critérios objetivos jamais permitirão que se inverta o ônus da prova em benefício do fornecedor ou do empregador, ainda que estes, por situações concretas estejam impossibilitados de produzir as provas que lhes interessem, e os tidos hipossuficientes detenham as referidas provas ou os meios de produzi-la.

III.IV. Óbices à distribuição dinâmica do ônus da prova

⁴⁷ SCHIAVI, Mauro. *Provas no processo do trabalho*. 4 ed. rev. e ampl. – São Paulo: LTr, 2014. P. 97.

Não obstante os benefícios da dinamização do ônus da prova para o desenvolvimento do processo, há algumas situações que podem ser entendidas como entraves ou óbices à aplicabilidade da referida teoria, como levantou o jurista argentino Maximiliano García Grande, opositor da teoria das cargas probatórias dinâmicas⁴⁸.

Sustenta o referido autor que a aplicação da teoria em questão acarretaria essencialmente quatro questões controversas. Em primeiro lugar estar-se-ia afastando o sistema de presunções legais, vez que a dinamização do ônus da prova, especialmente a sua utilização como regra de julgamento, poderia acabar por invalidar determinada presunção de veracidade atribuída a determinado fato por lei.

O segundo entrave seria a observância, no caso em concreto, da aptidão probatória das partes pelo juiz que, em muitos casos, poderá não ter conhecimento suficiente a este respeito. O terceiro questão diz respeito à constitucional presunção de inocência, e a impossibilidade de se obrigar alguém a produzir prova contra si mesmo⁴⁹. Enfim, entende o jurista que o ideal da busca pela verdade real e pelo provimento justo é utópico e impraticável.

Nenhuma das argumentações levantadas deve obstar a aplicação da teoria em comento, uma vez que esta se adequa perfeitamente ao sistema jurídico processual vigente, especialmente em relação a todas as indagações apontadas.

⁴⁸ *Apud* AMBROSIO, Graziella. *A distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2013. Pp. 68/73.

⁴⁹ Exegese do artigo 5º: “LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Não há que se falar na invalidade das presunções legais, pois estas serão observadas pelo juiz anteriormente à distribuição do ônus da prova, ou seja, no momento em que o magistrado fixar os pontos controvertidos, e que dependem de prova, estarão então identificadas as presunções legais, e em relação a elas não haverá ônus, pois sequer haverá a produção probatória.

A respeito da avaliação do magistrado acerca da aptidão probatória das partes, não há qualquer entrave que obste a tomada de uma decisão justa e fundamentada; como já mencionado, a distribuição dinâmica do ônus dependerá da demonstração efetiva da inaptidão de uma das partes e aptidão da outra e, ainda assim, quando fixada a repartição do ônus, as partes serão cientificadas, e deverão defender-se, caso assim entendam, de modo a se assegurar o efetivo direito das partes ao contraditório e à ampla defesa.

A garantia constitucional que assegura ao cidadão o direito de não produzir prova contra si mesmo, por outro lado, não se aplica ao processo civil, tampouco ao processo do trabalho, mas está atada à esfera penal, como nos ensina Alexandre de Moraes⁵⁰.

No processo civil e no processo do trabalho, mais do que o direito de não se incriminar, as partes têm os deveres de cooperação, boa fé e lealdade processual, a partir dos quais emana o fundamento da dinamização do ônus da prova. Nestas esferas do direito, as partes devem colaborar com o Poder Judiciário na busca pela

⁵⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23 ed. – São Paulo: Atlas, 2008. P. 117.

verdade real e pela efetiva justiça, não sendo aplicável a premissa constitucional que confere ao réu em ação penal o direito ao silêncio.

A resposta para a última questão levantada pelo jurista argentino é mais filosófica que jurídica. De fato, a busca pela justiça é um ideal que muitas vezes não irá se concretizar por circunstâncias alheias à vontade das partes e do Estado julgador; entretanto, não se pode deixar de buscar a justiça em benefício da sociedade, que é o objeto principal do direito.

Inúmeros estudiosos analisam a relação entre direito e justiça que, por se tratar de matéria complexa e alheia aos objetivos precípuos do presente trabalho, não será aqui tratada.

III.V. O ordenamento Jurídico Brasileiro e a aplicação da teoria da carga dinâmica do ônus da prova

A ordem jurídica brasileira consagra, através da Constituição Federal, a isonomia ou igualdade material (Art. 5º, *caput*), a inafastabilidade da jurisdição (Art. 5º, XXXV), bem como a ampla defesa (Art. 5º, LV), o devido processo legal (Art. 5º, LIV⁵¹) e o direito à prova lícita (Art. 5º, LVI⁵²). Da interpretação conjugada dos dispositivos em referência, temos a previsão legal do direito à prova.

⁵¹ LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

⁵² LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Tendo tais garantias como fundamento é que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova pode ser aplicada e incorporada ao direito processual brasileiro. Isso porque as regras de distribuição estática do ônus da prova, consubstanciadas no artigo 333 do CPC e no artigo 818 da CLT, no caso do processo do trabalho, devem ser flexibilizadas sempre que a sua aplicabilidade não assegurar ao jurisdicionado as garantias constitucionais em questão.

De fato, as normas legais devem ser interpretadas em atenção aos princípios e garantias constitucionais, pelo que o direito processual deverá ser aplicado, de modo a ser mais efetivo para que se alcance a igualdade material entre os litigantes.

Há ainda no ordenamento jurídico processual inúmeras normas que autorizam a flexibilização da estática regra da distribuição do ônus da prova, a fim de que seja aplicada a teoria da dinamização do ônus.

O artigo 125, I do CPC⁵³ impõe ao juiz o dever de direção do processo, com a promoção da igualdade entre as partes. Se então a distribuição estática do ônus da prova implicar na desigualdade material entre as partes o dispositivo legal em referência deve fundamentar a distribuição dinâmica que assegurará a isonomia processual das partes.

A regra de distribuição estática do ônus da prova também incentiva as partes a não produzirem a prova que não lhes incumba ou que vá de encontro aos seus interesses, sendo assim, a dinamização do ônus encontra guarida ainda no artigo 14

⁵³ Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento.

do CPC, que impõe às partes o compromisso com a verdade e a conduta leal e de boa-fé⁵⁴. No mesmo sentido dispõe o artigo 339⁵⁵, segundo o qual as partes têm o dever de colaboração; posto no Capítulo VI do CPC, que trata das provas, é possível que se interprete que o artigo em questão impõe o dever de colaboração na produção probatória, mesmo no caso em que o ônus não se impuser sobre a parte.

Não se pode olvidar ainda que os artigos 130 e 131 do CPC⁵⁶, de forma mais abstrata, apontam para a preocupação do legislador a respeito da produção probatória, pois conferem ao juiz o dever de determinar as provas que entenda necessárias, independente da produção espontânea pelas partes, e de apreciação livre do conjunto probatório.

Nesta toada, se ao juiz a lei conferiu amplos poderes instrutórios, tendo ele liberdade para conduzir o processo de modo a buscar a verdade real, inclusive determinando a produção de provas, deve também deter a faculdade de distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto em lei, na hipótese em que tal distribuição se afigure prejudicial à efetividade do processo. Se a aplicação da lei, estanque, acarretar a mitigação de qualquer princípio constitucional, especialmente

⁵⁴ Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

⁵⁵ Art. 339. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

⁵⁶ Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Art. 131. 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.

a isonomia das partes e o efetivo acesso à justiça, então tal norma, aplicada no caso em concreto se revelará inconstitucional.

Tem-se entendido ainda que a legislação autoriza o magistrado a deslocar o *onus probandi* quando a produção probatória for excessivamente onerosa a uma das partes, na hipótese de distribuição do ônus por convenção processual, com fulcro no artigo 333, parágrafo único, II do CPC⁵⁷. Ora, se na hipótese de convenção processual o juiz pode deslocar o ônus quando houver prejuízo à parte, porque então não poderia fazê-lo quando a aplicação da norma legal ocasiona o mesmo prejuízo?

O mesmo princípio que torna nula a convenção processual que prejudica o direito a prova de uma das partes deve autorizar também o juiz a distribuir o ônus da prova de modo que nenhuma das partes tenha o seu direito a prova tolhido.

Com fulcro nos artigos e princípios ora citados a doutrina e a jurisprudência pátria têm se apresentado simpáticas à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, muito embora por vezes ela ainda se confunda, na prática, com a inversão do ônus da prova, esta sim positivada no ordenamento jurídico, mas que não é sinônimo de distribuição dinâmica do ônus.

Recentemente o Superior Tribunal de Justiça se posicionou pela aplicabilidade no direito brasileiro da teoria das cargas probatórias dinâmicas,

⁵⁷ Art. 333. (...)

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

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

através do acórdão de relatoria da Ministra Nancy Andrichi, que passamos a transcrever:

7. Embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual esse ônus recai sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso.⁵⁸

Na esfera trabalhista, o Tribunal Superior do Trabalho tem aceito amplamente a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, a exemplo do seguinte acórdão de relatoria do Ministro Aloysio Corrêa da Veiga:

RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRODUÇÃO DE PROVA. INDEFERIMENTO. PRINCÍPIO DA APTIDÃO. Segundo a teoria clássica e estática da distribuição do ônus da prova (artigos 818 da CLT e 333 do CPC), ao autor cabe a comprovação dos fatos constitutivos de seu direito e ao réu dos fatos extintivos, modificativos e impeditivos do direito pretendido. Em situações em que a dificuldade de produção de prova por alguma das partes é extremamente grande, em atenção aos princípios da igualdade, da lealdade, boa-fé e veracidade, solidariedade, devido processo legal e acesso à justiça, adota-se a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la.⁵⁹

Em compasso com as decisões dos Tribunais Superiores ora abordadas e que encontram eco nos demais tribunais, é possível concluir que há fundamentos legais suficientes para embasar a aplicação de pronto da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

⁵⁸ REsp 1286704/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 28/10/2013.

⁵⁹ RR - 1063-05.2012.5.18.0005, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 13/08/2014, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/08/2014.

III.V.I. As alterações legislativas implementadas pela Lei 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil)

Nesta esteira de aceitação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, o legislador vem, há algum tempo, visando incorporar as regras dinâmicas ao ordenamento jurídico processual brasileiro.

Em 13/03/2008 o deputado Manoel Junior apresentou o Projeto de Lei nº 3.015/2008, que visava a alteração do artigo 333 do CPC, para incorporar a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, acrescentando um novo parágrafo ao artigo⁶⁰. O parágrafo em questão apresentava certa atecnia, no entanto, pois atribuía ao juiz a faculdade de distribuição do ônus da prova “*diante da complexidade do caso*”, e não em função da aptidão de cada litigante para a produção da prova.

A iniciativa, contudo, demonstrou inequívoco interesse do legislador em positivar a teoria que já vinha sendo aplicada na prática pelos tribunais, conforme verifica-se da justificção do Projeto de Lei 3.015/2008:

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

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

A possibilidade de facultar ao juiz, diante da complexidade do caso, restabelecer as regras de ônus da prova consagra a referida teoria,

⁶⁰ § 2º É facultado ao juiz, diante da complexidade do caso, estabelecer a incumbência do ônus da prova de acordo com o caso concreto.” Disponível em 01/02/2015 no endereço eletrônico:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=386780>

já aplicada pela jurisprudência, e representa aplicação prática dos princípios constitucionais da adequação, da cooperação e da igualdade entre as partes.⁶¹

Em 22/12/2010, contudo, quando o PL 3.015/2008 estava em trâmite perante a Câmara dos Deputados, o Senador José Sarney apresentou o Projeto de Lei do Senado nº 166/2010, substituído na Câmara dos Deputados pelo Projeto de Lei nº 8.046/2010⁶², que pretendia instituir o novo Código de Processo Civil, e revogar o anterior; uma vez que a matéria tratada no PL 3.015/2008 estava abrangida pelo PL 8.046/2010, em 12/03/2014 foi aprovada a Emenda Aglutinativa Substitutiva Global nº 6, passando ambos os projetos a se unificar no PL 8.046/2010.

Em 16/03/2015 o PL 8.046/2010 foi sancionado, e a norma proposta para a aplicação no direito nacional, na teoria da carga dinâmica do ônus da prova passou a compor o ordenamento jurídico pátrio. A recém sancionada Lei 13.105.2015 unificou as regras de distribuição do ônus da prova em um só artigo, conforme a seguinte redação:

Art. 373. 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.

⁶¹ *Op cit.*

⁶² Em vista da quantidade de alterações propostas sucessivamente pelas Casas Legislativas, cumpre informar que o presente trabalho tomou por base o texto integral disponibilizado pelo sítio eletrônico da Câmara dos Deputados (<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267> com acesso em 01/03/2015) e que, segundo consta do referido sítio, foi enviado à sanção presidencial. Trata-se do documento intitulado “*Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 8.046-A de 2010 do Senado Federal (PLS Nº 166/10 na Casa de origem), “Código de Processo Civil”*”.

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.⁶³

A terminologia utilizada no parágrafo primeiro do artigo 373 foi aprimorada a partir do primeiro Projeto, e apresenta a definição tecnicamente correta da distribuição dinâmica do ônus da prova, pois atrela a sua aplicação à aptidão da prova, e ainda impõe ao magistrado que a decisão seja fundamentada, e que propicie às partes o contraditório. Deverá ainda ser observado o caso concreto, ou ainda será aplicada a dinamização do ônus da prova nos casos disciplinados em lei.

A parte final do parágrafo ainda assegura à parte o direito de, de fato, produzir a prova de que foi incumbida; vale dizer que, a teor do dispositivo em referência, não será admitida a redistribuição do ônus da prova em momento posterior à fase instrutória, a menos que a instrução seja reaberta a partir da nova fixação do ônus.

O parágrafo segundo, por sua vez, positivou a expectativa de que a dinamização do ônus da prova não possa acarretar prejuízo à parte dinamicamente onerada, ou seja, se a dinamização do ônus acarretar à parte incumbida oneração excessiva, não será aplicada a regra em referência.

A disposição contida na Lei 13.105/2015 afigura-se adequada aos propósitos e fundamentos que norteiam a aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas e, tendo em vista que a teoria já vinha sendo aplicada mesmo antes de haver a sua

⁶³ Os parágrafos terceiro e quarto do artigo 373 referem-se a distribuição do ônus da prova por convenção processual, matéria esta que foge ao escopo do presente trabalho.

positivação, a Lei 13.105/2015, cuja *vacatio legis* corresponde a um ano, a teor do seu artigo 1.045, passou a incorporar definitivamente a teoria em estudo ao ordenamento jurídico pátrio.

Quanto ao processo do trabalho, deve observar a aplicação das alterações legislativas impostas pela Lei 13.105/2015, vez que, como já mencionado alhures, a regra do artigo 818 da CLT requer a complementação da regra de processo civil, especialmente em vista do artigo 769 da CLT.

Enfim, importa mencionar que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova também encontra previsão no Projeto de Lei nº 5.139/2009 que dispõe sobre ação civil pública, assunto este que comporta análise detida, mas que não será abordado no presente trabalho, por não fazer parte do seu escopo.

IV. A TEORIA DA CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA E O PROCESSO DO TRABALHO: FUNDAMENTOS

No processo do trabalho, como já mencionado no presente trabalho, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova tem sido amplamente aceita, inclusive pelo Tribunal Superior do Trabalho, especialmente porque os valores e objetivos da teoria em referência estão em plena consonância com os valores perseguidos princípios aplicáveis ao processo do trabalho.

O direito e o processo do trabalho partem do pressuposto de que o trabalhador é hipossuficiente em relação ao empregador, daí a existência de princípios que abarcam tal definição, como o princípio protetivo no direito material e o princípio da primazia da realidade, segundo o qual prevalecem os fatos em detrimento do que foi formalmente registrado ou acordado entre as partes.

Tendo em vista esse pressuposto de desigualdade entre as partes, a dinamização do ônus da prova se mostra plenamente aplicável no âmbito trabalhista, especialmente porque a desigualdade na relação de direito material pode se transportar para o processo. Nesta toada é que a aptidão para a prova, como princípio informador da produção probatória, justifica a aplicação da teoria em comento no processo do trabalho.

Discorrendo sobre a inversão do ônus da prova, Estevão Mallet se posiciona pela necessidade de aplicação do princípio da aptidão para a produção da prova, a fim de que seja garantida a igualdade material entre as partes no âmbito processual:

As regras relativas ao ônus da prova, para que não constituam obstáculo à tutela processual dos direitos, hão de levar em conta sempre as possibilidades, reais e concretas, que tem cada litigante de demonstrar suas alegações, de tal modo que recaia esse ônus não necessariamente sobre a parte que alega, mas sobre a que se encontra em melhores condições de produzir a prova necessária à solução do litígio, inclusive com inversão do ônus da prova. Com isso, as dificuldades da desigual posição das partes litigantes não são transportadas para o processo, ficando facilitado inclusive o esclarecimento da verdade e a tutela de situações que de outro modo provavelmente não encontrariam proteção adequada.⁶⁴

A aptidão para a prova, por sua vez, deriva de um princípio muito mais amplo, e aplicável a todo o direito processual sem distinção, qual seja o direito a prova, consagrado constitucionalmente, como já exposto no presente trabalho.

Não basta que se assegure a parte a oportunidade de produzir a prova que lhe interessa, se ela não dispõe de meios efetivos para a produção da prova, ou seja, se a parte está impossibilitada de produzir a prova, mesmo que lhe tenha sido oportunizada a produção, estará cerceado o seu direito; daí se extrai que a dinamização do ônus da prova se faz necessária e imprescindível a fim de assegurar ao jurisdicionado o seu direito constitucionalmente garantido à prova.

Na mesma esteira de raciocínio, estará negada a garantia de inafastabilidade da jurisdição se a parte tiver negado o seu direito à prova. Ainda que se aplique a norma legal ao caso concreto, distribuindo-se o ônus da prova em conformidade

⁶⁴ MALLET, Estevão. *Discriminação e processo do trabalho*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Rio de Janeiro, v. 65, pp 148/159, out. /dez. 1999.

com o que dita o artigo 818 da CLT, se a parte onerada não for apta à produção da prova a aplicação da lei assumirá contornos inconstitucionais no caso concreto.

Líbia da Graça Pires discorre sobre o assunto asseverando que a aplicação da regra estática de distribuição do ônus da prova quando se impõe, no caso concreto, a dinamização do ônus é apta a violar direitos fundamentais do jurisdicionado:

Na medida em que o direito à prova é reconhecido inclusive como uma extensão do próprio princípio de acesso à justiça (na sua compreensão inclusive com acesso a um processo justo e equânime), todos os seus desdobramentos gozem desse status, em especial as regras do ônus da prova que se tecnicamente mal manipuladas podem afetar negativamente a tutela jurisdicional dos direitos e ferir mortalmente direitos fundamentais.⁶⁵

Entre as garantias constitucionais que embasam a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova figura também a já mencionada igualdade entre os litigantes. Neste sentido, leciona Carlos Henrique Bezerra Leite⁶⁶ que a igualdade deve ser demonstrada tanto no seu aspecto formal, consubstanciado na ausência de favorecimentos, quanto no aspecto material, que pressupõe que seja franqueada igualdade de oportunidades e paridade de armas a ambas as partes.

Com base no princípio da igualdade é que se verifica a possibilidade de empregar tratamento diferenciado a litigantes que apresentem condições distintas entre si que os coloque em posição de desequilíbrio. Afirma ainda Renato Ornellas

⁶⁵ PIRES, Líbia da Graça. *Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Processo do Trabalho*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011. P. 171.

⁶⁶ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 10 ed. São Paulo: LTr, 2012. P. 58.

Baldini o princípio da igualdade deve nortear a interpretação das normas de processo do trabalho, a fim de que as mesmas possam ser aplicadas a fim de prestigiar a referida garantia.

Não obstante os fundamentos ora mencionados, e contidos na Carta Magna, a doutrina tem entendido ainda pela aplicabilidade da dinamização do ônus da prova no processo do trabalho também com fulcro no já comentado artigo 852-D da CLT.

O artigo em referência, não obstante estabeleça regramento específico acerca do rito sumaríssimo, vem sendo amplamente utilizado como fundamentação tanto para a inversão do ônus da prova, como já mencionado, quanto para a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, por conferir ao magistrado irrestrita liberdade na condução do processo e determinação de provas.

A determinação contida no artigo 852-D se adequa à teoria da dinamização do ônus da prova, eis que confere ao magistrado a possibilidade de se valer dos seus poderes instrutórios em matéria de prova, devendo determinar a produção de provas, limitá-las ou excluí-las, tudo conforme o seu livre convencimento motivado. Nesta toada, a distribuição do ônus da prova conforme a aptidão das partes para a sua produção está autorizada ao magistrado, pois, se pode livremente determinar a produção de provas, é evidente que pode determinar a parte a quem incumbirá o ônus da referida produção.

Acerca da aplicabilidade da regra de procedimento sumaríssimos aos processos que se desenvolvem segundo os demais ritos, entende-se cabível, pela

generalidade da matéria relativa a prova, e porque se trata de disposição que aprofunda um conceito aplicável a todo o processo do trabalho, qual seja o poder instrutório do juiz, previsto no artigo 765 da CLT⁶⁷.

IV.I. Critérios de aplicabilidade da teoria da carga dinâmica do ônus da prova no Processo do Trabalho

Ainda que aplicável a teoria da distribuição dinâmica no processo do trabalho, há que se observar o seu caráter excepcional, ou seja, a distribuição dinâmica não substitui a estática, que deve ser adotada como a regra geral. Isso porque há casos em que, não obstante o trabalhador apresente condição de desvantagem na relação de direito material, perante o processo tanto a parte reclamante quanto a parte reclamada detém a mesma aptidão probatória; neste caso afigura-se justa e adequada a aplicação da regra geral e estática da distribuição do ônus da prova.

Sendo assim, a dinamização do ônus deverá ser aplicada apenas em casos em que houver comprovada desigualdade entre as partes. Mauro Schiavi⁶⁸ cita que no processo do trabalho a dinamização poderia ser usualmente aplicada em processos em que há pedidos de indenização por danos morais, assédio moral, assédio sexual, ou discriminação, uma vez que a prova nesses casos é de difícil produção para o reclamante, ao passo que a reclamada, em via de regra, terá maior aptidão para a prova. Contudo, mesmo nessas hipóteses, assevera que o

⁶⁷ Art. 765 - 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.

⁶⁸ SCHIAVI, Mauro. *Provas no processo do trabalho* 4 ed. rev. e ampl. – São Paulo: LTr, 2014. P. 98.

magistrado sempre deverá avaliar as peculiaridades do processo em concreto, a boa-fé do trabalhador e a seriedade das alegações.

Levando-se em conta que se trata de uma regra excepcional, será dinamizado o ônus da prova nas circunstâncias em que for comprovada efetiva desigualdade material das partes no processo, ou seja, deve ser comprovada a ausência de aptidão probatória da parte a quem o ônus seria estaticamente atribuído, evidenciando uma desvantagem da parte inapta em relação à parte contrária que, segundo a regra estática, não seria onerada, mas teria plenas condições de produzir a prova.

Há, portanto, que se observar cumulativamente ambas as situações que distanciam as partes, de um lado a impossibilidade de uma das partes produzir a prova que lhe competiria, segundo a regra de distribuição estática do ônus, e de outro a facilidade de produção da mesma prova pela parte contrária. Vale dizer, a inaptidão de uma das partes para a produção probatória não lhe retira, por si só, o ônus da prova, mas somente se estiver conjugada à facilidade de produção da mesma prova pela parte contrária.

A inobservância do critério sobre o qual discorreremos implicará na chamada *probatio diabolica reversa*; a prova impossível que, diante da aplicação equivocada da teoria da distribuição dinâmica do ônus, será atribuída à parte a quem também é impossível produzi-la. Como já discorrido no presente trabalho, não se pode aplicar a teoria da dinamização do ônus em prejuízo de parte que também esteja inapta

para a produção probatória, sob pena de se incorrer na própria desigualdade e injustiça que a dinamização do ônus pretende corrigir.

Pontua Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa que a parte que, agindo com culpa, tornou a produção probatória difícil ou impossível por seus próprios atos, não deverá ser beneficiada pela dinamização do ônus da prova:

Realmente, se a parte, por dolo ou culpa, por malícia ou desídia, contribuiu antes ou no curso do processo para que a produção da prova tenha se tornado impossível ou muito difícil, não se pode admitir que ela venha perante o juiz pleitear a alteração da regra sobre o onus probandi prevista na lei, tirando proveito da própria torpeza ou incúria.⁶⁹

O juiz, portanto, observando todos os aspectos do processo deverá distribuir o ônus da prova em decisão fundamentada e a dinamização poderá incidir sobre todos os fatos controvertidos da lide e ou sobre alguns.

Importante salientar ainda que a aptidão para a prova deve ser observada quando do momento de sua produção, ou seja, caso após a distribuição dinâmica do ônus ocorra fato superveniente que altere a condição das partes no processo, e, no momento da produção probatória as condições observadas quando da distribuição não estiverem mais presentes, o juiz deverá então decidir novamente a respeito do ônus da prova, a fim de que as partes não sejam prejudicadas na oportunidade de produzirem as provas que lhe incumbem.

⁶⁹ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Considerações sobre a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova*. Revista de Processo. São Paulo:RT, vol. 37, n. 205, mar. 2012. P. 153.

IV.II. Momento processual adequado à distribuição do ônus da prova e a decisão proferida pelo Tribunal

Muito se discute acerca do momento processual mais adequado para a dinamização do ônus da prova, não havendo consenso entre a doutrina.

Adverte Marco Antonio dos Santos Rodrigues que a dinamização do ônus da prova deverá ser operada antes da instrução não apenas para que a parte afetada tenha a possibilidade de produzir a prova que lhe incumbe, mas também para que lhe seja franqueado o direito de se defender a respeito da dinamização do ônus⁷⁰.

Isso porque a parte contra quem ocorreu a dinamização do ônus poderá estar igualmente inapta para a produção probatória; tanto quanto a parte de cujo ônus foi eximida. Neste caso a parte prejudicada poderá expor ao Juízo os motivos pelos quais não está em condições de produzir a prova, e o magistrado decidirá, entre ambas as partes, qual delas estaria em melhores condições de suportar o *onus probandi*, ainda que tais condições não sejam plenas.

Do ponto de vista prático, portanto, a dinamização do ônus da prova deverá ser feito em audiência preliminar, ocasião em que o juiz analisará a petição inicial e defesa das partes, formando o seu convencimento a respeito da aptidão de cada uma das partes para a produção de provas. Como as audiências no processo do trabalho são, em regra, *unus*, nesta hipótese o juiz deverá dar ciência às partes da

⁷⁰ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *Apontamentos sobre a distribuição do ônus da prova e a teoria das cargas probatórias dinâmicas*. Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes, Rio de Janeiro. n. 12. Pp. 113/128. Dez-2007.

dinamização do ônus da prova e, se houver prejuízo a qualquer das partes que, desconhecendo a distribuição do ônus, não providenciaram as provas que até então incumbiam à parte contrária, deverá ser designada nova audiência, a fim de oportunizar a produção de provas conforme a carga dinâmica.

Em suma, a dinamização do ônus da prova deve ser considerada regra de atividade, uma vez distribuído o ônus as partes se pautam nessa premissa para a produção probatória que lhes incumbe. A utilização do ônus da prova como regra de julgamento vai de encontro com os próprios fundamentos da teoria das cargas probatórias dinâmicas, pois não encoraja a produção de provas e busca da verdade, mas visa apenas definir um posicionamento para o magistrado na ausência efetiva de provas.

Não há qualquer impeditivo para que o juiz constate a desigualdade entre as partes somente no momento da prolação da sentença e conclua pela viabilidade da dinamização do ônus da prova; no entanto, sendo este o caso, deverá ser convertido o julgamento em diligência, reabrindo-se a instrução processual a fim de que as partes possam se defender da dinamização do ônus e produzir as provas que lhes incumbe.

IV.III. A recorribilidade da decisão que dinamiza ônus da prova e a decisão do Tribunal

No processo do trabalho as decisões interlocutórias são irrecorríveis, de modo que a decisão que distribui o ônus da prova dinamicamente não poderá ser objeto

de recurso imediato. Neste sentido, o recurso cabível contra tal decisão é o recurso ordinário, quando proferida na instância de origem, ou o recurso de revista, quando proferida pela instância revisora.

Um vez submetida à análise do Tribunal, a decisão que distribuiu o ônus da prova, seja de forma dinâmica ou estática, está sujeita a ser reformada, o que pode acarretar a utilização de nova regra de julgamento e prejuízo à parte que, em primeiro grau, não foi incumbida da produção probatória, e agora o é.

Neste sentido, a fim de se resguardar o direito das partes à produção de prova, e os princípios do contraditório e ampla defesa, o Tribunal deverá anular a decisão de primeira instância, e determinar o retorno dos autos à origem, a fim de que a instrução seja reaberta e seja franqueado às partes o direito de produzir as provas que lhes incumbe.

Tal procedimento, contudo, poderá ser dispensado caso a parte onerada em grau de recurso tenha tido amplas oportunidades de produção da prova; neste caso o Tribunal poderá julgar a matéria de pronto, ausente a necessidade de remessa à origem.

IV.IV. A distribuição do ônus da prova e as nulidades processuais

Os atos processuais quando viciados podem implicar na sua nulidade absoluta ou relativa, ou ainda na sua própria inexistência quando, neste caso, lhe

faltar os pressupostos essenciais à sua própria prática. Em todos os casos a nulidade implica na perda dos efeitos do ato praticado.

A nulidade absoluta ocorrerá quando não observadas normas de ordem pública e interesse social; não está sujeita à preclusão e pode ser declarada de ofício pelo magistrado: neste caso diz-se que o ato processual é nulo.

A nulidade relativa, por outro lado, ocorre quando o ato processual não observa determinada norma, mas esta norma não tem caráter de ordem pública; neste caso a nulidade deve ser arguida pela parte prejudicada na primeira oportunidade, sob pena de preclusão, e a este respeito o juiz não pode se manifestar de ofício: são os atos processuais chamados anuláveis.

Conforme ensina Mauro Schiavi⁷¹, as nulidades no processo do trabalho são regidas por alguns princípios, todos intimamente interligados entre si.

O princípio do prejuízo ou transcendência determina que o ato processual, ainda que defeituoso, só perderá eficácia se implicar em prejuízo às partes, ou seja, ainda que o ato esteja eivado de nulidade, seja ela absoluta ou relativa, ou quando as partes não observarem prejuízo, o juiz deverá garantir que o ato produza efeitos, como se regular fosse; este princípio está positivado na CLT pelo artigo 794⁷².

⁷¹ SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho* 4 ed. – São Paulo: LTr, 2011. Pp. 401/408.

⁷² Art. 794 - Nos processos sujeitos à apreciação da Justiça do Trabalho só haverá nulidade quando resultar dos atos inquinados manifesto prejuízo às partes litigantes.

O princípio da instrumentalidade das formas, ou princípio da finalidade, toma por premissa que o processo é um instrumento para a realização da justiça, sendo assim, os atos praticados formalmente em desacordo com o que preceitua a lei processual serão conservados se atingirem a sua finalidade e produzirem os efeitos processuais legalmente previstos. O princípio em questão encontra reflexo no CPC, artigos 154⁷³ e 244⁷⁴, aplicáveis subsidiariamente ao processo do trabalho, dada a lacuna da legislação trabalhista.

O princípio da convalidação é consequência da preclusão e somente se aplica às nulidades relativas, impondo que se a parte prejudicada não alegar a nulidade na primeira oportunidade, o ato estará convalidado e deixará de ser anulável. Nesta toada é o artigo 795 da CLT⁷⁵, que explicita ainda que as nulidades absolutas, tal qual a incompetência material do juízo, não são alcançadas pela preclusão aludida.

Segundo o princípio da renovação dos atos processuais viciados ou saneamento das nulidades, o ato processual viciado será refeito para que se supra o defeito observado; o princípio em questão encontra guarida na economia processual e previsão legal no artigo 796, a, da CLT⁷⁶.

⁷³ Art. 154. Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.

⁷⁴ Art. 244. Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

⁷⁵ Art. 795 - As nulidades não serão declaradas senão mediante provocação das partes, as quais deverão argüi-las à primeira vez em que tiverem de falar em audiência ou nos autos.

§ 1º - Deverá, entretanto, ser declarada ex officio a nulidade fundada em incompetência de foro. Nesse caso, serão considerados nulos os atos decisórios.

§ 2º - O juiz ou Tribunal que se julgar incompetente determinará, na mesma ocasião, que se faça remessa do processo, com urgência, à autoridade competente, fundamentando sua decisão.

⁷⁶ Art. 796 - A nulidade não será pronunciada:

a) quando for possível suprir-se a falta ou repetir-se o ato;

Conforme o princípio do aproveitamento dos atos processuais praticados, também denominado conservação dos atos processuais úteis, a nulidade observada não se estenderá aos atos válidos que não se relacionem com o ato nulo, ou seja, somente haverá a nulidade de atos posteriores caso estes dependam do primeiro ato nulo. Encontra numerosa previsão legal, conforme os artigos 248 do CPC⁷⁷, 797⁷⁸ e 798 da CLT⁷⁹.

O último princípio informador das nulidades processuais é o princípio do interesse, segundo o qual só poderá arguir a nulidade a parte que por ela houver sido prejudicada, e nunca a parte que a ela deu causa. O princípio em questão se aplica apenas às nulidades relativas, eis que as nulidades absolutas referem-se à matéria de ordem pública e comportam manifestação de ofício do magistrado, e está previsto no artigo 796, *b* da CLT⁸⁰.

Sob o aspecto das nulidades processuais, observados os princípios ora apresentados, a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova deve seguir determinados preceitos, a fim de que o ato processual que a determinou não possa ser declarado nulo. Nesta toada, a aplicação incorreta da dinamização do ônus da prova poderá incorrer em nulidade absoluta, quando implicar em ofensa às garantias constitucionais à prova e à igualdade material.

⁷⁷ Art. 248. Anulado o ato, reputam-se de nenhum efeito todos os subseqüentes, que dele dependam; todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras, que dela sejam independentes.

⁷⁸ Art. 797 - O juiz ou Tribunal que pronunciar a nulidade declarará os atos a que ela se estende.

⁷⁹ Art. 798 - A nulidade do ato não prejudicará senão os posteriores que dele dependam ou sejam conseqüência.

⁸⁰ Art. 796 - A nulidade não será pronunciada:
b) quando argüida por quem lhe tiver dado causa.

Renato Ornellas Baldini⁸¹ divide as nulidades processuais que possam decorrer da dinamização do ônus da prova em grupos de nulidades. O primeiro grupo classificado é relacionado ao aspecto processual que condiciona a distribuição dinâmica do ônus.

Enquadra-se nesta hipótese o caráter excepcional e subsidiário da dinamização do ônus da prova; neste caso, se o magistrado adotar a distribuição dinâmica do ônus da prova como regra geral, em detrimento da regra estática dos artigos 818 da CLT e 333 do CPC, sem a observância do caso concreto para validar a aplicabilidade da teoria, haverá nulidade do ato, por *error in procedendo* do julgador, que deixou de aplicar a norma cabível no caso.

Ainda que aplique a dinamização do ônus da prova como medida excepcional, o magistrado deverá fundamentar a adoção da carga dinâmica, sob pena também de nulidade; neste caso haverá prejuízo às partes que estarão privadas do direito de defender-se, além de ofensa literal ao artigo 93, IX da Constituição Federal⁸², matéria de ordem pública, implicando nulidade absoluta do ato.

⁸¹ BALDINI, Renato Ornellas. *Distribuição dinâmica do ônus da prova no direito processual do trabalho*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013. Pp. 137/140.

⁸² IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Outra condicionante à validade do ato processual que dinamiza o ônus da prova diz respeito ao momento em que tal ato é praticado. Como já debatido no presente processo, a dinamização do ônus da prova deve ser dar antes do encerramento da instrução probatória, a fim de que a parte dinamicamente onerada possa se defender acerca desta decisão, eventualmente demonstrando que não possui aptidão probatória, e produzir as provas que lhe foram incumbidas excepcionalmente.

A distribuição do ônus da prova em momento posterior ao encerramento da instrução processual, sem que esta seja reaberta e que seja franqueada a oportunidade à parte de se defender da dinamização e de produzir as provas que lhe incumbem, implicará em ofensa aos direitos constitucionalmente garantidos ao contraditório e ampla defesa, insculpidos no artigo 5º, LV, além do próprio direito à prova.

O segundo grupo de nulidades classificado por Renato Ornellas Baldini diz respeito às condições materiais necessárias à aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas.

Esta classe de nulidades inclui a correta observância da desigualdade entre as partes, ou seja, haverá nulidade se o ônus da prova for dinamizado sem que haja comprovação de que (i) a parte a quem o ônus incumbiria conforme a distribuição estática não detém condições para produzi-la; e (ii) a parte que não seria onerada de acordo com a distribuição estática possui facilidade para a produção da prova.

Já foi descrito neste trabalho, e vale ressaltar sob o viés do presente trabalho: ambas as condições devem estar presentes para que se justifique a dinamização do ônus da prova; no caso do processo do trabalho, é evidente que o empregador possui poderio econômico maior que o empregado, e em muitos casos de fato terá facilidade na produção probatória, contudo, quando o empregado tiver condições de produzir a prova que lhe incumbe, ainda que o empregador possa produzi-la com mais facilidade, o ônus não deverá ser dinamizado, pois ausente a condicionante da impossibilidade de produção da prova pelo trabalhador.

A nulidade do ato que distribui o ônus da prova sem observar o binômio impossibilidade/facilidade reside na violação ao direito à prova e ao devido processo legal, eis que não há razão material para se excluir a aplicação da regra geral, bem como poderá implicar na ausência de provas pela parte que foi onerada, quando esta, de fato, também não apresenta condições para a produção de provas.

No mesmo sentido, será igualmente nulo o ato processual que, estando presentes as condições materiais para a dinamização do ônus da prova, não o fizer, pois implicará prejuízo ao direito à prova da parte impossibilitada, além da desigualdade material entre as partes.

CONCLUSÃO

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova surgiu como alternativa para corrigir o natural desequilíbrio entre as partes de um processo. Ao revés da inversão do ônus da prova, que somente pode ser aplicada em determinadas situações em que estejam presentes os requisitos da hipossuficiência e da verossimilhança, a dinamização do ônus é aplicável em toda e qualquer situação em que se observe a desigualdade material entre os litigantes, quando um deles possui aptidão probatória, em detrimento do outro, para quem a produção de provas é impossível. Afigura-se, portanto, um instrumento hábil a efetivar a isonomia prevista na Constituição Federal.

Muito embora a teoria em comento não tenha surgido no âmbito do processo do trabalho, revela-se perfeitamente aplicável ao processo em que litigam empregadores e trabalhadores, uma vez que a relação de direito material entre eles implica, por natureza, na desigualdade material entre as partes, o que se espelha também no processo do trabalho. A teoria em estudo vai ao encontro dos princípios protetivos das relações de trabalho, e propicia o equilíbrio entre as partes que, fundamentalmente, são desiguais.

Ainda que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova seja amplamente aceita e aplicada tanto na Justiça Comum quanto na Justiça do Trabalho, ainda não há previsão legal a este respeito na legislação pátria; contudo, o legislador caminha a passos largos para a incorporação da teoria em estudo ao

ordenamento jurídico brasileiro, tal qual a inclusão da disposição a respeito no Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015, recentemente sancionada.

Nesta esteira, entendemos que a dinamização do ônus da prova no processo do trabalho é instrumento eficaz para combater as desigualdades materiais, e implica na maior efetividade da prestação jurisdicional que, aplicando a teoria da distribuição do ônus da prova, poderá proferir julgamento mais justo, dando a cada parte tudo que lhe é devido e não somente o que teve condições de provar.

Importante que se advirta, entretanto, que a dinamização do ônus da prova tem caráter excepcional, e deve ser aplicada somente quando a distribuição estática do ônus da prova, definida *a priori* na legislação, se mostrar inadequada ao caso concreto, por implicar na desigualdade entre as partes.

Neste caso, deverá ser avaliada a aptidão de uma parte para a produção da prova e a impossibilidade da parte contrária produzir a mesma prova; trata-se de critérios cumulativos e que deverão estar comprovados nos autos, a fim de que o julgador proceda à distribuição dinâmica do ônus da prova. Se não estiverem presentes ambas as condicionantes no caso concreto, o magistrado então deverá aplicar a regra ordinária de distribuição do ônus sob pena de se perpetuar a desigualdade, ainda que haja uma inversão da parte que está em condição vantajosa.

Na mesma esteira, é imprescindível que a decisão que distribui dinamicamente o ônus da prova esteja amplamente fundamentada. O magistrado

não pode se utilizar da dinamização do ônus para favorecer a parte que entende estar em desvantagem no processo, mas deve dinamizar o ônus quando efetivamente houver desequilíbrio comprovado na relação processual, pelo que deverá expor os fundamentos pelos quais entendeu pela aplicação da teoria em comento.

Estes cuidados, além de outros já relatados no presente trabalho, se fazem indispensáveis, especialmente no processo do trabalho, a fim de que não se confunda a desigualdade material entre empregado e empregador. De fato, o empregador em geral se coloca em posição de vantagem em relação ao trabalhador na relação de direito material, por ser detentor do poder econômico, ao passo que o trabalhador detém tão somente a sua força de trabalho; contudo, tal desigualdade material pode não se espelhar na relação processual, que, para fins da aplicação da teoria em comento, diz respeito exclusivamente à aptidão probatória.

É importante que não se perca de vista que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova não pode ser utilizada para retirar do trabalhador o *onus probandi* em toda e qualquer circunstância. Procedendo desta forma estar-se-á invertendo a balança da desigualdade, onerando o empregador quanto a fatos que o trabalhador tem plena capacidade de provar, ainda que o empregador não a tenha. Não é este o objetivo perseguido pela teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

A análise acerca do cabimento ou não da dinamização do ônus no caso concreto deverá ser feita com critério e baseada em provas e fatos, e nunca na presunção de hipossuficiência ou desvantagem do trabalhador em relação ao seu

empregador para que, desta forma, se possa atingir o ideal de isonomia processual entre as partes.

O processo é o instrumento através do qual se garantirá o pleno exercício dos direitos dos cidadãos que entrem em conflito. Sendo assim, trata-se de instituto que demanda constante aprimoramento, visando entregar a mais justa prestação jurisdicional, que é aspiração nata ao ser humano, como ensina Ives Gandra Martins:

A Justiça é, fundamentalmente, aspiração do ser humano, que nasce com ele, acompanha-o durante toda a vida e não desaparece quando ele morre. A aspiração de Justiça do ser humano transcende sua própria morte, como também é anterior à sua existência.⁸³

Não esperamos que a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova vá garantir a prestação jurisdicional justa em todos os casos submetidos à apreciação do Poder Judiciário, afinal, o processo é conduzido por homens que, essencialmente, cometem erros e equívocos. Contudo, se aplicada corretamente, observadas todas as variáveis do caso concreto, e as premissas do contraditório e ampla defesa das partes, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova implicará na maior efetividade das garantias constitucionais, e, essencialmente, no aprimoramento da entrega jurisdicional da própria justiça, assegurando a cada cidadão aquilo que lhe é devido.

⁸³ MARTINS, Ives Gandra; PASSOS, Fernando. *Manual de Iniciação ao Direito*. São Paulo: Pioneira, 1999.P. 18.

BIBLIOGRAFIA

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

ALMEIDA, Amador Paes de. *CLT comentada: legislação, doutrina, jurisprudência*. 7 ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2011

BALDINI, Renato Ornellas. *Distribuição dinâmica do ônus da prova no direito processual do trabalho*, Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*, 3 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

CARRION, Valentim. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho – 37 ed. atual.* por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil: Admissibilidade e Relevância*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*, 25ª ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

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

MALLET, Estevão. *Discriminação e processo do trabalho*, Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Rio de Janeiro, v. 65, pp 148/159, out. /dez. 1999.

MARTINS, Ives Gandra; PASSOS, Fernando. *Manual de Iniciação ao Direito*. São Paulo: Pioneira, 1999.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*, 34 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*, 24 ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*,. 23 ed. – São Paulo: Atlas, 2008.

MOUZALAS, Rinaldo; ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Distribuição do Ônus da Prova por Convenção Processual*, Revista de Processo. Vol. 240/2015. Pp. 399/423. Fev-2015.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014

NERY JÚNIOR, Nelson. et al. *Código de Processo Civil comentado*. 3 ed. São Paulo: RT, 1997

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O Ônus da Prova*, 2 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A Especificidade do Ônus da Prova no Processo do Trabalho*. 2 ed. – São Paulo: LTr, 2010.

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

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *Apontamentos sobre a distribuição do ônus da prova e a teoria das cargas probatórias dinâmicas*, Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes, Rio de Janeiro. n. 12. Pp. 113/128. Dez-2007.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *A dinamização do ônus da prova*, Revista de Processo. Vol. 240/2015. Pp. 41/58. Fev-2015.

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

SCHIAVI, Mauro. *Provas no processo do trabalho*, 4 ed. rev. e ampl. – São Paulo: LTr, 2014.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de Direito do Trabalho Aplicado, vol. 9: processo do trabalho*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A prova no processo do trabalho*, 10 ed. rev. e ampl. – São Paulo: LTr, 2014.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Considerações sobre a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova*, Revista de Processo. São Paulo: RT, vol. 37, n. 205, mar. 2012. Pp. 115/158.