RENATO ORNELLAS BALDINI

**Distribuição dinâmica do ônus da prova no
Direito Processual do Trabalho**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Doutor Ari Possidonio Beltran

Universidade de São Paulo

Faculdade de Direito

São Paulo

2013

RENATO ORNELLAS BALDINI

**Distribuição dinâmica do ônus da prova no
Direito Processual do Trabalho**

Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para aprovação no curso de Mestrado (Pós-Graduação *Strictu Sensu*) em Direito do Trabalho e da Seguridade Social, sob orientação do Prof. Doutor Ari Possidonio Beltran.

São Paulo

2013

FOLHA DE APROVAÇÃO

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

Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para aprovação no curso de Mestrado (Pós-Graduação *Strictu Sensu*) em Direito do Trabalho e da Seguridade Social, sob orientação do Prof. Doutor Ari Possidonio Beltran.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Prof(a). Dr(a). _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof(a). Dr(a). _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof(a). Dr(a). _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

À minha esposa, Débora, pelo incondicionado e inestimável apoio, em todos os momentos; à minha família, pelos valores transmitidos; aos meus amigos, por todos os incentivos; e ao Salém, eterno.

Agradeço, primeiro e sempre, a Deus, pela força de vontade e dedicação concedida, propulsora de mais uma conquista.

Agradeço, também, imensamente, aos Professores Ari Possidonio Beltran, Homero Batista Mateus da Silva e Ronaldo Lima dos Santos, pelos ensinamentos, orientações e sugestões.

*Ninguém é suficientemente perfeito,
que não possa aprender com o
outro, e ninguém é totalmente
destituído de valores que não possa
ensinar algo ao seu irmão.*

(São Francisco de Assis)

RESUMO

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

O presente trabalho estuda a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho. Analisa, inicialmente, os impactos das novas demandas trabalhistas e das modernas teorias do Direito Processual no Direito Processual do Trabalho. Aborda o ônus da prova em seus aspectos gerais, definindo conceito de prova, conceitos e distinções entre ônus, obrigação e dever e conceito de ônus da prova, analisando a evolução teórica e o perfil dogmático da distribuição do ônus da prova, a estrutura funcional do ônus da prova (ônus da prova subjetivo e ônus da prova objetivo), o ônus da prova de fato negativo, a prova diabólica, a inversão judicial do ônus da prova (com ênfase para a regra prevista no Código de Defesa do Consumidor e o momento processual adequado para tanto) e a relação entre presunções, responsabilidade civil objetiva e o ônus da prova. Estuda aspectos gerais acerca do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho, referentes à regra do artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, e a aplicação subsidiária do artigo 333 do Código de Processo Civil, e à inversão judicial do ônus da prova no processo juslaboral, com base na aplicação do Código de Defesa do Consumidor, do princípio protetor, do princípio da pré-constituição da prova e do princípio da aptidão para a prova. Analisa aspectos gerais referentes à teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, estabelecendo conceitos e distinções entre distribuição estática, inversão judicial e distribuição dinâmica do ônus da prova, abordando origens históricas e incorporação da teoria no Direito Comparado, fundamentos para aplicação da dinamização da carga probatória no Direito Processual Brasileiro (com ênfase ao direito fundamental à prova, ao princípio da igualdade material no processo, exercício dos poderes instrutórios do juiz, busca da verdade real e regra do artigo 333, parágrafo único, inciso II, do Código de Processo Civil) e incorporação legislativa da teoria no Direito Processual Brasileiro, prevista no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, Projeto de Lei da Ação Civil Pública e Projeto de Código de Processo Civil. Por

fim, estuda especificamente a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho, partindo dos fundamentos para sua incidência no processo juslaboral (direito fundamental à prova, princípio da igualdade material no processo e a regra do artigo 852-D da Consolidação das Leis do Trabalho), abordando critérios objetivos para a aplicação (subsidiariedade, utilização dos poderes instrutórios e das máximas de experiência do juiz, vedação do incentivo ao comodismo processual e à instauração da *probatio diabolica* reversa, com observância do binômio *impossibilidade/extrema dificuldade do empregado na produção da prova - possibilidade/menor facilidade na produção para o empregador*, fundamentação da decisão, vedação da carga processual superveniente), momento processual adequado para a dinamização, relação entre nulidades processuais e distribuição dinâmica, instrumento processual cabível para impugnação da incidência da teoria, definição da regra de distribuição do ônus da prova pelos Tribunais e casuísticas de aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, com exame crítico da doutrina e da jurisprudência, no Direito Processual Individual do Trabalho (abordando os seguintes temas: jornada de trabalho, vale-transporte, equiparação salarial, depósitos do fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), despedimento, salário-família, acidente do trabalho, assédio moral e assédio sexual, discriminação das relações de trabalho, privacidade e intimidade do trabalhador, responsabilidade subsidiária da Administração Pública, grupo econômico, sucessão trabalhista, bem de família e gratuidade processual) e no Direito Processual Coletivo do Trabalho, com formulação de proposta legislativa ao final do estudo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual do Trabalho – prova – ônus da prova – inversão judicial do ônus da prova – distribuição dinâmica do ônus da prova

ABSTRACT

BALDINI, Renato Ornellas. *Dynamic distribution of the burden of proof on Labor Procedural Law*. Dissertation (Master). Faculty of Law. University of São Paulo. São Paulo, 2013.

This work studies the application of the theory of dynamic distribution of the burden of proof on Labor Procedural Law. It examines, initially, the impact of new labor demands and modern theories of the Procedural Law on Labor Procedural Law. It boards the burden of proof in its general aspects, defining concept of proof, concepts and distinctions between burden, obligation and duty and concept of burden of proof, analyzing the theoretical evolution and dogmatic profile of the distribution of the burden of proof, the functional structure of the burden of proof (subjective burden of proof and objective burden of proof), the burden of proof in fact negative, diabolical proof, the judicial reverse of the burden of proof (with emphasis on the rule laid down in the Consumer Defense Code and the appropriate procedural moment for this) and the relation between presumptions, strict liability and burden of proof. It studies general aspects about the burden of proof on Labor Procedural Law, referring to the rule of Article 818 of the Consolidation of Labor Laws, and the subsidiary application of Article 333 of the Code of Civil Procedure, and the judicial reverse of the burden of proof in Labor Procedure Law based on implementation of the Code of Consumer Protection, protective principle, principle of pre-establishment of proof and principle of the aptitude for proof. It analyzes general aspects concerning the theory of dynamic distribution of the burden of proof, establishing concepts and distinctions between static distribution, judicial reversal and dynamic distribution of the burden of proof, addressing historical origins and incorporation of the theory in Comparative Law, grounds for implementation of dynamic distribution of the burden of proof on Brazilian Procedural Law (with emphasis on the fundamental right to proof, principle of substantive equality in the process, practice of the judge's investigation powers, search for real truth and rule of Article 333, sole paragraph, II, of the Code of Civil Procedure) and legislative incorporation of the theory in the Brazilian Procedural Law, foreseen in the preliminary bill of law for the Brazilian Code of Class

Actions, bill of law for the Public Civil Action and bill of law for the Code of Civil Procedure. Finally, it studies specifically the application of the theory of dynamic distribution of the burden of proof on the Labor Procedural Law, starting for her impacts on the Labor Procedure (fundamental right to proof, principle of substantive equality in the process and the rule of Article 852-D of the Consolidation of Labor Laws), addressing objective criteria to application (subsidiarity, use of the judge's investigation powers, judge's maxims of experience, prohibition to encourage self-indulgence and to establish reverse *probatio diabolica*, with observance of the binomial *inability/extreme difficulty of the employee in the production of proof* - *possibility/ease in the production for the employer*, reasons for the decision, seal to supervening procedural burden), procedural moment suitable to dynamize, relation between procedural nullity and dynamic distribution, appropriate procedural tool to challenge the incidence of the theory, definition of the distribution rule of the burden of proof by the Courts and case studies of application of the dynamic distribution of the burden of proof, with critical examination of doctrine and jurisprudence, in the Individual Labor Procedural Law (addressing the following topics: working time, transportation ticket, salary equation, Brazilians employment compensation funds credit (FGTS), dismissal, family allowance, labor-related accident, workplace bullying and sexual harassment, discrimination in work relations, employee's privacy and intimacy, public administration's subsidiary liability, economic group, labor succession, homestead right and gratuity procedure) and Labor Class Actions, with formulating legislative proposition by the end of the study.

KEYWORDS: Labor Procedural Law - proof - burden of proof - judicial reverse of the burden of proof – dynamic distribution of the burden of proof

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
1. O DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO, AS NOVAS DEMANDAS TRABALHISTAS E AS MODERNAS TEORIAS DO DIREITO PROCESSUAL....	17
1.1. As novas demandas trabalhistas	17
1.2. As modernas teorias do Direito Processual	22
1.3. O Direito Processual do Trabalho frente às novas demandas trabalhistas e às modernas teorias do Direito Processual	26
2. ÔNUS DA PROVA: ASPECTOS GERAIS.....	29
2.1. Conceito de prova	29
2.2. Ônus, obrigação e dever: conceitos e distinções.....	32
2.3. Conceito de ônus da prova.....	35
2.4. Distribuição do ônus da prova: evolução teórica e perfil dogmático	38
2.5. Estrutura funcional do ônus da prova: ônus da prova subjetivo e ônus da prova objetivo	42
2.6. Ônus da prova de fato negativo	47
2.7. Prova diabólica	48
2.8. Inversão judicial do ônus da prova	50
2.8.1. Técnica de inversão judicial do ônus da prova	50
2.8.2. A inversão judicial do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor.....	52
2.8.3. O momento processual adequado para inversão judicial do ônus da prova: regra de julgamento <i>versus</i> regra de conduta das partes.....	55
2.9. Presunções e ônus da prova	59
2.10. Responsabilidade civil objetiva e ônus da prova	63
3. ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO	66
3.1. A regra do artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e a aplicação subsidiária do artigo 333 do Código de Processo Civil ao Direito Processual do Trabalho.....	66

3.2. Inversão judicial do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho	72
3.2.1. A aplicação do Código de Defesa do Consumidor	72
3.2.2. A aplicação do princípio protetor.....	77
3.2.3. Princípio da pré-constituição da prova.....	81
3.2.4. Princípio da aptidão para a prova.....	83
3.3. Conclusões do capítulo	85

4. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA: ASPECTOS GERAIS ... 87

4.1. Distribuição estática, inversão judicial e distribuição dinâmica do ônus da prova: conceitos e distinções.....	87
4.2. Origens históricas e Direito Comparado.....	95
4.3. Fundamentos para aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual Brasileiro.....	99
4.3.1. Direito fundamental à prova	99
4.3.2. Princípio da igualdade material no processo.....	103
4.3.3. Exercício dos poderes instrutórios do juiz	107
4.3.4. Dever de colaboração entre partes e juiz	109
4.3.5. Busca da verdade real	112
4.3.6. A regra do artigo 333, parágrafo único, inciso II, do Código de Processo Civil.....	113
4.4. A incorporação legislativa da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual Brasileiro: Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, Projeto de Lei da Ação Civil Pública e Projeto de Código de Processo Civil	115

5. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO..... 121

5.1. Fundamentos para aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho	121
5.1.1. Direito fundamental à prova	121
5.1.2. Princípio da igualdade material no processo.....	123
5.1.3. A regra do artigo 852-D da Consolidação das Leis do Trabalho.....	126
5.2. Critérios objetivos para aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho.....	127

5.3. Momento processual adequado para aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho	133
5.4. Nulidades processuais e aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho.....	136
5.5. Instrumento processual cabível para impugnação da aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho	140
5.6. Definição da regra de distribuição do ônus da prova pelos Tribunais.....	142
5.7. Casuísticas de aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova: exame crítico da doutrina e da jurisprudência.....	144
5.7.1. No Direito Processual Individual do Trabalho	144
5.7.1.1. Jornada de trabalho	144
5.7.1.2. Vale-transporte	153
5.7.1.3. Equiparação salarial	155
5.7.1.4. Depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) ..	157
5.7.1.5. Despedimento.....	159
5.7.1.6. Salário-família.....	160
5.7.1.7. Acidente do trabalho e meio ambiente do trabalho.....	161
5.7.1.8. Assédio moral e assédio sexual.....	169
5.7.1.9. Discriminação nas relações de trabalho	172
5.7.1.10. Privacidade e intimidade do trabalhador.....	177
5.7.1.11. Responsabilidade subsidiária da Administração Pública.....	179
5.7.1.12. Grupo econômico	184
5.7.1.13. Sucessão trabalhista	186
5.7.1.14. Bem de família	188
5.7.1.15. Gratuidade processual	190
5.7.2. No Direito Processual Coletivo do Trabalho	191
5.8. Proposta legislativa	201
CONCLUSÕES.....	203
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	216

INTRODUÇÃO

A distribuição do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho é determinada pela regra do artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho. No entanto, a doutrina majoritária defende que referido dispositivo é insuficiente quanto à disciplina da matéria. Assim, diante da lacuna ontológica e axiológica identificada, defende-se a aplicação subsidiária da regra prevista no artigo 333 do Código de Processo Civil, com base no artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho.

No entanto, a incidência destas regras, tidas pela doutrina como normas de *distribuição estática do ônus da prova*, em determinadas demandas, configura-se ineficaz sob o ponto de vista processual, pois partem da premissa de que os sujeitos processuais detêm as mesmas condições materiais, financeiras, técnicas, sociais e informacionais para produção da prova (igualdade formal), e que a falta ou insuficiência dessa produção decorre de uma postura negligente e comodista da parte onerada, a qual possui ampla liberdade de agir. Trata-se de regras privatistas de distribuição do ônus da prova, que ignoram a visão publicista do processo, o direito fundamental à prova e o princípio constitucional de igualdade material.

Isso porque, nem sempre o empregado, detentor do ônus processual, é a parte que apresenta as condições probatórias necessárias à demonstração das alegações, sendo que, pelo contrário, na maioria dos casos, essa prova pode muito bem ser produzida pelo empregador, ao qual, paradoxalmente, não é atribuído o encargo.

Assim, a doutrina e a jurisprudência trabalhistas, numa tentativa de correção desses desequilíbrios processuais, passaram a sustentar a inversão judicial do ônus da prova em casos específicos, com base no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, no artigo 852-D da Consolidação das Leis do Trabalho, no princípio da aptidão para a prova, e em outros fundamentos.

No entanto, mesmo a inversão judicial continua sendo avaliada como problemática. Nesse sentido, podem ser apontadas as seguintes críticas: não há fundamento legal para inversão judicial do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho; não há critérios para aplicação da inversão judicial, notadamente quanto à definição do momento processual adequado, se na instrução (regra de atividade) ou na sentença (regra de

julgamento); o artigo 825-D da Consolidação das Leis do Trabalho aplica-se apenas no procedimento sumaríssimo; a impropriedade técnica do termo “inversão”, dentre outras.

Diante dessas considerações, propõe-se o estudo da aplicação da *teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova* no Direito Processual do Trabalho, como técnica voltada à efetiva tutela processual dos direitos materiais trabalhistas.

Em linhas gerais, a distribuição dinâmica do ônus da prova, ao contrário da distribuição estática, não considera a posição das partes (autor e réu), a natureza do fato alegado (constitutivo, modificativo, extintivo ou impeditivo da pretensão), nem o interesse processual dos sujeitos, mas, sim, as condições materiais, financeiras, técnicas, sociais e informacionais das partes quanto à produção da prova necessária ao deslinde do feito. De acordo com seus postulados, cabe ao juiz, no caso concreto, atribuir a quem incumbe o ônus de provar determinado fato alegado, a partir da aptidão das partes para a produção da prova (observância do binômio “impossibilidade/extrema dificuldade da parte na produção da prova - possibilidade/maior facilidade na produção da prova pela parte contrária”).

Assim, o estudo dos fundamentos e dos critérios de aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho se justifica, vez que considerada técnica de efetivação da prestação jurisdicional, estabelecida a partir do direito fundamental à prova e do princípio de igualdade material no processo.

Partindo dessas premissas, no primeiro capítulo serão estudados os impactos do surgimento de novas demandas no Direito do Trabalho e das modernas teorias do Direito Processual no processo trabalhista, com destaque para a necessidade e a importância da evolução científica do Direito Processual do Trabalho frente a esses novos fenômenos.

No segundo capítulo, serão abordados aspectos gerais referentes ao ônus da prova, tais como: conceito de ônus da prova; diferença funcional entre ônus subjetivo e ônus objetivo; regras de distribuição do ônus da prova; ônus da prova de fato negativo; inversão judicial do ônus da prova; relação entre presunções, responsabilidade civil objetiva e ônus da prova. Estas questões serão a base para os estudos desenvolvidos nos capítulos seguintes.

No terceiro capítulo, será analisado o ônus da prova especificamente no Direito Processual do Trabalho. Assim, será estudada a regra do artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, a aplicação subsidiária do artigo 333 do Código de Processo Civil ao processo do trabalho e a inversão judicial do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho, com suas diversas fundamentações.

No quarto capítulo, serão abordados aspectos gerais acerca da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, dentre os quais: conceitos e distinções entre distribuição estática, inversão judicial e distribuição dinâmica do ônus da prova; origens históricas e a teoria da distribuição dinâmica no Direito Comparado; fundamentos para dinamização das cargas probatórias no Direito Processual Brasileiro; incorporação legislativa da teoria no Direito Processual Brasileiro.

Por fim, no quinto capítulo, serão analisadas as questões centrais do estudo, envolvendo a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho. Assim, serão abordados os seguintes pontos: fundamentos específicos para aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho; critérios objetivos para aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho; momento processual adequado para aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho; nulidades processuais decorrentes da dinamização; instrumento processual cabível para impugnação da relativização da carga probatória; exame crítico de hipóteses de incidência da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual Individual e no Direito Processual Coletivo do Trabalho; formulação de propostas legislativas.

Para tanto, será adotado como método científico o lógico-dedutivo, sendo bibliográfica a técnica de pesquisa, com fichamento de textos doutrinários e análise de jurisprudência, com indicações de fontes e citações.

Espera-se que o presente estudo contribua para um melhor entendimento acerca da incidência da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho e estimule o debate e a evolução do tema proposto.

1. O DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO, AS NOVAS DEMANDAS TRABALHISTAS E AS MODERNAS TEORIAS DO DIREITO PROCESSUAL

1.1. As novas demandas trabalhistas

Ao longo das últimas décadas, o Direito do Trabalho vem passando por inúmeras transformações. Com efeito, as relações laborais têm se modificado constantemente, influenciadas, notadamente, por alterações ocorridas nos métodos de produção a partir de fenômenos políticos, econômicos, sociais e tecnológicos.

A intensificação do processo político, econômico e social de globalização, o advento de novos meios de comunicação, com nítida influência da rede mundial de computadores, e o crescimento do setor de serviços modificaram radicalmente os métodos de produção, até então baseados nas diretrizes do fordismo e do taylorismo.

De qualquer forma, no contexto em estudo, não seria possível ignorar as grandes transformações havidas nos processos produtivos e que acarretam conseqüências na relação poder diretivo-subordinação jurídica. Ocorre que o extraordinário desenvolvimento da tecnologia verificado ao longo das últimas décadas levou ao modelo da chamada Terceira Revolução Industrial. Ela teria introduzido novo paradigma, sucedendo ao anterior modelo que ocorrera na primeira metade do século XX, em que preponderavam os modelos desenhados pelo “*fordismo*”, que considerava o aumento da produtividade pela standardização dos produtos, pela verticalização da cadeia produtiva e por uma nova organização do trabalho com ênfase para a especialização do operário, e pelo “*taylorismo*”, este como forma de organização científica do trabalho e do controle dos tempos de execução, ou seja, a característica organização do trabalho da produção em série ou em massa. O sistema de estrutura de produção no presente é o modelo “*toyotista*”, ou simplesmente “*pós-fordista*”, onde busca-se a “*produção enxuta*”, preponderando a sofisticação da máquina, a maior flexibilidade, com a subordinação à distância, a eliminação de gerentes intermediários, criando-se outros mecanismos de controle, como o teletrabalho, o controle de qualidade pelo próprio grupo, as decisões tomadas em conjunto, priorizando-se, por fim, o modelo de produção “*sem estoques*” (“*just in time*”)¹.

¹ BELTRAN, Ari Possidonio, *Direito do trabalho: limites do poder diretivo e outras questões da atualidade*, p. 19.

Se antes era comum que o trabalhador permanecesse no mesmo ambiente de trabalho, durante toda a jornada, desenvolvendo a mesma atividade, como mecanismo produtivo voltado ao aumento da perfeição do produto final e da produtividade, na atualidade esse quadro foi sensivelmente modificado.

Com o processo de globalização e integração de mercados², muitos trabalhadores passaram a prestar serviços em diversos países, transitando pelas filiais da empresa matriz ou realizando negócios com inúmeras outras empresas multinacionais. Os atuais meios de comunicação, desenvolvidos com base na rede mundial de computadores, possibilitam que trabalhadores executem tarefas à distância, relacionado-se com superiores e supervisores por mensagens eletrônicas. O trabalho remoto também permite a modificação do cumprimento da jornada, na medida em que o trabalhador pode prestar o serviço no horário em que melhor lhe convier. O crescimento do setor de serviços intensificou, nos últimos anos, esse processo de modificação do sistema produtivo, na medida em que proporcionou a terceirização da prestação do serviço e a criação de novas profissões, cujas atribuições estão diretamente relacionadas aos novos métodos de trabalho, questionando-se, inclusive, institutos basilares do Direito do Trabalho, a exemplo da subordinação jurídica, e da própria configuração dos contratos de trabalho³.

Com base nesse atual quadro político, econômico e social, e suas repercussões nas relações laborais, novas questões e indagações surgiram no Direito do Trabalho⁴. Afinal, os fatos que envolvem trabalhadores e empregadores são fontes

² Antônio Rodrigues de Freitas Júnior distingue globalização, entendida como “o deslocamento da capacidade de formulação de definição e de execução de políticas públicas, antes radicada no Estado-nação, para arenas transnacionais ou supranacionais, decorrentes da globalização econômica e de seus efeitos sobre a extensão do poder soberano”, ou seja, um “fenômeno”, de integração regional, esta compreendida como “estratégia política, induzida pelos agentes econômicos e implementada por intermédio do Estado, por via de compromissos internacionais e supranacionais, com vistas à criação de uniões aduaneiras, mercados comuns ou uniões econômicas”, sendo, pois, uma “estratégia política” (*Os direitos sociais como direitos humanos num cenário de globalização econômica e de integração regional*, p. 105-106).

³ “Uma das consequências mais importantes do processo de globalização da economia é a contínua alteração das relações de trabalho, em virtude de inovações tecnológicas que resultam em diversas formas de reestruturação produtiva. As mudanças tecnológicas e organizacionais geram novas profissões ao mesmo tempo em que levam ao desaparecimento de outras; em todo o mundo assiste-se à fragmentação do mercado de trabalho e à elevação do desemprego, fenômenos que estão associados ao surgimento de novas figuras contratuais, ao lado do tradicional contrato de trabalho por prazo indeterminado. (...) A evolução tecnológica, no entanto, nos leva a refletir sobre mudanças na forma de prestação do trabalho humano, e é nesse contexto que deve ser debatida a noção de *parassubordinação*, que foi desenvolvida pela doutrina italiana, tendo em vista uma série de relações jurídicas heterogêneas que têm por objeto a prestação de trabalho” (SILVA, Otávio Pinto e, *A nova face do Direito do Trabalho: tecnologia, desemprego, trabalho autônomo e trabalho informal*, p. 95 e 99).

⁴ “O que se percebe atualmente, então, é a preocupação dos juristas em redefinir a regulamentação das relações de trabalho, na árdua tarefa de fazer com que o direito do trabalho possa manter a sua histórica vocação de proteção aos ‘hipossuficientes’ sem que isso signifique um obstáculo para o desenvolvimento

materiais do Direito do Trabalho, estruturando, inclusive, o princípio da primazia da realidade⁵.

Nesse sentido, pode ser indagado se os novos meios de produção ferem ou não direitos trabalhistas conquistados anteriormente, tais como os adicionais pela prestação da jornada extraordinária e noturna, o fornecimento de auxílio-alimentação e auxílio-transporte, a responsabilização do empregador por acidentes de trabalho e a igualdade de remuneração entre trabalhadores que desempenham a mesma função para um mesmo empregador.

Outro importante tema a ser abordado quando se analisam as recentes mudanças no Direito do Trabalho é o da chamada flexibilização de direitos trabalhistas. Num contexto político e econômico de integração de mercados e globalização da economia dos Estados, governos e empresas multinacionais defendem que direitos trabalhistas são verdadeiros empecilhos ao crescimento econômico, devendo ser desregulamentados, relativizados, flexibilizados, portanto.

O forte padrão de exclusão socioeconômica constitui um grave comprometimento à noção de indivisibilidade dos direitos humanos. O caráter indivisível desses direitos tem sido mitigado pelo esvaziamento dos direitos sociais fundamentais, especialmente em virtude da tendência de flexibilização de direitos sociais básicos, que integram o conteúdo de direitos humanos fundamentais. A garantia dos direitos sociais básicos (como o direito ao trabalho, à saúde e à educação), que integram o conteúdo dos direitos humanos, tem sido apontada como um entrave ao funcionamento do mercado e um obstáculo à livre circulação do capital e à competitividade internacional⁶.

Atualmente, fala-se no conceito de flexissegurança (ou, ainda, “flexibilidade protegida” ou “flexibilidade desprotegida”⁷), numa tentativa de conciliação

da Economia” (SILVA, Otávio Pinto e, *A função do direito do trabalho no mundo atual*, p. 141). Nesse sentido, também: BELTRAN, Ari Possidonio, *O moderno direito do trabalho: novas questões*, p. 67; DALLEGRAVE NETO, José Affonso, *Análise da conjuntura socioeconômica e o impacto no Direito do Trabalho*, p. 17-22.

⁵ “Em relação ao Direito do Trabalho brasileiro a adequação da globalização à proteção do trabalhador constitui um grande desafio, visto que é corrente a opinião de que nossas leis trabalhistas não podem mais ser consideradas fontes do Direito do Trabalho em face do trabalho já transformado” (DUARTE, Regina A., *Os impactos da globalização nas relações de trabalho*, p. 23).

⁶ PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e o trabalho: principiologia dos direitos humanos aplicada ao Direito do Trabalho*, p. 79.

⁷ BELTRAN, Ari Possidonio, *O Direito do Trabalho em transformação*, p. 28.

entre a flexibilização e a manutenção de direitos trabalhistas mínimos, essenciais, existenciais, fundamentais⁸.

No entanto, a grande mudança de paradigma no estudo do Direito do Trabalho nos últimos anos, sem dúvida, ocorreu a partir da aproximação das ideias e fundamentos da concepção contemporânea dos Direitos Humanos⁹ às relações de trabalho.

O presente momento histórico evidencia que o novo Direito do Trabalho está intimamente vinculado aos Direitos do Homem. A experiência jurídica é marcada, assim, por nova compreensão e pela visão do direito em termos axiológicos, como nunca antes visto. A evolução dos sistemas produtivos e o extraordinário desenvolvimento tecnológico devem ser compatibilizados com os interesses sociais: afinal, a irreversível globalização econômica não teria sentido se desacompanhada da correspondente globalização social¹⁰.

Nesse sentido, o trabalhador e sua força de trabalho, no âmbito da relação contratual firmada com o empregador, não são mais vistos como mera contraprestação de uma obrigação sinalagmática. A prestação do serviço passa a ser avaliada não mais apenas sob o ponto de vista econômico, pecuniário¹¹.

⁸ “Não se ignore a tensão existente nos dias atuais. De um lado, a proposta neoliberal de flexibilizar as condições de trabalho, em vista de uma maior lucratividade da empresa e precariedade do trabalho. (...) De outro lado, a proposta de uma hermenêutica que enalteça o solidarismo constitucional e sua expressão **despatrimonializante** das obrigações civis, reformulando a técnica de tutela dos direitos de personalidade a partir de uma proteção ampla e casuística de direitos subjetivos” (DALLEGRAVE NETO, José Affonso, *O procedimento patronal de revista íntima*, p. 56-57).

⁹ De acordo com Flávia Piovesan, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948, introduziu a concepção contemporânea de Direitos Humanos, fundada nos princípios da universalidade e da indivisibilidade: “Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o único requisito para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa” (*Direitos humanos e o trabalho: principiologia dos direitos humanos aplicada ao Direito do Trabalho*, p. 67).

¹⁰ BELTRAN, Ari Possidonio, *Direito do trabalho: limites do poder diretivo e outras questões da atualidade*, p. 20.

¹¹ “O contrato de trabalho não se resume ao pagamento de salário, mediante a contraprestação do trabalho, tendo uma dimensão muito maior do que a patrimonial. Uma das principais finalidades das normas laborais é a de assegurar o direito à dignidade das partes envolvidas nessa relação: empregado e empregador” (OLIVEIRA, Paulo Eduardo V., *O dano pessoal no Direito do Trabalho*, p. 80). É interessante notar que a própria Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em seu texto originário, ao tratar da questão da igualdade entre trabalhadores, apenas a abordou sob o ponto de vista pecuniário: “De uma parte, há a referência do legislador à igualdade apenas no plano remuneratório. O importante parece ser tão-só a igualdade de remuneração. Os outros aspectos do contrato de trabalho, inclusive o tratamento dispensado a cada empregado, são deixados de lado em clara mostra da concepção patrimonialista que inspirou a CLT. aliás, o Direito do Trabalho brasileiro é, ainda hoje, em larga medida, patrimonialista. Leva quase sempre em conta apenas o aspecto pecuniário da relação de trabalho, como se fosse o único aspecto decisivo” (MALLET, Estêvão, *Algumas notas sobre o tema da discriminação no Direito do Trabalho*, p. 52).

O trabalhador, na relação laboral, é valorizado como pessoa humana, e não como mero objeto contratual.

Cada vez mais, percebemos que há que se ter cuidado com estas categorias, quando analisadas à luz do Direito. Ainda que admitida a estrutura contratual, tipicamente liberal, quando se prestigia a liberdade do trabalhador, deve-se fazê-lo, na lógica do direito, de forma a desprendê-la da simples perspectiva de que sua força de trabalho é mera mercadoria. Devemos enfeixar sempre o homem e sua força de trabalho no mesmo ambiente, para que a proteção jurídica não seja apenas proteção que leve em consideração a mercadoria contratada e não o homem com a qual se confunde. Logo, o Direito Individual do Trabalho, por meio de suas diversas categorias, tem uma função complexa no mundo atual. Em pleno momento do discurso dos direitos humanos, deve-se aproveitar desta lógica para se fundir novamente homem e força de trabalho. A proteção à força de trabalho é a proteção do homem-trabalhador e vice-versa¹².

Assim, passam a serem considerados todos os direitos que integram sua personalidade, decorrentes de sua dignidade como pessoa humana. A força de trabalho é tida como expressão de seus direitos de personalidade.

A relevância dessa mudança de paradigma é ímpar. O trabalhador, valorizado como pessoa humana, passa a ter garantida a tutela de seus direitos fundamentais de personalidade, previstos em textos constitucionais e internacionais, no âmbito da relação contratual laboral¹³. A honra, a imagem, a intimidade, a privacidade, a integridade física, moral e psíquica, a igualdade de tratamento, dentre outros direitos, devem ser respeitados pelo empregador¹⁴. Trata-se da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de trabalho.

¹² CORREIA, Marcus Orione Gonçalves, *O princípio da igualdade como técnica de efetivação dos direitos sociais: destaques para o direito do trabalho e previdenciário*, p. 137.

¹³ Essa garantia não deve apenas ser observada no momento de execução do contrato de trabalho, na medida em que a violação a direitos fundamentais do trabalhador pode se dar na fase pré-contratual, na fase de celebração do contrato, na extinção do contrato ou na fase pós-contratual, como aponta Paulo Eduardo V. de Oliveira (*O dano pessoal no Direito do Trabalho*). Assim, a tutela deve ser a mais ampla possível, considerando, inclusive, o caráter indisponível dos direitos fundamentais.

¹⁴ “O estudo das novas questões agora existentes nas ‘relações de trabalho’, e, destaque-se, agora não só na relação de emprego, leva o estudioso à meditação sobre os novos rumos do Direito do Trabalho, o que abrange não só os já mencionados no preâmbulo da presente apresentação, mas, em especial, os direitos relativos à privacidade do trabalhador, à responsabilização objetiva e subjetiva do empregador e a prepostos por danos à intimidade e à higidez física e mental do trabalhador; os direitos metaindividuais e sua grande importância na atualidade; as consequências da crescente influência da globalização sobre os diversos ramos do Direito, em especial sobre o Direito do Trabalho; e, em âmbito doméstico, reitere-se, a nova competência em matéria trabalhista ditada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, bem como a interação entre o novo Código Civil (CC) e o Direito do Trabalho, com destaque para a função social do contrato, além de outros pertinentes, entre os quais a questão da ‘flexsegurança’ ante o Direito do Trabalho” (BELTRAN, Ari Possidonio, *O Direito do Trabalho em transformação*, p. 24).

A constitucionalização do direito do trabalho possuiu o objetivo de promover a dignidade da pessoa humana no âmbito de uma relação trabalhista. Isso estabelece a cidadania na empresa, que possui importante papel na promoção dos direitos fundamentais, haja vista que a atividade empresarial têm função social (...) A eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas é direta pela desigualdade entre os sujeitos da relação e pela proteção da liberdade e da dignidade do trabalhador. A relação de dependência entre os sujeitos dessa relação impõe a atuação dos direitos fundamentais¹⁵.

Todas essas novas concepções e mudanças de paradigmas no Direito do Trabalho se traduzem, no âmbito do Direito Processual, como novas demandas¹⁶. Assim, necessário se faz o estudo crítico dos institutos do Direito Processual do Trabalho existentes, analisando-se se seus mecanismos procedimentais de tutela ainda se demonstram hábeis e efetivos a promoverem a satisfação e garantia desses novos direitos materiais, ou se, pelo contrário, merecem revisão e aperfeiçoamento¹⁷.

1.2. As modernas teorias do Direito Processual

As modernas teorias do Direito Processual têm como base três preceitos fundamentais: a instrumentalidade do processo, a constitucionalização das normas e garantias processuais¹⁸ e a efetividade do instrumento processual.

É certo que o processo independe da existência da relação jurídica de direito material. Pode existir relação jurídica processual sem que se reconheça a relação jurídica de direito material pleiteada. Daí se defender a autonomia do Direito Processual em face do Direito Material. Exemplo disso é que demandas julgadas improcedentes são

¹⁵ SABINO, João Filipe Moreira Lacerda, *Os direitos fundamentais nas relações de trabalho*, p. 76.

¹⁶ “Como reconhecido de forma unânime pela Doutrina, o operador do Direito do Trabalho depara-se, no presente momento, com novas situações que não podem ser desprezadas. Surgem novas questões e, até então, alguns novos e imprevistos conflitos” (BELTRAN, Ari Possidonio, *O Direito do Trabalho em transformação*, p. 24). “Novos direitos ou mesmo o aperfeiçoamento de alguns outros, ou ainda o acréscimo de subsistemas de novas gerações a grandes ramos já existentes, como a não discriminação, o respeito à privacidade, à dignidade das pessoas, implicam a existência, ainda que potencial, de novos conflitos” (BELTRAN, Ari Possidonio, *Direito do trabalho e direitos fundamentais*, p. 229).

¹⁷ “A relação entre o processo e o direito material, embora reconhecida há bastante tempo, deve ser continuamente lembrada e revisitada” (DIDIER JR., Fredie, *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*, p. 21).

¹⁸ Também chamada de *Neoprocessualismo*, em alusão ao *Neoconstitucionalismo*, *formalismo-valorativo* (DIDIER JR., Fredie, *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*, p. 28-29) e *Direito Constitucional Processual* (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*, p. 46).

consideradas como processos existentes, válidos e eficazes, independentemente da inexistência do direito material invocado pelo autor.

No entanto, essa autonomia do Direito Processual é relativa. É justamente nesse aspecto que se sustenta o conceito de instrumentalidade do processo.

O processo deve ser compreendido, estudado e estruturado tendo em vista a situação jurídica material para a qual serve de instrumento de tutela. A essa abordagem metodológica do processo pode dar-se o nome de *instrumentalismo*, cuja principal virtude é a de estabelecer a ponte entre o direito processual e o direito material.

(...)

Bem pensadas as coisas, a relação que se estabelece entre o direito material e o processo é *circular*.

(...)

Ao processo cabe a realização dos projetos do direito material, em uma relação de complementaridade que se assemelha àquela que se estabelece entre o engenheiro e o arquiteto. O direito material sonha, projeta; ao direito processual cabe a concretização tão perfeita quanto possível desse sonho. A instrumentalidade do processo pauta-se na premissa de que o direito material coloca-se como *valor* que deve presidir a criação, a interpretação e a aplicação das regras processuais¹⁹.

De acordo com esse preceito, o instrumento processual não pode ser visto como um fim em si mesmo, devendo servir à tutela do direito material pretendido. Assim, as regras processuais e procedimentais devem ser criadas, interpretadas e aplicadas com vistas à obtenção da máxima eficácia do direito material. O processo, portanto, é instrumento²⁰.

Outro aspecto relevante nas modernas teorias do Direito Processual é a constitucionalização das normas e garantias processuais. Nessa linha de raciocínio, a

¹⁹ DIDIER JR., Fredie, *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*, p. 22-23.

²⁰ “A relativização do binômio direito-processo constitui inafastável premissa de um sistema processual eficiente, pois a tutela jurisdicional vai atuar exatamente no plano das relações substanciais. O mínimo que se espera, portanto, é que seja ela dotada de utilidade, isto é, aptidão para tornar efetivo o direito material. Por isso, o direito processual deve adaptar-se às necessidades específicas de seu objeto, apresentando formas de tutela e de procedimento adequadas às situações de vantagens asseguradas pelas norma substancial. A partir do momento em que se afirma o caráter instrumental da ciência processual, deve ser abandonada qualquer idéia fundada na sua neutralidade” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*, p. 20-21). Segundo Cândido Rangel Dinamarco, este seria o aspecto negativo da instrumentalidade: “O lado negativo da instrumentalidade do processo já é uma conquista metodológica da atualidade, uma tomada de consciência de que ele não é fim em si mesmo e portanto as suas regras não têm valor absoluto que sobrepuje as do direito substancial e as exigências sociais de pacificação de conflitos e conflitantes” (*A instrumentalidade do processo*, p. 326).

existência do direito de ação, como possibilidade de manejo do processo para tutela do direito material pleiteado, recebe *status* de direito fundamental.

Mas não isso apenas, sem deixar de reconhecer a sua importância histórica e axiológica. É que apenas garantir o direito de ação não é o bastante. Além de ter reconhecido o direito de ação como direito constitucional fundamental – consagrado na doutrina como *direito de acesso à justiça*²¹ -, a pessoa humana deve ter à disposição um *processo justo*.

À luz de tais ponderações, o direito de acesso à ordem jurídica justa, também idealizado como direito ao processo justo (art. 5º, XXXV, LIV e LV, da Constituição), passa também a ser compreendido como direito fundamental. *Não se cinge, portanto, a enunciar a inafastabilidade da jurisdição, mas a consagrar o direito à tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva, gerando, em contrapartida, autêntico dever do Estado em prestar jurisdição com idênticos predicados.*

(...)

Vale dizer: pensar o processo civil à luz dos direitos fundamentais postula, nesse sentido, a compreensão do direito ao processo justo como o mais fundamental dos direitos, na medida em que imprescindível para a tutela dos direitos fundamentais materiais. Inviável, portanto, conceber que tal direito possa ficar de qualquer forma mitigado, e em virtude disso, não cumprir com sua função, por eventual ausência de técnica processual não prevista pelo legislador²².

Em linhas gerais, processo justo seria aquele revestido das demais garantias processuais previstas no texto constitucional, como duração razoável do trâmite, contraditório, ampla defesa, juiz natural, igualdade de tratamento das partes, motivação de decisões, entre outras. Trata-se do devido processo legal. Para que o processo seja considerado como justo, não importa o juízo de valor que as partes façam em relação ao provimento jurisdicional final, mas, sim, a criação legislativa de garantias constitucionais processuais e sua observância pelos magistrados.

Ainda como consequência importante da constitucionalização do Direito Processual, tem-se a interpretação das regras processuais e procedimentais a partir dos direitos fundamentais constitucionais. Assim, o conteúdo das normas processuais infraconstitucionais deve ser analisado a partir de princípios e regras constitucionais

²¹ “A expressão ‘acesso à Justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, *Acesso à justiça*, p. 8).

²² CARPES, Artur, *Ônus dinâmico da prova*, p. 44.

processuais, tidos como fundamentais, de modo que, caso essas normas processuais sejam opostas aos princípios e regras constitucionais fundamentais processuais, poderão ser configuradas como inconstitucionais.

Também é dos tempos modernos a ênfase ao estudo da ordem processual a partir dos princípios, garantias e disposições de diversas naturezas que sobre ela proteja a Constituição. Tal método é o que se chama *direito processual constitucional* e leva em conta as recíprocas influências existentes entre a Constituição e a ordem processual. De um lado, o processo é profundamente influenciado pela Constituição e pelo generalizado reconhecimento da necessidade de tratar seus institutos e interpretar a sua lei em consonância com o que ela estabelece. De outro, a própria Constituição recebe influxos do processo em seu diuturno operar, no sentido de que ele constitui instrumento eficaz para a efetivação de princípios, direitos e garantias estabelecidos nela e muito amiúde transgredidos, ameaçados de transgressão ou simplesmente questionados²³.

Por fim, destaca-se o conceito de efetividade processual²⁴. Não basta que o processo seja aplicado e interpretado com vistas à tutela do direito material invocado (instrumentalidade), nem que sejam respeitadas todas as garantias processuais previstas no texto constitucional. Além disso, a decisão final deve ser efetiva, para que o processo seja considerado efetivo. Em outras palavras, a parte vencedora deve receber aquilo que lhe é de direito, reconhecido pelo provimento jurisdicional proferido.

Processo devido é processo efetivo. O princípio da efetividade garante o direito fundamental à tutela executiva, que consiste “na exigência de um sistema completo de tutela executiva, na qual existam meios executivos capazes de

²³ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1, p. 71. Nesse mesmo sentido, Artur Carpes: “É, pois, através dessa mirada que deve ser compreendido o processo na pós-modernidade. Com efeito, a interpretação das regras do Código de Processo Civil não pode escapar às diretrizes apontadas pela Constituição, dada à sua força normativa, à sua condição de norma suprema que condiciona a validade de todo o sistema jurídico. Trata-se, a bem da verdade, de um critério de interpretação, que não pode ser objetado na aplicação da norma pelo operador do direito. Surge, pois, o direito do jurisdicionado a uma ‘conformação constitucional do processo’, surgindo para o juiz um correlato dever de ‘interpretar a legislação processual à luz dos valores da Constituição Federal’, pensando o procedimento em conformidade ‘com as necessidades do direito material e dos casos concretos’” (*A distribuição dinâmica do ônus da prova no formalismo-valorativo*, p. 11).

²⁴ Para Cândido Rangel Dinamarco, a efetividade corresponde ao aspecto positivo da instrumentalidade: “O *endereço positivo* do raciocínio instrumental conduz à ideia de *efetividade do processo*, entendida como capacidade de exaurir os objetivos que o legitimam no contexto jurídico-social e político. O empenho em operacionalizar o sistema, buscando extrair dele todo o proveito que ele seja potencialmente apto a proporcionar, sem deixar resíduos de insatisfação por eliminar e sem se satisfazer com soluções que não sejam jurídica e socialmente legítimas, constitui o motivo central dos estudos mais avançados, na ciência processual da atualidade” (*A instrumentalidade do processo*, p. 326).

proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executiva”²⁵.

Para que se alcance a efetividade processual, o processo deve ser revestido de mecanismos que permitam a realização da integralidade do provimento jurisdicional, emitido com vistas à tutela do direito material pretendido, após tramitação sob garantias processuais fundamentais. Em outras palavras, de nada adianta um processo instrumental, justo, não efetivo. A concretização do direito material deferido, por meio de mecanismos do próprio processo, é o que garante e caracteriza a efetividade do processo.

1.3. O Direito Processual do Trabalho frente às novas demandas trabalhistas e às modernas teorias do Direito Processual

Viu-se que o Direito do Trabalho na contemporaneidade ganhou dimensões até então jamais concebidas. De fato, a influência da intensificação do processo político, econômico e social da globalização, o impacto dos novos meios de comunicação na prestação do serviço, o crescimento do setor terciário com o consequente surgimento de novas profissões e a intensificação da terceirização são fatos que revolucionaram as relações laborais. No mesmo sentido, a flexibilização de normas trabalhistas.

Sem falar da incorporação dos fundamentos filosóficos, axiológicos e jurídicos dos Direitos Humanos ao Direito do Trabalho, determinando uma profunda mudança de paradigmas. A força de trabalho não mais vista como mera contraprestação no âmbito do contrato de trabalho, mas como expressão da personalidade do trabalhador no ambiente empresarial, sob o pressuposto de que, antes de tudo, o obreiro é pessoa humana portadora de dignidade.

Diante desse quadro de evolução dos direitos materiais trabalhistas, o Direito Processual do Trabalho precisa ser revisitado, procurando-se analisar a eficácia dos mecanismos processuais até então existentes face à necessidade de tutela efetiva desses novos direitos, representados por novas demandas.

²⁵ DIDIER JR., Fredie, *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*, p. 68.

No que toca ao Processo do Trabalho, é certo que a concepção originária correspondente, que atuava no trato das questões relacionadas à estrutura tradicional da relação de trabalho, não mais se coaduna com a análise contemporânea do tema, sugerindo as alterações sociais ocasionadas pela Pós-modernidade a necessidade não de subsunção do processo laboral à sistemática de resposta em tempo real, mas de sua adaptação²⁶.

Afinal, “de nada adianta uma Constituição extremamente moderna, uma legislação sofisticada, um intérprete avançado, se os meios procedimentais, postos à disposição, ou a dinâmica de sua interpretação forem ultrapassados²⁷”.

Além disso, o Direito Processual do Trabalho insere-se na Teoria Geral do Processo e, portanto, relaciona-se diretamente com os preceitos das modernas teorias do Direito Processual.

No entanto, o Direito Processual do Trabalho é ramo autônomo do Direito Processual, possuindo princípios e regramentos próprios. Isso porque, historicamente, o processo trabalhista surgiu como mecanismo de tutela de direitos específicos, quais sejam, os direitos dos trabalhadores.

Não há dúvida que existem diferenças entre os vários ramos do direito processual que os distinguem uns dos outros. Isto é inevitável, visto que lidam com valores, especificamente considerados, diferentes. Neste ponto, fica clara nossa tomada de posição quanto à autonomia, no sentido de diferenciação, do direito processual do trabalho com relação ao direito processual civil e ao direito processual penal, decorrente de sua necessária e própria permeabilidade – oriunda do caráter instrumental da atividade processual – às influências do modo de ser do direito material posto à base da pretensão processual e aos valores específicos da realidade fática, axiológica e lógica da relação jurídico-material que tem por objeto.

²⁶ OLIVEIRA, Christiana D’Arc Damasceno, *O Direito do Trabalho contemporâneo: efetividade dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana no mundo do trabalho*, p. 455. Nesse mesmo sentido: “O curso do tempo, a reconfiguração de valores e as novas necessidades da vida, entre outros fatores, exigem a *reafirmação e ênfase, adaptação e releitura* quanto ao sentido, alcance e conteúdo de certas regras e princípios do direito processual do trabalho, a fim de que recebam os impactos da realidade, guardando, assim, atualidade e eficiência” (BEBBER, Júlio César, *Processo do trabalho: adaptação à contemporaneidade*, p. 127); “Assim, diante de situações de direito material, se impõe que as regras de processo atuem em conjunto com os objetivos e fundamentos estampados da CRFB como um dos instrumentos mais relevantes de afirmação do ser humano, pilar central da ordem jurídica” (GASPARINI, Renata, *O ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais no processo do trabalho*, p. 75).

²⁷ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves, *Acesso à justiça e processo do trabalho*, p. 27. Nesse mesmo sentido: “O par processo-direito do trabalho representa inquestionavelmente face do Estado Constitucional de elevadíssima envergadura, em função do dimensionamento na Carta Maior de 1988 dos direitos fundamentais sociais e, sobretudo, do aspecto jungido à dignidade do trabalhador; em sendo assim, a dimensão interpretativa das categorias procedimentais trabalhistas precisam ser interpretadas à luz dos postulados que compõem o acesso à justiça: a acessibilidade, operosidade, utilidade e proporcionalidade (...)” (GÓES, Gisele Santos Fernandes, *Revisitando a temática: binômio processo e direito. Influência na seara trabalhista*, p. 289).

(...)

Assim, é evidente que o direito processual do trabalho deve atentar para as causas e finalidades (valores) próprias do direito objetivo do trabalho. mas, sempre condicionado e sem perder de vista a unidade metodológica ou de raciocínio, os grandes princípios, os grandes conceitos, os grandes esquemas lógicos e os escopos (e valores fundamentais da sociedade, ou do direito objetivo como um todo a estes relacionados) que permeiam e determinam o modo de ser da atividade jurisdicional indicados pela teoria geral do direito processual²⁸.

Assim, os elementos que compõem a Teoria Geral do Processo, bem como as modernas teorias do Direito Processual, devem ser analisados sob o ponto de vista das especificidades do Direito Processual do Trabalho. Não se deve deixar de reconhecer, no entanto, a necessidade do estudo do processo do trabalho frente às modernas teorias do Direito Processual, como forma de aperfeiçoamento dos instrumentos processuais trabalhistas²⁹.

Um desses instrumentos processuais é justamente o ônus da prova. Analisar se a disciplina legal acerca da distribuição do ônus da prova no âmbito do processo do trabalho ainda se demonstra como mecanismo efetivo quanto à tutela dos direitos trabalhistas, face às novas demandas e às modernas teorias do Direito Processual, é o objeto do presente estudo.

²⁸ CASTELO, Jorge Pinheiro, *O direito processual do trabalho na moderna teoria geral do processo*, p. 35-37. Nesse sentido, também: GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa, *O direito processual do trabalho no contexto da teoria geral do processo e do direito processual constitucional*.

²⁹ Júlio César Bebbber indica que, muito mais do que alterações legislativas, a evolução do Direito Processual do Trabalho depende de uma mudança de pensamento e de atitudes (*Processo do trabalho: adaptação à contemporaneidade*, p. 19). Paulo Eduardo V. de Oliveira, por sua vez, aponta que, apesar da efetividade que possui, o processo do trabalho precisa ser mais célere, com reformas no sistema recursal e executório, tendo em vista o caráter alimentar do direito material tutelado (*Passado, presente e futuro do Direito Processual do Trabalho no Brasil*, p. 26). Marcos Neves Fava faz propostas de mudanças revolucionárias (*Por uma revolução no processo do trabalho*, p. 426). Já Luciano Athayde Chaves aponta justamente a aproximação do Direito Processual do Trabalho às modernizações da Teoria Geral do Processo como forma de se alcançar efetividade no processo do trabalho: “Também devemos considerar, e tenho repetido isso em algumas oportunidades, a possibilidade e necessidade do aproveitamento das inovações da Teoria Geral do Processo, levadas a efeito no Código de Processo Civil, naquilo que não contrarie os princípios fundamentais do Direito Processual do Trabalho” (*Sobre a efetividade das tutelas jurisdicionais do trabalho*, p. 302).

2. ÔNUS DA PROVA: ASPECTOS GERAIS

2.1. Conceito de prova

A palavra *prova* tem como origem o vocábulo latino *probatio*, que remete ao significado de prova, ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação, confirmação, derivando do verbo *probare* (provar, ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito de alguma coisa, persuadir alguém de alguma coisa, demonstrar)³⁰. O termo possui natureza polissêmica, com acepções comuns, utilizadas no cotidiano, e acepções jurídicas, voltadas à técnica processual.

Em viés ordinário, prova pode ser concebida como demonstração (apresentação de elementos de informação para decidir se a asserção é verdadeira ou não), experimentação (teste para comprovação da veracidade da afirmação) ou desafio (obstáculo a ser superado para reconhecimento de certas aptidões)³¹.

Em termos técnico-jurídicos, a palavra prova pode ser analisada sob diversos aspectos.

Como conceito jurídico geral, *prova* é definida como “o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoccorrência dos fatos controvertidos no processo³²”. Atribui-se a FRANCESCO CARNELUTTI a afirmação de que *a prova é o coração do processo*³³.

Num sentido objetivo, pode ser entendida como a atividade probatória desenvolvida e os meios empreendidos para demonstração da veracidade dos fatos alegados. Num sentido subjetivo, representa a convicção que se forma no espírito do juiz acerca da existência ou não dos fatos deduzidos no processo³⁴.

O termo prova ainda é utilizado como: a) ato de provar (produção da prova, atividade probatória); b) fonte de prova (pessoas ou coisas a partir das quais a prova pode ser obtida); c) meio de prova (instrumentos ou atividades pelos quais os dados

³⁰ SANTOS, Moacyr Amaral, *Prova judiciária no cível e no comercial*, p. 11.

³¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães, *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*, p. 305.

³² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria geral do processo*, p. 357.

³³ SCHIAVI, Mauro, *Provas no processo do trabalho*, p. 11.

³⁴ LOPES, João Batista, *A prova no direito processual civil*, p. 26.

probatórios são introduzidos no processo – prova documental, prova testemunhal, prova pericial, etc.); d) elemento de prova (dados objetivos emanados da produção da prova – *evidence*, em inglês -, como a declaração de uma testemunha, a opinião de um perito); e) resultado da prova (conclusão que se extrai dos elementos de prova produzidos – *proof*, em inglês)³⁵.

Prova direta é aquela que possibilita o conhecimento do fato alegado por única atividade inferencial. Prova indireta é aquela obtida por intermédio de indícios, a partir de pelo menos duas operações inferenciais (conhecido o indício, chega-se à comprovação do fato alegado)³⁶.

Prova *prima facie*, também chamada de prova por aparência ou por verossimilhança, é a formulada a partir de uma presunção judicial. Enquanto na prova indireta parte-se de um indício para se chegar à verificação do fato principal a ser provado, na prova *prima facie* o juiz toma como base para a formulação da presunção suas máximas de experiência³⁷.

Argumento de prova são as conclusões obtidas a partir do comportamento processual das partes³⁸.

Prova positiva é aquela voltada à demonstração da existência de determinado fato alegado; prova negativa é a demonstração da inexistência de um fato pela comprovação da existência de um fato contrário, incompatível com o primeiro; contraprova é aquela produzida em contraponto às provas produzidas pela parte contrária, como corolário dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Provas típicas são as produzidas a partir dos meios de prova previstos na lei, enquanto que provas atípicas são as produzidas por intermédio de instrumentos não previstos em lei, desde que moralmente legítimos, nos termos do artigo 332 do Código de Processo Civil.

Afirma-se que o objeto da prova (*thema probandum*) sejam os fatos deduzidos pelas partes. No entanto, a prova produzida não se volta à comprovação da existência ou não dos fatos afirmados, mas, sim, das alegações acerca desses fatos. Com

³⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães, *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*, p. 307-309.

³⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães, *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*, p. 310.

³⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, p. 68.

³⁸ GOMES FILHO, Antônio Magalhães, *Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)*, p. 312.

efeito, as alegações deduzidas pelas partes a respeito dos fatos é que podem ser verdadeiras ou não. Portanto, o objeto da prova é a confirmação da veracidade das alegações formuladas sobre certos fatos, e não a existência ou não desses fatos³⁹.

A prova recai sobre alegações referentes a fatos controvertidos, relevantes à causa e determinados no tempo e no espaço. Nem toda a alegação sobre qualquer fato deve ser provada. Fogem do objeto da prova, nos termos dos incisos do artigo 334 do Código de Processo Civil, as alegações sobre fatos notórios, afirmados por uma parte e confessados pela outra, não contestados ou admitidos no processo como incontrovertidos e em cujo favor à parte que formula a alegação milita presunção favorável legal de existência ou veracidade.

Em nosso sistema processual, a prova produzida tem como destinatário o juiz, vez que voltada ao seu convencimento acerca das alegações formuladas no processo.

Dentre os sistemas de valoração da prova, o ordenamento processual pátrio adota o da persuasão racional, ou do livre convencimento motivado, previsto nos artigos 131 do Código de Processo Civil e 765 e 832 da Consolidação das Leis do Trabalho. De acordo com esse sistema, o juiz é livre para apreciar as provas produzidas, mas deve explicitar os fundamentos pelos quais adotou racionalmente determinado convencimento. No mais, a liberdade na apreciação da prova encontra outros limites: a) às alegações das partes sobre os fatos deduzidos; b) às provas colhidas no processo; c) às regras legais de apreciação da prova, consideradas como resquícios do sistema da prova legal. O princípio do duplo grau de jurisdição se revela como forma de controle do sistema de valoração da prova baseado na persuasão racional do juiz.

A atividade probatória (fase de instrução do processo) pode ser dividida em quatro momentos: a) postulação da prova, em que as partes requerem ao juiz a produção de determinadas provas com o escopo de comprovarem suas alegações; b) admissão da prova, em que o juiz analisa as provas requeridas e defere ou não a produção, tendo em vista a necessidade, a utilidade e o cabimento dessas provas, diante das alegações deduzidas; c) produção da prova, em que as provas são colhidas por intermédio dos meios de prova (juntada de documento, colhimento de depoimento das partes e testemunhas, exame

³⁹ “Da definição acima apresentada, um elemento deve ser destacado, qual seja a menção a que a prova não se destina a provar fatos, mas sim *afirmações de fato*. É, com efeito, a alegação, e não o fato, que pode corresponder ou não à realidade daquilo que se passou fora do processo. O fato não pode ser qualificado de verdadeiro ou falso, já que esse existe ou não existe. É a alegação do fato que, em determinado momento, pode assumir importância jurídico-processual e, assim, assumir relevância a demonstração da *veracidade da alegação do fato*” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, *Curso de Processo Civil: Processo de conhecimento*, p. 265).

pericial, etc.); d) valoração da prova, em que o juiz analisa as provas produzidas, de acordo com o sistema da persuasão racional ou do livre convencimento motivado, por meio de decisão fundamentada.

2.2. Ônus, obrigação e dever: conceitos e distinções

A origem etimológica da palavra *ônus* remete ao vocábulo latino *onus*, *oneris*, significando carga, fardo, peso⁴⁰. Na Teoria Geral do Direito, e mais propriamente na Teoria Geral do Processo⁴¹, *ônus* possui um significado próprio, distinguindo-se dos conceitos de obrigação e dever, embora, historicamente, a diferenciação para os demais institutos tenha se estabelecido recentemente⁴².

Na doutrina processual, encontram-se variadas definições de *ônus*⁴³. No entanto, a que nos parece mais correta, e que será adotada no presente estudo, é a de *ônus* como “subordinação de um interesse próprio a outro interesse próprio⁴⁴”.

Com efeito, a parte que detém um *ônus* na relação jurídica processual tem interesse direto em dele se desvencilhar, de modo que, caso não o faça, não sofrerá nenhuma sanção, tendo ampla liberdade para cumpri-lo ou não. É justamente essa liberdade, inerente à ideia de *ônus*, o aspecto central da teoria desenvolvida por FRANCESCO CARNELUTTI, acerca da diferenciação entre *ônus* e obrigação.

⁴⁰ SANTOS, Moacyr Amaral, *Prova judiciária no cível e no comercial*, p. 94.

⁴¹ “A noção de *ônus* integra a teoria geral do direito, porém a sua principal aplicação se dá no campo processual” (CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 315).

⁴² “Ao longo da história do direito, por muito tempo, o conceito jurídico de *ônus* também esteve atrelado ao de outros institutos. Ora equiparado à noção de dever, ora à de direito subjetivo, ora à de interesse e sempre à de obrigação, apenas a partir do século XX, a ideia de *ônus* enquanto figura específica, autônoma, distinta das demais passou a se delinear de forma clara” (CREMASCO, Suzana Santi, *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 23).

⁴³ Dentre as inúmeras definições, podemos destacar: “Ônus é o encargo atribuído à parte e jamais uma obrigação” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, p. 75); “Ônus, bastante empregado na esfera processual, é uma faculdade que a parte tem, logo, não está sujeita à coerção, mas sim, aos efeitos que da passividade ou inércia resultarão, como, por exemplo, a revelia (art. 319 do CPC), porque contestar não é obrigação, nem dever processual, mas apenas, um ônus do réu ou do interessado que foi citado para responder aos termos de uma ação” (SANTOS, Sandra Aparecida de Sá dos, *A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal*, p. 65); “Consequentemente, o *ônus* pode ser definido como a liberdade de realização de certos atos ou condutas previstas em uma norma jurídica, para a satisfação de um interesse próprio, não havendo sujeição ou um outro sujeito que tenha o direito de exigir a sua observância, visto que o seu não cumprimento pode acarretar apenas consequências desfavoráveis para a pessoa beneficiada” (CAMBI, Eduardo, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 315).

⁴⁴ LOPES, João Batista, *A prova no direito processual civil*, p. 38.

(...) la libertà giuridica è esclusa dalla soggezione, cioè dalla necessità di obbedire al comando, non invece dalla necessità di agire in un modo piuttosto che in un altro per il raggiungimento di un interesse. Basta questa riflessione al fine di intendere la differenza tra il concetto di obbligo e il concetto di onere e, d'altra parte, la parentela tra la nozione di onere e la nozione di facoltà. Noi parliamo di onere quando l'esercizio di una facoltà è posto come condizione per ottenere certo vantaggio; perciò onere è una facoltà, il cui esercizio è necessario per il raggiungimento di un interesse⁴⁵.

A parte apenas deverá suportar as consequências jurídico-processuais que poderão advir de sua própria inércia, como, por exemplo, a derrota na demanda – improcedência para o autor, procedência para o réu -, o que, certamente, não pode ser considerado como sanção ou pena⁴⁶. É nesse sentido que ônus se diferencia dos demais conceitos⁴⁷.

O ônus, portanto, segundo PIERO CALAMANDREI, relaciona-se diretamente ao liberalismo processual.

E qui non si può non ricordare la grande ingegnosità psicologica colla quale funziona, in tutta la dinamica del processo, ma specialmente in quella probatoria, quel meccanismo tipico del liberalismo processuale che è l'*onere*: per mezzo del quale la parte è sola responsabile della sua sorte processuale, ed è lasciata libera di modificare colla propria attività o di lasciare invariata alla propria inerzia la propria situazione giuridica nel processo⁴⁸.

⁴⁵ Tradução sugerida: “(...) a liberdade jurídica é excluída da sujeição, isto é, da necessidade de obedecer o comando, mas não da necessidade de agir de um certo modo para a obtenção de um interesse. Basta essa reflexão para entender a diferença entre o conceito de obrigação e o conceito de ônus e, por outro lado, o parentesco entre a noção de ônus e a noção de faculdade. Falamos de ônus quando o exercício de uma faculdade é imposto como condição para se obter certa vantagem; daí ônus ser uma faculdade, cujo exercício é necessário para a obtenção de um interesse” (CARNELUTTI, Francesco, *Sistema di diritto processuale civile*, p. 55).

⁴⁶ Em sentido contrário, José Roberto dos Santos Bedaque entende que o julgamento desfavorável, com a incidência da regra de julgamento do ônus da prova, é considerado como sanção (*Poderes instrutórios do juiz*, p. 121).

⁴⁷ “O ônus processual consiste, pois, em conferir a um sujeito um poder de vontade, ou uma faculdade para tutelar ou não um interesse próprio, pela produção de um certo efeito jurídico, pelo ônus, caracteriza-se uma situação jurídica criada pela liberdade que concede à parte ordenar a própria conduta: o sujeito do ônus tem a opção de escolher entre a realização do fato e a inatividade, que lhe trará resultado desfavorável. Cria-se com o ônus uma necessidade prática de observar determinada conduta para obter um resultado favorável, sem que haja efetivamente sanção jurídica ou econômica (como destaca nas observações sobre a teoria de Carnelutti, as consequências desfavoráveis refletem apenas o resultado normal do descumprimento da conduta prevista na norma)” (PAULA, Carlos Alberto Reis de, *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*, p. 27).

⁴⁸ Tradução sugerida: “E aqui não se pode deixar de recordar a grande capacidade psicológica com a qual funciona, em toda a dinâmica do processo, mas especialmente na probatória, aquele mecanismo típico do liberalismo que é o ônus: por meio do qual a parte é a única responsável por sua sorte processual, sendo livre para modificá-la com a própria atividade, ou manter invariável, por sua própria inércia, sua situação jurídica no processo” (CALAMANDREI, Piero, *Il processo come giuoco*, p. 66).

Em contraponto, obrigação “é a subordinação de um interesse próprio a outro, alheio⁴⁹”. A não observância de uma obrigação pode acarretar a imposição de uma sanção à parte que não a cumpre, não havendo liberdade de escolha entre seu adimplemento ou não, mas sujeição do obrigado ao interesse da parte contrária. A obrigação, via de regra, está relacionada ao direito material.

Já o dever também está relacionado a um interesse alheio, e seu descumprimento também resulta na aplicação de uma sanção, uma pena. Aproxima-se da obrigação, mas tem campo de incidência mais amplo⁵⁰, estando relacionado tanto ao direito material (dever de informação, do fornecedor do produto ou serviço ao consumidor; dever de observância do princípio da boa-fé objetiva nos contratos) quanto ao direito processual (dever de lealdade e boa-fé das partes; dever de expor os fatos em juízo conforme a verdade), sendo que, neste caso, o dever pode ser estabelecido não em relação a um sujeito específico, mas em relação à sociedade como um todo, dado o caráter publicístico do processo judicial⁵¹.

A distinção entre ônus, obrigação e dever reside, pois, na figura da sanção (a inobservância do ônus não acarreta aplicação de pena, enquanto que o descumprimento da obrigação e do dever sujeita a parte inadimplente à sanção prevista) e na liberdade da parte (no ônus, a parte onerada tem liberdade para dele se desvencilhar ou não; na obrigação e no dever, a parte obrigada se sujeita ao interesse da outra parte, podendo ser compelida ao adimplemento).

Desse modo, as consequências desfavoráveis resultantes do não-cumprimento do ônus decorrem da não-observância, pelo sujeito interessado, da conduta prevista na norma jurídica, enquanto que o não-cumprimento de uma obrigação ou de um dever acarreta uma *sanção jurídica*, que é imposta como efeito da ilicitude. Por isso, o que rege a categoria jurídica do ônus é um *interesse próprio* do sujeito ou uma *conveniência prática*, não um vínculo ou uma necessidade jurídica. Afinal,

⁴⁹ LOPES, João Batista, *A prova no direito processual civil*, p. 38.

⁵⁰ “Do exposto, percebe-se que *dever jurídico* é expressão mais ampla do que *obrigação*, por abranger não só os deveres oriundos das relações creditórias, mas também os advindos dos direitos reais, dos direitos familiares, dos direitos de personalidade, bem como os resultantes do direito constitucional, administrativo, penal, tributário, etc”. (DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral das obrigações*, p. 30).

⁵¹ “A diferença entre *dever* e *ônus* está em que a) o dever é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade; há relação jurídica entre dois sujeitos, um dos quais é o que deve: a satisfação é do interesse do sujeito ativo; ao passo que b) o ônus é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos; satisfazer é do interesse do próprio onerado” (MIRANDA, Pontes de, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 322); “Dever diz sempre respeito a um terceiro, pessoa física ou jurídica, e na hipótese de sua infringência há uma previsão legal de determinada cominação. (...) Os deveres processuais são, pois, imperativos jurídicos em favor da adequada realização do processo” (PAULA, Carlos Alberto Reis de, *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*, p. 21).

não há uma *sujeição*, pois nada obriga o beneficiário dos efeitos normativos a realizar o ato jurídico, tendo a parte contrária apenas uma expectativa de que o ato não seja realizado, para vir a ser beneficiada. Por outro lado, nas obrigações e nos deveres, o outro sujeito está sempre interessado no seu cumprimento, porque a sua observância pode beneficiá-lo, ao passo que, na categoria jurídica dos ônus, a realização do ato somente satisfaz os interesses da parte contrária⁵².

Em resumo: no ônus, o sujeito pode ou não adotar a conduta descrita na norma, tendo liberdade para tanto, o que não ocorre na obrigação e no dever; o não cumprimento de um ônus não se configura como ilícito, nem acarreta sanção, ao contrário do descumprimento de uma obrigação ou de um dever; o ônus regula interesse do próprio onerado, enquanto que a obrigação regula interesse do titular do direito subjetivo correspondente, e o dever pode se referir ao interesse de toda a coletividade; no ônus, o onerado tem uma posição ativa, podendo ou não agir em seu próprio interesse, assumindo os riscos da sua inércia, enquanto que na obrigação e no dever o obrigado ou devedor encontra-se em posição passiva, devendo se sujeitar ao cumprimento da obrigação ou do dever, caso exigido pela parte a qual interessa.

2.3. Conceito de ônus da prova

Dentre os diversos ônus existentes no âmbito do processo (ônus de afirmar, ônus de contestar, ônus de requerer a produção da prova, entre outros), destaca-se o ônus da prova.

Assim como o ônus, o instituto processual do ônus da prova apresenta diversas definições⁵³. A partir das considerações tecidas a respeito do ônus, formulamos o seguinte conceito de ônus da prova: *ônus da prova é a subordinação do interesse próprio*

⁵² CAMBI, Eduardo, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 315.

⁵³ “Ônus da prova é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo” (DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 3, p. 71); “Esse ônus consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz” (THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, p. 462); “Essas noções gerais aplicam-se ao ônus da prova, que pode ser conceituado como a atribuição, à parte, da incumbência de comprovar determinados fatos que lhe são favoráveis no processo” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, p. 484).

da parte em produzir provas ao próprio interesse em obter um resultado processual final favorável.

No entanto, o ônus da prova difere sensivelmente do próprio conceito genérico de ônus. Enquanto que o cumprimento do ônus tem como consequência imediata, para a parte, a obtenção de uma posição de vantagem, o desvencilhamento do ônus da prova não se traduz, necessariamente, em julgamento favorável, assim como, ao revés, a sua não observância não impede um julgamento favorável à parte que detinha o ônus e dele não se desincumbiu⁵⁴.

Isso porque, ao julgar, o juiz irá analisar todo o conjunto probatório dos autos, independentemente da parte que tenha produzido a prova - nos termos do princípio da aquisição processual ou da comunhão das provas -, e não, simplesmente, quem se desvencilhou do ônus da prova.

Entretanto, o *ônus da prova* possui uma especificidade em relação à categoria do ônus em sentido geral, porque o seu simples cumprimento não assegura, necessariamente, uma consequência favorável; isto é, realizar a prova não é um dado decisivo ou o único meio para conseguir a obtenção da tutela jurisdicional plena. Percebe-se, pois, que não basta à parte produzir a prova (por sinal, é indiferente *quem* a produz), para que a sua pretensão ou a sua defesa sejam acolhidas, mas é necessário que essa prova realizada, no contexto do conjunto probatório, tenha força persuasiva suficiente para poder convencer o juiz de que as suas alegações são verdadeiras e de que têm razão, merecendo obter a tutela jurisdicional favorável; caso contrário, não haveria sentido a fase de *valoração* da prova e o magistrado não teria como julgar o dilema de ter de decidir qual das partes tem razão, se ambas provassem os fatos a que estão onerados⁵⁵.

⁵⁴ Essa mesma conclusão pode ser obtida em relação a outros ônus processuais, como o ônus de contestar. Caso a demanda envolva apenas questão de direito, o fato de a parte, regularmente citada, não contestar o feito – não se desincumbir do ônus de apresentar defesa específica – não conduz necessariamente à procedência dos pedidos, pois os efeitos da revelia e da confissão ficta recaem apenas sobre matéria de fato, e não sobre matéria de direito. Exemplo corriqueiro na Justiça do Trabalho se dá em ações de cumprimento, movidas por sindicatos, cujo pedido é a cobrança de contribuições assistenciais, nas quais, em geral, a empresa-ré, regularmente citada, deixa de apresentar contestação. Na maioria dos casos, a despeito da não observância, pelo réu, de seu ônus de contestar, a demanda é julgada improcedente, com base em jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (OJ n. 17 da SDC e Precedente Normativo da SDC n. 119) e do Supremo Tribunal Federal (Súmula n. 666).

⁵⁵ CAMBI, Eduardo, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 316. Nesse mesmo sentido: “Se a parte a quem competia fazer prova de determinado fato não se desincumbiu satisfatoriamente desse ônus, isto não implica necessariamente que o resultado do processo lhe será desfavorável, seja porque o julgador possui o dever de analisar todos os elementos processuais capazes de contribuir para a formação de seu convencimento, seja porque a prova em questão foi produzida pela parte adversa” (MARECO, Gabriella Dinelly Rabelo, *O ônus da prova no direito do trabalho: distribuição dinâmica e inversão*, p. 48).

Como decorrência da definição adotada, não concordamos que ônus da prova seja entendido como verdadeiro dever processual⁵⁶. Aqueles que sustentam tal posição argumentam, em linhas gerais, que, diante do dever de colaboração das partes com a atividade jurisdicional e do interesse da sociedade e do Estado na obtenção da verdade real por meio do processo, a parte que detém o ônus da prova possui verdadeiro dever de produzir prova das alegações dos fatos que lhe incumbe, sob pena de julgamento desfavorável e, até mesmo, imposição de sanções pecuniárias.

No entanto, como destacado, ônus não se confunde com dever, julgamento desfavorável não é pena, a não observância do ônus da prova não traz como consequência imediata o julgamento desfavorável e a imposição de multas pela não produção da prova é questionável, diante da ausência de previsão legal expressa⁵⁷.

Portanto, ônus da prova não significa dever de provar.

⁵⁶ Nesse sentido: “Assim, ônus da prova significa o dever da parte de fazer prova de suas alegações” (JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito processual do trabalho*, p. 688); “O ônus da prova, no nosso sentir, é um dever processual que incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito, e ao réu quanto aos fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor que, uma vez não realizado, gera uma situação desfavorável à parte que detinha o ônus e favorável à parte contrária, na obtenção da pretensão posta em juízo” (SCHIAVI, Mauro, *Provas no processo do trabalho*, p. 50); “O que se pretende com o *onus probandi* é definir responsabilidades processuais na demonstração legal de fatos que precisam vir à luz e cuja veracidade precisa ser evidenciada ou revelada ao juiz. Mas é claro que, se há uma responsabilidade, um encargo, uma incumbência, há, necessariamente, um *dever*” (ALMEIDA, Isis de, *Manual das provas no processo trabalhista*, p. 38); “*Onus probandi* é o dever de a parte provar em juízo suas alegações para o convencimento do juiz” (MARTINS, Sérgio Pinto, *Direito processual do trabalho*, p. 321); “Processualmente, o ônus da prova traduz o dever atribuído à parte de demonstrar que suas alegações são verdadeiras, visando a convencer o destinatário da prova, juiz sobre a veracidade do fato alegado” (SAKO, Emília Simeão Albino, *A prova no processo do trabalho: os meios e o ônus da prova nas relações de emprego e trabalho*, p. 27-28).

⁵⁷ “Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente” (THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, p. 462); “No processo civil dispositivo, em que não é prioritariamente do Estado-juiz a função de diligenciar e trazer provas ao processo, ao ônus de afirmar fatos segue-se esse outro, de provar as próprias alegações sob pena de elas não serem consideradas verdadeiras. Só não seria assim num imaginável sistema puramente inquisitivo, em que haveria o *dever* jurídico de buscar e realizar provas, e não os *ônus* das partes” (DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 3, p. 71); “Trata-se de um típico *ônus*, tal como concebido pela doutrina, na medida em que a posição jurídica é voltada para um interesse próprio: tendo a parte a liberdade de produzir a prova, ao deixar de fazê-lo não pratica ato ilícito (a ensejar uma sanção em sentido estrito), mas apenas se sujeita, somente ela, a eventuais consequências desfavoráveis em virtude de sua inércia” (YARSHELL, Flávio Luiz, *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, p. 49).

2.4. Distribuição do ônus da prova: evolução teórica e perfil dogmático

A regra geral de distribuição do ônus da prova no atual sistema processual civil brasileiro está prevista nos incisos do artigo 333 do Código de Processo Civil, os quais determinam que ao autor incumbe provar os fatos constitutivos do seu direito alegado, enquanto que ao réu cabe provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado pelo autor⁵⁸. Não houve grandes modificações em relação ao sistema anterior⁵⁹.

O nosso sistema processual civil, portanto, distribui o ônus da prova de acordo com a posição da parte na relação jurídica processual (autor ou réu) e a natureza dos fatos que embasam suas pretensões ou exceções (constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos). O critério dessa distribuição é o interesse da parte em provar a alegação formulada⁶⁰.

Esse critério de distribuição do ônus da prova, com base no interesse das partes, repartindo a carga a partir da posição dos sujeitos na relação jurídica processual e da natureza dos fatos alegados, adotado pelos legisladores processuais brasileiros de 1939 e de 1973⁶¹, foi elaborado por doutrinadores europeus, notadamente por GIUSEPPE CHIOVENDA.

⁵⁸ “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”.

⁵⁹ O artigo 209 do Código de Processo Civil de 1939 estabelecia que: “Art. 209. O fato alegado por uma das partes, quando a outra o não contestar, será admitido como verídico, si o contrário não resultar do conjunto das provas. § 1º Si o réu, na contestação, negar o fato alegado pelo autor, a este incumbirá o ônus da prova. § 2º Si o réu, reconhecendo o fato constitutivo, alegar a sua extinção, ou a ocorrência de outro que lhe obste aos efeitos, a ele cumprirá provar a alegação”.

⁶⁰ “A síntese dessas disposições consiste na regra de que *o ônus da prova incumbe à parte que tiver interesse no reconhecimento do fato a ser provado* (Chiovenda), ou seja, àquela que se beneficie desse reconhecimento; essa fórmula coloca adequadamente o tema do *onus probandi* no quadro do interesse como mola propulsora da efetiva participação dos litigantes, segundo o empenho de cada um em obter vitória. O *princípio do interesse* é que leva a lei a distribuir o ônus da prova pelo modo que está no art. 333 do Código de Processo Civil, porque o reconhecimento dos fatos constitutivos aproveitará ao autor e o dos demais, ao réu; sem prova daqueles, a demanda inicial é julgada improcedente e, sem prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, provavelmente a defesa do réu não obterá sucesso” (DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 3, p. 72-73).

⁶¹ “Profundamente influenciado pelas codificações europeias e pelas lições da doutrina, o legislador nacional, que reformou o processo civil brasileiro em 1939, procurou consagrar os princípios, que disciplinam a distribuição do ônus da prova” (BUZAID, Alfredo, *Do ônus da prova*, p. 23); “O instituto do ônus da prova, conquanto na verdade dirigido no sentido de reforçar a autoridade do juiz, permanece, em suas linhas gerais, nos mesmos moldes que o traçaram Espínola e Gusmão, entre os autores brasileiros, orientados principalmente pelas lições de Chiovenda” (SANTOS, Moacyr Amaral, *Prova judiciária no cível e no comercial*, p. 124-125).

Nel procedimento civile, infatti, prevale Il *principio dispositivo*. E posto che di regola, come sappiamo, le parti hanno il compito di preparare il materiale di cognizione, di dedurre e provare al giudice non può tener conto di circostanze che non risultino dagli atti (*‘iudicet secundum allegata et probanda’*; *‘quod non est in actis non est in mundo’*), e che infine deve rispettarsi l’uguaglianza delle parti di far valere i fatti che essa vuole siano considerati dal giudice, che cioè *ha interesse* che siano tenuti per veri da lui⁶².

No entanto, esse não é o único critério existente, nem o único adotado pelas diversas legislações processuais. Com efeito, outras teorias acerca da distribuição do ônus da prova no processo foram desenvolvidas, a partir de outros critérios.

Nesse sentido, podem ser apontadas as seguintes teorias⁶³:

- a) o ônus da prova incumbe ao autor, sempre;
- b) o ônus da prova incumbe à parte que afirma;
- c) ao autor incumbe provar os fatos referentes à sua pretensão, e ao réu os fatos de sua exceção;
- d) o ônus da prova incumbe à parte que alega fato atípico;
- e) o ônus da prova incumbe à parte que alega um fato novo;
- f) ônus da prova distribuído quanto à natureza dos fatos;
- g) o ônus da prova incumbe a cada parte quanto aos pressupostos de fato da norma jurídica que lhe é favorável;
- h) ônus da prova distribuído quanto à posição das partes em relação ao efeito jurídico pretendido.

Por ora, analisemos a teoria adotada pelo nosso sistema processual e a regra nele prevista.

É certo que, de acordo com o artigo 333 do Código de Processo Civil, ao autor incumbe provar os fatos constitutivos de seu direito, enquanto que ao réu incumbe provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da pretensão formulada pelo autor. No entanto, o ônus do réu apenas se tornará patente caso o autor comprove, efetivamente, os fatos constitutivos de seu direito. Com efeito, caso o autor não produza a referida prova

⁶² Tradução sugerida: “No Processo Civil, de fato, prevalece o princípio dispositivo. E posto que, em regra, como sabemos, as partes têm o ônus de preparar o material da cognição, de deduzir e provar, o juiz não pode considerar circunstâncias que não estejam no processo (*‘iudicet secundum allegata et probanda’*; *‘quod non est in actis non est in mundo’*), e, finalmente, deve respeitar a igualdade das partes de deduzir os fatos a serem considerados pelo juiz, isto é, aqueles em que *têm interesse* que sejam por ele considerados como verdadeiros” (*Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, p. 335).

⁶³ Para um estudo mais aprofundado acerca de cada teoria, quanto aos elaboradores e aos fundamentos sustentados, ver as obras de Hernando Devis Echeandía (*Teoría general de la prueba judicial*, Capítulo XVII, item 129), Moacyr Amaral Santos (*Prova judiciária no cível e no comercial*, Capítulo VI) e Luiz Eduardo Boaventura Pacífico (*O ônus da prova no direito processual civil*, Capítulo IV).

e o réu se mantenha inerte, simplesmente negando a pretensão do autor, o demandado poderá obter um provimento jurisdicional final favorável às suas pretensões. Isso porque, o ônus da prova será mantido com o autor, do qual não terá se desvencilhado, de modo que, aplicada a regra de julgamento (ônus da prova objetivo), a demanda poderá ser julgada improcedente.

Na hipótese de o autor produzir prova acerca de sua pretensão (fato constitutivo de seu direito alegado), aí, sim, o ônus da prova quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor será do réu. Caso não produza a prova, a demanda poderá ser julgada procedente, de acordo com as pretensões do demandante.

Portanto, a posição do réu, quanto à distribuição do ônus da prova na relação jurídica processual, é mais cômoda, na medida em que apenas terá interesse e necessidade de produzir provas caso o autor produza prova quanto ao fato constitutivo de seu direito alegado. Do contrário, poderá permanecer inerte que, ainda assim, terá chances de se sagrar vitorioso na demanda⁶⁴.

Um grande ponto a ser considerado, e até mesmo questionado, é o fato de que ao autor *sempre* incumbe a prova do fato constitutivo de seu direito, enquanto que ao réu *sempre* incumbe a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Essa rigidez da regra de distribuição do ônus da prova, a caracteriza, inclusive, como estática, como será analisado adiante.

No entanto, essa rigidez, em certa medida, garante estabilidade e segurança jurídica ao sistema processual, a despeito de desconsiderar que, em algumas hipóteses, o autor não terá condições de produzir prova do fato constitutivo de seu direito, e o réu não terá condições de produzir prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Parte-se do pressuposto de que apenas o interesse das partes é o critério a ser observado na distribuição do ônus da prova entre os litigantes, como se

⁶⁴ “Logo, a posição do réu é mais cômoda do que a do autor, pois não tem nenhum ônus até que o autor demonstre o fato constitutivo (*actore non probante, reus absolvitur*); somente após a demonstração do fato constitutivo, surge-lhe a necessidade de contrapor-lhe uma exceção, que pode limitar-se a negar a existência desse fato ou, ainda, alegar ser tal fato ineficaz, podendo, para isso, fazer menção a novos fatos, para dar fundamento à sua defesa, cabendo-lhe, então, o ônus da prova” (CAMBI, Eduardo, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 324); “O que se extrai da exposição da teoria é que Chiovenda, em princípio, deixa a cargo apenas do autor o ônus de provar os fatos que constituem o seu direito. A partir do momento em que esses fatos são provados, desponta para o réu o ônus de declinar e provar fatos que, ou concorram para a inexistência dos fatos afirmados pelo autor ou, ao menos, sejam capazes de afastar seus efeitos” (CREMASCO, Suzana Santi, *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 54).

ambas tivessem plenas condições (liberdade de ação) de produzir a prova daquilo que a lei lhes incumbe⁶⁵.

Essa rigidez do sistema de distribuição do ônus da prova foi veementemente defendida por LEO ROSENBERG, em oposição à atribuição casuística do encargo processual.

La cuestión de saber qué parte debe soportar la consecuencia desfavorable de la falta de prueba de una afirmación de hecho importante y discutida necesita una contestación basada en una regla de derecho fija, abstracta. La ciencia no puede ni debe renunciar a busca esta regla, la práctica tiene necesidad de ella y exige de la ciencia que se la procure⁶⁶.

Por fim, destaca-se a regra contida no parágrafo único do artigo 333, determinando ser nula a convenção entre as partes que distribua o ônus da prova de maneira diversa da prevista nos incisos, quando recair sobre direito indisponível ou tornar excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito⁶⁷.

Esta é a grande inovação em relação ao texto de 1939. Com efeito, permite-se que as partes convençionem a distribuição dos ônus probatórios de forma diversa da prevista na lei. Assim, o sistema processual dá sinais de que é possível alterar a rigidez da disciplina legal⁶⁸.

A regra de distribuição do ônus da prova configura-se como norma processual cogente, voltada eminentemente ao interesse público, mas com derrogações ao interesse privado das partes, ao permitir a convenção particular, mas, ainda assim, com as ressalvas previstas na lei (direito indisponível da parte ou torne excessivamente dificultoso

⁶⁵ “A intenção do legislador de 1973 foi primar pela segurança jurídica e pela igualdade puramente formal entre as partes, caracterizando, assim, visão puramente liberal do fenômeno. O caráter fechado da regra prevista no art. 333 do CPC deixa o juiz sem margem para construir outra disciplina que não aquela positiva na lei, imaginando-se que esta pudesse continuar tendo a virtude de prever toda e qualquer situação conflituosa apresentada em juízo” (CARPES, Artur, *Ônus dinâmico da prova*, p. 68).

⁶⁶ Tradução sugerida: “A questão sobre qual das partes deve suportar a consequência desfavorável da falta de prova de uma afirmação de fato importante e discutida necessita de uma resposta baseada em uma regra de direito fixa, abstrata. A ciência não pode nem deve renunciar a busca dessa regra, a prática tem necessidade dela e exige da ciência que a procure” (*La carga de la prueba*, p. 91).

⁶⁷ “Art. 333. (...) Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”. Há ainda a vedação prevista no artigo 51, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor, a qual fulmina com nulidade absoluta cláusula contratual que estabeleça inversão do ônus da prova de modo a prejudicar o consumidor.

⁶⁸ “Trata-se, sem dúvida, do primeiro indicativo de que a sistemática de repartição do encargo probatório no direito brasileiro não é imutável e inflexível, compatilizando-se perfeitamente com a adoção da distribuição dinâmica do ônus da prova (...)” (CREMASCO, Suzana, *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 63).

para uma das partes se desincumbir do ônus atribuído de forma consensual). Portanto, a natureza jurídica da regra processual de distribuição do ônus da prova é predominantemente cogente, mas com delimitadas derrogações ao interesse particular dos sujeitos processuais⁶⁹.

2.5. Estrutura funcional do ônus da prova: ônus da prova subjetivo e ônus da prova objetivo

Em sua estrutura funcional, o ônus da prova pode ser analisado sob dois aspectos: o ônus da prova subjetivo e o ônus da prova objetivo.

O ônus da prova subjetivo “é uma regra de conduta dirigida às partes, que indica quais os fatos que a cada um incumbe provar⁷⁰”. Já o ônus da prova objetivo “é uma regra dirigida ao juiz (uma regra de julgamento, portanto), que indica como ele deverá julgar acaso não encontre a prova dos fatos; que indica qual das partes deverá suportar os riscos advindos do mau êxito na atividade probatória, amargando uma decisão desfavorável⁷¹”.

Assim, o ônus da prova em sentido subjetivo exerce a função de organizar a conduta das partes quanto à produção da prova dos fatos alegados, indicando aquilo que cada parte deverá provar, enquanto que o ônus da prova em sentido objetivo proporciona meios objetivos para que o juiz decida a demanda em casos de insuficiência ou inexistência de prova das alegações, diante da vedação legal de emissão do *non liquet*,

⁶⁹ “As normas acerca do ônus da prova possuem natureza de direito processual, pois regulam o modo e as condições da atuação da lei no processo. Constituem critérios de proceder, cuja violação importa em *error in procedendo*. Por decorrência lógica, são normas de ordem pública, imperativas, principalmente por tratar da realização do interesse público que lhe está adjacente em prol da ordem e da paz social” (PEGO, Rafael Foresti, *Ônus da prova*, p. 168); “Impossível negar, nessa perspectiva, que o problema dos ônus probatórios é daqueles em que mais se percebe o diálogo entre o direito material e o processo. *Tanto o direito material como o direito processual exercem marcada influência na distribuição dos esforços probatórios, pelo que compreendemos sua natureza seja mista, muito embora, pelos argumentos traçados, sua essência seja predominantemente processual*” (CARPES, Artur, *Ônus dinâmico da prova*, p. 51).

⁷⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, p. 75. Negando a existência de uma função subjetiva do ônus da prova: MÚRIAS, Pedro Ferreira, *Por uma distribuição fundamentada do ônus da prova*, p. 23.

⁷¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, p. 75.

prevista no artigo 126 do Código de Processo Civil⁷², evitando-se o mero arbítrio⁷³. O ônus da prova em sentido objetivo, portanto, determina prévia e abstratamente quem deve suportar os riscos da ausência ou insuficiência de provas.

Vale dizer: a distribuição do ônus da prova exerce *dupla função*: a um, desempenha importante e significativo papel no que tange à estruturação da atividade probatória das partes (*função subjetiva*); a dois, funciona como regra de julgamento, a ensejar, no caso de insuficiência de provas aptas a formar o convencimento judicial, sentença contrária aos interesses da parte que não se desincumbiu de seu encargo (*função objetiva*), na medida em que é vedado ao juiz pronunciar-se pelo *non liquet*⁷⁴.

O artigo 333 do Código de Processo Civil disciplina essas duas funções. Com efeito, ao determinar que ao autor incumbe comprovar o fato constitutivo de seu direito alegado, enquanto que ao réu cabe à prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos da pretensão do autor, a norma processual está organizando a conduta das partes quanto à produção da prova das alegações deduzidas em juízo (*função subjetiva do ônus da prova*). Caso, ao final da instrução probatória, haja insuficiência ou inexistência de provas, se o autor não tiver produzido provas a respeito do fato constitutivo de seu direito, a demanda será julgada improcedente, e se o réu é quem não tiver comprovado os fatos impeditivos, modificativos e extintivos da pretensão do autor, a ação será julgada procedente, vez que a regra processual estabeleceu, aprioristicamente, quem deverá suportar os riscos de insuficiência ou ausência de provas (*função objetiva do ônus da prova*), não podendo o juiz deixar de julgar o processo (vedação legal ao *non liquet*), nem decidir de acordo com seus critérios subjetivos.

No entanto, a função subjetiva do ônus da prova é minimizada pela doutrina, prestigiando-se a função objetiva. Isso porque, alega-se, é inútil verificar, ainda na fase de instrução probatória, qual prova a cada parte incumbe produzir (ônus da prova subjetivo), pois, pelo princípio da aquisição processual ou da comunhão da prova, caso a

⁷² “Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”. Se bem que, em sede de tutela de direitos metaindividuais, sustenta-se que, com a utilização da técnica da coisa julgada *secundum eventum probationis*, o juiz estaria autorizado a não julgar a causa em face da insuficiência de provas produzidas pelo autor coletivo, como no exemplo do artigo 18 da Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65) (GRINOVER, Ada Pellegrini, *Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada*, p. 8-11).

⁷³ YARSHELL, Flávio, *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, p. 57.

⁷⁴ CARPES, Artur, *Ônus dinâmico da prova*, p. 52.

prova seja produzida pela parte a qual não detinha o ônus respectivo, ainda assim poderá ser valorada pelo juiz. Desse modo, a necessidade de análise do ônus da prova surge no processo no momento do julgamento (ônus da prova objetivo), em razão da insuficiência ou inexistência de provas produzidas, constatada pelo magistrado apenas no momento de proferir a decisão final.

Analisar, na fase de instrução probatória, qual a conduta esperada de cada parte, de acordo com o ônus da prova subjetivo, seria, para esta corrente, desperdício de tempo, pois a prova que era esperada da parte poderá ser produzida pelo adversário. Assim, a análise judicial do ônus da prova apenas faria sentido no momento do julgamento (ônus da prova objetivo)⁷⁵.

No mais, sustenta-se que o reconhecimento dos poderes instrutórios do juiz teria mitigado a função subjetiva do ônus probatório⁷⁶.

No entanto, sustentamos posição diversa, valorizando o ônus da prova subjetivo e sua função de organizar, disciplinar e estimular a conduta das partes quanto à produção de provas.

⁷⁵ “Em última análise, não é o comportamento da parte onerada que está em causa. Os resultados da atividade instrutória são apreciados pelo órgão judicial sem qualquer valoração, positiva ou negativa, desse comportamento. Se persistiu a obscuridade, em nada aproveita à parte onerada alegar que fez, para dissipá-la, tudo que estava ao seu alcance, e portanto nenhuma culpa se lhe pode imputar. Inversamente, se a obscuridade cessou para dar lugar à certeza da ocorrência do fato, em nada prejudica à parte onerada a circunstância de que ela própria não tenha contribuído, sequer com parcela mínima, e ainda que *pudesse fazê-lo*, para a formação do convencimento judicial, devendo-se o êxito, com exclusividade a outros fatores. Ao juiz, por conseguinte, toca ver se são completos ou incompletos os resultados da atividade instrutória. Não lhe importa, na primeira hipótese, a quem se deve o serem completos os resultados. Importa-lhe-á, sim, na segunda, a quem se deve o serem incompletos; ou, mais precisamente, a quem se hão de atribuir as consequências da remanescente incerteza. Se quisermos usar a terminologia habitual, poderemos dizer que o órgão judicial só tem de preocupar-se, a rigor, como o aspecto *objetivo* do ônus da prova, não com seu aspecto *subjetivo*” (MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Julgamento e ônus da prova*, p. 75); “Importante não é a *conduta* das partes na instrução (ônus subjetivo), mas o resultado da instrução e sua *avaliação e julgamento* pelo juiz (ônus objetivo). Não interessa *quem* produziu a prova, mas sim o *quê* se provou e sua análise pelo magistrado. (...) A expressão ‘ônus da prova’ sintetiza o problema de se saber quem responderá pela ausência de prova de determinado fato. Não se trata de regras que distribuem tarefas processuais (regra de conduta); as regras de ônus da prova ajudam o magistrado na hora de decidir, quando não houver prova do fato que tem de ser examinado (regra de julgamento). Trata-se, pois, de regras de julgamento e de aplicação subsidiária, porquanto somente incidam se não houver prova do fato probando, que se reputa como não ocorrido” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, p. 78).

⁷⁶ “Ora, seja reconhecendo poderes instrutórios ao juiz de uma forma autônoma e concorrente aos das partes, seja subsidiariamente, em ambos os casos há mitigação da *necessidade de provar* das partes, relativizando o conceito de ônus subjetivo da prova. Se o juiz determina – desde logo e em caráter principal – a produção de uma prova para a verificação de determinado fato, ou se a determina subsidiariamente, somente após realização infrutífera da prova requerida pela própria parte interessada, *em qualquer uma das hipóteses fica seriamente abalada a concepção subjetiva de ônus da prova*. A importância do encargo subjetivo fica minimizada em ambas as situações, na medida em que o êxito ou o malogro das pretensões deduzidas não fica na dependência exclusiva da atividade instrutória da parte onerada” (PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura, *O ônus da prova no direito processual civil*, p. 151-152).

É certo que o juiz apenas irá aplicar a regra de julgamento (ônus da prova objetivo) no momento da prolação da decisão final. No entanto, essa aplicação apenas se justifica em caso de insuficiência ou inexistência de provas produzidas, o que, muitas vezes, é configurado em razão da ineficácia das regras de conduta (ônus da prova subjetivo), tendo em vista que as partes oneradas, no caso concreto, não detêm condições de se desvencilharem das cargas probatórias. Ainda que esta constatação seja posterior - apenas no momento do julgamento -, sua causa é pretérita, pois ocorre na fase da instrução probatória.

Assim, a valorização da regra de conduta das partes (ônus da prova subjetivo) está diretamente relacionada à prevenção da ocorrência do quadro de insuficiência probatória e, conseqüentemente, do julgamento segundo o ônus da prova objetivo. Organizar corretamente a conduta probatória das partes na fase instrutória é diminuir a chance de incidência da regra de julgamento.

O magistrado deve buscar, na maioria dos casos, julgar de acordo com as provas produzidas, com base na formação plena de seu convencimento, e não de acordo com regras formais de julgamento, diante da insuficiência de provas produzidas⁷⁷. Com efeito, uma decisão proferida com base em provas produzidas é muito mais eficaz, do ponto de vista do escopo social do processo, do que uma sentença emanada de acordo com regras abstratas de julgamento, a qual atende apenas ao escopo jurídico do processo.

Em outras palavras: uma decisão obtida a partir da aplicação das regras de julgamento não é tão justa quanto uma proferida com base em provas efetivamente produzidas nos autos.

Ora, se a repartição do ônus da prova possui influência na participação das partes – na medida em que vai servir à estruturação da sua respectiva atividade probatória -, e tal participação constitui elemento fundamental para a construção da decisão justa, não se pode mais minimizar a importância da função subjetiva. Com efeito, ao contrário do que enunciava Rosenberg ainda no primeiro quartel do século passado, o problema dos ônus probatórios não se apresenta apenas quando a prova *não* se produziu, mas, pelo contrário, muito antes disso, ou seja, ao longo de toda a atividade probatória. Pode-se ir mais além: *a distribuição do ônus da prova serve justamente para evitar a ausência de prova, na medida em que serve de estimulante para que as provas sejam produzidas.*

(...)

Vale dizer: *é preciso que fique clara a importância e o significado da função subjetiva dos ônus probatórios no Estado constitucional.* Não se pode mais compreender que tais ‘regras só interessam ante a ausência de prova eficaz para

⁷⁷ É nesse sentido que Jorge W. Peyrano defende a aplicação excepcional, restritiva da regra de julgamento (*La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema*).

suscitar certeza ao juiz’ ou que ‘somente são aplicáveis quando uma circunstância de fato [...] não se aclarou’, como ainda insiste grande parte da doutrina, quiçá de maneira acrítica. A função subjetiva dos ônus probatórios é tão ou até mais importante que a função objetiva: dada a devida atenção àquela, afasta-se o perigo de formalização da decisão judicial e, por via de consequência, aumenta-se a probabilidade de se alcançar a justiça material⁷⁸.

No mais, o entendimento de que as regras sobre ônus da prova somente serão aplicadas no julgamento, diante de um quadro de inexistência ou insuficiência probatória, não afasta, por si só, a concepção de que essas mesmas regras também estão relacionadas com a conduta desempenhada pelas partes na atividade instrutória⁷⁹. Ou seja, o ônus da prova objetivo não absorve totalmente a relevância do ônus da prova subjetivo.

Portanto, a valorização do ônus da prova subjetivo se revela de suma importância para a obtenção de um julgamento mais justo, que mais se aproxime da realidade dos fatos, prevenindo-se a constatação de insuficiência ou inexistência de provas e, conseqüentemente, o julgamento de acordo com regras formais e abstratas de distribuição do ônus da prova⁸⁰.

⁷⁸ CARPES, Artur, *Ônus dinâmico da prova*, p. 54-55. Nesse mesmo sentido, Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa: “Embora o aspecto objetivo do ônus da prova tenha inegável relevância, por repercutir diretamente sobre o julgamento do mérito, não se pode, nem por isso, minimizar ou até mesmo negar a importância do seu aspecto subjetivo, alegando, por exemplo, tratar-se de fenômeno psicológico e não jurídico. Semelhante concepção, além de anti-histórica, ignora que o estímulo à atividade instrutória das partes tem precisamente o propósito de evitar que o julgamento seja feito mediante a aplicação de regras como as do art. 333 do CPC. Concede-se às partes a possibilidade de provar suas alegações para que depois não venham reclamar da justiça da decisão” (*Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 121).

⁷⁹ “Ainda que a aplicação direta das regras sobre ônus da prova somente será realizada quando do julgamento, na ausência, insuficiência ou equivalência de provas, isto não afasta o entendimento de que o *onus probandi* está inserido em um contexto de motivação das partes para que participem da instrução probatória” (PEGO, Rafael Foresti, *Ônus da prova*, p. 169).

⁸⁰ “Afim, a noção de ônus da prova não pode prescindir de um componente subjetivo, porque não é uma categoria jurídica que pode ser concebida sem um titular. Da mesma forma, a lei processual não poderia considerar irrelevante a atividade das partes, sendo sua função estimulá-las a produzir as provas correspondentes às suas alegações, porque essa atividade aumenta as possibilidades de influir no convencimento do juiz e, destarte, de obter uma decisão favorável, além de, em contrapartida, elevar os riscos de o litigante não sair vitorioso, já que, na ausência ou na insuficiência das provas, cabe à parte, que deveria produzir essas provas arcar com as consequências desfavoráveis” (CAMBI, Eduardo, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 317-318); “Isso não significa que, antes do momento de julgar, a disciplina do ônus da prova seja destituída de relevância no processo. É dever do juiz, na audiência preliminar (art. 331), informar as partes do ônus que cada um tem e adverti-las das consequências de eventual omissão – porque uma das tarefas a realizar nessa oportunidade é a *organização da prova* mediante fixação dos limites de seu objeto e determinação dos meios probatórios a desencadear. A transparência das condutas é uma inafastável inerência do *due process of law* e da exigência do *diálogo* que integra a garantia constitucional do contraditório: o processo civil moderno quer muita explicitude do juiz e de suas intenções, que são fatores indispensáveis à efetividade do processo justo” (DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 3, p. 83-84).

2.6. Ônus da prova de fato negativo

Durante muito tempo, sob a influência do Direito Romano, o ônus da prova recaía apenas sobre a parte que formulava uma alegação, sendo dispensada de produzir prova a parte que negava a alegação deduzida (“*negativa non sunt probanda*”). Afirmava-se que a prova da negação era impossível. Essa posição, porém, foi aos poucos superada, pois, por vezes, a negativa pode consistir, em sentido contrário, em típica alegação de fato positivo, a qual deverá ser comprovada pela parte que a deduz⁸¹.

Contudo, há que se diferenciar *negação de fato* de *alegação de fato negativo*.

Diante da alegação do autor de fato constitutivo de seu direito, o réu pode, simplesmente, negar essa afirmação, permanecendo o ônus da prova com o demandante. Exemplo: reclamante afirma que prestou serviços à reclamada na condição de empregado e foi demitido, pleiteando o reconhecimento do vínculo empregatício e as verbas decorrentes; reclamada nega qualquer prestação de serviços pelo reclamante⁸². Trata-se, pois, de negação de fato, permanecendo com o reclamante o ônus de comprovar os requisitos para reconhecimento do vínculo de emprego.

Por outro lado, na mesma situação descrita, pode o réu alegar um fato negativo em relação ao fato constitutivo deduzido pelo autor. Exemplo: reclamante afirma que prestou serviços à reclamada na condição de empregado e foi demitido, pleiteando o reconhecimento do vínculo empregatício e as verbas decorrentes; reclamada reconhece a prestação do serviço na condição de empregado, mas alega que não o despediu. Ora, ao reconhecer a existência de vínculo empregatício entre as partes, mas negar a dispensa, a reclamada está afirmando que, ou o reclamante abandonou o emprego, ou se demitiu⁸³.

⁸¹ “A simples *negação do fato* constitutivo, naturalmente, não reclama prova de quem a faz. O *fato negativo*, porém, aquele que funciona como *fato constitutivo* de um direito, tem sua prova muitas vezes exigida pela própria lei” (THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, p. 463); “Atualmente, a ideia de que os *fatos negativos* não precisam ser provados – decorrente do brocardo *negativa non sunt probanda* – vem perdendo o seu valor. É meia verdade. Todo fato negativo corresponde a um fato positivo (afirmativo) e vice-versa. Se não é possível provar a negativa, nada impede que se prove a afirmativa correspondente” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, p. 89).

⁸² SILVA, José Antônio R. de Oliveira, *O ônus da prova e sua inversão no processo do trabalho*, p. 689; JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa, *Direito processual do trabalho*, p. 694.

⁸³ MACHADO JÚNIOR, César Pereira da Silva, *O ônus da prova no processo do trabalho*, p. 177; LEITE, Carlos Henrique Bezerra, *Curso de direito processual do trabalho*, p. 502.

Trata-se de alegação de fato negativo, mas que, em sentido contrário, representa uma verdadeira afirmação, configurada como extintiva da pretensão do reclamante, cujo ônus de comprovação, portanto, é da reclamada.

Assim, na hipótese de negação do fato deduzido, não há incumbência de ônus da prova ao réu que formula a negação, permanecendo a carga com o autor. Quanto à alegação de fato negativo, o réu pode ter de suportar o ônus de comprová-lo, caso reste configurado como impeditivo, extintivo ou modificativo da pretensão do autor. Isso porque, todo fato negativo alegado corresponde a um fato positivo, o qual deverá ser comprovado por quem o deduz.

A regra geral, portanto, é de que a prova incumbe a quem afirma e não a quem nega a existência de um fato; somente estará o réu onerado com a prova se, não negando a existência do fato constitutivo do direito do autor, opuser àquele outro fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Em regra, a prova das alegações incumbe ao autor; se o réu alega a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, todavia, este não mais precisará provar o fato constitutivo do seu direito, pois a existência deste fato foi admitida, ainda que tacitamente, pelo réu, ao qual, agora, incumbe a prova de suas alegações. Claro que não se está a defender, no processo do trabalho, a arcaica regra *negativa non sunt probanda*: por vezes, a negação poderá consistir, de alguma forma, em alegação cuja declaração negativa pretende o réu obter, quando a este competirá o ônus da prova⁸⁴.

Portanto, o fato negativo alegado pode ter de ser comprovado pelo réu, desde que configurado como impeditivo, extintivo ou modificativo da pretensão do autor.

2.7. Prova diabólica

O tema da prova diabólica (*probatio diabolica*) é pretérito, surgido com a ação publiciana, no período formular do Direito Romano⁸⁵.

Em linhas gerais, a prova diabólica se configura pela impossibilidade ou extrema dificuldade da parte que alega determinado fato em produzir prova a respeito de sua existência. Relaciona-se, portanto, à produção da prova.

⁸⁴ SCHWARZ, Rodrigo Garcia, *Distribuição do ônus da prova no processo individual do trabalho: breves considerações*, p. 238-239.

⁸⁵ CARPES, Artur, *Ônus dinâmico da prova*, p. 90.

Afirma-se que a prova diabólica estaria relacionada à comprovação de um fato negativo, de modo que a extrema dificuldade ou a efetiva impossibilidade de produzir prova a respeito da negação caracterizaria a *probatio diabolica*⁸⁶. No entanto, como anteriormente exposto, nem sempre a alegação do fato negativo isenta a parte que a formula de prová-la. Portanto, nem sempre a exigência da prova do fato negativo será configurada como prova diabólica.

A extrema dificuldade ou impossibilidade de produção de prova relaciona-se, principalmente, às condições da parte onerada, diante das características particulares da demanda. Com efeito, a parte que detém o ônus probatório pode não ter condições materiais, financeiras, técnicas, sociais e informacionais de produzir a prova dos fatos que a beneficiem. Apesar da regra processual, na prática, a parte onerada não possui informações, conhecimentos, recursos financeiros e acesso aos meios necessários para produzir a prova imprescindível ao deslinde do feito. Nesses casos é que a configuração da prova diabólica torna-se mais evidente⁸⁷.

Assim, percebe-se que a configuração da prova diabólica encontra-se diretamente relacionada ao tema do ônus da prova, na medida em que a regra de distribuição da carga probatória determina qual parte deverá produzir a prova de determinada alegação (ônus da prova subjetivo). Com efeito, em alguns casos, a estipulação do ônus da prova à parte contrária poderia afastar a caracterização da prova diabólica.

Isso se torna evidente nas hipóteses em que a parte contrária possui melhores condições de produzir a prova necessária à resolução da demanda. São situações, portanto, em que a produção da prova é “*unilateralmente diabólica*”⁸⁸, vez que impossível ou de extrema dificuldade apenas para a parte inicialmente onerada, mas não para a parte adversa, que detém, no caso concreto, melhores condições de produzi-la.

⁸⁶ “Prova diabólica é a expressão que se encontra na doutrina para fazer referência àqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil, nenhum meio de prova sendo capaz de permitir tal demonstração. Também a jurisprudência emprega a expressão, normalmente, para fazer referência à prova de que algo não ocorreu (equiparando, assim, a *prova diabólica* e a *prova negativa*)” (CÂMARA, Alexandre Freitas, *Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução*, p. 12).

⁸⁷ “A *probatio diabolica* pode estar vinculada não somente ao estabelecimento do ônus de provar um *fato negativo*, mas também à condição de *hipossuficiência* da parte onerada, em face das peculiaridades da controvérsia posta em causa ou, ainda, simplesmente em face da sua distância quanto ao material probatório” (CARPES, Artur, *Ônus dinâmico da prova*, p. 91).

⁸⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael, *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, p. 92.

Diante disso, foram elaboradas técnicas processuais visando a contornar esse quadro de desigualdade na relação jurídica processual, tido como *probatio diabolica*, em que a parte que não detém as melhores condições materiais, financeiras, técnicas, sociais e informacionais suporta o ônus processual de produzir a prova e o risco de sua eventual ausência.

Uma delas é a chamada inversão judicial do ônus da prova, que será analisada na sequência. Outra, objeto do presente estudo, é a técnica de distribuição dinâmica do ônus da prova⁸⁹.

2.8. Inversão judicial do ônus da prova

2.8.1. Técnica de inversão judicial do ônus da prova

A técnica de inversão do ônus da prova⁹⁰ pode ser dividida em duas espécies: inversão convencional e inversão judicial⁹¹.

A inversão convencional é a estipulada pelo acordo de vontade das partes, firmado em determinado negócio jurídico, repercutindo na relação jurídica

⁸⁹ A própria dicotomia entre as técnicas é objeto de controvérsia, e será analisada mais adiante.

⁹⁰ “A inversão do ônus da prova ocorre quando não recai sobre a parte tradicionalmente onerada com a prova do facto o ônus de demonstrar, mas sobre a contraparte a quem incumbe o ônus de provar o facto contrário. A inversão do ônus da prova importa uma modificação do *thema probandum*, na medida em que a prova que incumbe a cada uma das partes é a contrária daquela que pode ser imposta à contraparte. Por implicação da inversão do ônus da prova, se a prova recair sobre um facto constitutivo do direito alegado pelo autor, significa que incumbe ao demandado (réu) provar o contrário desse facto constitutivo, por exemplo, uma causa de exclusão de culpa, sendo facto constitutivo a culpa do réu no incumprimento” (RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O ônus da prova no processo civil*, p. 178). No entanto, o termo “inversão” parece-nos ser impropriamente empregado para conceituar o fenómeno. Mais adiante, quando analisarmos as características e diferenças dos conceitos de distribuição estática, inversão e distribuição dinâmica do ônus da prova, explicitaremos melhor nossa posição. Por ora, tomemos como dado o consagrado termo *inversão* do ônus da prova.

⁹¹ Grande parte da doutrina defende a existência de uma terceira espécie, a inversão legal, representada pelas presunções relativas previstas na lei (“Segundo provenham estas da própria lei, ou da vontade das partes ou decisão do juiz por autorização legal, essas inversões serão *legais*, *convencionais* ou *judiciais*. As inversões legais são determinadas pelas presunções relativas instituídas em lei (*praesumptiones legis*) (...) (DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 3, p. 76-77)). No entanto, como será posteriormente analisado, defendemos que, no caso das presunções, o que ocorre não é uma inversão do ônus, mas, sim, uma dispensa legal de produção da prova.

processual. Trata-se da hipótese prevista no parágrafo único do artigo 333 do Código de Processo Civil, anteriormente analisada.

Já a inversão judicial do ônus da prova é aquela operada pelo juiz, de acordo com critérios estabelecidos na lei. Assim, verificando, no caso concreto, os requisitos legais, o juiz procederá à inversão do ônus da prova, previsto inicialmente na forma dos incisos do *caput* artigo 333 do Código de Processo Civil.

Como afirmado, a técnica de inversão judicial do ônus da prova foi elaborada para contornar desigualdades surgidas no âmbito da relação jurídica processual, em que uma das partes, apesar de não ter condições de produzir a prova das alegações dos fatos que lhe aproveitam, suporta o ônus processual da produção e o risco de eventual ausência, sendo que a parte adversa, no caso concreto, possui essas condições.

Trata-se de técnica que busca reequilibrar a posição dos litigantes na relação jurídica processual, em observância ao princípio constitucional processual de igualdade substancial ou material no processo, em alternativa à distribuição formal e abstrata do ônus da prova determinada pelo artigo 333 do Código de Processo Civil⁹².

Além disso, e não com menor importância, procura-se garantir o pleno acesso das partes ao exercício do direito fundamental à prova, decorrente do direito fundamental de acesso à justiça (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal) e dos princípios constitucionais processuais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal). Isso porque, de nada adiantaria a elevação do direito de ação à categoria de direito fundamental da pessoa humana se a ela não fossem conferidos os meios e instrumentos inerentes à comprovação das alegações deduzidas no processo (direito fundamental à prova). Do contrário, o direito fundamental de acesso à justiça seria mera previsão formal, despido de efetividade⁹³.

⁹² “O princípio isonômico, ditado pela Constituição em termos de ampla generalidade (art. 5º, *caput*, c/c art. 3º, inc. IV), quando penetra no mundo do processo assume a conotação de *princípio da igualdade das partes*. Da efetividade deste *são encarregados o legislador e o juiz*, aos quais cabe a dúlice responsabilidade de não criar desigualdades e de neutralizar as que porventura existam. (...) Essas desigualdades que o juiz e o legislador do processo devem compensar com medidas adequadas são resultantes de fatores externos ao processo – *fraquezas de toda ordem*, como a pobreza, desinformação, carências culturais e psicossociais em geral. Neutralizar as desigualdades significa promover a igualdade substancial, que nem sempre coincide com uma formal *igualdade* de tratamento porque esta pode ser, quando ocorrentes essas fraquezas, fontes de terríveis desigualdades. A tarefa de preservar a isonomia consiste, portanto, nesse tratamento formalmente desigual que substancialmente iguala” (DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 1, p. 227-228). De acordo com José Carlos Barbosa Moreira, as regras de inversão do ônus da prova representam o equilíbrio dos riscos (“*igualdad de riesgos*”) que envolvem as partes no processo, dentro do grande tema da igualdade das partes (*La igualdad de las partes en proceso civil*, p. 68-70).

⁹³ “Direito à prova é o conjunto de oportunidades oferecidas à parte pela Constituição e pela lei, para que possa demonstrar no processo a veracidade do que afirmam em relação aos fatos relevantes para o

Assim, constata-se que a técnica processual de inversão judicial do ônus da prova relaciona-se diretamente com direitos e garantias fundamentais, previstas no texto constitucional, seja o princípio de igualdade substancial no processo, seja o direito fundamental à prova.

2.8.2. A inversão judicial do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor

No sistema processual civil brasileiro, a inversão judicial do ônus da prova está prevista no inciso VIII do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, como direito básico do consumidor.

De acordo com a disposição legal, como forma de facilitar a defesa dos direitos do consumidor no âmbito do processo, o juiz poderá inverter o ônus da prova, caso constate, com base nas regras ordinárias de experiência, a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência da parte⁹⁴.

A primeira grande questão que se coloca quanto à análise do dispositivo é saber se, uma vez preenchidos os requisitos legais, o juiz teria ou não a faculdade de inverter o ônus probatório, e se, até mesmo, poderia proceder à inversão *ex officio*.

Estar “a critério do juiz” significa dizer que a inversão do ônus da prova não será automática, por se tratar de ação envolvendo direitos do consumidor. A alteração da carga probatória deverá passar pelo crivo do juiz – daí, inclusive, dizer inversão *judicial* do ônus da prova⁹⁵ -, o qual, analisando se estão presentes os requisitos legais, procederá ou não à inversão. Caso estejam configuradas as hipóteses legais (verossimilhança da

julgamento. (...) A imensa importância da prova na experiência do processo erigiu o *direito à prova* em um dos mais respeitados postulados inerentes à garantia política do devido processo legal, a ponto de se constituir em um dos fundamentos pilares do sistema processual contemporâneo. Sem sua efetividade não seria efetiva a própria garantia constitucional do *direito ao processo*” (DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 3, p. 46-47).

⁹⁴ “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”.

⁹⁵ “Como depende de ato do juiz, trata-se, consequentemente, de hipótese de inversão judicial do ônus da prova” (SILVA, Bruno Freire e, *A inversão judicial do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*, p. 15). Afinal, ainda que estabelecidos os requisitos pela lei, é o juiz quem deve analisar a existência e a incidência no caso concreto.

alegação ou hipossuficiência da parte), o juiz *deverá* inverter o ônus da prova. Trata-se, pois, de dever legal, e não simples faculdade⁹⁶.

No mais, considerando o caráter público das normas de defesa dos direitos do consumidor, instituídas com vistas à formação de um microssistema de proteção de um direito fundamental, previsto no texto constitucional (artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal), pode-se afirmar que o juiz está autorizado a proceder à inversão do ônus da prova *ex officio*⁹⁷. Isso porque, a proteção dos direitos fundamentais deve ser a mais ampla possível.

Outra questão levantada pela doutrina diz respeito à necessidade do preenchimento de apenas um dos requisitos ou, pelo contrário, da verificação tanto da verossimilhança da alegação quanto da hipossuficiência da parte para que se proceda à inversão judicial. A indagação surge a partir de casos em que, a despeito da hipossuficiência da parte, a alegação formulada se mostra inverossímil, de modo que a inversão configuraria uma *probatio diabolica* para a parte adversa.

Parece-nos que, para a inversão judicial, basta que esteja presente um dos elementos, vez que a disposição legal utiliza-se da conjunção “ou”. Assim, caso a alegação seja verossímil *ou* a parte seja hipossuficiente, poderá o magistrado proceder à inversão da carga probatória⁹⁸.

Quanto à caracterização da prova diabólica, a questão é mais complexa. Trata-se de outro aspecto a ser considerado pelo juiz no momento de proceder à inversão, o qual, a despeito de não estar previsto na lei, encontra respaldo no texto constitucional.

Presentes os requisitos legais, o juiz não poderá proceder à inversão da carga probatória se, a pretexto de desonerar a parte que não detinha, inicialmente, condições de produzir a prova, tornar impossível ou excessivamente difícil a produção da

⁹⁶ “Verificando um desses pressupostos legais, o juiz tem o *dever*, e não a mera *faculdade*, de inverter o ônus da prova, motivando as razões de seu convencimento (art. 93, inc. IX, CF)” (CAMBI, Eduardo, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 417).

⁹⁷ “Quanto ao segundo questionamento, pela mesma razão relacionada à natureza pública das normas de proteção ao consumidor, concebemos que a medida de inversão do ônus da prova pode ser realizada *ex officio*, isto é, independentemente da iniciativa da parte interessada” (SILVA, Bruno Freire e, *A inversão judicial do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*, p. 18). No mesmo sentido, Carlos Roberto Barbosa Moreira (*Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor*, p. 299).

⁹⁸ “A norma estabelecida no inc. III do art. 6º é clara, ou seja, é necessária a presença de apenas um dos requisitos, porque, se assim não fosse, o legislador, à evidência, teria utilizado a conjunção aditiva ‘e’” (SANTOS, Sandra Aparecida de Sá dos, *A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal*, p. 72). Heitor Vitor Mendonça Sica conclui também pela alternatividade, mas não apenas com amparo na disposição gramatical da lei. Com efeito, procura tratar a importância da hipossuficiência no aspecto probatório, mas destacando que a desigualdade pode recair apenas sobre alguns dos fatos alegados, e não sobre todas as circunstâncias que envolveram a relação consumerista (*Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII)*, p. 57-58).

prova para a parte adversa, onerada em razão da alteração da distribuição do ônus. Não se pode transferir a dificuldade de produção da prova de uma parte para a outra caso a onerada também não tenha condições de se desvencilhar do ônus, ora atribuído judicialmente, sob pena de violação, da mesma forma, do princípio constitucional processual de igualdade no processo e do direito fundamental à prova⁹⁹.

Por fim, especificamente quanto aos requisitos, deve-se estabelecer aquilo que se entende por *verossimilhança da alegação e hipossuficiência da parte*.

Fato verossímil é aquele que se assemelha ao fato verdadeiro, que pode ser considerado como legítimo tendo em vista o que acontece normalmente, sendo apurado pelo juiz “*segundo as regras ordinárias de experiências*”. Por ser verossímil, próximo da veracidade, o fato alegado não precisa ser comprovado¹⁰⁰, devendo a parte contrária fazer a contraprova, caso queira garantir melhor resultado processual na demanda. Trata-se de verdadeira presunção judicial¹⁰¹.

⁹⁹ “O Código de Defesa do Consumidor não impõe expressamente qualquer limitação aos *efeitos* da inversão judicial do ônus da prova, ou seja, nele não se vê qualquer veto explícito às inversões que ponham o fornecedor diante da necessidade de uma *probatio diabolica*. Mas, se é ineficaz a inversão exagerada mesmo quando resultante de ato voluntário de pessoas maiores e capazes (CPC, art. 333, par. inc. II), com mais fortes razões sua *imposição* por decisão do juiz não poderá ser eficaz quando for além do razoável e chegar ao ponto de *tornar excessivamente difícil ao fornecedor o exercício de sua defesa*. Eventuais exageros dessa ordem transgrediriam a garantia constitucional da *ampla defesa* e consequentemente comprometeriam a superior promessa de dar tutela jurisdicional a quem tiver razão (acesso à justiça)” (DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 3, p. 80-81).

¹⁰⁰ “Constatada a verossimilhança das alegações do consumidor, com base nas regras de experiência, o magistrado deve presumi-las verdadeiras (presunção *iuris tantum*), para, redistribuindo o *onus probandi*, impor ao fornecedor a encargo de prova contrária” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael, *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, p. 84). Não nos parece, no entanto, hipótese de inversão do ônus da prova, mas, sim, de dispensa do ônus da provar diante da presunção judicial. No mais, o estabelecimento de presunções judiciais é algo que pode ser aplicado em qualquer processo, não apenas nos que envolvam direitos do consumidor, relacionado-se com a teoria geral da prova, como destaca Heitor Vitor Mendonça Sica, ressaltando, no entanto, o mérito do legislador consumerista ao explicitar a matéria, tornando-a didática às partes (*Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova* (CDC, art. 6º, VIII), p. 55-57). Mais adiante, será abordada a relação entre presunções e ônus da prova.

¹⁰¹ “Na *primeira situação*, na verdade, não há uma verdadeira inversão do ônus da prova. O que ocorre, como bem observa Leo Rosenberg, é que o magistrado, com a ajuda das máximas de experiência e das regras de vida, considera produzida a prova que incumbe a uma das partes. Examinando as condições de fato com base em máximas de experiência, o magistrado parte do curso normal dos acontecimentos, e, porque o fato é ordinariamente a consequência ou o pressuposto de um outro fato, em caso de existência deste, admite também aquele como existente, a menos que a outra parte demonstre o contrário. Assim, não se trata de uma autêntica hipótese de inversão do ônus da prova” (WATANABE, Kazuo, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, p. 793-794). Com a mesma conclusão, Luiz Guilherme Marinoni (*Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto*, p. 266) e Luiz Eduardo Boaventura Pacífico (*O ônus da prova no direito processual civil*, p. 157-158).

Já a hipossuficiência deve ser analisada sob o ponto de vista probatório¹⁰², considerada como a reduzida capacidade da parte de produzir prova acerca das alegações que lhe interessam. Trata-se da ausência de condições materiais, financeiras, técnicas, sociais e informacionais de produzir a prova, não se restringindo, portanto, à mera dificuldade financeira, como se sustentava na doutrina¹⁰³.

Verificando essa condição de hipossuficiência probatória do consumidor frente ao fornecedor, deverá o juiz proceder à inversão do ônus da prova.

2.8.3. O momento processual adequado para inversão judicial do ônus da prova: regra de julgamento *versus* regra de conduta das partes

Aspecto de grande importância e polêmica, tanto no campo doutrinário quanto jurisprudencial, é a questão envolvendo o momento processual adequado para se inverter judicialmente o ônus da prova. Com efeito, discute-se se a inversão deve ser aplicada pelo juiz na fase postulatória, na fase instrutória ou apenas na fase decisória. O debate relaciona-se com os posicionamentos acerca das funções do ônus da prova (ônus da prova subjetivo e ônus da prova objetivo) e com a necessidade de as partes terem conhecimento prévio, ou não, acerca da inversão.

A posição doutrinária prevalecente – mas que parece, aos poucos, perder força tanto na doutrina quanto na jurisprudência – é a de que a inversão judicial do ônus da prova apenas deve ser aplicada no momento do julgamento. Isso porque, sustenta-se, a regra de distribuição do ônus da prova, incluindo a inversão, é tipicamente uma regra de

¹⁰² “O conceito de hipossuficiência, entretanto, deve ser entendido a partir da finalidade da norma, que é a de tornar mais fácil, no campo específico da instrução probatória, a defesa dos direitos do consumidor” (SANTOS, Sandra Aparecida de Sá dos, *A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal*, p. 74).

¹⁰³ “Ela decorre não só de aspectos econômicos – como inicialmente apontaram, a nosso ver, equivocadamente os autores do anteprojeto do CDC – mas, fundamentalmente, da deficiência técnica que se evidencia a partir da contraposição das circunstâncias que apresentam, respectivamente, consumidor e fornecedor e que têm origem ‘em fatores como o acesso à informação, grau de escolaridade, poder de associação e posição social’” (CREMASCO, Suzana Santi, *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 66). Nesse mesmo sentido, reformando posição anterior, Kazuo Watanabe (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, p. 794-796). Heitor Vitor Mendonça Sica analisa a hipossuficiência do consumidor como sendo de ordem técnica, diante da ausência de conhecimento e informação em relação ao fornecedor, valendo-se do conceito de “assimetria de informação”, extraído da doutrina econômica (*Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova* (CDC, art. 6º, VIII), p. 51-55).

julgamento (ônus da prova objetivo), a ser utilizada pelo magistrado apenas no momento de prolação da sentença, diante da inexistência ou da insuficiência das provas produzidas pelas partes. Assim, o magistrado apenas teria a necessidade de inverter o ônus da prova caso ficasse constatada, no momento do julgamento, a deficiência da atividade probatória¹⁰⁴.

Quanto ao esclarecimento prévio às partes acerca da possibilidade de aplicação da regra de inversão judicial do ônus da prova, para esta corrente não haveria tal necessidade, pois a previsão legal (artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor) já advertiria os litigantes sobre essa probabilidade. Assim, não há que se falar em “julgamento surpresa”, pois tanto o consumidor, quanto o fornecedor, principalmente, já saberiam, de antemão, que o juiz, no caso de insuficiência ou inexistência de provas, poderá inverter o ônus da prova na decisão final¹⁰⁵. No mais, a redistribuição da carga probatória em momento anterior poderia configurar um prejulgamento, comprometendo a imparcialidade do magistrado.

Os pontos negativos desse posicionamento são justamente os que lhe dão sustentação. Com efeito, a função objetiva do ônus da prova não apresenta maior relevância do que a função subjetiva. Como anteriormente analisado e defendido, a regra de julgamento (ônus da prova objetivo), na maioria dos casos, apenas incide porque a regra de conduta das partes (ônus da prova subjetivo) não foi repartida de forma efetiva. Assim, caso distribuída corretamente a carga probatória entre as partes, de acordo com suas reais possibilidades de produção da prova, certamente não haveria necessidade de aplicação da

¹⁰⁴ “Entretanto, é orientação assente na doutrina que o ônus da prova constitui regra de julgamento e, como tal, se reveste de relevância apenas no momento da sentença, quando não houver prova do fato ou for ela insuficiente. Diante disso, somente após o encerramento da instrução é que se deverá cogitar da aplicação da regra da inversão do ônus da prova” (LOPES, João Batista, *A prova no direito processual civil*, p. 51); “O momento adequado à inversão judicial do ônus da prova é aquele em que o juiz decide a causa (Barbosa Moreira). Antes, sequer ele sabe se a prova será suficiente ou se será necessário valer-se das regras ordinárias sobre esse ônus, que *para ele* só são relevantes em caso de insuficiência probatória” (DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 3, p. 81).

¹⁰⁵ “Nem poderá o fornecedor alegar surpresa, já que o benefício da inversão está previsto expressamente no texto legal” (LOPES, João Batista, *A prova no direito processual civil*, p. 51). Interessante a posição defendida por Cândido Rangel Dinamarco, no sentido de que, a despeito de o momento adequado para inversão judicial do ônus probatório ser durante o julgamento, caso o juiz pretenda redistribuir a carga, deverá advertir as partes sobre essa possibilidade: “Se o juiz *pretender* inverter o ônus da prova, como em certa medida lhe permite o Código de Defesa do Consumidor em relação às causas que disciplina (art. 6º, inc. VIII), dessa possibilidade *advertirá* as partes na audiência preliminar. Mas a *efetiva inversão* só acontecerá no momento de julgar a causa, pois antes ainda não se conhecem os resultados mais conclusivos ou menos conclusivos a que a instrução probatória conduzirá; a própria *verossimilhança* das alegações do consumidor, eventualmente sentida pelo juiz em algum momento inicial do procedimento, poderá ficar prejudicada em face das provas que vierem a ser produzidas e alegações levantadas pelo adversário” (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 3, p. 84).

regra de julgamento, pois, com maior facilidade, a prova necessária ao deslinde da demanda seria produzida.

No mais, analisar a questão da inversão judicial do ônus da prova apenas no momento do julgamento, de fato, surpreende as partes. Com efeito, desconhecendo a parte deter a carga probatória acerca de determinada alegação a ser provada, evidente que não irá produzir tal prova, pois não há interesse para tanto. Não se pode sustentar que as partes tenham o dever de produzir todas as provas que estão ao seu alcance, ainda que sejam contrárias aos seus interesses processuais, pois não se trata de dever, mas, sim, de ônus processual¹⁰⁶.

Inverter o ônus da prova na fase de instrução probatória não configura prejulgamento, nem prejudica a imparcialidade do juiz, na medida em que não se sabe, previamente, qual prova será produzida pela parte e qual valor probatório será dado pelo magistrado (valoração da prova produzida). A prova produzida pela parte onerada em razão da redistribuição da carga pode, perfeitamente, ser apta a resultar julgamento em seu favor¹⁰⁷.

Diante dessas considerações, há quem sustente que a inversão judicial do ônus da prova deva ser aplicada logo no momento da postulação, na análise da petição inicial pelo juiz. Assim, não haveria configuração de “surpresas processuais” para as partes¹⁰⁸. No entanto, a nosso ver, não há como o magistrado analisar a pertinência da inversão sem a fixação do *thema probandum*.

¹⁰⁶ “Reservar a inversão do ônus da prova ao momento da sentença representa uma ruptura com o sistema do *devido processo legal*, ofendendo a garantia do contraditório. Não se pode apenar a parte que não provou a veracidade ou inveracidade de uma determinada alegação sem que se tenha conferido a ela a oportunidade de fazê-lo (lembre-se que o *ônus subjetivo* acaba por condicionar a atuação processual da parte). Por outro lado, exigir que o fornecedor, apenas por vislumbrar uma possível inversão do ônus da prova em seu desfavor, faça prova tanto dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos que eventualmente alegar, como da inexistência do fato constitutivo do direito do consumidor, é tornar legal a inversão que o legislador quis que fosse judicial (tanto que exigiu o preenchimento, no caso concreto, de certos requisitos)” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael, *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, p. 87).

¹⁰⁷ “Com isso, não haveria uma espécie de *prejulgamento* da causa, porque o ato judicial, que determina a inversão do *onus probandi*, apenas declara existente uma das situações que autorizam a aplicação do art. 6º, inc. VIII, CDC, não impedindo que, após concluída a fase instrutória, o juiz decida a favor do fornecedor” (CAMBI, Eduardo, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 418); “Caso o juiz, antes da sentença, profira decisão invertendo o ônus da prova (v.g., CDC 6º VIII), não estará, só por isso, prejulgando a causa. A inversão, por obra do juiz, ao despachar a petição inicial ou na audiência preliminar (CPC 331), por ocasião do sanamento do processo (CPC 331 § 3º), não configura por si só motivo de suspeição do juiz” (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*, p. 608).

¹⁰⁸ “Contudo, entendo que o autor consumidor deverá já na inicial requerer a inversão do ônus da prova, e desta forma a fase processual em que o juiz deverá se manifestar sobre a questão será no ato do primeiro despacho, que não se trata de mero despacho determinante de citação, mas decisão interlocutória, passível

Com efeito, para proceder à inversão judicial, deve ser verificado pelo juiz se o ponto foi controvertido, se há reconhecimento jurídico do pedido, se há revelia ou confissão ficta sobre matéria de fato, enfim, deve ser analisado se há controvérsia e sobre quais pontos ela recai. Isso porque, não há necessidade de inverter o ônus da prova acerca de alegação que não precisa ser provada. E essas questões apenas podem ser verificadas após a apresentação, ou não, de defesa pelo réu, prejudicando, portanto, a inversão judicial logo no momento de análise da petição inicial¹⁰⁹.

A posição que vem ganhando maior destaque, inclusive na jurisprudência¹¹⁰, e que nos parece a mais correta, é a de que o momento processual adequado para se proceder à inversão judicial do ônus da prova é a fase de saneamento do processo, em que o magistrado fixa os pontos controvertidos, decide as questões processuais pendentes e determina as provas a serem produzidas, nos termos dos parágrafos 2º e 3º, do artigo 331, do Código de Processo Civil¹¹¹.

Proceder à inversão judicial em momento anterior à decisão final significa estimular a atividade probatória das partes, organizando, de acordo com o caso concreto, a partir das reais condições dos litigantes, a distribuição da carga probatória. Fomenta-se, pois, a função subjetiva do ônus da prova, como regra de conduta das partes.

A inversão judicial operada na fase de saneamento do feito facilita a produção da prova, tornando mais provável que, ao final, o juiz tenha elementos suficientes para proferir decisão de acordo com provas efetivamente produzidas, mais condizente com

portanto de recurso de agravo” (NOGUEIRA, Tania Lis Tizzoni, *Direitos básicos do consumidor: a facilitação da defesa dos consumidores e a inversão do ônus da prova*, p. 59).

¹⁰⁹ “Aqui também não há como acolher essa tese pelo simples fato de o juiz ainda não conhecer os pontos controvertidos da demanda, que irão se concretizar após a resposta do réu, o que impossibilita um juízo de valor sobre a questão” (SILVA, Bruno Freire e, *A inversão judicial do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*, p. 19).

¹¹⁰ O Superior Tribunal de Justiça, em recentes julgados, tem se posicionado nesse sentido: REsp n. 802.832-MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 13.04.2011 (Informativo n. 0469, de 11 a 15 de abril de 2011); EREsp n. 422.778-SP, Rel. para acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 29.02.2012 (Informativo n. 0492, de 27 de fevereiro a 9 de março de 2012).

¹¹¹ “A inversão do ônus da prova, para poder dar efetividade às garantias constitucionais contidas na regra do art. 5º, inc. LV, CF, deve ser realizada, durante a fase de saneamento do processo, precisamente no momento da audiência preliminar, quando o juiz deve fixar os pontos controvertidos (art. 331, § 2º, CPC), quando houver ou no ‘despacho’ saneador (art. 331, § 3º, CPC). Tanto, mesmo que, posteriormente, o juiz se dê conta de que deveria inverter o ônus da prova (inclusive, no momento da sentença), deverá dar oportunidade para que o fornecedor se manifeste e, se necessário, exercite o seu direito à prova contrária” (CAMBI, Eduardo, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 420); “Toda a temática relativa ao ônus da prova, inclusive as hipóteses de sua inversão – máxime se aceita a referida ‘teoria dinâmica’ -, seja ela convencional ou legal, deve ser entendida como regra de *procedimento* e não como regra de *julgamento*. Como é o magistrado o destinatário da prova, é importante que ele verifique com cada uma das partes as *reais* possibilidades de produção das provas de suas alegações em casos em que haja a possibilidade de *variação* das regras gerais (*estáticas*) dos incisos do art. 333” (BUENO, Cassio Scarpinella, *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento comum: procedimento ordinário e sumário*, p. 284).

a realidade, e não com base em regras formais e abstratas de julgamento, apenas para evitar o *non liquet*. Fomenta-se, portanto, o escopo social do processo, e não apenas o jurídico.

Assim, parece-nos que, como regra de conduta das partes, a inversão judicial do ônus da prova deve ser aplicada no momento de saneamento do processo, dando aos litigantes a possibilidade de produzirem provas tendo conhecimento claro acerca da distribuição da carga probatória operada pelo juiz naquele caso concreto.

2.9. Presunções e ônus da prova

As presunções podem ser conceituadas como “as consequências que a lei ou o juiz extraem de um fato conhecido e comprovado para chegar a um fato ignorado¹¹²”. Com efeito, a partir de um fato conhecido e comprovado (indício), a lei ou o juiz, com base naquilo que acontece comumente (máximas de experiência, no caso do magistrado), estabelecem uma consequência lógica daquilo que possivelmente deve ter ocorrido. Toma-se por ocorrido um fato em decorrência da verificação do indício, como resultado de um raciocínio lógico-dedutivo.

As presunções podem ser classificadas, de acordo com a origem, em legais ou de direito (*praesumptiones iuris*) e simples ou judiciais (*praesumptiones hominis*), sendo que as presunções legais ou de direito se subdividem em presunções legais absolutas (*iuris et de iure*) e presunções legais relativas (*iuris tantum*)¹¹³.

As presunções legais ou de direito têm origem no direito material, sendo extraídas das normas substanciais. Apesar disso, influenciam diretamente a relação jurídica processual, notadamente no momento de admissão das provas.

Com efeito, as presunções legais absolutas são aquelas que não admitem prova em sentido contrário, sendo verdadeiros resquícios do sistema de prova tarifada ou legal. Uma vez comprovado o fato do qual se extrai a presunção prevista na lei, é vedado ao juiz admitir prova em sentido contrário à presunção estabelecida. No entanto, pode-se

¹¹² CAMBI, Eduardo, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 366.

¹¹³ César Pereira da Silva Machado Júnior ainda afirma que, a partir dos princípios do Direito do Trabalho, podem ser formuladas presunções (*O ônus da prova no processo do trabalho*, p. 137). Além de sustentar as presunções decorrentes de princípios do Direito do Trabalho, Homero Batista Mateus da Silva defende a possibilidade de formulação de presunções a partir de normas coletivas (*Curso de Direito do Trabalho Aplicado: Processo do Trabalho*, p. 252-253).

comprovar a não ocorrência do indício, do qual se extrai a presunção, mas não a inexistência da própria presunção, a qual não admite prova em sentido contrário¹¹⁴.

Exemplo: o artigo 1.238 do Código Civil estabelece que aquele que possuir como seu um imóvel, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, adquire-lhe a propriedade, independentemente de justo título e boa-fé, os quais são presumidos pela lei de forma absoluta, não admitindo prova em sentido contrário. Assim, caso a ação de usucapião extraordinária seja contestada, o demandado não poderá comprovar ausência de boa-fé e de justo título, os quais são presumidos absolutamente pela lei; apenas poderá comprovar ausência do lapso temporal ininterrupto e sem oposição¹¹⁵.

No Direito do Trabalho, diante da incidência do princípio da primazia da realidade, defende-se a inexistência de presunções legais absolutas, estando o magistrado trabalhista livre para admitir e apreciar as provas requeridas e produzidas¹¹⁶.

Já as presunções legais relativas são aquelas que admitem prova em sentido contrário, tanto do indício quanto do fato presumido. Nesse sentido, admite-se que a parte adversa à qual milita favorável a presunção produza prova em sentido contrário, demonstrando a inexistência do indício e, até mesmo, do fato presumido pela lei.

Exemplos de presunções legais relativas no Direito do Trabalho são as previstas nos artigos 447 e 456, parágrafo único, ambos da Consolidação das Leis do Trabalho, estipulando presunção acerca de acordo sobre condição essencial no contrato de trabalho verbal e obrigação do empregado a todo e qualquer serviço compatível com sua condição pessoal, respectivamente.

As presunções simples ou judiciais, como afirmado, são as estabelecidas pelo juiz, no caso concreto, com base nas máximas de experiência¹¹⁷, de acordo com o

¹¹⁴ “As presunções absolutas são regras legais limitativas do princípio do livre convencimento do juiz (art. 131 do CPC), pois a lei determina a força probante dos fatos que considera presumidos, bem como uma regra regulamentadora da admissibilidade das provas, na medida em que veda a possibilidade de o adversário produzir provas contrárias ao fato presumido” (CAMBI, Eduardo, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 367).

¹¹⁵ DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, p. 172.

¹¹⁶ “Pensamos que na esfera do Direito Material do Trabalho não há espaço para as presunções legais absolutas, em razão do princípio da primazia da realidade que norteia esse ramo do Direito. Desse modo, o Juiz do Trabalho não deve atribuir caráter absoluto às presunções legais” (SCHIAVI, Mauro, *Provas no processo do trabalho*, p. 21). Em sentido contrário, Homero Batista Mateus da Silva, sustentando a existência de presunção absoluta de inexistência de cargo de confiança pelo não pagamento de remuneração diferenciada ao empregado, nos termos do inciso II do artigo 62 da Consolidação das Leis do Trabalho (*Curso de Direito do Trabalho Aplicado: Jornadas e pausas*, p. 106).

¹¹⁷ As máximas de experiência têm como função não apenas a formulação de presunções judiciais, mas, também, a conferência de parâmetros de valoração da prova e a interpretação e definição dos conceitos jurídicos indeterminados (MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados*, p. 63-65).

artigo 335 do Código de Processo Civil¹¹⁸. São formuladas pelo magistrado a partir de sua experiência de vida e na observância daquilo que ordinariamente ocorre no cotidiano. Assim como as presunções legais relativas, admitem prova em sentido contrário. Por não estarem previstas abstratamente na lei, sendo formuladas pelo magistrado no caso concreto, no âmbito do processo, deve ser dada oportunidade às partes para se manifestarem sobre o postulado, inclusive com a possibilidade de produzirem provas a respeito¹¹⁹.

Exemplos de presunções judiciais firmadas no âmbito das relações de trabalho podem ser verificados em Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho: Súmula n. 12, a qual presume a veracidade das anotações do empregador na CTPS do empregado; Súmula n. 16, a qual presume o recebimento da notificação após 48 horas de sua postagem; Súmula n. 43, que presume abusiva a transferência do empregado operada pelo empregador caso não haja comprovação da necessidade do serviço; Súmula n. 212, a qual presume a continuidade da relação de emprego em favor do empregado; Súmula 338, inciso I, que presume como verdadeira a jornada declinada na inicial caso não sejam apresentados pelo empregador os controles de horários do trabalhador, entre outros.

Como afirmado, as presunções relacionam-se diretamente com a admissibilidade da prova, vez que o artigo 334 do Código de Processo Civil, o qual disciplina o objeto da prova, determina, em seu inciso IV, que independem de prova os fatos “em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”.

Além disso, as presunções influenciam o regramento dos ônus probatórios. Com efeito, sustenta-se que as presunções têm como efeito a inversão legal (no caso das presunções legais ou de direito) ou judicial (no caso das presunções simples ou judiciais) do ônus da prova. Exceção feita em relação às presunções legais absolutas, as quais teriam efeitos apenas na relação jurídica de direito material, sem impactos nas regras de distribuição do ônus da prova ou no direito probatório¹²⁰.

¹¹⁸ “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”.

¹¹⁹ “Assim, quando esses fatos auxiliares forem releváveis *ex officio* (art. 131 do CPC), o juiz, se tiver a intenção de neles se basear para deduzir presunções simples, deve possibilitar o *contraditório prévio* das partes, a fim de que sejam dadas oportunidades para poderem manifestar-se” (CAMBI, Eduardo, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 377-378).

¹²⁰ “As presunções *absolutas* não são fenômenos de inversão da prova nem se relacionam diretamente com o direito probatório. São determinações da consequência jurídica de certos fatos, ditadas pelo legislador a partir de ficções e com o efeito de influir na própria estrutura da norma de direito substancial” (DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 3, p. 78); “No entanto, as presunções legais absolutas se situam, geralmente, no plano do direito substancial, não estando voltadas a

Nesse sentido, defende-se que as presunções legais relativas e as judiciais representam facilitações de prova à parte em cujo interesse militam¹²¹, invertendo o ônus da prova. Assim, a parte que alega um fato cuja existência é presumida pela lei ou pelo juiz estaria dispensada de comprová-lo, detendo a parte contrária, pela inversão operada, o ônus de comprovar a inexistência desse fato presumido¹²².

No entanto, *data venia* os posicionamentos em sentido contrário, entendemos que tanto as presunções legais relativas¹²³ quanto as judiciais¹²⁴ não estabelecem inversões do ônus da prova, mas, sim, mera dispensa do ônus de provar para a parte que alega o fato presumido¹²⁵. Isso porque, as presunções legais relativas e as

disciplinar a atividade do juiz e das partes e não tendo nenhuma incidência direta no *thema probandi*. Manifestam-se, no processo, como instrumento de facilitação da prova, mas isso não é um efeito imediato dessas presunções, sendo apenas uma técnica legislativa que tem a finalidade de substituir, na *fattispecie* material, um fato obscuro, ambíguo, não aparente, por outro fato, claro, conhecido e facilmente individualizado” (CAMBI, Eduardo, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 368).

¹²¹ “Apoiado na observação empírica da relação constante entre dois acontecimentos, e sabendo que um ordinariamente acontece quando o outro tenha acontecido (*quod plerumque accidit*), o legislador ou o juiz facilita a um dos sujeitos interessados a defesa de seus interesses, mediante a dispensa de provar o fato que lhe interessa – mas sempre com a ressalva do direito do adversário a demonstrar que no caso as coisas se passaram de modo diferente e o fato presumido não aconteceu” (DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 3, p. 77-78).

¹²² “Dessa forma, a presunção *iuris tantum*, ao contrário da presunção *iuris et de iure*, consagra uma forma de inversão do ônus da prova, porque dispensa uma das partes de demonstrar o fato presumido, atribuindo à outra a possibilidade de produzir prova em contrário. Por conseguinte, quem estava incumbido de provar determinado fato, em razão da presunção legal, deixa de ter esse *onus probandi*, que passa a ser do adversário. (...) Assim, demonstrado o fato secundário (indício), presume-se a existência do fato desconhecido, o que permite concluir gerar a presunção *hominis*, tal como a presunção legal relativa, a inversão do ônus da prova” (CAMBI, Eduardo, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 373 e 378); “As inversões legais são determinadas pelas presunções relativas instituídas pela lei (*praesumptiones legis*); as judiciais, pelas presunções criadas nos julgamentos dos juízes (*praesumptiones hominis*) (...)” (DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 3, p. 76-77).

¹²³ “Não parece inteiramente exato dizer, todavia, que a presunção legal (relativa) se resolve em inversão do *onus probandi*. Com efeito, o resultado da aplicação da regra *especial* (contida no dispositivo que estabelece a presunção) pode perfeitamente *coincidir*, em determinado caso, com o resultado que se obteria aplicando à espécie a regra *geral* de distribuição daquele ônus” (MOREIRA, José Carlos Barbosa, *As presunções e a prova*, p. 60-61); “As presunções legais, que têm natureza de direito material, não importam em inversão do ônus da prova como supõem alguns autores: o ônus probatório é mantido conforme o art. 333 do CPC, modificando apenas a exigência para a aplicação da norma de direito material (*teoria das normas*)” (CARPES, Artur, *Ônus dinâmico da prova*, p. 61); “Bem pensadas as coisas, a inversão ope legis do ônus da prova é um caso de presunção legal relativa. A parte que alega o fato está dispensada de prová-la. Cabe a outra parte o ônus da prova de que o fato não ocorreu” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael, *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, p. 82).

¹²⁴ “Em relação à primeira situação, não há uma verdadeira inversão do ônus da prova. Examinando os fatos com base em máximas de experiência, o magistrado aplica o critério previsto no art. 335 do CPC, ou seja, ‘as regras de experiência comum subministrada pela observação do que ordinariamente acontece’. Pela ordinariiedade do fato, só prova contrária é que levará a se admitir o contrário, ônus do fornecedor. O fato será, pois, admitido como existente, favoravelmente ao consumidor” (PAULA, Carlos Alberto Reis de, *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*, p. 129).

¹²⁵ “Uma das grandes características das presunções está no seu efeito de dispensar do ônus da prova aquele que as tem em seu favor, por isso, o art. 334, inc. IV, do CPC, declara que independem de prova os fatos ‘em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade’” (MACHADO JÚNIOR, César Pereira da Silva, *O ônus da prova no processo do trabalho*, p. 98-99).

judiciais atuam apenas no objeto da prova, não alterando as regras de distribuição da carga probatória.

Com efeito, quando a parte alega um fato ao qual a lei ou o juiz atribuem presunção relativa, caberá à parte adversa comprovar a inexistência daquele (fato impeditivo da pretensão da parte contrária) ou a existência de outro fato oposto ao presumido (modificativo ou extintivo da pretensão da parte adversa).

Note-se, portanto, que continuará recaindo sobre a parte contrária o ônus probatório quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito alegado pela parte em cujo favor a presunção milita, não havendo qualquer inversão das cargas probatórias. O efeito probatório da presunção legal relativa e da judicial recai apenas sobre a dispensa do ônus da parte que alega o fato presumido de prová-lo em juízo. Nada mais. Diante da presunção legal relativa e da judicial, a lei (artigo 334, inciso IV, do Código de Processo Civil) limita o objeto da prova, tornando dispensável que a parte que alega o fato presumido o prove.

No mais, é certo que aquele que alega fato presumido pela lei ou pelo juiz não está totalmente dispensado de produzir provas. Com efeito, deverá comprovar a veracidade e a existência do indício apontado, o qual serve de base para a formulação da presunção. Caso não reste comprovado o indício, não há como ser formulada a presunção.

Portanto, seja no caso da presunção legal relativa, seja na hipótese da presunção judicial, defendemos que sua formulação não importa em inversão do ônus da prova, mas, sim, em mera dispensa do ônus de provar em favor de quem milita favorável a presunção, vez que as regras de distribuição das cargas probatórias incidentes na demanda permanecem inalteradas¹²⁶. As presunções atuam no objeto da prova, e não na distribuição do ônus da prova.

2.10. Responsabilidade civil objetiva e ônus da prova

Como se sabe, os requisitos da responsabilidade civil estabelecidos pelo direito material são a ação ou omissão (fato lesivo) do agente, o dano ou prejuízo, o nexo de causalidade e a culpa ou dolo do ofensor.

¹²⁶ Nesse sentido: PEGO, Rafael Foresti, *A inversão do ônus da prova no direito processual do trabalho*, p. 74-76.

A responsabilidade civil subjetiva é aquela em que há necessidade de comprovação de existência de culpa ou dolo do agente no evento danoso, além dos demais requisitos. Já a responsabilidade civil objetiva independe da caracterização da culpa ou dolo do agressor, bastando a ação ou omissão, o dano e o nexo de causalidade para gerar a obrigação de indenizar.

A responsabilidade civil objetiva, em seus contornos gerais, está prevista no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, com a adoção da chamada *teoria do risco da atividade*. De acordo com o dispositivo, a lei impõe ao agente o dever de ressarcir os danos causados às vítimas independentemente da existência ou não de culpa no evento, pois a responsabilidade é inerente ao risco da atividade praticada. O risco, portanto, decorre da atividade, e não do comportamento do agente¹²⁷.

Sustenta-se que, no caso da responsabilidade civil objetiva, haveria uma típica inversão do ônus da prova. No entanto, para nós, não é bem isso o que ocorre.

Com efeito, o direito material é quem determina que, na responsabilidade civil objetiva, não há necessidade de o autor comprovar a existência dos elementos subjetivos (dolo ou culpa) da conduta do réu, agente causador do dano. O que impõe a obrigação do agente é o risco da atividade, e não a existência de culpa ou dolo no evento, além, certamente, dos elementos objetivos da responsabilidade.

Portanto, é irrelevante que o réu produza prova de inexistência de dolo ou culpa em sua conduta, pois, no âmbito da responsabilidade civil objetiva, os elementos subjetivos não são considerados como requisitos da obrigação de indenizar¹²⁸.

Nesse sentido, os elementos subjetivos (dolo ou culpa) são retirados do *thema probandi* pela norma de direito material, não havendo inversão do ônus da prova¹²⁹.

¹²⁷ “A responsabilidade, fundada no risco, consiste, portanto, na obrigação de indenizar o dano produzido por atividade exercida no interesse do agente e sob seu controle, sem que haja qualquer indagação sobre o comportamento do lesante, fixando-se no elemento objetivo, isto é, na relação de causalidade entre o dano e a conduta do seu causador” (DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*, p. 56).

¹²⁸ “Na *responsabilidade objetiva*, a atividade que gerou o dano é lícita, mas causou perigo a outrem, de modo que aquele que a exerce, por ter a obrigação de velar para que dela não resulte prejuízo, terá o dever ressarcitório, pelo simples implemento do nexo causal. A vítima deverá pura e simplesmente demonstrar o nexo de causalidade entre o dano e a ação que o produziu. Nela não se cogita de responsabilidade indireta, de sorte que reparará o dano o agente ou a empresa exploradora, havendo tendência de solicitação dos riscos, nem do fortuito como excludente de responsabilidade, como pondera Arnaldo Medeiros da Fonseca” (DINIZ, Maria Helena, *Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*, p. 58-59).

¹²⁹ “Costuma-se confundir, em razão da desnecessidade de demonstrar a existência de culpa, a figura da responsabilidade civil objetiva com a inversão dos ônus probatórios. Todavia, o que ocorre é o afastamento do elemento culpa para a aferição da responsabilidade civil, retirando-a do objeto litigioso. *É o direito material que deixa de exigir a prova da culpa*: quando esta é incluída no objeto litigioso nas hipóteses indicadas na lei, o ônus probatório pertence ao réu, mas na condição de *fato impeditivo do direito do autor*” (CARPES, Artur, *Ônus dinâmico da prova*, p. 118-119). Nesse mesmo sentido, analisando os artigos 12, 14

A responsabilidade civil objetiva atua na admissão da prova, e não na distribuição dos encargos probatórios.

No entanto, não é correto afirmar que, no caso da responsabilidade civil objetiva, estaria o autor totalmente desonerado de produzir provas, e que o réu não possa produzir provas que afastem sua responsabilidade¹³⁰.

Ainda que dispensado da comprovação do dolo e culpa do agressor, o autor, pleiteando indenização decorrente de ato ilícito, deverá demonstrar a existência dos demais elementos objetivos da responsabilidade civil, quais sejam, o nexo de causalidade, a ação ou omissão (fato lesivo) do agente e o dano ou prejuízo aferido. No mais, o réu poderá eximir-se da responsabilidade comprovando culpa exclusiva da vítima, culpa concorrente, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior, e inexistência do dano.

Em suma, entendemos que a responsabilidade civil objetiva não configura inversão do ônus da prova, pois atua na admissão da prova, delimitando o *thema probandi* ao retirar os elementos subjetivos (culpa ou dolo) dos requisitos da obrigação de indenizar. Desse modo, o autor resta dispensado pela lei de produzir prova acerca dos elementos subjetivos da responsabilidade civil, mas não dos demais requisitos da obrigação de indenizar, enquanto que o réu pode produzir contraprovas que afastem sua responsabilidade.

e 23 do Código de Defesa do Consumidor, Luiz Guilherme Marinoni: “Como se vê, tais normas afirmam expressamente que o consumidor não precisa provar o defeito do produto ou do serviço, *incumbindo ao réu o ônus de provar que esses defeitos não existem*” (*Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto*, p. 265).

¹³⁰ Isso porque o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil incorporou a teoria do risco da atividade, e não a teoria do risco integral, segundo a qual nenhuma excludente pode ser alegada.

3. ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

3.1. A regra do artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e a aplicação subsidiária do artigo 333 do Código de Processo Civil ao Direito Processual do Trabalho

A regra geral de distribuição do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho está prevista no artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual determina que “a prova das alegações incumbe à parte que as fizer”. Trata-se de norma idêntica à estabelecida no Direito Romano, prevista no Digesto: *semper onus probandi ei incumbit qui dicit* ou *semper necessitas probandi incumbit illi qui agit* (o ônus da prova incumbe a quem afirma ou age)¹³¹.

De acordo com este dispositivo, incumbe a cada uma das partes comprovar as alegações que formula. Assim, inicialmente, cabe ao autor comprovar as alegações deduzidas na inicial. Caso o réu negue a pretensão, o ônus permanece com o autor. No entanto, alegando fato contraposto à pretensão do autor, ainda que seja um fato negativo, pela estrita redação, ao réu incumbe a comprovação.

Uma primeira corrente sustenta que a regra do artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho é muito aberta, pouco esclarecedora sobre a disciplina legal do ônus da prova. Diante disso, com base no artigo 769 do texto consolidado¹³², defende-se a aplicação subsidiária, no Direito Processual do Trabalho, do artigo 333 do Código de Processo Civil. Isso porque, afirma-se, a norma do Direito Processual Civil, ao distribuir o ônus probatório de acordo com a posição das partes na relação jurídica processual e a natureza dos fatos alegados, calcada no interesse processual, configura-se mais técnica e didática aos demandantes, além de estabelecer critérios objetivos de julgamento, para a hipótese de insuficiência ou inexistência de provas (regra de julgamento).

¹³¹ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio, *Curso de Direito Processual do Trabalho: processo de conhecimento*, p. 967-968.

¹³² “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”.

No nosso sentir, o referido art. 818, da CLT, não é completo, e por si só é de difícil interpretação e também aplicabilidade prática, pois como cada parte tem que comprovar o que alegou, ambas as partes têm o encargo probatório de todos os fatos que declinaram, tanto na inicial, como na contestação.

Além disso, o art. 818 consolidado não resolve situações de inexistência de prova no processo, ou de conflito entre as provas produzidas pelas partes. O juiz da atualidade, diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF), não pode se furtar de julgar, alegando falta de prova nos autos, ou impossibilidade de saber qual foi a melhor prova. Por isso, a aplicação da regra de ônus da prova como fundamento de decisão é uma necessidade do processo contemporâneo¹³³.

No entanto, existem posições contrárias, defendendo a suficiência do artigo 818 na disciplina legal da distribuição dos ônus probatórios no Direito Processual do Trabalho. A tese mais conhecida é a sustentada por MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO, no sentido de que, diante da regra específica do texto consolidado quanto à distribuição do ônus da prova, não deve ser aplicada a norma processual civil, pela inexistência de omissão legal no processo do trabalho.

O detalhamento técnico contido no artigo 333 do Código de Processo Civil, quanto à posição das partes na relação jurídica processual, a natureza dos fatos alegados e a distribuição das cargas probatórias, não configura a omissão. Pelo contrário. O que há, na realidade, é uma colisão frontal entre os dispositivos, vez que, em determinadas demandas, caso se aplique uma ou outra regra, a decisão final proferida será totalmente oposta. O autor dá como exemplo o pedido de horas extras, o qual, uma vez rejeitado pela reclamada (negação do fato constitutivo do autor), e não produzida nenhuma prova a respeito, pela regra do processo civil será julgado improcedente, enquanto que incidindo a norma processual trabalhista, haveria procedência do pleito¹³⁴.

¹³³ SCHIAVI, Mauro, *Provas no processo do trabalho*, p. 51. Nesse mesmo sentido: JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa, *Direito processual do trabalho*, p. 689; SARAIVA, Renato, *Curso de Direito Processual do Trabalho*, p. 374; MARTINS, Sérgio Pinto, *Direito processual do trabalho*, p. 322; OLIVEIRA, Francisco Antônio de, *A prova no processo do trabalho*, p. 48.

¹³⁴ “Concluimos, portanto, que o art. 818 da CLT, desde que o intérprete saiba captar, com fidelidade, o seu verdadeiro conteúdo ontológico, deve ser o único dispositivo legal a ser invocado para resolver os problemas relacionados ao ônus da prova no processo do trabalho, vedando-se, dessa forma, qualquer invocação supletiva do art. 333, do CPC, seja porque a CLT não é omissa, no particular, seja porque há manifesta incompatibilidade com o processo do trabalho. Discordamos, por essa razão, dos que sustentam ser o art. 818 da CLT, *insuficiente* para disciplinar a distribuição da carga probatória entre os litigantes (com o que se insinua a necessidade de incidência complementar da norma processual civil)” (TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio, *Curso de Direito Processual do Trabalho: processo de conhecimento*, p. 977). Nesse mesmo sentido: PEGO, Rafael Foresti, *Ônus da prova*, p. 170.

Pode-se reconhecer a existência de uma terceira corrente, a qual, concordando com o caráter aberto e genérico da norma do artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, sustenta a aplicação de outros critérios para distribuição do ônus da prova entre os litigantes, que não apenas os do artigo 333 do Código de Processo Civil¹³⁵. Esta interpretação é elaborada, justamente, em razão da estrutura normativa vaga do dispositivo legal trabalhista. Nesse sentido, defende-se a viabilidade da adoção de outros parâmetros, como a regra de inversão judicial do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor, as presunções legais e judiciais e o princípio da aptidão para a prova.

Com isso, a regra do artigo 818 do texto consolidado não configuraria entrave à adoção de outros parâmetros para a distribuição do ônus da prova entre os demandantes. Pelo contrário. O caráter genérico e aberto da norma permitiria que a lacuna fosse preenchida por outros critérios, sem maiores dificuldades interpretativas¹³⁶.

Parece-nos ser esta a posição mais correta. Com efeito, a disposição cletista, no sentido de que a carga probatória de determinado fato incumbe à parte que formulou a alegação a respeito deste mesmo fato, é genérica e lacônica, não disciplinando outros aspectos referentes ao ônus da prova, como a determinação do critério objetivo de julgamento diante da inexistência ou insuficiência de provas (regra de julgamento). No mais, a sua literal observância pode levar a casos em que seja atribuído à parte ônus de comprovar negações de fato, verdadeira *probatio diabolica*.

Ainda que exista norma expressa e específica disciplinando a matéria do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho, representada pelo artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, a lacuna referida pelo artigo 769 do texto consolidado não é apenas a normativa (quando não existe regra específica acerca de determinada matéria), mas, também, a ontológica e a axiológica. Assim, as normas do direito processual

¹³⁵ “Desta forma, entendemos que o texto do art. 818 da CLT, tanto quanto as disposições do art. 333 do CPC, são insuficientes para a solução do complexo tema do ônus da prova no processo do trabalho (...)” (MACHADO JÚNIOR, César Pereira da Silva, *O ônus da prova no processo do trabalho*, p. 156-127).

¹³⁶ “De qualquer modo – não se pode negar –, o texto da CLT é vago, e a sua interpretação não está, obrigatoriamente, presa à sua gênese histórica. Isso possibilita que se faça uma interpretação criativa de seu conteúdo, para que se realize uma distribuição do ônus da prova no processo do trabalho mais condizente com as características da relação de direito material, utilizando-se da concepção de que a realização da prova compete à parte que tiver maior aptidão para a sua produção e do reconhecimento de que tal distribuição do *onus probandi* pode, e deve, embasar-se em critérios determinados pela presunção *hominis* (as máximas de experiência), que possibilitam adotar como verdadeira, até prova em contrário, a alegação verossímil” (SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, *A efetividade do processo*, p. 73).

comum podem ser aplicadas ao processo do trabalho quando as regras destes estiverem ultrapassadas, ou impedirem a efetiva tutela jurisdicional¹³⁷.

Nesse sentido, inclusive, o **Enunciado n. 66** aprovado na **1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho**, realizada no Tribunal Superior do Trabalho, em 2007:

APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DE NORMAS DO PROCESSO COMUM AO PROCESSO TRABALHISTA. OMISSÕES ONTOLÓGICA E AXIOLÓGICA. ADMISSIBILIDADE. Diante do atual estágio de desenvolvimento do processo comum e da necessidade de se conferir aplicabilidade à garantia constitucional da duração razoável do processo, os artigos 769 e 889 da CLT comportam interpretação conforme a Constituição Federal, permitindo a aplicação de normas processuais mais adequadas à efetivação do direito. Aplicação dos princípios da instrumentalidade, efetividade e não-retrocesso social.

Contudo, adotar a regra do artigo 333 do Código de Processo Civil como única e exclusiva opção não se demonstra solução mais viável, diante das especificidades das relações materiais laborais, e da própria relação jurídica processual trabalhista¹³⁸. De fato, em algumas hipóteses, a norma processual civil revela-se como incompatível com o próprio Direito Processual do Trabalho e seus princípios norteadores¹³⁹. ALBERTO TRUEBA URBINA, por exemplo, chega a sustentar, inclusive, que o regime da prova no Direito Processual Civil é totalmente diverso do que impera no Direito Processual do Trabalho, justamente pelas diferenças existentes entre os direitos materiais tutelados por estes ramos do processo, defendendo uma *Teoria da Prova Laboral*.

¹³⁷ “A heterointegração pressupõe, portanto, existência não apenas das tradicionais lacunas normativas, mas também das lacunas ontológicas e axiológicas. Dito de outro modo, a heterointegração dos dois sistemas (processo civil e trabalhista) pressupõe a interpretação evolutiva do art. 769 da CLT, para permitir a aplicação subsidiária do CPC não somente na hipótese (tradicional) de lacuna normativa do processo laboral, mas também quando a norma do processo trabalhista apresentar manifesto envelhecimento que, na prática, impede ou dificulta a prestação jurisdicional justa e efetiva deste processo especializado” (LEITE, Carlos Henrique Bezerra, *Curso de direito processual do trabalho*, p. 96-97).

¹³⁸ “Ao permitir a aplicação subsidiária do CPC sempre que houver omissão e compatibilidade, a CLT não diz tudo. Quase sempre, a operação de transplante exige que as regras igualitárias do processo comum sejam sensibilizadas pelos princípios do processo trabalhista” (VIANA, Márcio Túlio, *Crítérios para a inversão do ônus da prova no processo trabalhista*, p. 1220).

¹³⁹ “A conclusão que se chega é que o art. 333 do CPC pode ser aplicado subsidiariamente no processo do trabalho, desde que observadas as restrições que decorrem das particularidades desse último” (PAULA, Carlos Alberto Reis de, *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*, p. 112).

La teoría de la prueba laboral no puede incluirse en la teoría general del proceso, por las mismas razones que no pueden comprenderse el proceso laboral, agrario y de la seguridad social dentro del proceso común del derecho público, ni siquiera en sus líneas más generales, porque la teoría general del proceso forma parte de la Constitución política (Arts. 13, 14, 16, 17, 20) y los otros procesos están encuadrados dentro del capítulo social de la Constitución (Arts. 123 y 27), de manera que la gran división entre el proceso común y el proceso social radica, entre nosotros, en fuentes fundamentales, en los textos de nuestra Constitución político-social. Por consiguiente, la teoría de la prueba laboral integra la teoría del proceso del trabajo y ambas forman parte de la *Teoría general del proceso social*¹⁴⁰.

Isso ocorre, por exemplo, com a distribuição convencional do ônus da prova, prevista no parágrafo único do artigo 333 do Código de Processo Civil, inaplicável ao Direito Processual do Trabalho, vez que incompatível com o princípio protetor¹⁴¹.

Mesmo o critério da regra do artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, a exemplo do artigo 333 do Código de Processo Civil, representa norma formal e abstrata de distribuição do ônus da prova, baseada no interesse processual das partes, a partir de uma visão individualista e formal do processo, desvinculada das condições específicas e das dificuldades probatórias dos litigantes no caso concreto, estando voltada apenas a garantir a segurança jurídica do sistema processual. Assim, defende-se, inclusive, a sua incompatibilidade com o Direito Processual do Trabalho, pois a natureza fundamental dos direitos trabalhistas e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de trabalho veda que as regras processuais laborais, dentre elas a de distribuição do ônus da prova, representem entrave à tutela efetiva dos direitos materiais trabalhistas¹⁴².

¹⁴⁰ Tradução sugerida: “A teoria da prova laboral não pode ser incluída na teoria geral do processo, pelas mesmas razões que não se pode compreender o processo laboral, agrário e da seguridad social dentro do processo comum de derecho público, nem sequer em suas linhas mais gerais, porque a teoria geral do processo forma da Constitución política (arts. 13, 14, 16, 17, 20) e os outros procesos estão encuadrados dentro do capítulo social da Constitución (arts. 123 e 27), de maneira que a grande divisão entre o processo comum e o processo social situa-se, entre nós, em fontes fundamentais, nos textos de nossa Constitución político-social. Por conseguinte, a teoria da prova laboral integra a teoria do processo do trabalho e ambas formam parte da *Teoría general del proceso social*” (*Nuevo derecho procesal del trabajo: teoría integral*, p. 376-377).

¹⁴¹ “Essa convenção é inaplicável ao processo trabalhista: a) não se pode admitir esse ajuste na vigência do contrato individual de trabalho, precisamente, pela sujeição do empregado ao poder diretivo do empregador; b) o acentuado aspecto inquisitivo do processo do trabalho, onde o magistrado possui a plena liberdade de condução da atividade jurisdicional, notadamente, para determinar as diligências necessárias para o esclarecimento do litígio trabalhista (art. 765, CLT)” (JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa, *Direito processual do trabalho*, p. 693).

¹⁴² “A regra do art. 818 da CLT é obsoleta, reproduzindo máxima que os romanos já empregavam no processo formulário (final da República Romana, século II a.C.). Já as regras do art. 333 do CPC consubstanciam a teoria das normas de Rosenberg, que pretendeu distribuir o ônus da prova conforme a textura da norma jurídico-material a amparar as pretensões (meados do século XX). Ambas são inaptas a regular, de modo absoluto, a dinâmica de um processo tão veloz, garantista e intuitivo como é o processo do trabalho, que envolve, via de regra, pretensões vinculadas à violação de direitos fundamentais”

Analizando o artigo 1.214 do Código Civil Espanhol, IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN destaca justamente a impropriedade de incidência de regras formais e abstratas de distribuição do ônus da prova ao processo do trabalho, sem considerar as especificidades das relações de direito material trabalhistas tuteladas por este ramo processual especializado.

Sin duda, y al margen ahora de las deficiencias técnicas del precepto, una de las ‘ventajas’ de una regla como la contenida en el artículo 1.214 CC es la de proporcionar certidumbre y seguridad, evitando ‘la discrecionalidad del juez en la imputación de los efectos de la falta de pruebas’. Sin embargo, frente a esa ventaja, su mecánica aplicación a todos los litigios laborales plantea numerosos problemas, todos ellos derivados de las peculiaridades que la problemática de la carga de la prueba tiene en el proceso de trabajo, que se tratarán de ir desgranando en las páginas que siguen. Puede anticiparse que, en general, tales peculiaridades se explican por la singularidad de la relación jurídico-material trabada entre trabajador y empleador; singularidad que a los efectos que ahora interesan se traduce, muy en síntesis, en la dificultad probatoria que muchas veces encuentra el trabajador en relación con los hechos cuya acreditación es necesaria para el éxito de su pretensión, y la paralela mayor facilidad probatoria que tiene el empleador respecto de los mismo hechos¹⁴³.

É nesse sentido que sustentamos a adoção de outros critérios e parâmetros para distribuição do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho¹⁴⁴, notadamente a distribuição dinâmica da carga probatória, objeto do presente estudo.

(FELICIANO, Guilherme Guimarães, *Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho: critérios e casuística*, p. 52); “O art. 818, ao contrário de muitas normas de direito do trabalho, não parece informado pelos princípios protetivos tão caros a este ramo do direito, na medida em que ignora as dificuldades enfrentadas pelo trabalhador para a adequada instrução probatória de sua demanda. Fundado numa visão individualista e liberal do processo – não mais compatível com as teorias processualistas modernas –, o art. 818 da CLT padece do vício de igualar formalmente partes que são materialmente desiguais. A distribuição do ônus da prova assim realizada em todas as ações envolvendo direitos trabalhistas desconsidera as particularidades da relação jurídica que gerou o direito postulado em juízo” (MARECO, Gabriella Dinelly Rabelo, *O ônus da prova no direito do trabalho: distribuição dinâmica e inversão*, p. 49-50).

¹⁴³ Tradução sugerida: “Sem dúvida, e agora à margem das deficiências técnicas do preceito, uma das ‘vantagens’ de uma regra como a contida no artigo 1.214 CC é a de proporcionar certeza e segurança, evitando ‘a discricionariedade do juiz na imputação dos efeitos da falta de provas’. Sem embargo, frente a essa vantagem, sua mecânica aplicação a todos os litígios laborais apresenta numerosos problemas, todos eles derivados das peculiaridades que a problemática do ônus da prova tem no processo do trabalho, que se vai tratar nas páginas que seguem. Pode-se antecipar que em geral, tais peculiaridades se explicam pela singularidade que os efeitos que agora interessam se traduz, em síntese, na dificuldade probatória que muitas vezes encontra o trabalhador em relação com os fatos cuja comprovação é necessária para o êxito de sua pretensão, e a paralela maior facilidade probatória que tem o empregador a respeito dos mesmos fatos” (*La prueba en el proceso de trabajo*, p. 163-164).

¹⁴⁴ Mesmo Manoel Antonio Teixeira Filho, defensor da suficiência do artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, parece admitir, em algumas hipóteses, a adoção de outros critérios de distribuição do ônus da prova: “Admitamos, apenas *ad argumentandum*, que em determinado caso o art. 818 da CLT se revele, efetivamente, insatisfatório para resolver a matéria; nem por isso, todavia, deverá o intérprete, ato-contínuo,

Analisemos, por ora, alguns desses outros critérios de distribuição da carga probatória no âmbito do Direito Processual do Trabalho, os quais a doutrina e a jurisprudência caracterizam como hipóteses de inversão judicial do ônus da prova¹⁴⁵.

3.2. Inversão judicial do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho

3.2.1. A aplicação do Código de Defesa do Consumidor

Como anteriormente afirmado, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, inciso VIII, disciplinou mecanismo para facilitar ao consumidor a defesa judicial de seus direitos. Trata-se da inversão judicial do ônus da prova, incidente nas hipóteses de verossimilhança das alegações formuladas pelo consumidor e de sua hipossuficiência perante o fornecedor/produzidor, analisadas pelo juiz no caso concreto, a partir de regras ordinárias de experiência (máximas de experiência).

Diante dos problemas técnicos e práticos advindos da exclusiva aplicação do artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, destacados acima, defende-se a adoção do mecanismo de inversão judicial do ônus da prova, previsto no Código de Defesa do Consumidor, no Direito Processual do Trabalho.

Sustenta-se, como ressaltado, que o caráter aberto e vago da regra processual trabalhista possibilita a adoção de outros critérios para distribuição dos ônus

arremessar-se aos braços do CPC, buscando socorro no art. 333. Constatada que seja a insuficiência do dispositivo processual trabalhista, competirá ao julgador verificar, em concreto, quem estava apto a produzir a prova, segundo os meios e condições de que realmente dispunha, pouco importando que se trate de prova positiva ou negativa ou de que o interesse fosse desta ou daquela parte. Assim, o princípio da *aptidão para a prova*, a que já se referida *Porras López*, deve ser eleito como o principal elemento supletivo do processo do trabalho, em cujo âmbito permanecerá em estado de latência, vindo a aflorar sempre que convocado para dirimir eventuais dificuldades em matéria de ônus da prova, proscrevendo-se, em definitivo, a presença incômoda do art. 333 do CPC, que nada mais representa – em última análise – do que uma abstração da realidade prática do processo do trabalho” (*Curso de Direito Processual do Trabalho: processo de conhecimento*, p. 977).

¹⁴⁵ Carlos Alberto Reis de Paula afirma, inclusive, que “a inversão do ônus da prova é uma das peculiaridades do processo do trabalho, e esse fenômeno encontra sua justificativa na instrumentalidade do direito processual, de forma genérica, e nas particularidades do processo do trabalho, de forma específica” (*A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*, p. 113).

probatórios, inclusive o previsto para defesa dos direitos consumeristas¹⁴⁶. No mais, a hipossuficiência do consumidor seria semelhante à hipossuficiência do trabalhador¹⁴⁷. Assim, a proximidade entre as vicissitudes das relações de direito material de consumo e de trabalho permitiria e, até mesmo, facilitaria a adoção da norma consumerista pelo Direito Processual do Trabalho¹⁴⁸.

Afirma-se, também, a ausência de norma específica no processo do trabalho disciplinando a inversão judicial do ônus da prova, autorizando-se, por meio do artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, a utilização da regra prevista no Código de Defesa do Consumidor¹⁴⁹.

Aqueles que defendem posição contrária, no sentido da impossibilidade de adoção da regra prevista no Código de Defesa do Consumidor pelo Direito Processual do Trabalho, sustentam, em síntese, que o artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho estabelece o direito processual comum como fonte subsidiária do processo do trabalho, e não o processo consumerista, e que o referido artigo 6º, inciso VIII, possibilita a

¹⁴⁶ A despeito de sua posição quanto ao artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, Manoel Antonio Teixeira Filho chegar a propor, em determinadas situações, a adoção dos critérios estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor quanto aos ônus probatórios: “A propósito, muito mais coerente e harmoniosa com os princípios do processo do trabalho seria a adoção subsidiária do inciso VIII, do art. 6º, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), segundo o qual constituem direitos básicos do consumidor, dentre outros: ‘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 experiência*’” (*Curso de Direito Processual do Trabalho: processo de conhecimento*, p. 977).

¹⁴⁷ Para um estudo acerca dos paralelos existentes entre o Direito do Consumidor e o Direito do Trabalho, ver a análise feita por Jorge Pinheiro Castelo, estabelecendo similaridades axiológicas entre ambos os sistemas normativos (*O direito material e processual do trabalho e a pós-modernidade: a CLT, o CDC e as repercussões do Novo Código Civil*).

¹⁴⁸ “A regra do CDC que permite a inversão do ônus da prova é compatível com o processo do trabalho, onde a condição de hipossuficiente do trabalhador, em sentido econômico, é presumida, pois necessita do emprego e do ganho que ele proporciona para sua sobrevivência e de sua família” (SAKO, Emília Simeão Albino, *A prova no processo do trabalho: os meios e o ônus da prova nas relações de emprego e trabalho*, p. 31); “A inversão do ônus da prova está consagrada legalmente, sendo explicitado o critério para sua aplicação. O interesse para o direito processual do trabalho está em que tem-se uma previsão legal, que pode ser invocada em subsidiariedade pelo juiz, valendo a orientação seguida pelo legislador como uma referência relevante, a indicar critério para sua invocação, o que é perfeitamente factível se considerarmos, como sublinhado, a situação próxima entre o consumidor e o trabalhador” (PAULA, Carlos Alberto Reis de, *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*, p. 130).

¹⁴⁹ “A CLT não prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova. Como mencionado, há um único artigo que trata do ônus da prova, que é o art. 818, da CLT. Não obstante, no Processo do Trabalho tem grande pertinência a regra de inversão do ônus da prova, pois, muitas vezes o estado de hipossuficiência do empregado reclamante o impede de produzir comprovação de suas alegações em juízo, ou esta prova se torna excessivamente onerosa, podendo inviabilizar a efetividade do próprio direito postulado. Desse modo, aplica-se perfeitamente ao processo do trabalho, a regra de inversão do ônus da prova constante do Código de Defesa do Consumidor, em razão da omissão da CLT e compatibilidade com os princípios que regem o processo do trabalho (art. 769, da CLT), máxime o princípio do acesso à justiça do trabalhador” (SCHIAVI, Mauro, *Provas no processo do trabalho*, p. 56). Nesse sentido, inclusive, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho: Processo: RR - 3154500-34.2008.5.09.0028; Data de Julgamento: 22.06.2011, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01.07.2011.

inversão do ônus da prova apenas no processo civil, não mencionando o processo do trabalho¹⁵⁰.

Parece-nos que esses entendimentos partem de uma interpretação gramatical das normas em tela, e não de uma análise axiológica e sistemática envolvendo o Direito Processual do Trabalho, o Direito do Trabalho e o Direito do Consumidor. Com efeito, considerando as semelhanças existentes entre as vicissitudes das relações materiais trabalhistas e consumeristas, defendemos a possibilidade de adoção da regra de inversão judicial do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor pelo processo do trabalho.

O caráter aberto do artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho permite a adoção de outros critérios de distribuição da carga probatória. No mais, trata-se de norma do direito processual comum, ou seja, fonte subsidiária do Direito Processual do Trabalho. Não vemos as incompatibilidades sustentadas.

Definida a possibilidade de inversão judicial do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho com base na regra prevista no Código de Defesa do Consumidor, outras questões são suscitadas.

A primeira delas se refere à configuração dos requisitos previstos na norma consumerista - verossimilhança da alegação e hipossuficiência da parte - no âmbito da relação jurídica processual trabalhista.

Como anteriormente afirmado, o fato verossímil é aquele que aparenta a realidade, a verdade. É reconhecida pelo juiz de acordo com as máximas de experiência, isto é, com base naquilo que ordinariamente sucede no cotidiano. Trata-se de presunção judicial (*praesumptiones hominis*) e, portanto, tecnicamente, não configura hipótese de inversão judicial do ônus da prova, mas, sim, de dispensa do ônus de provar em relação à parte a quem a presunção milita favorável¹⁵¹. Por refletir regra geral do direito probatório, prevista no artigo 335 do Código de Processo Civil¹⁵², com maior propriedade pode ser

¹⁵⁰ Sustentando que a omissão legislativa representa a impossibilidade de aplicação da técnica de inversão do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho: PEGO, Rafael Foresti, *A inversão do ônus da prova no direito processual do trabalho*, p. 82-83.

¹⁵¹ Em sentido contrário: “Assim, sendo verossímil a alegação do reclamante e adotando-se mesmo a presunção *hominis* deve-se inverter, concretamente, o ônus da prova (...)” (SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, *A efetividade do processo*, p. 77).

¹⁵² “A alegação verossímil é que tem aparência de verdade. Na avaliação da verossimilhança, deve o juiz sopesar se há mais motivos para crer do que para não crer na veracidade da alegação do autor. Também o Juiz do Trabalho se pautará pelas regras de experiência do que ordinariamente acontece, nos termos do art. 335 do CPC (...)” (SCHIAVI, Mauro, *Provas no processo do trabalho*, p. 57).

aplicada no Direito Processual do Trabalho, não caracterizando as incompatibilidades acima apontadas.

Assim, deduzindo o trabalhador um fato verossímil, e desde que provado o indício que sustenta a formulação da presunção judicial, poderá o magistrado trabalhista dispensar o reclamante de provar a alegação. Caberá à reclamada, caso queira garantir melhor êxito na demanda, provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo da pretensão do reclamante. A simples negação não será suficiente, pois ao reclamante milita favorável a presunção judicial reconhecida.

Quanto ao critério da hipossuficiência, esta deve ser entendida como a reduzida capacidade do trabalhador de produzir prova das alegações que lhe interessam. Trata-se da ausência de condições materiais, financeiras, técnicas, sociais e informacionais para produção da prova, não se restringindo, pois, à dificuldade meramente econômica¹⁵³. Nesse sentido, o conceito deve ser o mais amplo possível.

Assim, essa reduzida possibilidade de produzir provas, decorrente de um obstáculo de natureza econômica, deve ser analisada sob o ponto de vista probatório. Com efeito, não basta a existência de disparidade econômica entre trabalhador e empregador para configuração da hipossuficiência probatória, devendo a ausência de condições financeiras refletir na relação jurídica processual trabalhista como óbice à produção da prova pelo reclamante. Apenas nesse caso é que se poderá falar em hipossuficiência do trabalhador, com viés econômico, a ensejar a inversão judicial do ônus da prova¹⁵⁴.

Outra importante questão diz respeito ao momento processual adequado para incidência da regra de inversão judicial do ônus da prova no processo do trabalho.

¹⁵³ “A regra do CDC que permite a inversão do ônus da prova é compatível com o processo do trabalho, onde a condição de hipossuficiente do trabalhador, em sentido econômico, é presumida, pois necessita do emprego e do ganho que ele proporciona para sua sobrevivência e de sua família. Além disso, é hipossuficiente em sentido técnico, pois desconhece o sistema de organização e gestão empresarial. Em razão do estado de carência em sentido econômico e técnico, e do seu visível estado de necessidade, o trabalhador tem mais dificuldade para produzir a prova das condições do contrato em juízo” (SAKO, Emília Simeão Albino, *A prova no processo do trabalho: os meios e o ônus da prova nas relações de emprego e trabalho*, p. 31); “A hipossuficiência não é necessariamente a econômica, mas a dificuldade excessiva de se produzir a prova” (SCHIAVI, Mauro, *Provas no processo do trabalho*, p. 57); “O conceito, portanto, de hipossuficiência não está atado apenas ao aspecto econômico, mas ao social, de informações, de educação, de participação (...)” (PAULA, Carlos Alberto Reis de, *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*, p. 129).

¹⁵⁴ “A hipossuficiência do art. 6º, citado, certamente não se resume a uma questão econômica ou financeira, mas se refere a uma questão probatória. Ou seja, quando o empregado tiver grande dificuldade na produção da prova e, concomitantemente, o empregador disponha de maiores meios de realizá-la, este terá o encargo de demonstrar o fato” (MACHADO JÚNIOR, César Pereira da Silva, *O ônus da prova no processo do trabalho*, p. 146).

Como sustentamos anteriormente, a inversão judicial da carga probatória é cabível na fase de instrução, e não na fase de julgamento¹⁵⁵. Isso porque, deve ser valorizada e enfatizada a função subjetiva do ônus da prova (regra de conduta das partes), e não apenas a função objetiva (regra de julgamento), buscando-se evitar hipóteses de inexistência ou insuficiência probatória, com consequente julgamento formal, de acordo com regra abstratas de distribuição do ônus probatório, apenas para se evitar o *non liquet*.

Assim, adaptando-se a posição defendida à tramitação peculiar do processo do trabalho, tem-se que a inversão judicial do ônus da prova deverá ser aplicada, por meio de decisão fundamentada, durante a audiência de instrução, seja em seu início, após a apresentação da defesa, seja até o seu término, após a colheita da prova testemunhal, mas, sempre, antes do encerramento da instrução processual, dando prévia ciência às partes acerca da sua incidência, possibilitando a produção de provas e contraprovas¹⁵⁶.

Caso o magistrado trabalhista se convença da hipossuficiência probatória do trabalhador, diante da ausência de condições de produção da prova necessária ao deslinde da demanda, deverá aplicar a inversão judicial do ônus da prova durante a audiência de instrução, informando às partes acerca da adoção de tal mecanismo processual, dando aos litigantes a possibilidade de produzir provas segundo a nova regra de distribuição do ônus probatórios, incidente no caso concreto.

O acolhimento da verossimilhança da alegação deduzida pelo trabalhador, por sua vez, configura formulação de presunção judicial. Da mesma forma que ocorre na inversão judicial, pela caracterização da hipossuficiência, deverá ser comunicado às partes, por decisão fundamentada, durante a audiência de instrução, o reconhecimento

¹⁵⁵ Em sentido contrário: LEITE, Carlos Henrique B., *Curso de direito processual do trabalho*, p. 507-508.

¹⁵⁶ “Essa teoria, no entanto, como se sabe, não elimina a regra básica de que ao autor – reclamante – cabe a prova do fato constitutivo de seu direito, e ao réu – reclamado –, a prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor, sem perder de vista, é claro, a possibilidade de o juiz, em casos específicos, seguindo o teor do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, inverter o ônus da prova, mas fazendo isso expressamente, no momento de saneamento do processo trabalhista que é a audiência inicial, em respeito à isonomia processual, ou, ainda, após o depoimento pessoal das partes que lhe pode dar forte impressão sobre a verossimilhança das alegações” (SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, *A efetividade do processo*, p. 76); “Entretanto, acreditamos, a fim de resguardar o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, da CF), a inversão do ônus da prova deve ser levada a efeito pelo Juiz do Trabalho antes do início da audiência de instrução, em decisão fundamentada (art. 93, IX, da CF), a fim de que a parte contra a qual o ônus da prova foi invertido não seja pega de surpresa e produza as provas que entender pertinentes, durante o momento processual oportuno” (SCHIAVI, Mauro, *Provas no processo do trabalho*, p. 58); “A colheita das provas trabalhistas é feita na audiência e este é o local e o momento ideal para o juiz verificar a existência de qualquer circunstância que leva à inversão do ônus probatório, razão pela qual deverá manifestar-se a respeito nesta oportunidade, de forma expressa, na forma do art. 93, XI, da CF. (...) Acreditamos que o momento da inversão do ônus probatório deve ser aquele do início da instrução processual, pois, fixando os pontos controvertidos, o juiz deve também atribuir de quem é o ônus probatório, como medida de segurança às partes (...)” (MACHADO JÚNIOR, César Pereira da Silva, *O ônus da prova no processo do trabalho*, p. 156-157).

de tal presunção, possibilitando à reclamada, diante da consequente dispensa do reclamante quanto à comprovação do fato presumido, produzir prova a respeito. No mais, ao reclamante será dada a oportunidade de produzir contraprova, se for o caso.

Trata-se de conferir a mais ampla efetividade ao direito fundamental à prova, de natureza constitucional, derivado dos princípios constitucionais processuais do contraditório e da ampla defesa. O acolhimento da verossimilhança do fato alegado poderá ocorrer em qualquer momento da audiência, diante do princípio da oralidade que prevalece na colheita das provas no processo do trabalho¹⁵⁷.

3.2.2. A aplicação do princípio protetor

O princípio protetor foi erigido no âmbito da relação jurídica material trabalhista, como forma de reequilibrar o liame existente entre trabalhador e empregador. Com o escopo de neutralizar as disparidades substanciais existentes entre as partes, procura-se, com este princípio, tratar desigualmente o trabalhador, na medida de suas desigualdades, com vistas à obtenção da igualdade material entre os sujeitos da relação laboral¹⁵⁸.

O princípio protetor é desdobrado em três vertentes: a) princípio da norma mais favorável (estabelece que, no caso de duas normas colidirem, deve ser aplicada a que mais favoreça o trabalhador); b) princípio da condição mais benéfica (também conhecido como princípio do direito adquirido, estipula que uma nova norma não pode restringir direitos trabalhistas existentes); c) princípio *in dubio pro operario* (determina ao legislador e ao juiz que, existente duas ou mais interpretações possíveis acerca de determinada norma, deve-se optar por aquela que mais favoreça o trabalhador).

¹⁵⁷ “Por fim, mas com bastante destaque, diga-se que a impressão do juiz sobre a verossimilhança das alegações poderá ser firmada no próprio desenvolvimento do procedimento, o que é extremamente favorecido pela oralidade, especialmente o contato direto entre o juiz e as partes, desde o momento mais informal da tentativa de conciliação” (SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, *A efetividade do processo*, p. 77).

¹⁵⁸ “O princípio de proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador. Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes” (PLÁ RODRIGUEZ, Américo, *Princípios de direito do trabalho*, p. 28).

Discute-se, na doutrina e na jurisprudência, a possibilidade de aplicação do princípio protetor e, mais especificamente, do princípio *in dubio pro operario*, no Direito Processual do Trabalho.

A incidência do princípio protetor no Direito Processual do Trabalho é defendida como forma de reequilibrar as partes na relação jurídica processual, assim como sucede na relação jurídica material¹⁵⁹. Trata-se de adequar as regras do processo do trabalho às vicissitudes da relação jurídica material laboral¹⁶⁰.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a aplicação do princípio protetor no Direito Processual do Trabalho representa a materialização do princípio constitucional da igualdade material na relação jurídica processual laboral. Assim, a observância do princípio protetor no processo do trabalho potencializa a eficácia do princípio da igualdade material na relação jurídica processual, pois tem como escopo a correção das desigualdades específicas e concretas da relação jurídica material laboral no processo trabalhista.

Esta fórmula – ‘desigualdad compensada con otra desigualdad’ – parece ser la primera en el orden lógico frente al fenómeno en estudio. De la misma manera, el derecho procesal del trabajo es un derecho elaborado totalmente en el propósito de evitar que el litigante más poderoso pueda desviar y entorpecer los fines de la justicia¹⁶¹.

¹⁵⁹ “Pelo princípio da proteção, o caráter tutelar, protecionista, tão evidente no direito material do trabalho, também é aplicável no âmbito do processo do trabalho, o qual é permeado de normas, que, em verdade, objetivam proteger o trabalhador, parte hipossuficiente da relação jurídica laboral. Portanto, considerando a hipossuficiência do obreiro também no plano processual, a própria legislação processual trabalhista contém norma que objetivem proteger o contratante mais fraco (empregado) (...)” (SARAIVA, Renato, *Curso de Direito Processual do Trabalho*, p. 47). Nesse mesmo sentido: MARTINS, Sérgio Pinto, *Direito processual do trabalho*, p. 72-73; GIGLIO, Wagner D., *Direito processual do trabalho*, p. 84-85.

¹⁶⁰ “O princípio da adequação é aquele que faz surgir das particularidades do Direito do Trabalho as particularidades do Direito Processual do Trabalho” (PAULA, Carlos Alberto Reis de, *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*, p. 124).

¹⁶¹ Tradução sugerida: “Esta fórmula – ‘desigualdade compensada com outra desigualdade’ – parece ser a primeira na ordem lógica frente ao fenômeno em estudo. Da mesma maneira, o direito processual do trabalho é um direito elaborado totalmente no propósito de evitar que o litigante mais poderoso possa desviar e entorpecer os fins da justiça” (COUTURE, Eduardo J. *Estudios del derecho procesal civil*, p. 276). Amauri Mascaro do Nascimento salienta que, a despeito da possibilidade de aplicação do princípio da proteção no Direito Processual do Trabalho, inclusive em matéria de prova, esta previsão deve estar contida na lei, não podendo figurar como critério subjetivo do juiz, sob pena de violação de princípios constitucionais processuais: “O processo pode e deve ter leis que atendam ao princípio do tratamento mais benéfico para o trabalhador, e critérios de produção e interpretação de provas que o favoreçam, porque é evidente a disparidade econômica entre as partes. Porém, deve ser instituído, regulamentado e estabelecido *pela lei* na proporção que julgar correto, para restabelecer o equilíbrio entre as partes no processo (...). Se a fonte da favorabilidade não for a lei e sim o critério pessoal do juiz, pode-se consumir, em um caso concreto, uma desproporcionalidade excessiva a título de promoção de igualdade que não se coaduna com os fins do processo. E encontra resistência em princípios processuais que rigorosamente devem ser assegurados igualmente a ambas as partes e do mesmo modo (ex.: o devido processo legal, o direito ao

Com base na aplicação do princípio protetor no Direito Processual do Trabalho, defende-se, inclusive, a inversão judicial do ônus da prova. Verificando o juiz, no caso concreto, a desigualdade material do trabalhador em relação ao empregador, quanto à produção da prova de determinado fato alegado, poderá determinar a inversão do ônus da prova.

La inversión de la prueba cumple, pues, en el proceso del trabajo una función tutelar del trabajador que constituye, por otra parte, la finalidad de toda la legislación social, la que, sin perjuicio de garantizar los derechos de los factores activos de la producción en el proceso, mira con especial atención cuanto se refiere al elemento obrero y a su protección. Una solución contraria de la carga de la prueba laboral como la enfocamos, llevaría a dejar al demandante obrero en una completa indefensión, incompatible con el *derecho justiciario social*¹⁶².

A grande questão debatida quanto à aplicação do princípio protetor na relação jurídica processual relaciona-se à utilização do princípio *in dubio pro operario* na valoração das provas produzidas¹⁶³. Sustenta-se que, na hipótese de inexistência ou insuficiência de provas, ou, ainda, no caso da chamada “prova dividida”¹⁶⁴ (equivalência de provas), a demanda deve ser julgada em favor do trabalhador, pela aplicação do referido

contraditório, o direito de recorrer, a litigância de má-fé etc.)” (*Curso de Direito Processual do Trabalho*, p. 111).

¹⁶² Tradução sugerida: “A inversão da prova cumpre, pois, no processo do trabalho uma função tutelar do trabalhador que constitui, por outro lado, a finalidade de toda a legislação social, a qual, sem prejuízo de garantir os direitos dos fatores ativos da produção no processo, examina com especial atenção quando se refere ao elemento obreiro e sua proteção. Uma solução contrário do ônus da prova laboral como enfocamos, levaria a deixar ao demandante obreiro em completa indefesa, incompatível com o direito judiciário social” (TRUEBA URBINA, Alberto, *Nuevo derecho procesal del trabajo: teoría integral*, p. 377). Nesse mesmo sentido: FRANCO, Elza Maria M. S. de Sousa, *Lineamentos sobre a teoria da inversão do ônus da prova e o princípio da igualdade das partes no processo do trabalho*, p. 1314-1315; SANTOS, Willians Franklin Lira dos, *A inversão do ônus da prova pericial no processo do trabalho*, p. 718-719; SAKO, Emília Simeão Albino, *A prova no processo do trabalho: os meios e o ônus da prova nas relações de emprego e trabalho*, p. 50; BRISELLI, Luiz Felipe Sampaio, *A teoria da prova, o princípio protetor e as desigualdades materiais das relações de trabalho*, p. 255.

¹⁶³ Favorável a essa posição: PLÁ RODRIGUES, Américo, *Princípios de direito do trabalho*, p.48.

¹⁶⁴ “Situações existem em que o juiz se depara com a chamada prova dividida, ou ‘empatada’, que não possibilita ao julgado saber qual versão está realmente verossímil. Alguns autores asseveram que o juiz nunca se encontrará na referida situação de dúvida, pois sempre terá subsídios para formar o convencimento e poderá distinguir qual prova foi superior, tanto no aspecto qualitativo quanto no quantitativo. Efetivamente, acreditamos, inclusive por experiência própria, que há situações em que o juiz se encontra diante da chamada prova dividida, e em dúvida sobre qual prova é melhor, necessitando adotar critérios para o ‘desempate’, uma vez que, por dever de ofício, deve proferir a decisão” (SCHIAVI, Mauro, *Provas no processo do trabalho*, p. 70).

princípio¹⁶⁵. Em termos práticos, o princípio *in dubio pro operario* seria erigido a típica regra de julgamento (ônus da prova objetivo)¹⁶⁶.

Há, ainda, quem defenda a aplicação restrita do princípio, apenas na hipótese de existência de início de prova em favor do empregado, como típica inversão judicial do ônus da prova¹⁶⁷.

No entanto, a posição majoritária na doutrina e na jurisprudência sustenta a inadmissibilidade de aplicação do princípio *in dubio pro operario* na valoração da prova produzida. Afirma-se que as regras de distribuição do ônus da prova para hipóteses de inexistência, insuficiência ou equivalência de provas (ônus da prova objetivo) são aquelas previstas nos artigos 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e 333 do Código de Processo Civil, não podendo o juiz agir de forma diversa, sob pena de negativa de vigência da lei. No mais, o julgamento poderia configurar-se como parcial, arbitrário, casual¹⁶⁸.

De fato, parece-nos que o princípio *in dubio pro operario* não possa ser aplicado pelo magistrado trabalhista como regra de julgamento. Na hipótese de

¹⁶⁵ Nesse sentido: MACHADO JÚNIOR, César P. S., *O ônus da prova no processo do trabalho*, p. 142-145; BRISELLI, Luiz Felipe Sampaio, *A teoria da prova, o princípio protetor e as desigualdades materiais das relações de trabalho*, p. 100.

¹⁶⁶ “Não obstante, em caso de dúvida, o Juiz do Trabalho deve procurar a melhor prova, inclusive se baseando pelas regras de experiência do que ordinariamente acontece, intuição, indícios e presunções. Somente se esgotados todos os meios de se avaliar qual foi a melhor prova, aí sim poderá optar pelo critério de aplicabilidade ou não do princípio *in dubio pro operario* como razão de decidir” (SCHIAVI, Mauro, *Provas no processo do trabalho*, p. 71).

¹⁶⁷ “O juiz deverá agir cautelosamente, evitando a posição simplista de inverter sistematicamente o ônus da prova, imputando-o sempre ao empregador. A aplicação do princípio dá-se quando há um começo de prova em favor do empregado, embora a prova seja insuficiente para o acolhimento da postulação do trabalhador. (...) Tendo havido um início de prova, aplica-se o princípio *in dubio, pro operario* pelo que fica invertido o ônus da prova, competindo ao reclamado a prova de que os documentos que colacionou correspondem aos pagamentos efetivamente feitos” (PAULA, Carlos Alberto Reis de, *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*, p. 124-125).

¹⁶⁸ “Entendemos, pois, que o princípio *in dubio pro operario* não incide em matéria de apreciação de prova. (...) Ora, o pressuposto concreto para a incidência desse princípio (isto para os que sustentam o seu cabimento) é a falta ou insuficiência de provas. Excepcionalmente poderá concernir a existência recíproca de provas (ambas as partes provaram os fatos alegados). Em qualquer caso, porém, a questão deverá ser solucionada à luz do ônus objetivo da prova, segundo o critério contido no art. 818 da CLT. Decidir-se em favor do empregado – apenas porque de empregado se trata – é atitude piedosa, de favor, que se ressentir de qualquer lastro de juridicidade, torna a sentença frágil, suscetível de virtual reforma pelo grau da jurisdição superior. Não estamos incorrendo em contradição, relativamente ao que até aqui expusemos em defesa de um reconhecimento sistemático quanto à existência de uma desigualdade real entre o empregado e o empregador. A compensação dessa desigualdade, contudo, há de ser outorgada por leis processuais adequadas e não pela pessoa do julgador, a poder de certos critérios subjetivos e casuísticos” (TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio, *Curso de Direito Processual do Trabalho: processo de conhecimento*, p. 994); “A regra não se aplica na valoração da prova, estando restrita às interpretações de direito. Vale dizer: em se cuidando de matéria probatória, não haverá o julgador que aferir valoração favorável ao empregado. Se a prova produzida não permite convicção, cabe ao julgador decidir pelo ônus da prova” (OLIVEIRA, Francisco Antônio de, *A prova no processo do trabalho*, p. 59); “O princípio *in dubio pro misero* não existe; o que há é a proteção ao hipossuficiente pela própria norma legal, que para isso é posta. Menos ainda em direito processual. Busca-se o ônus da prova; quem o detinha, e não provou, será vencido na sentença” (CARRION, Valentin, *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, p. 704).

inexistência, insuficiência ou equivalência de provas, deverá observar as regras de distribuição do ônus da prova¹⁶⁹. Com efeito, sustentar o contrário representaria violar a vigência de regras que determinam critérios objetivos e neutros de julgamento. Firmar um pressuposto de que, na dúvida, a demanda será julgada em favor do trabalhador, na nossa visão, representa a perda da imparcialidade e da cientificidade no Direito Processual do Trabalho, caracterizando o processo do trabalho como arbitrário, injusto, parcial.

No entanto, defendemos a maior incidência do princípio protetor na relação jurídica processual trabalhista, como mecanismo de superação das desigualdades materiais probatórias existentes entre as partes. Assim, concluindo o juiz do trabalho pela hipossuficiência material, financeira, técnica, social ou informacional do trabalhador em relação ao empregador, quanto à produção da prova necessária ao deslinde do feito, deverá proceder à inversão da carga probatória. Acreditamos que, desse modo, valorizando a função subjetiva do ônus da prova, a possibilidade de configuração de um quadro de inexistência ou insuficiência probatória será significativamente reduzida, não havendo necessidade de aplicação da regra de julgamento e, conseqüentemente, do próprio princípio *in dubio pro operario* na valoração das provas.

3.2.3. Princípio da pré-constituição da prova

Sustenta-se a existência do princípio da pré-constituição da prova, decorrente de regras atinentes à produção da prova documental¹⁷⁰. Assim, em razão da obrigatoriedade legal de registro escrito e documentado de certos atos e negócios jurídicos, a parte que detém os documentos, pré-constituídos em relação ao ajuizamento da ação, teria o dever processual de exibi-los em juízo, quando requisitados.

No Direito do Trabalho, podem ser mencionados como exemplos de imposição legal do registro documentado: as anotações apostas na Carteira de Trabalho e

¹⁶⁹ “Essa ingerência do princípio protetivo ao processo do trabalho, contudo, encontra limitações legais, principalmente no tocante à regulação do ônus da prova. Isto porque não há que se falar em mitigação da regra do ônus probatório para fins de proteger o trabalhador (princípio da proteção), uma vez que há um regramento específico e rígido da matéria, sendo que o trabalhador hipossuficiente está amparado por um sistema, seja de direito material, seja processual, visivelmente protetivo. Em outras palavras, na ausência, insuficiência ou equivalência da prova, a solução da lide ocorrerá mediante a aplicação da regra do ônus da prova, e não com base no princípio da proteção” (PEGO, Rafael Foresti, *Ônus da prova*, p. 171).

¹⁷⁰ PAULA, Carlos Alberto Reis de, *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*, p. 125.

Previdência Social do empregado (artigo 13 da Consolidação das Leis do Trabalho), as quais são consideradas como provas pré-constituídas (artigo 40); o registro obrigatório dos trabalhadores (artigo 41); marcação dos horários de entrada e saída do empregado (artigo 74, § 2º); a concessão de férias (artigo 135, § 2º); o recibo de pagamento (artigo 464), entre outros.

Este princípio influenciaria diretamente a distribuição dos ônus probatórios, na medida em que o juiz, no caso concreto, poderia inverter a carga probatória em desfavor daquele que possui os documentos (prova documental)¹⁷¹.

No entanto, não nos parece que o denominado princípio da pré-constituição da prova seja fundamento para inversão judicial do ônus da prova, mas, sim, um de seus parâmetros de aplicação. Explica-se.

O fundamento da inversão judicial é a hipossuficiência probatória do trabalhador em relação ao empregador. Essa desigualdade pode ser de ordem material, financeira, técnica, social ou informacional. No caso de o juiz se convencer de que a reclamada detém documentos que possam comprovar as alegações do reclamante, estará configurada a hipossuficiência material e informacional do trabalhador em relação ao empregador, autorizando a inversão judicial. Note-se que a pré-constituição do documento pelo empregador caracteriza a desigualdade probatória, mas não autoriza, por si só, a inversão judicial, a qual é permitida em razão da desigualdade probatória.

Isso se mostra relevante nas hipóteses em que, a despeito de a reclamada deter documentos que possam comprovar as alegações do trabalhador, este tenha acesso a outros meios capazes de produzir a prova necessária, não configurando a hipossuficiência probatória, sendo ilegítima, portanto, a inversão judicial do ônus da prova. Ainda mais em se tratando das relações materiais laborais, em que o princípio da primazia da realidade potencializa a produção da prova por diversos meios, notadamente o testemunhal.

¹⁷¹ “Tentando definir um critério rígido, concluímos que toda vez que a lei, por uma razão ou por outra, exigir a preconstituição da prova, e o empregador não cumprir a exigência, o *onus probandi* se inverte” (VIANA, Márcio Túlio, *Critérios para a inversão do ônus da prova no processo trabalhista*, p. 1224); “Se a parte detém o documento, decorrendo a sua pré-constituição de imposição legal, e tratando-se de documento comum, parece-nos lógico que está obrigada a trazê-lo à instrução. Dessa obrigação, pode resultar a inversão do ônus da prova, naquelas hipóteses em que, em observância ao princípio geral de distribuição da prova, o ônus competiria ao empregado” (PAULA, Carlos Alberto Reis de, *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*, p. 127); “Contudo, a simples falta de anotação em Carteira de Trabalho ou dos recibos de pagamento inverte o ônus da prova contra o empregador, que deverá produzi-la, em face do princípio da pré-constituição da prova, pois o empregador tem a obrigação de manter os documentos referentes ao cumprimento dessas obrigações trabalhistas (CLT, arts. 29 e 464)” (MACHADO JÚNIOR, César Pereira da Silva, *O ônus da prova no processo do trabalho*, p. 148-149).

Assim, o princípio da pré-constituição da prova não se revela como fundamento para inversão judicial do ônus da prova, mas, sim, como um de seus critérios de aplicação, caracterizador da hipossuficiência probatória.

3.2.4. Princípio da aptidão para a prova

O princípio da aptidão para a prova é o mais invocado pela doutrina e jurisprudência para fundamentar a inversão judicial do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho. Em linhas gerais, a prova de determinada alegação deverá ser produzida pela parte que detenha as melhores condições materiais, financeiras, técnicas, sociais ou informacionais de efetuar-la, independentemente de sua posição na relação jurídica processual e da natureza do fato alegado a ser provado¹⁷².

O fundamento para o princípio da aptidão para a prova seria a igualdade substancial dos litigantes no processo. Assim, determinando o juiz trabalhista que a prova seja produzida por aquele que detenha as melhores condições de fazê-lo, no caso concreto, estará sendo aplicado, em última análise, o princípio da igualdade material na relação jurídica processual trabalhista, reequilibrando as partes desiguais¹⁷³.

Diante do postulado de que a parte que detenha as melhores condições é a que deve produzir a prova de determinada alegação, independentemente de quem o formulou e da natureza do fato, sustenta-se que a aplicação do princípio da aptidão para a prova resulta em verdadeira inversão judicial do ônus da prova. Isso porque, a carga

¹⁷²“Debe probar el que este en aptitud de hacerlo, independientemente de que será el actor o el demandado” (Tradução sugerida: “Deve provar aquele que tem aptidão para fazê-lo, independentemente de que seja autor ou réu”) (PORRAS LOPEZ, Armando, *Derecho procesal del trabajo*, p. 251); “No campo do processo do trabalho, isso significa inverter quase sempre o ônus da prova em benefício do empregado, já que o patrão detém, em geral, os meios de convencer o juiz” (VIANA, Márcio Túlio, *Crítérios para a inversão do ônus da prova no processo trabalhista*, p. 1223); “Significa esse princípio que a prova deverá ser produzida por aquela parte que a detém ou que tem acesso à mesma, sendo inacessível à parte contrária. Consequentemente, é a que se apresenta como apta a produzi-la judicialmente” (PAULA, Carlos Alberto Reis de, *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*, p. 120); “Trata-se, na verdade, da superação da regra do ônus da prova prevista nos arts. 818 da CLT e 333 do CPC, à luz dos princípios constitucionais do acesso à justiça, contraditório, ampla defesa e igualdade substancial dos litigantes, uma vez que no processo, em determinadas circunstâncias, a prova pode ser produzida com maior facilidade e efetividade por uma parte à qual não detém o ônus da prova” (SCHIAVI, Mauro, *Provas no processo do trabalho*, p. 33).

¹⁷³“O fundamento para a aplicação do princípio da aptidão está na justiça distributiva aliada ao princípio da igualdade, cabendo a cada parte aquilo que normalmente lhe resulta mais fácil. O critério será o da proximidade real e de facilidade do acesso às fontes de prova” (PAULA, Carlos Alberto Reis de, *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*, p. 123).

probatória deverá ser atribuída pelo magistrado à parte que detenha as melhores condições probatórias, que esteja materialmente apta a superá-la no caso concreto¹⁷⁴.

No entanto, assim como no caso do princípio da pré-constituição da prova, não nos parece que o princípio da aptidão para a prova seja fundamento para inversão judicial do ônus da prova. Parece-nos, sim, que representa um dos parâmetros para aplicação da inversão.

Com efeito, o juiz trabalhista não pode inverter o ônus da prova apenas porque a reclamada possui, no caso concreto, as melhores condições materiais, financeiras, técnicas, sociais ou informacionais de produzir a prova necessária ao deslinde do feito (aptidão para a prova). Deve, também, restar configurada a ausência dessas condições por parte do reclamante. Nesse sentido, o fundamento para a inversão não é a aptidão, mas, sim, a hipossuficiência probatória, caracterizada pela falta de condições de uma parte e pela detenção dessas condições pela outra parte¹⁷⁵.

De fato, a inversão judicial do ônus da prova não será aplicada apenas porque o empregador detém as melhores condições de produzir a prova, mas, também, porque o trabalhador não possui as mesmas condições¹⁷⁶. Note-se a configuração de um quadro de desigualdade material no âmbito da relação jurídica processual, caracterizando a hipossuficiência probatória do trabalhador em face do empregador. Essa sim, a

¹⁷⁴ “Já o princípio para a aptidão para a prova influenciará na fixação do ônus da prova, em decorrência do qual esse encargo será atribuído a quem detém o documento ou coisa, prova relevante para a parte contrária. (...) Indiscutivelmente, o princípio será aplicado todas as vezes em que o empregado não puder fazer a prova a não ser por meio de documento ou coisa que a parte contrária detém. Partindo do princípio da boa-fé, que informa a conduta processual dos litigantes, todas as vezes que o documento, por seu conteúdo, for comum às partes, haverá também a inversão do ônus da prova, competindo ao empregador colacioná-lo, sob pena de serem admitidas como verdadeiras as alegações feitas pelo empregado” (PAULA, Carlos Alberto Reis de, *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*, p. 120 e 123). Nesse sentido, inclusive, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho: Processo: RR - 107800-05.2002.5.05.0018; Data de Julgamento: 28/06/2011, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/07/2011.

¹⁷⁵ Nesse sentido, Mauro Schiavi: “Também não se trata de inversão do ônus da prova previsto no Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, VIII), mas de se atribuir simplesmente o ônus da prova à parte que melhor tenha condições de produzi-la”. No entanto, o referido autor equipara o princípio da aptidão para a prova com a teoria dinâmica da prova, o que, no nosso sentir, *data venia*, não pode ser confundido. Como será analisado, o princípio da aptidão para a prova é um dos fundamentos para a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, não podendo ser com ela equiparada: “O presente princípio, também chamado pela moderna doutrina de *teoria dinâmica da prova*, determina que deve produzir a prova não quem detenha o ônus processual (arts. 818, da CLT ou 333 do CPC), mas sim quem detenha melhores condições materiais ou técnicas para produzir a prova em juízo” (*Provas no processo do trabalho*, p. 33).

¹⁷⁶ “É evidente que o fato de o réu ter condições de provar a não-existência do fato constitutivo não permite, por si só, a inversão do ônus da prova. Isso apenas pode acontecer quando as especificidades da situação de direito material, objeto do processo, demonstrarem que não é racional exigir a prova do fato constitutivo, mas sim exigir a prova de que o fato constitutivo não existe. Ou seja, *a inversão do ônus da prova é imperativo de bom senso quando ao autor é impossível, ou muito difícil, provar o fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou muito mais fácil, provar a sua inexistência*” (MARINONI, Luiz Guilherme, *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto*, p. 260).

desigualdade probatória, é que serve de fundamento para a inversão judicial, sendo a aptidão para a prova um dos critérios de aferição.

Portanto, o princípio da aptidão para a prova atua como parâmetro de configuração do estado de hipossuficiência probatória do trabalhador em face do empregador, este, sim, fundamento para a inversão judicial do ônus da prova.

3.3. Conclusões do capítulo

Após analisarmos as regras de distribuição do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho, chegamos a algumas conclusões.

De fato, seja com a simples aplicação do artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, seja com a aplicação subsidiária do artigo 333 do Código de Processo Civil ao processo trabalhista, a disciplina legal da distribuição da carga probatória não se revela totalmente eficaz, sob o ponto de vista das vicissitudes das relações materiais laborais contemporâneas e dos princípios e escopos das modernas teorias do Direito Processual. Em alguns casos, com a incidência dessas regras, o processo trabalhista não alcança a sua finalidade máxima, qual seja, dar a cada parte aquilo que lhe seja conferido pelo direito material. Em outras palavras, o processo trabalhista não se mostra efetivo.

A distribuição do ônus da prova com base nessas normas, muitas vezes, na prática, se revela desigual, na medida em que atribui carga que não pode ser superada pela parte que a detém, sendo que, ao revés, pode muito bem ser desvencilhada pela parte contrária, sem maiores obstáculos. Assim, surgem casos em que, a despeito de ser titular legítima de determinado direito material, a parte não consegue comprovar em juízo suas alegações, tendo como consequência um julgamento desfavorável, muitas vezes fundado em regras formais de distribuição do ônus da prova (regra de julgamento – ônus da prova objetivo), diante da ausência ou insuficiência de provas produzidas.

Como mecanismo de superação dessa desigualdade probatória entre as partes, construiu-se a teoria da inversão judicial do ônus da prova, sustentando-se sua incidência no Direito Processual do Trabalho. No entanto, a despeito de seus pontos positivos, como a facilitação do acesso aos meios de prova às partes e o reequilíbrio da relação jurídica processual sob o ponto de vista probatório, existem algumas imperfeições

técnicas, no nosso sentir, que geram algumas distorções na técnica processual, a começar pela própria utilização do termo “inversão” e sua relação com o que, de fato, ocorre na distribuição da carga probatória entre os litigantes no processo.

Assim, parece-nos que a melhor solução para a disciplina legal acerca da repartição das cargas probatórias entre as partes no processo trabalhista seja a adoção da chamada *teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova*. No entanto, esta teoria deve ser profundamente estudada e debatida, para sua eficaz utilização como mecanismo processual. Nesse sentido, questões envolvendo a diferenciação entre inversão judicial e distribuição dinâmica da carga probatória, os fundamentos de sua aplicação (no Direito Processual em geral e, especificamente, no Direito Processual do Trabalho), os critérios de sua incidência, o momento processual adequado para seu manejo pelo magistrado trabalhista, entre outras, devem ser analisadas, como forma de se obter um aperfeiçoamento técnico das regras de distribuição da carga probatória no Direito Processual do Trabalho. Isso tudo, certamente, com vistas à efetividade do processo do trabalho e à concretização dos direitos materiais laborais, muitas vezes de natureza fundamental.

É nesse viés que propomos, nos próximos capítulos, o estudo da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e sua incidência no Direito Processual do Trabalho.

4. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA: ASPECTOS GERAIS

4.1. Distribuição estática, inversão judicial e distribuição dinâmica do ônus da prova: conceitos e distinções

Como destacado, o artigo 333 do Código de Processo Civil estabelece que compete ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito alegado, enquanto que ao réu incumbe a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, alegados na defesa. A Consolidação das Leis do Trabalho, por sua vez, determina, em seu artigo 818, que a prova das alegações incumbe à parte que as formulou. Em ambos os casos, trata-se de regra de distribuição estática do ônus da prova, na medida em que a norma processual estabelece, abstrata e aprioristicamente, a quem incumbe a comprovação da alegação deduzida, levando em consideração apenas critérios formais, como a posição da parte na relação jurídica processual, a natureza jurídica dos fatos alegados e o interesse processual quanto à comprovação¹⁷⁷.

A distribuição estática do ônus da prova, em certa medida, pode ser concebida como uma regra tipicamente relaciona aos ideais do liberalismo, fundada na legalidade e na igualdade formal (igualdade perante a lei) das partes¹⁷⁸. Nesse sentido, a lei determina, para todos os casos, indistintamente, que a cada parte incumbe comprovar as alegações que formulou (ônus subjetivo), enquanto que o juiz, sendo vedado emitir o *non liquet*, deve julgar, na hipótese de ausência ou insuficiência de prova, contra aquele que detinha o ônus processual e dele não se desvencilhou (ônus objetivo – regra de julgamento).

¹⁷⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael, *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, p. 79; CARVALHO, Priscilla de Souza, *A teoria dinâmica do ônus da prova e sua repercussão no Direito Processual do Trabalho*, p. 151-152.

¹⁷⁸ Artur Thompsen Carpes destaca que a distribuição estática do ônus da prova tem assento na *teoria da norma* (Normethorie) desenvolvida por Leo Rosenberg (*Ônus dinâmico da prova*, p. 47-49).

A regra de distribuição do ônus da prova na forma mencionada está vinculada à ideologia de um Estado Liberal, porque é o aspecto subjetivo da prova que delimita a atuação e contornos do aspecto objetivo da prova, ou seja, *a contrario sensu*, o juiz não pode deixar de julgar alegando falta ou insuficiência de prova, conquanto caiba às partes, precipuamente, o encargo de municiá-lo sobre as provas que servirão à formação de seu convencimento. Assim, se as partes não oferecem subsídios – e este é um problema que lhes pertence, segundo o Estado Liberal –, deve assim mesmo o juiz julgar, formando seu convencimento sobre o material probatório que lhe foi fornecido¹⁷⁹.

Essa posição parte da premissa, portanto, de que os sujeitos processuais detêm as mesmas condições materiais, financeiras, técnicas, sociais e informacionais para produção da prova das alegações (igualdade formal), e que a falta ou insuficiência dessa produção decorre de uma postura negligente e comodista da parte onerada, a qual possui ampla liberdade de agir. Trata-se de regra privatista de distribuição do ônus da prova, que ignora a visão publicista do processo, o direito fundamental à prova e o princípio constitucional de igualdade material.

Nesse sentido, ao longo dos tempos, percebeu-se que a distribuição estática do ônus da prova, valorizando a igualdade formal e a liberdade de agir das partes quanto à produção da prova, desprezando as peculiaridades do caso concreto, as vicissitudes da relação de direito material envolvida na demanda e as condições materiais, financeiras, técnicas, sociais e informacionais das partes, configura-se, em certos casos, como inapropriada ao alcance dos escopos do processo¹⁸⁰. Assim, outras técnicas processuais referentes à distribuição do ônus da prova foram ganhando relevo, notadamente a inversão judicial do ônus da prova e a distribuição dinâmica das cargas probatórias¹⁸¹.

¹⁷⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha, *A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*, p. 244.

¹⁸⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael, *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, p. 82; DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr, *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*, p. 94; GASPARINI, Renata Schmidt, *O ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais no processo do trabalho*, p. 72; PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura, *O ônus da prova no direito processual civil*, p. 130.

¹⁸¹ Marcelo Abelha Rodrigues ainda destaca a preponderância do ônus objetivo sobre o subjetivo, aproximando-se a prova do caráter público do processo, e as presunções legais como mecanismos de superação das desigualdades processuais decorrentes da distribuição estática do ônus da prova (*A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*, p. 247-249). Nesse mesmo sentido, Eduardo Cambi: “Portanto, a técnica desenvolvida na teoria da carga dinâmica da prova nada mais é do que uma das possíveis técnicas – com a presunção judicial e a inversão do *onus probandi* contida no art. 6º, inc. VIII, do CDC – para facilitar os mecanismos de tutela dos direitos materiais” (*A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 346).

Como anteriormente analisado, a inversão judicial do ônus da prova está prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, e se configura como mecanismo processual voltado à correção das distorções decorrentes da aplicação das regras de distribuição estática, na medida em que possibilita o reequilíbrio das partes na relação jurídica processual, valorizando a igualdade material entre os litigantes no caso concreto.

Ao lado desse mecanismo de inversão judicial, surge a chamada *teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova*. Esta denominação conjuga-se à adaptação da regra de distribuição do ônus da prova aos diversos casos concretos – daí o adjetivo *dinâmica* –, em oposição à dita distribuição estática, incidente sempre do mesmo modo, semelhante em todos os casos, indistintamente¹⁸².

Como será abordado mais adiante, a referida teoria tem como grande causídico o jurista argentino Jorge W. Peyrano, considerado o responsável pela sistematização da *Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas*¹⁸³.

De acordo com a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, as cargas processuais não são determinadas prévia e abstratamente pela lei, valendo para todos os casos, indistintamente, tendo em vista critérios formais, como a posição das partes na relação jurídica processual, a natureza dos fatos alegados e o interesse quanto à comprovação. Pelo contrário. A lei delega ao juiz a determinação do ônus probatório das partes, com base nas vicissitudes do caso concreto e do direito material invocado, devendo analisar qual delas apresenta a melhor condição para produzir a prova das alegações, independentemente de quem as tenha formulado.

A solução alvitrada tem em vista o processo em sua concreta realidade, ignorando por completo a posição nele da parte (se autora ou se ré) ou a espécie do fato (se constitutivo, extintivo, modificativo, impeditivo). Há de demonstrar o fato, pouco releva se alegado pela parte contrária, aquele que se encontra em melhores condições de fazê-lo. (...)

Pela teoria da distribuição dinâmica dos ônus probatórios, portanto, a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; b) ignorável é a posição da parte no processo; c) e desconsiderável se exhibe a distinção já

¹⁸² “Dinamizar o ônus da prova é atribuir o caráter diâmico ao dogma do *onus probandi*, permitindo ao magistrado quando da utilização da regra de julgamento, transformar a regra estática que disciplina o tema em algo dinâmico, ativo, observando determinados requisitos (...)” (COUTO, Camilo José D’Ávila, *Dinamização do ônus da prova: teoria e prática*, p. 110); “Siffatta valutazione, per così dire, statica, del fenomeno deve essere invece, a mio avviso, sostituita con una valutazione dinamica di esso” (Tradução sugerida: “Esta avaliação, por assim dizer, estática, do fenômeno deve ser, a meu ver, substituída por uma valoração dinâmica”) (MICHELI, Gian Antonio, *L’onere della prova*, p. 464-465).

¹⁸³ CREMASCO, Suzana Santi, *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 71.

tradicional entre fatos constitutivos, extintivos, etc. Releva, isto sim, a) o caso em sua concretude e b) a “natureza” do fato a provar – imputando-se o encargo àquela das partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra em melhor condição de fazê-lo¹⁸⁴.

A determinação do ônus da prova em cada caso concreto, de acordo com as condições peculiares de cada parte, foi defendida por JEREMY BENTHAM: “La carga de la prueba debe ser impuesta, en cada caso concreto, a aquella de las partes que la pueda aportar con menos inconvenientes, es decir, con menos dilaciones, vejámenes y gastos¹⁸⁵”.

No entanto, a atribuição casuística da carga probatória foi duramente criticada pela doutrina, notadamente por LEO ROSENBERG:

Pues, si cada parte tiene la carga de la prueba en cuanto a los presupuestos de la norma jurídica cuyo efecto reclama para si, lógicamente debe ser indiferente el hecho de que desea hacer constar este efecto en el proceso en calidad de demandante o de demandado; de otro modo la situación casual de parte decidiría sobre la distribución de carga de la prueba y, con eso, muchas veces sobre el éxito del proceso¹⁸⁶.

Procura-se, com a teoria da distribuição dinâmica, afastar a chamada *probatio diabolica*, a qual está diretamente relacionada à impossibilidade material, financeira, técnica, social e informacional da parte onerada em se desincumbir da carga processual atribuída¹⁸⁷. Trata-se de adequar a regra de distribuição do ônus da prova ao caso concreto¹⁸⁸.

¹⁸⁴ DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr, *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*, p. 98.

¹⁸⁵ Tradução sugerida: “O ônus da prova deve ser imposto, em cada caso concreto, àquela das partes que possa contribuir com menos inconvenientes, é dizer, com menos dilações, vexames e gastos” (*Tratado de las pruebas judiciales*, p. 445).

¹⁸⁶ Tradução sugerida: “Bem, se cada parte tem o ônus da prova quanto aos pressupostos da regra jurídica cujo efeito reivindica para si, logicamente deve ser indiferente ao fato de que deseja fazer constar esse efeito sobre o processo na qualidade de autor ou réu; caso contrário, situação casual da parte decidiria sobre a distribuição do ônus da prova e, com isso, muitas vezes, sobre o êxito do processo” (*La carga de la prueba*, p. 158). Em expressa posição contrária à adoção da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova: GARCÍA GRANDE, Maximiliano, *Las cargas probatorias dinámicas. Inaplicabilidad*; PEGO, Rafael Foresti, *A inversão do ônus da prova no direito processual do trabalho*, p. 80-81; YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira, *Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova*.

¹⁸⁷ CARPES, Artur Thompsen, *Ônus dinâmico da prova*, p. 91.

¹⁸⁸ “A exigência de convencimento varia conforme a situação de direito material e, por isso, não pode exigir um convencimento judicial *unitário* para todas as situações concretas. Como o convencimento varia de acordo com o direito material, a regra do ônus da prova também não pode ser vista sempre do mesmo modo, sem considerar a dificuldade de convicção própria ao caso concreto” (MARINONI, Luiz Guilherme, *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto*, p. 257).

Considerando a forma como ordinariamente é aplicada, parece-nos incorreto sustentar que a técnica de inversão judicial do ônus da prova configura-se como hipótese de distribuição dinâmica, e vice-versa. Explica-se.

Com efeito, pela teoria das cargas dinâmicas, o ônus probatório é distribuído de maneira originária, e não posterior a uma distribuição já realizada pela lei. O que ocorre, de fato, é o afastamento da incidência da regra de distribuição estática para aplicação de outra norma processual, a da distribuição dinâmica, e não a inversão da própria regra estática.

É preciso perceber que a dinamização do ônus da prova não significa inversão do ônus da prova. Não se podem confundir ambos os institutos. A dinamização é atribuição *ex novo* do ônus da prova em atenção às circunstâncias da causa. Por ela não se distribui de “modo diverso” o ônus da prova. Distribui-se de forma originária. Só se pode distribuir de modo diverso aquilo que já está distribuído. É importante fazer alusão a “modo diverso” a respeito da dinamização do ônus da prova. Igualmente, não há que se falar em inversão do ônus da prova com a dinamização. Só se pode inverter o que está vertido – vale dizer, aquilo que já está estabelecido. A dinamização do ônus da prova ocorre mediante declaração judicial. A inversão, mediante constituição, porque há alteração de algo já instituído. É impróprio, portanto, falar em inversão do ônus da prova a propósito da dinamização¹⁸⁹.

Com a técnica de inversão judicial, da forma como ordinariamente aplicada, a regra estática de distribuição do ônus da prova é redistribuída, de modo inverso, ao passo que com a técnica de distribuição dinâmica, pelo contrário, a carga probatória é atribuída de modo originário, afastando-se a incidência da regra de distribuição estática. Note-se que, com a interpretação e aplicação corriqueira da inversão judicial do ônus da prova, todo o abstracionismo da regra estática de distribuição da carga probatória é, simplesmente, transferido para a parte contrária.

¹⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, *O projeto do CPC*, p. 104. Nesse mesmo sentido, Eduardo Cambi: “Com efeito, não há na distribuição dinâmica do ônus da prova uma *inversão*, nos moldes previstos no art. 6º, inc. VIII, do CDC, porque só se poderia falar em inversão caso o ônus fosse estabelecido prévia e abstratamente. Não é o que acontece com a técnica da distribuição dinâmica, quando o magistrado, avaliando as peculiaridades do caso concreto, com base em máximas de experiência (art. 335 do CPC), irá determinar quais fatos devem ser provados pelo demandante e pelo demandado” (*A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 341). Dessa forma, também: CREMASCO, Suzana Santi, *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 75; SCHIAVI, Mauro, *Manual de Direito Processual do Trabalho*, p. 590-591; CARVALHO, Priscilla de Souza, *A teoria dinâmica do ônus da prova e sua repercussão no Direito Processual do Trabalho*, p. 157; ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; GOMES, Alexandre Gir, *Cargas probatórias dinâmicas no Processo Civil brasileiro*, p. 34.

O termo “inversão” aspira a consagrar a transferência integral dos ônus probatórios de uma parte à outra, nada ressaltando quanto às circunstâncias de fato cujo encargo de prova deva ser efetivamente transferido. Sabe-se que o objeto litigioso é composto de inúmeras alegações fáticas relevantes – *thema probandum* -, mas que nem todas elas são aptas a fundamentar a transferência dos ônus probatórios, especialmente porque nem todas caracterizarão desigual dificuldade no exercício do direito fundamental à prova. Importa dizer: quando se fala em “inversão” está-se a pressupor a transferência integral do encargo probatório de uma parte à outra, a menos que haja a especificação da circunstância de fato cujo ônus foi objeto de “inversão”, o que, teremos de convir, se revela prática bastante incomum em nossa prática jurídica. Em outras palavras, o termo “inversão” consagra a transferência do esquema legal, imóvel e estático, de um lado para outro, restando mantido, portanto, o generalismo e abstracionismo legal. Altera-se apenas o sujeito no qual recairá o ônus da prova, preservando sua distribuição rigorosamente as mesmas qualidades que opunham sua adaptação à realidade do caso concreto¹⁹⁰.

No nosso sentir, com o surgimento da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, a técnica de inversão judicial do ônus da prova restou esvaziada.

Isso porque, rigorosamente, apenas se poderia falar em “inversão” judicial do ônus da prova se ao autor fosse incumbido o ônus de comprovar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo de sua própria pretensão, alegado pelo réu, e ao réu, por sua vez, fosse atribuída a carga quanto ao fato constitutivo do direito do autor, alegado por este¹⁹¹. No entanto, com a “inversão” judicial, não é bem isto que ocorre (ou não deveria ocorrer).

Quando o magistrado aplica a técnica de “inversão” judicial do ônus da prova, na realidade, ocorre o afastamento da incidência (ou pelo menos deveria ocorrer) das regras de distribuição estática (artigo 333 do Código de Processo Civil e artigo 818 da

¹⁹⁰ CARPES, Artur Thompsen, *Ônus dinâmico da prova*, p. 116-117.

¹⁹¹ “Diante dos elementos postos nestes conceitos, conclui-se que a inversão do ônus da prova é a aplicação da regra expressa sobre ônus da prova, no sentido contrário, inverso. Ou seja, ocorre a inversão do ônus da prova quando, originariamente, incumbir ao réu realizar a contraprova do fato constitutivo do direito do autor, ou, ainda, quando ao autor incumbir à contraprova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito postulado” (PEGO, Rafael Foresti, *A inversão do ônus da prova no direito processual do trabalho*, p. 73). Nesse mesmo sentido, e criticando o termo *inversão*, propondo a utilização do termo *modificação*, Sérgio Cruz Arenhart: “Outro reparo que merece ser desde logo apontado diz com o termo ‘inversão’, geralmente empregado para tratar do tema aqui apreciado. Na realidade, não existe caso de inversão própria do regime do ônus da prova, já que esta deveria consistir em imputar ao réu o ônus da prova dos fatos constitutivos do direito do autor e ao autor a carga da prova dos fatos modificativos, extintivos e impeditivos de seu próprio direito. Ora, nenhuma hipótese existente no direito brasileiro contempla semelhante previsão, de modo que não se deve falar, ao menos propriamente, em ‘inversão do ônus da prova’. O que existe, sempre, é uma *modificação* no regime tradicional do ônus da prova, de forma a imputar a (falta de) prova de determinados fatos de maneira diferente daquela realizada pela regra do art. 333 do CPC” (*Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro*, p. 337). Também Camilo José D’Ávila Couto: “Possível concluir, assim, que o termo ‘inversão’ do ônus da prova não é o termo técnico-jurídico adequado à hipótese, pois não corresponde ao sentido do vernáculo, nem o próprio de nossa língua, nem de sua origem latina” (*Dinamização do ônus da prova: teoria e prática*, p. 126).

Consolidação das Leis do Trabalho), redistribuindo-se a carga probatória de modo originário, *ex novo*¹⁹².

Assim, quando o juiz trabalhista aplica a técnica processual de “inversão” judicial do ônus da prova, reconhecendo a hipossuficiência probatória do trabalhador em face do empregador, quanto à comprovação, por exemplo, da alegação de que foi preterido em promoção na carreira por discriminação, a regra prevista no artigo 818 do texto consolidado é afastada (ou pelo menos deveria ser afastada) e o empregador passa a suportar o ônus de produzir provas a respeito do *thema probandum*, qual seja, a discriminação. A técnica de “inversão” judicial do ônus da prova é aplicada (ou deveria ser aplicada) de modo novo, originário. No mais, no exemplo dado, o empregador não suportará (ou não deveria suportar) o ônus de produzir prova de *fato constitutivo* do direito do trabalhador – como o termo “inversão” sugere –, mas, sim, de produzir prova quanto ao *thema probandum*, qual seja, a discriminação. A prova produzida, portanto, poderá ser favorável ao trabalhador ou ao próprio empregador, dependendo da valoração dada pelo magistrado.

A “inversão”, assim como a técnica de distribuição dinâmica, não transfere (ou pelo menos não deveria transferir) a carga probatória de um polo para outro da demanda. Pelo contrário. Redistribui o ônus da prova do *thema probandum* entre os litigantes, de maneira originária, de acordo com as vicissitudes do caso concreto, do direito material alegado e das condições das partes envolvidas. Não importa, para tanto, a posição das partes na relação jurídica processual¹⁹³, a natureza dos fatos alegados, nem o interesse processual na produção da prova, mas, sim, as peculiaridades do caso concreto, as

¹⁹² Não há necessidade de declaração de inconstitucionalidade do artigo 333 do Código de Processo Civil para o afastamento de sua aplicação no caso concreto, como defende Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa (*Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 132), pois a distribuição do ônus da prova sob outros critérios configura-se como técnica excepcional, coexistindo no sistema processual juntamente com a distribuição legal-estática.

¹⁹³ Essa posição coincide, em certa medida, com o quanto defendido por José Carlos Barbosa Moreira, no sentido de que, na hipótese de incidência de presunção legal, o ônus da prova é redistribuído entre os litigantes, não importando a posição das partes na relação jurídica processual: “Do exposto ressalta com meridiana clareza a função prática exercida pela presunção legal relativa: ela atua – e nisso se exaure o papel que desempenha – na distribuição do ônus da prova, dispensando deste o litigante a quem aproveita a admissão do fato presumido como verdadeiro, e correlativamente atribuindo-o à outra parte, quanto ao fato *contrário*. O que há de importante a sublinhar aqui é que essa atribuição prescinde de qualquer referência à posição acaso ocupada no processo pela pessoa de que se trata. Em geral, como bem se sabe, o ônus da prova é distribuído precisamente em função dessa posição; quer dizer, o critério básico repousa na circunstância de ser *autor* ou *réu*, no processo, o sujeito considerado: de acordo com as regras tradicionais, se autor, caber-lhe-á provar o fato constitutivo do (suposto) direito; se réu, os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos. A presunção legal, porém, *faz abstração* dessa circunstância que, nas restantes hipóteses, é decisiva: a pessoa a quem a presunção desfavorece suporta o ônus de provar o *contrário independentemente* de sua posição processual, nada importando o fato de ser autor ou réu” (*As presunções e a prova*, p. 60).

condições probatórias das partes e a observância do princípio da igualdade material no processo¹⁹⁴.

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, nesse sentido, é mais técnica, mais precisa, mais científica do que o mecanismo processual de “inversão” judicial, pois o termo “inversão” acaba não representando aquilo que, de fato, ocorre na relação jurídica processual com a sua incidência¹⁹⁵. A teoria da distribuição dinâmica, nesse sentido, teria “absorvido” a técnica da “inversão” judicial do ônus da prova¹⁹⁶.

Assim, nos parece que, na hipótese do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, quanto ao critério da hipossuficiência¹⁹⁷, estamos diante de verdadeiro exemplo de distribuição dinâmica da carga probatória, e não de “inversão”, termo consagrado na doutrina e na jurisprudência¹⁹⁸. Isso porque, aplicando essa norma, de acordo com as vicissitudes do caso concreto, o juiz afasta (ou deveria afastar) a incidência da regra prevista nos incisos do *caput* do artigo 333 do Código de Processo Civil (e do artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, no âmbito do Processo do Trabalho),

¹⁹⁴ “De acordo com essa teoria, o ônus da prova será estabelecido diante do caso concreto (casuisticamente), ficando a cargo da parte com condições (reais) de suportá-lo com menor inconveniente e despesa e com maior rapidez e eficácia. Nenhuma relação se estabelece, portanto, entre o ônus da prova e a posição da parte na relação processual ou com a natureza do fato afirmado (constitutivo, impeditivo, modificativo, extintivo)” (BEBBER, Júlio César, *Processo do trabalho: adaptação à contemporaneidade*, p. 168). Como sustentam Rafael José Nadim de Lazari e Gelson Amaro de Souza, a prova produzida pela parte onerada em razão da incidência da distribuição dinâmica não o será em favor da parte contrária, desonerada, mas, sim, em favor do processo, com vistas ao esclarecimento das alegações formuladas (*Reflexões sobre a perspectiva de uma distribuição dinâmica do ônus da prova: análise de viabilidade*, p. 103).

¹⁹⁵ “Ademais, dinamizar o ônus da prova não significa transferir *todo* o contexto probatório para alguma das partes, mas apenas aquelas alegações que, excepcionalmente, não puderem ser demonstradas dada a insuficiência da regra estática” (LAZARI, Rafael José Nadim de; SOUZA, Gelson Amaro de, *Reflexões sobre a perspectiva de uma distribuição dinâmica do ônus da prova: análise de viabilidade*, p. 106).

¹⁹⁶ “Disso infere-se, pois, que, numa forma simplificada de dinamização, esta poderia se dar pela mera inversão, mas é fato que a dinamização é muito mais do que isso” (LAZARI, Rafael José Nadim de; SOUZA, Gelson Amaro de, *Reflexões sobre a perspectiva de uma distribuição dinâmica do ônus da prova: análise de viabilidade*, p. 106); “Em síntese, a inversão do ônus da prova pode ser considerada como uma espécie ou uma forma de aplicação da teoria dinâmica, mas os dois conceitos não são sinônimos” (CARDOSO, Oscar Valente, *Peculiaridades da inversão do ônus da prova no CDC: teoria dinâmica, hipossuficiência e extratos bancários*, p. 112).

¹⁹⁷ Apenas em relação ao critério da hipossuficiência, visto que quanto ao critério da verossimilhança da alegação estamos diante de verdadeira presunção judicial, com dispensa do ônus de provar em relação à parte em cujo favor milita a presunção reconhecida pelo magistrado.

¹⁹⁸ Ainda que considerando a inversão judicial como espécie de distribuição dinâmica, Pedro Henrique Pedrosa Nogueira afirma que “é possível concluir que a distribuição dinâmica do ônus da prova é aplicável no Direito brasileiro e que a previsão contida no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor é exemplo de sua positivação” (*A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor como técnica de distribuição dinâmica da carga probatória*, p. 113).

redistribuindo, de modo novo e original, a carga probatória. O ônus da prova é *atribuído* (ou pelo menos deveria ser) ao fornecedor/produzidor, e não *invertido*¹⁹⁹.

Portanto, defendemos que a técnica de distribuição dinâmica do ônus da prova não pode ser identificada como “inversão” judicial do ônus da prova, pois dinamizar não significa inverter, e vice-versa. Assim, melhor do que se falar em “inversão” judicial, seria se referir a *dinamização judicial* do ônus da prova. *Dinamização*, porque relacionada às vicissitudes dos casos concretos, os quais são dinâmicos por natureza, refletindo as constantes e rápidas alterações da sociedade pós-moderna. *Judicial*, porque operada pelo magistrado, e não pelo abstracionismo da lei.

Desse modo, teríamos, de um lado, a *distribuição legal-estática do ônus da prova*, como regra geral. E de outro, a *distribuição judicial-dinâmica do ônus da prova*, como regra subsidiária, a ser aplicada quando a incidência da regra geral resulte em desequilíbrio probatório entre as partes na relação jurídica processual, desequilíbrio este a ser verificado pelo magistrado, no caso concreto.

4.2. Origens históricas e Direito Comparado

Como afirmado anteriormente, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova foi reavivada pela doutrina processual argentina, no final do Século XX. Nesse sentido, merece destaque o trabalho realizado pelo jurista Jorge W. Peyrano (*Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas*) que, com base na teoria de James Goldshmidt acerca da situação jurídica processual, promoveu a sistematização e o delineamento das linhas mestras da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Destacam-se, também, os trabalhos mais recentes de Augusto M. Morello, defendendo uma visão solidarista do ônus de provar, de modo que a incidência do princípio da solidariedade e da cooperação entre as partes resulta na obrigação de os litigantes produzirem a prova de suas alegações.

No entanto, as teorias acerca da relativização das regras de distribuição das cargas probatórias já eram debatidas muito antes disso.

¹⁹⁹ Carlos Roberto Barbosa Moreira chega a afirmar que a referida norma atribui vantagem processual ao consumidor, consubstanciada na *dispensa*, na *isenção* do ônus de provar, enquanto que ao réu é criado *novo* ônus probatório (*Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor*, p. 296).

Com efeito, pode-se apontar o trabalho de Gian Micheli (*L'Onere della Prova*) que, discordando do posicionamento defendido por Betti, Carnelutti e Chiovenda, para os quais o autor deve provar os fatos que fundamentam sua pretensão, enquanto que ao réu cabe provar os fatos que embasam sua exceção, sustenta que a distribuição do ônus da prova deve ser feita por meio de uma valoração dinâmica, em substituição a uma concepção estática e abstrata.

Com grande importância para o tema, ressalta-se a teoria desenvolvida por Jeremy Bentham (*Tratado de las pruebas judiciales*), segundo a qual o ônus de produção da prova deve ser imposto, em cada caso concreto, à parte que detenha melhores condições de fazê-la, com menos delongas, vexames e despesas.

Essa posição teria sido seguida e aperfeiçoada por René Demogue, o qual fundamentou no *princípio da solidariedade entre as partes* a imputação, em cada caso concreto, da obrigação de produção da prova à parte que possa desempenhar tal encargo com menos incômodo²⁰⁰.

No início do Século XX, na Alemanha, o BGB, em seus parágrafos 282, 285, 831, 891 e 892, já fazia menção expressa à distribuição dinâmica dos encargos probatórios, ao adotar o instituto do *Beweisumkehr*, o qual nada mais significava que o trânsito cambiante da prova. A tese foi acolhida pelo Supremo Tribunal de Justiça Alemão, em casos de responsabilidade médica com culpa gravíssima, responsabilidade em matéria de consumidores, de esclarecimento e informação nos negócios jurídicos, no Direito do Trabalho e nos litígios envolvendo contratos financeiros e questões ambientais²⁰¹.

Com base nos ensinamentos de Hanns Prütting, CARLOS ALBERTO CARBONE é categórico ao afirmar que “desde sempre foi conhecida a carga probatória dinâmica na Alemanha²⁰²”.

Ressalta-se, também, que, no ordenamento jurídico espanhol, há muito se tem aplicado a distribuição dinâmica dos encargos probatórios. Nesse sentido, o Tribunal Supremo da Espanha, reconhecendo a insuficiência da regra de distribuição estática do ônus da prova prevista no artigo 1.214 do Código Civil Espanhol, e sustentando uma verdadeira obrigação de as partes colaborarem com o Poder Judiciário na busca da verdade

²⁰⁰ Para um maior aprofundamento acerca do tema: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, p. 95; DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr, *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*, p. 97-100; ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; GOMES, Alexandre, *Cargas probatórias dinâmicas no Processo Civil brasileiro*, p. 18-19.

²⁰¹ CREMASCO, Suzana Santi, *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 69.

²⁰² CARBONE, Carlos Alberto, *Cargas probatorias dinámicas: una mirada al derecho comparado y novedosa ampliación de su campo de acción*, p. 182.

real e no alcance de um processo justo, passou a flexibilizar a regra, com destaque para as demandas envolvendo concorrência desleal e publicidade ilícita, e, no âmbito do processo do trabalho, despedidas discriminatórias e violadoras de direitos fundamentais²⁰³.

Com a reforma da *Ley de Enjuiciamiento Civil Española*, em 2000, a Lei n. 1/2000 alterou o seu artigo 217, prevendo, expressamente, a possibilidade de aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, com base no critério da melhor possibilidade para produção da prova. No entanto, a regra de distribuição estática permaneceu, sendo a dinâmica aplicada de maneira complementar e subsidiária²⁰⁴.

Com base no pressuposto firmado pela jurisprudência espanhola de que “la prueba debe exigirse de quien la pueda tener normalmente a su disposición; hay datos de hecho fáciles de probar para una de las partes que, sin embargo, pueden ser o resultar de difícil acreditamiento para la otra”, CARLOS ALBERTO CARBONE destaca os delineamentos gerais da teoria da distribuição dinâmica naquele ordenamento²⁰⁵.

Quanto ao ordenamento argentino, temos que, em julgado da *Corte Suprema de Justicia de La Nación*, de 1957, identifica-se precedente jurisprudencial acerca da aplicação da teoria dinâmica de distribuição dos ônus probatórios. No caso, o Tribunal impôs a um funcionário público o ônus de comprovar a ilegitimidade de seu enriquecimento, sob o argumento de que ele estaria em melhores condições do que o Estado de produzir a prova a respeito²⁰⁶.

No entanto, apenas no início da década de 1990, após Congressos realizados entre juristas argentinos (Quintas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático, em 1992; XVIII Congresso Nacional de Derecho Procesal, em 1993), é que o tema ganhou destaque na doutrina daquele país.

Nesse contexto, em 1997, tendo como base um caso envolvendo responsabilidade civil por erro médico, a *Corte Suprema de Justicia de La Nación* novamente aplicou a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, determinando incumbir ao cirurgião e ao hospital a comprovação da adequação e da correção dos procedimentos utilizados durante a cirurgia, entendendo que estas partes teriam as melhores condições de produzir a prova das alegações.

²⁰³ GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN, Ignacio, *La prueba en el proceso de trabajo*, p. 167.

²⁰⁴ CREMASCO, Suzana Santi, *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 69-70.

²⁰⁵ Tradução sugerida: “A prova deve ser exigida de quem possa ter normalmente sua disposição: fatos fáceis de serem provados por uma parte, sem embargo, podem resultar em difícil comprovação para a outra” (*Cargas probatorias dinámicas: una mirada al derecho comparado y novedosa ampliación de su campo de acción*, p. 183).

²⁰⁶ CREMASCO, Suzana Santi, *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 71.

No campo legislativo, o artigo 377 do *Código Argentino de Procedimiento Civil y Comercial para La Nación* adotou a regra de distribuição estática dos ônus probatórios: “a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción²⁰⁷”. No entanto, alguns diplomas legislativos de determinadas provinciais, como o *Código Procesal Civil y Comercial de La Provincia de La Pampa*, já adotam a teoria da carga dinâmica, assim como o *Proyecto del Código de la República Argentina Unificado con el Código del Comercio*.

JORGE W. PEYRANO sintetiza o conceito da teoria de distribuição dinâmica do ônus da prova:

La llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa un desplazamiento del *onus probandi*, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquél puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos²⁰⁸.

Note-se que não há negação de aplicação da distribuição legal do ônus probatório. Apenas se defende uma distribuição mais justa, mais equânime, que restabeleça a igualdade material entre as partes, em casos específicos, nos quais a incidência da regra geral resulta em verdadeira *probatio diabolica*.

Corroborando com o quanto defendemos anteriormente acerca do momento processual adequado para incidência da inversão judicial do ônus da prova, (configurando-se como regra de atividade, deve ser invertido antes do julgamento, dando

²⁰⁷ Tradução sugerida: “A parte que afirme a existência de um fato controvertido ou de um preceito jurídico que o juiz ou o Tribunal não tenha o dever de conhecer. Cada uma das partes deverá provar o pressuposto de fato da norma ou normas que invocar como fundamento de sua pretensão, defesa ou exceção”.

²⁰⁸ Tradução sugerida: “A chamada teoria das cargas probatórias dinâmicas pode e deve ser utilizada pelos órgãos jurisdicionais em determinadas situações em que não funcionam valiosa e adequadamente as previsões legais que, como norma, repartem os encargos probatórios. A mesma importa em deslocamento do *onus probandi*, segundo forem as circunstâncias do caso, em cujo mérito aquele pode recair, *verbi gratia*, na cabeça de quem está em melhores condições técnicas, profissionais ou fácticas para produzi-las, para além do seu posicionamento como autor ou réu, ou de tratar-se de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos” (*Nuevos Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas*, p. 19-20).

às partes efetiva possibilidade de se desincumbirem do ônus processual com a produção da prova sob este pressuposto), discordamos do posicionamento da doutrina argentina no sentido de que a distribuição dinâmica deva ser aplicada apenas no momento do julgamento²⁰⁹.

A técnica de distribuição dinâmica do ônus da prova não pode ser vista como regra de julgamento, na medida em que caracterizada como instrumento de direcionamento da conduta das partes na fase instrutória. Com efeito, o que se pretende com a distribuição dinâmica das cargas probatórias é justamente estimular as partes a trazerem aos autos as provas das alegações, possibilitando que a decisão final se aproxime da verdade real, e não a criação de mais uma regra abstrata de julgamento, a qual o juiz se vê obrigado a aplicar diante da falta ou da insuficiência do material probatório.

Além disso, por se tratar de exceção à regra geral de distribuição legal-estática dos ônus probatórios, as partes devem estar cientes de sua aplicação o quanto antes, não podendo ser surpreendidas com a incidência no momento do julgamento. Deve-se assegurar que a parte, à qual, inicialmente, não era atribuído o ônus probatório, possa dele se desincumbir, utilizando-se de todos os meios legais admitidos, em momento processual oportuno para tanto.

4.3. Fundamentos para aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual Brasileiro

4.3.1. Direito fundamental à prova

O direito fundamental à prova, de natureza constitucional, é derivado do direito fundamental de acesso à justiça (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal), entendido este como acesso da pessoa humana à ordem jurídica justa, e dos princípios constitucionais processuais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa

²⁰⁹ WHITE, Inés Lépori, *Cargas probatorias dinámicas*, p. 51.

(artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal)²¹⁰, tendo como escopo a obtenção de uma tutela jurisdicional justa²¹¹.

Com efeito, de nada adiantaria a previsão constitucional de acesso à justiça, como direito fundamental, sem que, ao mesmo tempo, fosse garantido o direito de provar em juízo as alegações deduzidas. No mais, devem ser conferidos à parte os meios e instrumentos adequados à participação na dialética de convencimento do juiz, como decorrência dos princípios constitucionais processuais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

O direito à prova geralmente é estudado no campo do Direito Processual, mas sua fundamentação é eminentemente Constitucional.

O direito constitucional à prova surge, na maior parte das vezes, ou dissolvido nos princípios de direito e processo penal constitucional consagrados (“direito de defesa”, “direito ao contraditório”, “direito de intervenção no processo”, “proibição de provas ilícitas”) ou associado ao direito e tutela jurisdicional. Não deixa de ser intrigante que sendo a prova e o direito probatório um exercício de “passagem” nos limites da jurisdição, o direito constitucional acabe por fornecer apenas indicações fragmentárias sobre o direito probatório. É certo que, ao contrário dos juspublicistas, a doutrina jusprocessualista há muito que vem falando do *direito à prova*. Em termos claros e incisivos, vemos numa importante obra de processo civil a recondução do direito à prova a um “verdadeiro direito público ou cívico” de cada uma das partes, “inerente à acção e à defesa”. A prova seria inerente ao “próprio direito ao processo”, ou erguer-se-ia como um postulado incontornável do acesso a uma ordem *jurídica justa*. Temos aqui já sugestões para a primeira proposta deste trabalho: deslocar o direito à prova do estrito campo jusprocessualístico para o localizar no terreno constitucional. Neste sentido poderá falar-se de um *direito constitucional à prova* entendido como o poder de uma parte (pessoa individual ou pessoa jurídica) “representar ao juiz a realidade dos factos que lhe é favorável” e de “exibir os meios representativos deste realidade”. Talvez se possa dizer que, em rigor, o direito constitucional à prova abrange o *direito à prova em sentido lato* (poder de demonstrar em juízo o *fundamento da própria pretensão*) e o *direito à prova em sentido restrito* (alegando matéria de facto e procedendo à demonstração da sua existência)²¹².

²¹⁰ “A Constituição Federal não consagra expressamente o direito à prova como um direito fundamental, entretanto, inegavelmente, ela está inserida na cláusula do devido processo legal, como expressão do princípio do acesso à justiça, e dos contraditório e ampla defesa, previstos no art. 5º, da Constituição. (...) Portanto, o direito à prova constitui garantia fundamental processual e também um direito fundamental da cidadania para efetividade do princípio do acesso à justiça e, acima de tudo, o acesso a uma ordem jurídica justa” (SCHIAVI, Mauro, *Aspectos polêmicos e atuais da prova no processo do trabalho à luz da moderna teoria geral do processo*, p. 361).

²¹¹ “Justamente nessa seara é que se pode falar em um direito fundamental à prova, como corolário do direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa. O acesso à tutela jurisdicional efetiva depende da adequada formação do juízo de fato, na medida em que, em não sendo corretamente acertados os fatos com o qual irá trabalhar o juiz, evidentemente não será possível falar em uma adequada e efetiva tutela jurisdicional. A falha na formação do juízo de fato obstaculiza a adequada tutela do direito. Se a formação do juízo de fato é imprescindível para a adequada e efetiva tutela jurisdicional, é evidente que o direito à prova também se eleva à condição de direito fundamental” (CAPRES, Artur, *Ônus dinâmico da prova*, p. 87).

²¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *O ónus da prova na jurisdição das liberdades*, p. 169-170.

Portanto, em síntese, o direito constitucional à prova pode ser definido como o “conjunto de oportunidades oferecidas à parte pela Constituição e pela lei, para que possa demonstrar no processo a veracidade do que afirmam em relação aos fatos relevantes para o julgamento”²¹³.

No entanto, como todo direito fundamental, o direito fundamental à prova não é absoluto²¹⁴, podendo ser restringido diante do sopesamento com outros direitos, princípios e valores de igual índole constitucional, por meio da incidência dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Assim, a parte não terá direito de produzir provas na hipótese de, no caso concreto, outro direito constitucional se sobrepor ao seu.

O maior exemplo talvez seja o decorrente do princípio constitucional de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, determinando, no âmbito do Direito Processual Penal, que ninguém seja obrigado a produzir provas contra si mesmo, de modo que a parte contrária (*Parquet* ou querelante) não terá o direito de exigir do acusado que produza provas contrárias a seus interesses.

A própria norma infraconstitucional, fazendo abstratamente o sopesamento entre o direito fundamental à prova e outros direitos constitucionais, também determina essa limitação. Nesse sentido, podem ser citados o artigo 130 (que possibilita ao juiz o indeferimento de provas inúteis ou meramente protelatórias, com vistas ao princípio constitucional de razoável duração do processo, previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal), o artigo 334 (que exclui do objeto da prova as alegações sobre fatos notórios, confessados pela parte contrária, incontroversos ou em cujo favor milita presunção de existência ou de veracidade, também em observância ao princípio constitucional de duração razoável do processo), artigos 400 e 420 (restringindo a produção de prova testemunhal e pericial) e artigo 406 (que eximem a testemunha de prestar depoimento sobre fatos que lhe acarretam grave dano ou a seus familiares - em observância ao direito fundamental à intimidade e à privacidade, previsto no artigo 5º,

²¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 3, p. 46; Rui Manuel de Freitas Rangel sustenta que “o direito à prova surge no nosso ordenamento jurídico processual constitucional como uma motivação natural, por um lado, da garantia da ação e da defesa e, por outro, como uma emanção dos direitos liberdades e garantias que merecem tutela constitucional e que materializam, no domínio jurisdicional, pela garantia de, por via de ação e da defesa, as partes conflituantes terem o direito de, querendo, utilizarem os meios de prova que a lei coloca à disposição, ou outros que sejam admitidos como tal” (*O ônus da prova no processo civil*, p. 69-70).

²¹⁴ “O direito à prova, como qualquer direito, não é absoluto, sofrendo limites intrínsecos e extrínsecos. Essas limitações podem ocorrer da necessidade de observância de prazos peremptórios, da necessidade de evitar requerimentos dilatórios e anómalos que desvirtuariam esse direito ou, ainda, da necessidade de impedir a apresentação de meios de prova que incidam sobre factos notórios” (RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O ônus da prova no processo civil*, p. 73).

inciso X, da Constituição Federal -, bem como sobre fatos a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo, nos ditames do artigo 5º, inciso XIV, da Constituição Federal), todos do Código de Processo Civil.

Sendo reconhecido o direito fundamental à prova, de natureza constitucional, e não estando em jogo valores constitucionais prevalecentes, as normas processuais, infraconstitucionais, não podem ser estruturadas, interpretadas e aplicadas de modo a inviabilizar o seu exercício, sob pena de inconstitucionalidade. Assim, as regras processuais devem ser adequadas ao postulado constitucional do direito à prova.

É justamente nesse contexto que a disciplina legal do ônus da prova deve ser analisada. Desse modo, a regra processual referente ao ônus da prova não pode ser estruturada, interpretada e aplicada de modo a violar o direito fundamental à prova. Em termos práticos, à lei processual é vedado atribuir carga probatória da qual a parte não poderá se desincumbir, pois, neste caso, estará configurada a afronta ao preceito fundamental.

Dessa forma, se a distribuição do ônus da prova se der de uma forma que seja impossível que o interessado dela se desincumba, em última análise estará sendo-lhe negado o acesso à tutela jurisdicional.

Com efeito, as regras de distribuição do ônus da prova são o derradeiro expediente de que se vale o juiz para, diante de um quadro de carência probatória acerca de fato ou fatos relevantes, resolver a controvérsia veiculada no processo. Caso sejam traçadas apenas regras abstratas, rígidas e estáticas de distribuição desse ônus, pode haver casos concretos em que se torne impossível a produção de determinada prova pela parte que, em princípio, deveria instruir o processo, com a consequência inevitável se lhe ser negada a tutela de direitos.

Em suma, as regras de distribuição do ônus da prova podem fazer do processo apenas um arremedo de acesso à justiça²¹⁵.

Com efeito, quando a regra processual distribui o ônus da prova à parte a qual não possui condições materiais, financeiras, técnicas, sociais e informacionais de produzir a prova das alegações, sendo que, ao contrário, a parte adversa possui essas condições, há violação ao direito fundamental à prova. A incumbência da carga processual

²¹⁵ GODINHO, Robson Renault, *A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais*, p. 233-234. Nesse mesmo sentido, José Joaquim Gomes Canotilho: “Os direitos fundamentais transportam sempre uma *dimensão subjectiva* (são ‘direitos das pessoas’) e uma *dimensão objectiva* (transportam dimensões jurídico-objectivas que devem pautar a conformação do direito ordinário). Compreende-se que quando a *medida justa da distribuição do ônus da prova* é fundamental para a garantia de um direito, se devam evitar teorias abstractas e apriorísticas (como a já referida de Rosenberg) e se imponham soluções probatórias não aniquiladoras da própria concretização de direitos, liberdades e garantias” (*O ônus da prova na jurisdição das liberdades*, p. 175).

à parte hipossuficiente, do ponto de vista probatório, inviabiliza a produção da prova necessária ao deslinde do feito, afrontando o preceito constitucional.

A aplicação das regras de distribuição legal-estática do ônus da prova, em alguns casos, portanto, se revela inconstitucional, por violar o direito fundamental à prova²¹⁶.

Assim, sustenta-se que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, por viabilizar a produção da prova, estimulando a conduta processual das partes, tem assento no referido postulado constitucional²¹⁷.

A distribuição estática do ônus da prova, em muitos casos, inviabiliza, aprioristicamente, a produção da prova necessária ao esclarecimento das alegações, por atribuir a carga probatória à parte com menores condições de se desincumbir. Ao onerar a parte com melhores condições de produção dessa prova, a teoria da distribuição dinâmica, portanto, torna mais viável que as alegações imprescindíveis à demanda sejam esclarecidas, fomentando o direito fundamental à prova.

4.3.2. Princípio da igualdade material no processo

O princípio da igualdade tem assento constitucional, podendo ser verificado no artigo 3º, incisos III e IV (determinando como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a redução das desigualdades sociais e regionais e a proibição de quaisquer formas de discriminação), artigo 5º, *caput* e inciso I (fixando a igualdade de todos perante a lei e a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres), artigo 7º, incisos XXX, XXXI e XXXII (estabelecendo a proibição de

²¹⁶ “À vista de determinados casos concretos, pode se afigurar insuficiente, para promover o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, uma regulação fixa do ônus da prova, em que se reparte prévia, abstrata e aprioristicamente o encargo de provar. Em semelhantes situações, tem o órgão jurisdicional, atento à circunstância de o direito fundamental ao processo justo implicar direito fundamental à prova, dinamizar o ônus da prova, atribuindo-o a quem se encontre em melhores condições de provar” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*, p. 335).

²¹⁷ “Referir-se, por tais razões, a uma ‘inversão judicial’ do ônus da prova, visando a uma melhor concretização do sistema processual civil à luz do ‘modelo constitucional’, não é nada despropositado, muito pelo contrário. Máxime em se aceitando, como é correto, a existência de uma verdadeiro ‘direito fundamental à prova’ e à necessidade de o magistrado criar condições *prévias* de as partes produzirem a prova que lhes é determinada” (BUENO, Cassio Scarpinella, *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento comum: procedimento ordinário e sumário*, p. 284-285).

discriminações nas relações de trabalho), e nos artigos 170, 193, 196 e 205, todos da Constituição Federal²¹⁸.

O princípio constitucional da igualdade se revela sob dois prismas: a igualdade formal e a igualdade material (ou substancial). A igualdade formal pode ser compreendida como a mera igualdade perante a lei, prevista no artigo 5º, *caput*, do texto constitucional, “no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos²¹⁹”. Já a igualdade material teria como fundamento o tratamento desigual dos sujeitos desiguais no âmbito de um determinado grupo social, considerando suas desigualdades específicas, suas especificidades sociais, buscando, assim, a igualdade com os demais sujeitos. Assim, a igualdade material necessita de uma atuação positiva, conferindo aos sujeitos desiguais, na medida de suas desigualdades, condições materiais de equivalência para com os demais sujeitos.

A igualdade material não se revela apenas sob o aspecto subjetivo, quanto aos sujeitos envolvidos, mas, também, sob o aspecto objetivo, quanto aos bens jurídicos relacionados. Com efeito, a Constituição Federal determina especial proteção a direitos e interesses metaindividuais, os quais, em razão da transcendência em relação aos indivíduos, merecem tratamento diferenciado. Nesse sentido, podem ser citadas as normas voltadas à proteção do meio ambiente, da criança e do adolescente, do idoso e dos índios (artigos 225 a 232 da Constituição Federal).

A Constituição Federal Brasileira possui normas tanto de igualdade formal (artigo 5º, *caput*) quanto de igualdade material (artigo 7º, inciso XXX, e artigo 170), procurando aproximar essas vertentes²²⁰.

Diante de sua natureza constitucional, o princípio da igualdade se irradia por todo o ordenamento jurídico, inclusive sobre o Direito Processual. Assim, as normas processuais também devem ser estruturadas, interpretadas e aplicadas de acordo com os ditames do referido preceito fundamental, sob pena de inconstitucionalidade.

Na relação jurídica processual, o princípio constitucional da igualdade se revela com princípio da igualdade das partes, dirigido tanto ao legislador quanto ao juiz. Sob esse prisma, legislador e juiz devem não apenas tratar as partes de modo igualitário, sem qualquer distinção ou favorecimento (igualdade formal), mas, também, e acima disso, se utilizarem de mecanismos processuais que reduzam as diferenças substanciais entre as

²¹⁸ SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 211-212.

²¹⁹ SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 214.

²²⁰ SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 215.

partes, a partir de suas desigualdades específicas - muitas vezes oriundas de aspectos extraprocessuais -, buscando o equilíbrio real entre as partes (igualdade material), sob pena de inviabilizar o próprio exercício efetivo do direito fundamental de acesso à justiça.

O princípio isonômico, ditado pela Constituição em termos de ampla generalidade (art. 5º, *caput*, c/c art. 3º, inc. IV), quando penetra no mundo do processo assume a conotação de *princípio da igualdade das partes*. Da efetividade deste *são encarregados o legislador e o juiz*, aos quais cabe a dúplici responsabilidade de não criar desigualdades e de neutralizar as que porventura existam. (...) Essas desigualdades que o juiz e o legislador do processo devem compensar com medidas adequadas são resultantes de fatores externos ao processo – *fraquezas de toda ordem*, como a pobreza, desinformação, carências culturais e psicossociais em geral. Neutralizar as desigualdades significa promover a igualdade substancial, que nem sempre coincide com uma formal *igualdade* de tratamento porque esta pode ser, quando ocorrentes essas fraquezas, fontes de terríveis desigualdades. A tarefa de preservar a isonomia consiste, portanto, nesse tratamento formalmente desigual que substancialmente iguala²²¹.

O artigo 125, inciso I, do Código de Processo Civil²²² positiva o princípio da igualdade das partes, sendo considerado mecanismo processual apto à neutralização das desigualdades na relação jurídica processual²²³.

Em algumas situações, a aplicação da regra de distribuição estática do ônus da prova, atribuindo a carga probatória à parte que não detenha condições materiais, financeiras, técnicas, sociais e informacionais de produzir prova que lhe favoreça, sendo que a parte contrária possui essas condições, viola diretamente o princípio de igualdade material no processo, inviabilizando a adequada tutela processual do direito material.

²²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 1, p. 227-228. Nesse mesmo sentido, José Afonso da Silva: “O outro prisma da igualdade e da Justiça manifesta-se quando a lei cria situações de desigualdades em confronto concreto com outras, que lhes sejam iguais, como o dispositivo que trata de forma desigual a entes que devam litigar em igualdade de condições. (...) A realização da igualdade perante a justiça, assim, exige a busca da igualização de condições dos desiguais, o que implica conduzir o juiz a dois imperativos, como observa Ingber: de um lado, cumpre-lhe reconhecer a existência de categorias cada vez mais numerosas e diversificadas, que substituem a ideia de homem, entidade abstrata, pela noção mais precisa de indivíduo caracterizada pelo grupo em que se insere de fato; de outro lado, deve ele apreciar os critérios de relevância que foram adotados pelo legislador” (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 219-220).

²²² Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento.

²²³ “A leitura adequada do art. 125, inc. I, do Código de Processo Civil, mostra que ele inclui entre os deveres primários do juiz a *prática e preservação* da igualdade entre as partes, ou seja: não basta agir com igualdade em relação a todas as partes, é também indispensável neutralizar desigualdades” (DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 1, p. 227). Nesse sentido, também, José Roberto dos Santos Bedaque (*Poderes instrutórios do juiz*, p. 97-107) e José Carlos Barbosa Moreira (*La igualdad de las partes en proceso civil*, p. 80).

A técnica processual de distribuição dinâmica do ônus da prova tem como escopo justamente a correção dessas distorções, apresentando como fundamento, portanto, o princípio da igualdade material no processo²²⁴.

De fato, a maior preocupação de uma distribuição dinâmica é atribuir o ônus da prova àquela parte que detenha a melhor condição de produzir a prova de determinada alegação, estabelecendo uma relação de igualdade material entre os sujeitos processuais, na medida em que aquela que detenha a melhor condição seja a incumbida do ônus de provar.

A transferência do ônus probatório, portanto, vai ao ensejo da tutela do direito fundamental à igualdade substancial das partes no processo: se a produção da prova é muito difícil ao autor e, em contrapartida, encontra-se melhor ao alcance do réu, apenas com a *dinamização* dos ônus probatórios é que será possível a adequada e efetiva tutela jurisdicional. Caso fosse mantida a distribuição estática prevista no art. 333 do CPC, resplandeceria a inconstitucionalidade do procedimento probatório, por manifesta violação ao art. 5º, XXXV, da Constituição, que outorga o direito fundamental de acesso à justiça mediante a observância da igualdade substancial de participação das partes no aporte da prova destinada à formação da convicção do órgão judicial.

A dinamização, *in casu*, revela-se *técnica para a conformação constitucional do procedimento probatório*, quando o modelo básico ditado pela lei, em face das peculiaridades do caso concreto, não se ajusta aos preceitos constitucionais. (...)

Mais: considerando que ao juiz, ao teor do que predispõe a Constituição e o próprio Código de Processo Civil em seu art. 125, I, é imposto o dever de “assegurar às partes igualdade de tratamento”, revela-se cristalino que se trata de verdadeiro *dever* do órgão judicial a utilização da técnica da *dinamização* dos ônus probatórios, quando verificada a dificuldade de acesso à prova pela parte onerada em detrimento da facilidade da outra.

Nessa quadra, em possuindo uma das partes melhores condições de provar, segundo as circunstâncias materiais do caso concreto, a *dinamização* funciona como *filtro isonômico do direito fundamental à prova*: o exercício desse direito é ajustado em concreto, evitando tratamento discriminatório a qualquer das partes na sua atividade probatória em face da distribuição estática positivada na lei²²⁵.

²²⁴ “É a situação de desigualdade frente à produção da prova que condiciona a aplicação da dinamização do ônus probatório, de sorte a transferir o fardo de provar para a contraparte, quando esta dispõe de melhores condições. Se a lei processual não é capaz de, no caso concreto, proporcionar essa situação de igualdade, sua conformação deve se dar através da interpretação pelo sistema, principalmente amparada nas diretrizes indicadas pela Constituição” (CARPES, Artur Thompsen, *A distribuição dinâmica do ônus da prova no formalismo-valorativo*, p. 16). Thaís Bazzaneze sustenta que, no caso específico do ônus da prova, haveria a distinção entre *igualdade estática* e *igualdade dinâmica*, sendo esta última atinente à teoria da distribuição dinâmica das cargas probatórias: “Quanto à primeira ordem de fundamentação, a teoria prima pela igualdade dinâmica das partes, ou seja, pela igualdade de condições, a fim de afastar a desigualdade que nutre a igualdade meramente formal ou estática. (...) Logo, repise-se, a teoria da carga probatória dinâmica objetiva a igualdade dinâmica e não a igualdade estática da regra clássica do ônus da prova” (*Distribuição dinâmica dos ônus probatórios: análise à luz do devido processo legal e do acesso à justiça*, p. 70).

²²⁵ CARPES, Artur Thompsen, *Ônus dinâmico da prova*, p. 85-86.

É exatamente este o ponto de distinção em relação à regra de distribuição estática, a qual pressupõe, de maneira formal e abstrata, uma igualdade de partes que, no caso concreto, muitas vezes não se revela (igualdade formal no processo).

Portanto, o princípio de igualdade material das partes na relação jurídica processual, o qual tem origem no princípio constitucional da igualdade, fundamenta a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual Brasileiro.

4.3.3. Exercício dos poderes instrutórios do juiz

No âmbito do Direito Processual moderno, o juiz não pode mais ser reconhecido como mero espectador do debate envolvendo os litigantes. Pelo contrário. Deve participar diretamente da relação jurídica processual, inclusive determinando a produção de provas, caso verifique a insuficiência do material probatório existente para o julgamento.

Diante da imposição constitucional de que o Estado deve proporcionar aos jurisdicionados um processo justo, equo, sendo o direito de acesso à ordem jurídica justa erigido à natureza constitucional, o magistrado deve se valer de todos os instrumentos processuais postos a seu dispor para alcançar tal escopo²²⁶.

É nesse contexto que se fala em poderes instrutórios do juiz, o qual pode ser extraído do artigo 130 do Código de Processo Civil²²⁷, bem como do artigo 765 da Consolidação das Leis do Trabalho²²⁸.

De acordo com tal postulado, o juiz deve determinar *ex officio* a produção de provas quando verificar a insuficiência do conjunto probatório para o deslinde do feito. Com isso, busca-se minimizar a probabilidade de que o julgamento final seja

²²⁶ “No nosso sentir, diante dos princípios constitucionais do acesso à Justiça, da efetividade e dos princípios infraconstitucionais do livre convencimento do juiz e da busca da verdade, devem ser deferidos ao magistrado amplos poderes instrutórios. Com efeito, há muito o Juiz deixou de ser um convidado de pedra na relação jurídica processual. Na moderna teoria geral do processo, ao Juiz cabe zelar pela dignidade do Processo, pela busca da verdade real e por uma ordem jurídica justa” (SCHIAVI, Mauro, *Aspectos polêmicos e atuais da prova no processo do trabalho à luz da moderna teoria geral do processo*, p. 369).

²²⁷ 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.

²²⁸ Artigo 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.

proferido com base em meras regras abstratas de distribuição do ônus da prova (regra de julgamento), e não em provas efetivas acerca das alegações das partes²²⁹.

O princípio dispositivo, o princípio da igualdade das partes e o princípio da imparcialidade do juiz que regem o Direito Processual não podem ser vistos como entraves ao exercício dos poderes instrutórios pelo magistrado, pois o direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa se sobrepõe a esses preceitos²³⁰.

Com base nos poderes instrutórios do juiz, sustenta-se a aplicação da teoria da distribuição dinâmica no Direito Processual Brasileiro. Com efeito, estando o juiz autorizado a determinar de ofício a produção de provas, seria também permitida pelo sistema processual a redistribuição da carga probatória, com vistas ao melhor desempenho probatório das partes.

Verificando o magistrado, no caso concreto, que a distribuição estática da carga probatória não estimula a atividade probante das partes (função subjetiva do ônus da prova), seria lícito dinamizar a distribuição, atribuindo o ônus à parte que esteja em melhores condições de produzir a prova²³¹.

²²⁹ “Não há dúvida de que a atividade instrutória por parte do juiz *pode* diminuir os casos em que seja necessário recorrer às normas de distribuição dos riscos pela obscuridade dos fatos. Ou seja, se além das partes também o juiz desenvolve esforços para obtenção da prova, maior a possibilidade de esclarecimento dos fatos, o que diminui, na mesma proporção, a necessidade de se apelar para a distribuição dos encargos do art. 333 do CPC. Na verdade, aumenta a probabilidade de um julgamento correto, conforme a vontade do legislador. As regras sobre o ônus da prova constituem a ‘última saída para o juiz’, que não pode deixar de decidir. São necessárias, mas devem ser tratadas como exceção, pois o que se pretende com a atividade jurisdicional é que os provimentos dela emanados retratem a realidade, não meras ficções. Essa é a única relação que se pode dizer existente entre o poder instrutório do juiz e o ônus da prova” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Poderes instrutórios do juiz*, p. 124).

²³⁰ “De qualquer modo, ainda que se dê maior abrangência ao referido princípio, não pode ele implicar restrição ao poder investigatório do juiz. O chamado princípio dispositivo em sentido impróprio ou processual não tem razão de ser, pois entre os deveres do juiz está o de tomar iniciativa quanto à determinação dos meios probatórios, atendido o âmbito de investigação estabelecido pelas partes na determinação dos elementos objetivos da demanda (pedido e causa de pedir). Os sujeitos parciais do processo podem estabelecer limites quanto aos fatos a serem examinados pelo juiz, não em relação aos meios de prova que ele entender necessários à formação de seu convencimento. E não se trata de atividade meramente supletiva. Deve o juiz atuar de forma dinâmica, visando a trazer, para os autos, retrato fiel da realidade jurídico-material” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Poderes instrutórios do juiz*, p. 94-95). Nesse mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, p. 24-25.

²³¹ “Os poderes instrutórios e a iniciativa probatória concedida ao julgador, em face do fim a que se propõem, qual seja, vinda do elemento probatório aos autos, não só autorizam, como justificam a adoção da distribuição dinâmica dos encargos processuais. (...) Os poderes instrutórios do juiz e a distribuição dinâmica do ônus da prova atuam, em verdade, como mecanismos complementares, que não se repelem, nem se excluem. São dois instrumentos sucessivos, igualmente importantes, que são postos à disposição do magistrado de forma a permitir que o conjunto probatório com base no qual ele irá julgar o feito seja o mais completo, adequado e suficiente possível” (CREMASCO, Suzana Santi, *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 84). Nesse mesmo sentido: KNIJNIK, Danilo, *As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça*

Assim, haveria maior possibilidade de o julgamento de mérito ser proferido com base em provas efetivamente produzidas no processo, e não em meras regras formais de distribuição de encargos probatórios, fomentando o direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa.

No entanto, os poderes instrutórios do juiz não nos parece como legítimo fundamento de aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Em nosso entendimento, os poderes instrutórios se revelam como mecanismo processual apto à aplicação da dinamização na demanda, reequilibrando os sujeitos na relação jurídica processual. O fundamento de aplicação da teoria é o princípio da igualdade material no processo, sendo os poderes instrutórios o instrumento pelo qual a distribuição dinâmica é efetivada.

Isso porque, a atribuição da carga probatória se dá pelo juiz, no caso concreto, de maneira dinâmica, por meio de seus poderes instrutórios, conferidos pelo Direito Processual, com vistas ao reequilíbrio das partes na relação jurídica processual, sob o ponto de vista probatório.

4.3.4. Dever de colaboração entre partes e juiz

Desde os primeiros estudos realizados pela doutrina brasileira acerca da distribuição dinâmica do ônus da prova, já se sustentava sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio. Argumentava-se, inspirado nas lições solidaristas de René Demogue e de Augusto M. Morello, que o princípio da probidade processual e o dever de colaboração das partes com o julgador permitiriam a adoção da referida teoria, na medida em que a parte que detém melhores condições de comprovar os fatos alegados nos autos (independentemente de quem os tenha deduzido) não tem o direito de permanecer inerte. Pelo contrário: tem o dever de colaborar com a busca da verdade e com a elucidação dos fatos²³².

e superar a probatio diabólica, p. 947; BAZZANEZE, Thaís, *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios: análise à luz do devido processo legal e do acesso à justiça*, p. 72-74.

²³² DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr, *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*, p. 105.

O dever de colaboração pode ser extraído do artigo 339 do Código de Processo Civil e do artigo 645 da Consolidação das Leis do Trabalho²³³.

Nos tempos contemporâneos, a fundamentação da aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova com base nos deveres de colaboração, probidade e solidariedade entre as partes e o juiz ganhou maior destaque²³⁴.

Pode-se afirmar que isso se deve a uma maior exacerbação na doutrina nacional acerca da concepção de deveres das partes em matéria de prova, indo além do simples ônus probatório²³⁵. Dentre as diferenças entre ônus e deveres processuais, a que mais nos interessa é a de que, enquanto o descumprimento de um dever tem como consequência a aplicação de uma sanção prevista na lei, o descumprimento do ônus não traz este resultado.

Vista a produção da prova como dever processual da parte, defende-se que, na hipótese de falta ou insuficiência da prova, além da consequência natural do descumprimento do encargo (provável decisão final desfavorável, com aplicação do ônus objetivo – regra de julgamento), seja imposta à parte onerada, desde que tenha condições para se desvencilhar, uma sanção – multa pecuniária²³⁶.

²³³ “No processo do trabalho o dever de cooperação está expressamente previsto no art. 645 da CLT, que assim o estabelece: ‘O serviço da Justiça do Trabalho é relevante e obrigatório, ninguém dele podendo eximir-se, salvo motivo justificado’” (BEBBER, Júlio César, *Processo do trabalho sob o enfoque de três princípios (instrumental, da simplicidade e da cooperação) indispensáveis à efetividade e tempestividade*, p. 374).

²³⁴ “A distribuição dinâmica funda-se no princípio da colaboração, na medida em que ao repartir os encargos processuais tendo por base as condições das partes em produzir a prova respectiva, o magistrado coopera com a instrução, pois toca o encargo a quem efetivamente pode fazê-lo, mesmo que, por vezes, culmine por impor a um litigante que inicialmente não tenha o ônus de seu cumprimento. Em melhores condições de produzir a prova – mesmo sem ter, de início o encargo – o litigante igualmente coopera para com o processo, porque pode fazer com que a prova venha, de fato, aos autos, contribuindo, assim, para a efetividade, justiça e adequação da solução final que será exarada, que poderá ser contrária até mesmo aos seus próprios interesses, não obstante condizente com a verdade e, como tal, passível de restabelecer a ordem e conduzir as partes à pacificação social” (CREMASCO, Suzana Santi, *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 86). Nesse sentido, também: BAZZANEZE, Thaís, *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios: análise à luz do devido processo legal e do acesso à justiça*, p. 71; REDONDO, Bruno Garcia, *Distribuição dinâmica do ônus da prova: breves apontamentos*, p. 18-19; LAZARI, Rafael José Nadim de; SOUZA, Gelson Amaro de, *Reflexões sobre a perspectiva de uma distribuição dinâmica do ônus da prova: análise de viabilidade*, p. 107-108.

²³⁵ “Nesse particular, o que se constata é que a “passagem” – se é que se pode usar tal palavra – do ônus para o dever de provar resulta em boa medida da ênfase para o aspecto ético, que, não apenas na prova, deve estar presente no processo, como instrumento da jurisdição. Basta ver que a formulação teórica da distribuição do ônus da prova ganhou reforçada inspiração em componente daquela natureza quando, por exemplo, se preconizou que a prova – vista em perspectiva de “cargas dinâmicas” – incumbe a quem tenha melhores condições substanciais de obtenção e produção, considerando-se a posição dos litigantes e seu acesso às provas relevantes” (YARSHELL, Flávio Luiz, *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, p. 150).

²³⁶ “Quando se examinarem os preceitos específicos, em matéria probatória, a respeito dos compromissos da parte, será possível notar que a sanção geralmente atribuída à violação dos deveres acima enumerados é a presunção da veracidade do fato. (...) Conquanto a sanção da presunção seja o caminho normal em tais

No entanto, não nos parece correto o entendimento de que o sistema processual brasileiro discipline verdadeiro dever das partes quanto à produção da prova, ainda que essa produção seja condizente à tese defendida pela parte à qual o suposto dever é atribuído, e muito menos quando a prova é contrária à tese defendida. As regras processuais evocadas pela doutrina para sustentar a existência de eventual dever de colaboração e de solidariedade entre as partes e o juiz no campo probatório não nos parece justificar essa posição.

Que os artigos 14, 17 e 18 do Código de Processo Civil estabelecem deveres de probidade das partes, isso sem dúvidas. No entanto, defender que, com base nessas regras, o sistema tenha estabelecido o dever de as partes trazerem aos autos todo o material probatório de todas as alegações deduzidas, sob pena de imposição de sanções, parece-nos um exagero. Explica-se.

Não visualizamos que, além do possível julgamento contrário àquele que não se desincumbiu de seu ônus probatório pela falta ou insuficiência de produção de prova (aplicação da regra de julgamento – ônus objetivo da prova), exista regra explícita para aplicação de sanções à parte que, tendo condições, não produziu a prova. Além disso, do quanto estabelecido pelo artigo 339 do Código de Processo Civil, também não há como se chegar a essa conclusão, pois não há determinação de aplicação da pena pelo seu descumprimento.

Assim, não vemos como base de sustentação para incidência da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova o dever de colaboração e da solidariedade entre as partes e o juiz, muito menos o eventual dever de produção de prova, nos moldes acima delineados²³⁷.

Até mesmo porque a finalidade da distribuição dinâmica não é a busca da verdade dos fatos alegados *a todo o custo*, aliada a instrumentos de verdadeira coação das partes nesse propósito (com a imposição de sanções, por exemplo). Procura-se com sua

casos, vê-se de pronto que ela não é a única cabível. Como está claro nos arts. 17 e 18 do CPC, o litigante de má-fé pode ser condenado a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos sofridos, além de honorários advocatícios e de todas as despesas que efetuou. É importante advertir que essa sanção pode ser imposta cumulativa ou alternativamente à presunção antes indicada” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, *Prova*, p. 155- 156).

²³⁷ “Tampouco se pode fundamentar a alteração *ope judicis* do ônus da prova em caso de dificuldade de sua produção, nos preceitos dos arts. 130 ou 339 do CPC, entre outros que costumam ser mencionados pelos que trataram do tema. (...) Na segunda, porque tal colaboração diz respeito aos terceiros e não às partes, sob pena de sermos forçados, ainda que a contragosto, a admitir que provar (= produzir a prova) não é um ônus, mas um dever, o que contraria as premissas do presente estudo e nos obrigaria a jogar por terra as conclusões dos doutrinadores estrangeiros e nacionais que até então procuraram explicar a fenomenologia do comportamento das partes em decorrência das regras do ônus da prova” (YOSHIKAWA, Eduardo H. de Oliveira, *Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 125-126).

aplicação afastar a chamada *probatio diabolica*, determinando que seja atribuído o ônus probatório à parte que detenha, no caso concreto, as melhores condições de produzir a prova de determinado fato alegado. Assim, busca-se estimular a produção probatória (regra de conduta das partes), e não impô-la *por bem ou por mal*.

4.3.5. Busca da verdade real

Sustenta-se que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova teria como fundamento de aplicação a busca da verdade real. Para essa corrente, a verdade real seria a base de um julgamento justo²³⁸.

Não nos parece que a verdade real seja um dos escopos do processo, nem que o julgamento justo apenas seja o fundado na verdade real. O processo busca a verdade possível, e, em alguns casos, contenta-se com a verdade aparente (verossímil). A verdade real dos fatos alegados, na grande maioria das vezes, não é aquela que é trazida para o processo, o qual deve se contentar com o conjunto probatório produzido acerca dos fatos alegado, formando a verdade possível, a verdade substancial do processo²³⁹.

No mais, a insistência na busca da verdade real poderia representar a perpetuação do trâmite processual, diante da dificuldade e, até mesmo, da impossibilidade fática de seu alcance²⁴⁰.

²³⁸ “A carga dinâmica tem, pois, o condão de auxiliar no encontro da verdade real, elemento cujo alcance é essencial para que o magistrado consiga proferir uma solução condizente com o seu convencimento e, mais ainda, uma solução justa” (CREMASCO, Suzana Santi, *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 81).

²³⁹ “En efecto, como ya se ha mencionado al inicio, si se observa la literatura jurídica sobre las pruebas en los diversos ordenamientos, es habitual encontrar la afirmación de que el proceso está dirigido hacia la determinación de la verdad de los hechos o, al menos, de su verdad probable” (Tradução sugerida: “Com efeito, como já mencionado no início, se observar-se a literatura jurídica sobre as provas nos diversos ordenamentos, é habitual encontrar a afirmação de que o processo está dirigido para a determinação da verdade dos fatos, ou, ao menos, de sua verdade provável”) (TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, p. 56).

²⁴⁰ “A prova não tem o condão de reconstruir um evento pretérito; não se pode voltar no tempo. Assim é que a verdade real é meta inatingível, até porque, além da justiça, há outros valores que presidem o processo, como a segurança e a efetividade: o processo precisa acabar. Calcar-se a teoria processual sobre a ideia de que se atinge, pelo processo, a verdade material, é mera utopia. O mais correto, mesmo, é entender a verdade buscada no processo como aquela mais próxima possível do real, própria da condição humana. Esta, sim, é capaz de ser alcançada no processo, porquanto há verdadeiro exercício da dialética durante o procedimento, com a tentativa das partes de comprovarem, mediante a argumentação, a veracidade de suas alegações. (...) A verdade buscada no processo é, assim, a verdade mais próxima possível da real.” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, p. 73-74).

É com base nessas premissas, inclusive, que restou superada a dicotomia entre verdade real e verdade formal. Todo o conjunto probatório produzido no processo representa a verdade real daquele processo, a verdade possível daquele processo²⁴¹.

Assim, um processo justo seria aquele decidido com base na verdade possível, não sendo necessária a verdade real, reconhecida como utópica.

Portanto, não nos parece correto sustentar a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova na busca da verdade real, pois não será com a referida teoria que tal escopo será alcançado. No máximo, e é isto justamente o que se espera, será atingida a verdade possível do processo, com a produção da prova necessária à elucidação dos fatos relevantes à demanda, não sendo necessária a incidência da regra de julgamento (ônus da prova objetivo) para que o juiz profira a decisão final de mérito.

4.3.6. A regra do artigo 333, parágrafo único, inciso II, do Código de Processo Civil

O artigo 333, parágrafo único, inciso II, do Código de Processo Civil determina ser nula de pleno direito a convenção das partes que distribuiu o ônus da prova de maneira diversa da estabelecida nos incisos do *caput* quando “tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”²⁴².

Trata-se de hipótese de distribuição convencional do ônus da prova, estipulada em determinado negócio jurídico, a partir do acordo de vontade das partes contratantes. Como ressaltado anteriormente (item 2.3.), configura um sinal do sistema processual de que é possível alterar a rigidez da disciplina legal-estática de distribuição da carga probatória definida nos incisos do *caput* do próprio artigo 333 do Código de Processo Civil.

²⁴¹ “A obtenção da verdade real, inegavelmente, atende aos princípios de justiça e efetividade do processo, sendo, portanto, um dos escopos da jurisdição que é pacificar o conflito com justiça. Desse modo, a moderna doutrina defende a tese da superação da diferenciação entre verdade real e formal, dizendo que a verdade é uma só, a real, mas esta é praticamente impossível de ser atingida. Não obstante, todos que atuam no processo, principalmente o julgador, devem envidar esforços para se chegar ao acerto mais próximo da realidade (verdade substancial)” (SCHIAVI, Mauro, *Aspectos polêmicos e atuais da prova no processo do trabalho à luz da moderna teoria geral do processo*, p. 359-360).

²⁴² O artigo 51, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor, emana comando normativo idêntico, ao fulminar de nulidade cláusula contratual que estabeleça inversão do ônus da prova de modo a prejudicar o consumidor.

Para nós, no entanto, mais do que isso, representa legítimo comando legal de permissão de utilização da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual Brasileiro.

Com efeito, ao impor a nulidade da distribuição da carga probatória estabelecida pelas partes caso a convenção torne *excessivamente difícil* o exercício do direito à prova a um dos sujeitos, a regra em comento toma como base um dos fundamentos de aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, qual seja, o de que a carga probatória não deve ser atribuída àquele que detenha as menores condições materiais, financeiras, técnicas, sociais e informacionais de produzir a prova necessária ao deslinde do feito, o que, certamente, configuraria extrema dificuldade de exercício de seu direito fundamental à prova.

A partir do momento em que se estabelece o ônus da prova das partes no processo levando em consideração as condições – sociais, econômicas, culturais, hierárquicas, técnicas, de informação, de acesso, etc. – que cada um dos litigantes tem para a produção da prova respectiva, facilita-se a sua realização e, em consequência, a probabilidade de que venham aos autos todos os meios necessários à demonstração dos fatos que são objeto de controvérsia e à formação do convencimento do julgador.

Essa questão reforça a possibilidade de adoção da teoria à luz do art. 333, na medida em que vai ao encontro da vedação contida no inciso II do parágrafo único do mesmo dispositivo, que, em relação a convenções que versam sobre o encargo, impede a alteração da disciplina legal do ônus da prova sempre que ela “tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”.

Se a intenção da distribuição dinâmica é exatamente a de facilitar a produção da prova, não há sentido em que, por meio dela, imponha-se ao autor ou ao réu um encargo muito difícil, quando não impossível de se cumprir, inviabilizando o próprio acesso à justiça e o alcance de todos os princípios a ele correlatos. É indispensável, para que incida a teoria da carga dinâmica, que o litigante a quem se impõe o ônus tenha condições – e condições efetivas – de assumir e de cumprir com o encargo determinado, porque, do contrário, não só não há qualquer razão de ser para a adoção da teoria, como se corre o risco de ferir o princípio da igualdade entre as partes²⁴³.

O fato de a proibição se voltar para acordos estabelecidos entre as partes (distribuição convencional) não impede que o juiz distribua o encargo probatório de forma diversa daquela estabelecida pela própria lei (distribuição legal), caso a aplicação dela própria torne excessivamente difícil o exercício do direito à prova a um dos sujeitos. O

²⁴³ CREMASCO, Suzana Santi, *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 97.

critério da *extrema dificuldade probatória* deve ser observado tanto na distribuição convencional quanto na distribuição legal²⁴⁴.

Em outras palavras, se as partes não podem desequilibrar a relação jurídica processual, estabelecendo um encargo probatório de difícil superação a um dos sujeitos, muito menos a lei poderá fazê-lo²⁴⁵.

Portanto, temos que a vedação imposta pelo artigo 333, parágrafo único, inciso II, do Código de Processo Civil, ao proibir que a distribuição da carga probatória torne *excessivamente difícil* o exercício do direito à prova a um dos sujeitos, sinaliza que o sistema processual vigente permite a relativização da distribuição legal-estática, dando ensejo à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

4.4. A incorporação legislativa da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual Brasileiro: Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, Projeto de Lei da Ação Civil Pública e Projeto de Código de Processo Civil

O Instituto Brasileiro de Direito Processual, com o escopo de harmonizar os microssistemas processuais que disciplinam as ações que visam à tutela dos direitos metaindividuais (ação popular, ação civil pública, ações coletivas consumeristas, etc.),

²⁴⁴ “O certo é que o legislador vedou distribuição dos ônus probatórios que afrontasse o direito fundamental à prova. Embora não tenha imaginado que este pode decorrer de outras situações que não estritamente através da convenção dos ônus probatórios, não escapa a compreensão de que a distribuição merece ser conformada em todo e qualquer caso em que se revele *excessivamente difícil a uma parte o exercício de um direito*. A finalidade a ser alcançada é assegurar o acesso à prova e, por via de consequência, garantir a observância do processo justo. Assim, independentemente se a distribuição é legal ou convencional, os ônus probatórios deverão conformar-se à Constituição” (CARPES, Artur Thompsen, *Ônus dinâmico da prova*, p. 116); “Contudo, o fato de o legislador ter considerado tal situação apenas em relação às convenções probatórias não afasta a ocorrência de situações em que a aplicação das regras sobre o ônus da prova flerta, perigosamente, com a impossibilidade de provar, beirando a inutilidade da ação judiciária, com a vedação oculta de acesso efetivo à justiça. Em outros termos, em inúmeros casos, verifica-se que também a aplicação das regras consagradas no *caput* do art. 333 do CPC pode levar à situação considerada por seu parágrafo único, II” (KNIJNIK, Danilo, *As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica*, p. 944).

²⁴⁵ Em sentido contrário, sustentando que a regra do artigo 333, parágrafo único, inciso II, do Código de Processo Civil não permite a incidência da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova em nosso sistema processual: YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira, *Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 124-125.

elaborou Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, com forte inspiração no Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América. Neste anteprojeto, foi adotada, quanto ao ônus da prova, a teoria de distribuição dinâmica, nos seguintes contornos: “Art. 11, § 1º O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração”.

A Universidade do Estado do Rio de Janeiro e a Universidade Estácio de Sá também elaboraram anteprojeto nesse sentido, sob coordenação do Professor Aluísio Gonçalves Mendes. A teoria da distribuição dinâmica também foi adotada: “Art. 19. § 1º O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre fatos, ou maior facilidade em sua demonstração, cabendo ao juiz deliberar sobre a distribuição do ônus da prova por ocasião da decisão saneadora”.

O Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, o qual inspirou os anteprojeto apontados, já havia recepcionado a atribuição dinâmica dos encargos probatórios:

Art. 12 § 1º O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração. Não obstante, se por razões de ordem econômica ou técnica, o ônus da prova não puder ser cumprido, o juiz determinará o que for necessário para suprir a deficiência e obter elementos probatórios indispensáveis para a sentença de mérito, podendo solicitar perícias à entidade pública cujo objeto estiver ligado à matéria em debate, às custas da mesma. Se assim mesmo a prova não puder ser obtida, o juiz poderá ordenar sua realização, a cargo ao Fundo de Direitos do Grupo.

Mais recentemente, foi apresentado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, em modificação ao anteprojeto anterior, Projeto de Lei de Ação Civil Pública (PL n. 5.139/2009), o qual também acolheu a referida distribuição dinâmica:

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

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

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

(...)

VI - poderá, a todo momento, rever o critério de distribuição da responsabilidade da produção da prova, diante de fatos novos, observado o contraditório e a ampla defesa;

VII - esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova;

Diante das propostas legislativas e dos critérios de aplicação estabelecidos no capítulo anterior, percebe-se que o Projeto de Lei da Ação Civil Pública, atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados, é o que melhor disciplina a matéria. No entanto, algumas ponderações devem ser feitas, tendo em vista o quanto estabelecido em termos de critérios seguros de aplicação da teoria de distribuição dinâmica dos ônus probatórios.

Primeiro, há que se considerar como correta a determinação de que a distribuição dinâmica se configura como regra de atividade, de indução do comportamento das partes, na medida em que aplicada durante a fixação dos pontos controvertidos, após tentativa de conciliação frustrada, devendo o juiz esclarecer as partes acerca de sua incidência (inciso VII). Além disso, está prevista a possibilidade de revisão da atribuição dinâmica do encargo probatório diante de fatos supervenientes, como será abordado mais adiante (inciso VI).

No entanto, outros pontos considerados como cruciais para uma correta utilização da técnica processual não foram disciplinados pela proposta legislativa: a) aplicação da regra de distribuição estática no caso de a superveniência de algum fato determinante dificultar a prova para ambas as partes; b) subsidiariedade da utilização dos poderes instrutórios do juiz quanto à produção e quanto à distribuição dos ônus probatórios por meio da teoria dinâmica (que foi objeto de disciplina do Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América), incidindo apenas quando se torne inevitável a aplicação da distribuição estática (regra de julgamento – ônus objetivo da prova – como forma de afastar o *non liquet*); c) exigência de que haja nos autos evidências de que, além de a parte contrária estar em melhores condições, a parte que invoca a adoção da teoria não tem, efetivamente, meios de produzir determinada prova.

No mais, merece críticas a imprecisão terminológica e técnica do Projeto ao utilizar-se do termo “responsabilidade”, ao invés de “ônus”, para disciplinar a distribuição dos encargos probatórios (inciso IV). Nesse sentido, o termo “responsabilidade” dá margens para ambiguidades, na medida em que não se sabe se a

produção da prova é vista pelo legislador como dever processual ou típico ônus, tese a qual defendemos.

Além do sistema de tutela dos direitos metaindividuais, o Projeto de Código de Processo Civil (PL n. 8.046/2010), atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados²⁴⁶, também adotou a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova:

Art. 358. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

§ 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 357, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

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

O ponto positivo da proposta legislativa reside no fato de que a distribuição dinâmica foi tratada como regra de atividade, e não como regra de julgamento, devendo o juiz, ao aplicá-la, em decisão fundamentada, e observado o contraditório, dar à parte onerada oportunidade real para se desincumbir do ônus probatório.

Contudo, o texto merece ser aperfeiçoado, diante dos demais critérios já mencionados (caráter subsidiário em relação à regra de distribuição estática; exigência de que haja nos autos evidências de que, além de a parte contrária estar em melhores condições, a parte que invoca a adoção da teoria não tem, efetivamente, meios de produzir determinada prova; tratamento legal para a hipótese de fato superveniente que onere a parte cujo ônus foi atribuído dinamicamente).

Em relação ao ponto, LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO, tecendo comentários sobre o artigo 262 do então Projeto de Lei n. 166/2010, iniciado no Senado Federal, apenas apontam que a proposta legislativa poderia ter sido mais bem redigida, sem, no entanto, aprofundarem-se nas críticas a respeito da disciplina da técnica processual empreendida²⁴⁷. Nesse sentido, propõem a seguinte redação:

²⁴⁶ O Projeto de Código de Processo Civil iniciou-se no Senado Federal (PL n. 166/2010) e agora está em tramitação na Câmara dos Deputados (PL n. 8.046/2010). No PL n. 166/2010, a teoria da distribuição dinâmica estava prevista no artigo 262, sendo que no PL n. 8.046/2010 não sofreu nenhuma alteração redacional, apenas sendo renumerado (artigo 358).

²⁴⁷ *O projeto do CPC: crítica e propostas*, p. 104.

Art. 262. Considerando as circunstâncias da causa, o juiz poderá, em decisão fundamentada e observado o contraditório, atribuir o ônus da prova à parte que se encontrar em melhores condições de produzi-la. Parágrafo único. A dinamização do ônus da prova será sempre seguida de oportunidade para que a parte onerada possa desempenhar adequadamente seu encargo.

Já LUIZ EDUARDO BOAVENTURA PACÍFICO, analisando o artigo 358 do PL n. 8.046/2010, ressalta a necessidade de a norma explicitar os limites de incidência da distribuição dinâmica, com o escopo de se evitar decisões inversamente injustas. Nesse sentido, destaca a imprescindibilidade de se definir o caráter excepcional da aplicação da dinamização do ônus da prova e a determinação de que o juiz especifique o fato (ou fatos) sobre o qual haverá a modificação da carga, elaborando a seguinte proposta de redação:

Art. 358. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, *excepcionalmente e* observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em condições *substancialmente melhores, do ponto de vista profissional, técnico ou fático* de produzi-la.
*Parágrafo único. A decisão deve ser fundamentada e especificar o fato (ou fatos) a respeito do qual deixam de prevalecer as regras gerais de distribuição do ônus da prova*²⁴⁸.

Mesmo criticando a adoção da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, EDUARDO HENRIQUE DE OLIVEIRA YOSHIKAWA tece considerações acerca da redação do artigo 358 do PL n. 8.046/2010, propondo alterações para uma melhor utilização da técnica. Assim, defende que: a) a redistribuição da carga não pode ser efetivada *ex officio* pelo juiz; b) a dinamização deve estar condicionada à verossimilhança do fato alegado pela parte; c) a distribuição dinâmica deve ser afastada se a contraprova for ou se tornar no curso do processo impossível para a parte contrária (prova bilateralmente diabólica); d) a redistribuição do ônus não pode ser efetivada se a dificuldade ou impossibilidade de produção da prova tiver sido causada pela parte que dela busca se beneficiar²⁴⁹.

Analisando os poderes atribuídos ao magistrado pelo Projeto quanto à dinamização dos ônus probatórios, JOÃO BATISTA LOPES defende que o poder judicial

²⁴⁸ Ônus da prova e o Projeto de Código de Processo Civil, p. 318-319.

²⁴⁹ Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, p. 150-154.

para aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova deve se restringir às hipóteses de impossibilidade material ou onerosidade excessiva quanto à produção da prova, abrangendo as provas diabólicas e os casos em que a parte tenha extrema dificuldade para se desincumbir do encargo probatório. Desse modo, afastar-se-ia o risco de insegurança jurídica para as partes e o subjetivismo do magistrado²⁵⁰.

Destacamos, ainda, o Projeto de Lei n. 3.015/2008, apensado ao Projeto de Lei n. 6.025/2005, o qual, por sua vez, está apensado ao Projeto de Código de Processo Civil (Projeto de Lei n. 8.046/2010), todos em tramitação na Câmara dos Deputados. O Projeto de Lei n. 3.015/2008 propõe a inclusão de mais um parágrafo no artigo 333 do atual Código de Processo Civil, com a seguinte redação: “§ 2º É facultado ao juiz, diante da complexidade do caso, estabelecer a incumbência do ônus da prova de acordo com o caso concreto”. Referido texto é o mais simples de todos os apontados, mas, de todo o modo, vale o registro.

Vemos com muito otimismo e entusiasmo que propostas legislativas sejam elaboradas com o objetivo de adoção e disciplina da teoria dinâmica do ônus da prova. Isso confirma a posição de que, diante de suas imperfeições, o sistema de distribuição estática precisa ser repensado, principalmente quanto à preservação da igualdade material entre as partes na relação jurídica processual. Contudo, essas propostas devem ser profundamente analisadas e debatidas, buscando-se o aperfeiçoamento da técnica processual, notadamente pela necessidade de se estabelecerem critérios que permitam sua correta utilização, os quais serão abordados no capítulo seguinte.

²⁵⁰ *Ônus da prova e teoria das cargas dinâmicas no Novo Código de Processo Civil*, p. 238.

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

5.1. Fundamentos para aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova tem plena aplicação no Direito Processual do Trabalho. Isso porque, os fundamentos que justificam a incidência da referida teoria no Direito Processual Comum (direito fundamental à prova e princípio da igualdade material no processo) também devem ser verificados no processo juslaboral.

5.1.1. Direito fundamental à prova

Como destacado anteriormente, o direito fundamental à prova tem assento constitucional, podendo ser extraído do direito fundamental de acesso à justiça (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal) e dos princípios constitucionais processuais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal). Em razão da natureza constitucional do preceito, também deve ser observado no Direito Processual do Trabalho.

Nesse sentido, as normas processuais trabalhistas, infraconstitucionais, não podem ser estruturadas, interpretadas e aplicadas de modo a restringir o pleno exercício do direito fundamental à prova, sob pena de inconstitucionalidade. Portanto, as regras do Direito Processual do Trabalho devem ser conformes ao direito à prova.

Esse raciocínio se aplica também à disciplina legal do ônus da prova no processo trabalhista²⁵¹.

²⁵¹ “Firma-se, assim, a noção de que o *direito fundamental à prova* não pode ser entendido apenas como uma leitura isolada dos dispositivos que tratam especificamente do tema (CLT art. 818 ou CPC art. 333). Cabe a quem se embrenhar nesse terreno estudá-lo com uma visão panorâmica e sistemática das normas que regem o direito probatório no processo civil e/ou do trabalho. E mais do que isso: interpretá-las com base nos

Assim, a regra processual referente ao ônus da prova (artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho) não pode ser interpretada e aplicada de modo a violar o direito fundamental à prova. Em termos práticos, o ordenamento constitucional vigente veda que, em decorrência da aplicação e da interpretação da norma de distribuição do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho, a carga probatória seja atribuída à parte que dela não poderá se desincumbir, pois, neste caso, estará configurada a afronta ao preceito fundamental²⁵².

Sendo o escopo da distribuição dinâmica do ônus da prova atribuir a carga probatória à parte a qual, no caso concreto, possua as melhores condições materiais, financeiras, técnicas, sociais e informacionais para produzir a prova das alegações necessárias ao deslinde da demanda, pode-se afirmar que a referida teoria tem como fundamento de aplicação o direito fundamental à prova, na medida em que possibilita uma maior viabilidade de que a prova relevante ao processo seja produzida.

A distribuição estática do ônus da prova, em muitos casos, inviabiliza, aprioristicamente, a produção da prova necessária ao esclarecimento das alegações, por atribuir a carga probatória à parte com menores condições de se desincumbir.

Assim, temos que o direito fundamental à prova, de natureza constitucional, fundamenta a aplicação da dinamização da carga probatória no âmbito do Direito Processual do Trabalho, pois, em determinados casos concretos, a incidência da regra estática resultaria em violação do referido preceito constitucional.

princípios da CF que informam esses ramos e que legitimam a aplicação de outros dispositivos em caráter supletivo. Sem isso não se pode equacionar com segurança os inúmeros problemas que as partes e o juiz enfrentam no terreno minado e espinhoso da *distribuição* (estática ou dinâmica) do ônus da prova” (PESSOA, Roberto Dórea, *Aplicação da teoria das “cargas probatórias dinâmicas” nas lides de acidente de trabalho – uma perspectiva epistemológica*, p. 1360).

²⁵² “O reconhecimento do direito fundamental à prova emanará no processo do trabalho uma ordem de justificação muito expressiva apta a exigir o pleno acolhimento da teoria dinâmica do ônus da prova. (...) 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 gozam 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” (PIRES, Líbia da Graça, *Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho*, p. 171).

5.1.2. Princípio da igualdade material no processo

O princípio da igualdade material no processo, seja em relação às partes, seja em relação aos bens jurídicos tutelados, também fundamenta a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho. E com mais propriedade ainda, em razão da incidência do princípio protetor ao processo juslaboral.

Como vimos anteriormente, o princípio da igualdade tem assento constitucional, manifestando-se sob dois aspectos, quais sejam, a igualdade formal (igualdade perante a lei, determinando que todos sejam tratados igualmente, sem levar em conta as especificidades de determinados grupos) e a igualdade material (tratamento desigual dos sujeitos ou bens desiguais no âmbito de determinada sociedade, considerando suas desigualdades específicas, buscando a igualdade com os demais sujeitos ou bens).

Pela natureza constitucional, o princípio da igualdade se irradia por todo o ordenamento jurídico, inclusive pelo Direito Processual do Trabalho, traduzindo-se como princípio de igualdade das partes na relação jurídica processual laboral, dirigido tanto ao legislador quanto ao juiz. Assim, legislador e juiz devem não apenas tratar as partes de modo igualitário, sem qualquer distinção ou favorecimento (igualdade formal), mas, também, e acima disso, se utilizarem de mecanismos processuais que reduzam as diferenças substanciais entre as partes, a partir de suas desigualdades específicas - muitas vezes oriundas de aspectos extraprocessuais -, buscando o equilíbrio real entre as partes (igualdade material), sob pena de inviabilizar o próprio exercício do direito fundamental de acesso à justiça²⁵³.

²⁵³ “Vale dizer, o princípio da igualdade há de ser entendido no seu sentido amplo, isto é, tanto no aspecto da igualdade formal quanto no da igualdade substancial. Disso resulta a necessidade de adaptação da aplicabilidade desse princípio nos domínios do direito processual do trabalho, no qual se observa, não raro, manifesta desigualdade econômica entre os demandantes, isto é, entre as partes que figuram no processo” (LEITE, Carlos Henrique Bezerra, *Curso de Direito Processual do Trabalho*, p. 56); “A questão não emerge simplesmente em face da necessidade de proteção – ou não – do trabalhador, mas da possibilidade e necessidade de restabelecimento da **igualdade material** por normas processuais. Quando se estuda o tema a partir da **constatação** dos efeitos **processuais** da desigualdade das partes, há como justificar o tratamento diferenciado por aplicação pura e simples do Princípio da Isonomia” (ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim; PERES, Antônio Galvão, *Distribuição e inversão do ônus da prova no processo do trabalho*, p. 94); O processualismo moderno já não se coaduna com uma visão eminentemente liberal e individualista do processo. Como meio de acesso à tutela jurídica justa, o processo não pode mais ser compreendido como um emaranhado de regras formais e destituídas de conteúdo valorativo. Impõe-se ao magistrado, destarte, a adoção de uma perspectiva compatível com as finalidades do processo: concretizar o ordenamento jurídico, permitir a participação e o debate entre as partes (contraditório) e legitimar a decisão judicial. Daí porque a garantia de igualdade entre as partes se volta também para a igualdade material: assegurar *apenas* formalmente às partes iguais condições de participar do processo – e, por consequência, da formação do convencimento do magistrado através da atividade probatória – significa a perpetuação da

Sob esse viés, tem-se que as normas processuais trabalhistas devem ser estruturadas, interpretadas e aplicadas de acordo com os ditames do princípio da igualdade, sobretudo em seu aspecto material, sob pena de inconstitucionalidade. E isso não poderia ser diferente quanto à disciplina legal da distribuição dos encargos probatórios.

Com efeito, em algumas situações, a aplicação da regra de distribuição estática do ônus da prova (artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho), atribuindo a carga probatória à parte que não detenha condições materiais, financeiras, técnicas, sociais e informacionais de produzir prova que lhe favoreça, sendo que a parte contrária possui essas condições, viola diretamente o princípio de igualdade material no processo, vez que desequilibra a relação jurídica processual, tendo como consequência direta a inviabilidade da adequada tutela processual do direito material.

De lo anterior es consciente el ordenamiento laboral, en el que el demandante típico ha sido el trabajador, que es quien más ha necesitado del proceso, innecesario muchas veces para quien tiene atribuido el poder de dirección y el poder sancionatorio. Posición de demandante que, por aplicación de las reglas comunes tradicionales, obligaría al trabajador a cargar con el grueso de la actividad probatoria, bastando al empresario-demandado, en la visión tradicional, negar los hechos cuya acreditación es imprescindible par el éxito de la pretensión del trabajador, sin tener el empleador que cooperar ni menos llevar al proceso pruebas que están en su poder y que pueden contribuir a aquel éxito²⁵⁴.

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova tem como escopo justamente a correção dessas distorções. De fato, a maior preocupação de uma distribuição dinâmica é atribuir o ônus da prova àquela parte que detenha a melhor condição de produzir a prova de determinada alegação, reestabelecendo uma relação de igualdade material entre os sujeitos processuais.

É exatamente este o ponto de distinção em relação à regra de distribuição estática, a qual pressupõe, de maneira formal e abstrata, uma igualdade de partes que, no

desigualdade, especialmente quando se sabe que um dos litigantes encontra-se em desigualdade material de condições, com sói ocorrer em determinadas relações jurídicas (consumo, trabalho, família) (MARECO, Gabriella Dinelly Rabelo, *O ônus da prova no direito do trabalho: distribuição dinâmica e inversão*, p. 53).

²⁵⁴ Tradução sugerida: “Do acima exposto é consciente o ordenamento laboral, em que o demandante típico tem sido o trabalhador, que é quem mais necessita do processo, desnecessário muitas vezes para quem tem atribuído o poder de direção e o poder sancionatório. Posição de demandante que, por aplicação das regras comuns tradicionais, obrigaria o trabalhador a arcar com o grosso da atividade probatória, bastando ao empresário-demandado, na visão tradicional, negar os fatos cuja comprovação é imprescindível para o êxito da pretensão do trabalhador, sem ter o empregador que cooperar, nem menos levar ao processo provas que estão em seu poder e que podem contribuir para aquele êxito” (GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN, Ignacio, *La prueba en el proceso de trabajo*, p. 164).

caso concreto, muitas vezes não se revela (igualdade formal no processo). E esse quadro adquire contornos ainda mais relevantes no âmbito do Direito Processual do Trabalho, em que, na maioria das vezes, a relação de desigualdade material entre as partes é intrínseca à própria relação de direito material, o que fez surgir no Direito do Trabalho o princípio protetor, aplicável, portanto, na relação jurídica processual trabalhista.

A situação real do subordinado não altera ante seu empregador na relação jurídico-processual. Este tem mais condições de arcar com a comprovação de certos fatos que fundamentam a lide trabalhista, que o autor (reclamante) que está alegando o fato. O transplante da norma do processo civil (comum) para o processo trabalhista, nitidamente especial e de características peculiares, embora a admita, em caráter supletivo, pela disposição consolidada (art. 769), gera problemas práticos no campo processual trabalhista. Não se pode exigir do hipossuficiente comportamento processual igualitário, com base na isonomia das partes²⁵⁵.

Portanto, a necessidade de observância do princípio de igualdade material das partes na relação jurídica processual trabalhista, e do próprio princípio protetor, com o escopo de corrigir distorções substanciais advindas da relação de direito material que se irradiam para o processo, fundamenta a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho.

²⁵⁵ FRANCO, Elza Maria M. S. de Sousa, *Lineamentos sobre a teoria da inversão do ônus da prova e o princípio da igualdade das partes no processo do trabalho*, p. 1315. Nesse mesmo sentido, Willians Franklin Lira dos Santos: “Trata-se o Direito do Trabalho de ramo de extensa incidência e importância no mundo fenomênico, posto que lhe é reservada a delicada missão de equacionar o binômio capital/trabalho, visando à instauração da igualdade substancial entre as partes envolvidas no litígio, compensando a inferioridade econômica do trabalhador por meio de uma superioridade jurídica, consubstanciada no princípio protetor. Entretanto, apesar deste louvável mecanismo, não raro verificam-se graves dificuldades na implementação da verdade real, que passa necessariamente pela prova. (...) Infelizmente, há uma forte tendência ao sucumbimento da parte mais frágil economicamente, contrariando o espírito protetivo do Direito do Trabalho; impasse que poderia ser contornado por meio da inversão do ônus probatório em casos tais, atribuindo-se esse ônus à parte mais apta a realizar a prova, o que está em perfeita harmonia com o sistema protetivo do Direito do Trabalho. (...) Em suma, por intermédio do princípio protetor, visa-se a compensar a superioridade econômica do empregador em face do empregado, atribuindo a este uma superioridade jurídica, o que atenua no plano jurídico o desequilíbrio existente no plano fático do pacto do trabalho. Interessante observar que, embora originariamente se trate de regra de Direito Material, pode e deve projetar seus efeitos quando de sua instrumentalização por intermédio do processo ” (*A inversão do ônus da prova pericial no processo do trabalho*, p. 712 e 715).

5.1.3. A regra do artigo 852-D da Consolidação das Leis do Trabalho

A despeito dos fundamentos que legitimam a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho (direito fundamental à prova e princípio da igualdade material no processo), entendemos que o processual especializado possui norma específica positivada estabelecendo expressamente essa possibilidade. Trata-se do artigo 852-D da Consolidação das Leis do Trabalho.

O artigo em questão estabelece que “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**”.

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova propõe que o encargo de provar determinadas alegações seja atribuído à parte que estiver em melhores condições materiais, financeiras, técnicas, sociais e informacionais de produção da prova, desde que a parte contrária, onerada originariamente distribuição legal-estática, não detenha essas condições. Ou seja, diante de um quadro de desigualdade probatória entre as partes na relação jurídica processual, o juiz, com base em seus poderes instrutórios, deve atribuir o ônus de provar determinadas alegações à parte com melhores condições para se desincumbir do encargo.

Ora, ao determinar que “o juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas”, o artigo 852-D da Consolidação das Leis do Trabalho explicita a possibilidade de o magistrado trabalhista se valer de seus poderes instrutórios em matéria de prova, assim como defendido pela teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Estabelecendo que o magistrado trabalhista, a partir do ônus probatório de cada litigante – ônus este estabelecido pelas regras de distribuição estática -, poderá, com base em seus poderes instrutórios, *limitar* ou *excluir* as provas que considerar excessivas, o artigo 852-D da Consolidação das Leis do Trabalho, a nosso ver, incorpora, definitivamente, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho.

Com efeito, a distribuição dinâmica dos encargos probatórios propõe justamente que o juiz possa, no caso concreto, retirar o ônus de provar de determinada parte e atribuí-lo à outra, quando verificar que essa carga seja demasiadamente excessiva à

parte originariamente onerada. E é exatamente isso que o artigo 852-D da Consolidação das Leis do Trabalho determina.

Quanto à aplicabilidade dessa norma nos procedimentos ordinário e sumário, não vemos grandes óbices, embora prevista no âmbito do procedimento sumaríssimo, na medida em que o artigo 852-D da Consolidação das Leis do Trabalho sintetiza regras processuais previstas no sistema processual geral, como o artigo 765 da Consolidação das Leis do Trabalho (poderes instrutórios do juiz trabalhista) e os artigos 130, 131 e 335 do Código de Processo Civil²⁵⁶.

Portanto, entendemos que o Direito Processual do Trabalho possui norma positivada expressa autorizando e fundamentando a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, qual seja, o artigo 852-D da Consolidação das Leis do Trabalho.

5.2. Critérios objetivos para aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho

Assim como o estabelecimento dos fundamentos para incidência da teoria de distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho, é de extrema importância o estudo acerca dos critérios para sua aplicação, com o escopo de que não haja violação de direitos e garantias constitucionais e infraconstitucionais, notadamente quanto aos princípios constitucionais processuais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido, a primeira grande premissa é a de que a distribuição dinâmica não aparece como o principal mecanismo de distribuição do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho. Isso porque, apenas deve ser aplicada de maneira subsidiária à distribuição estática. Em outras palavras, a distribuição dinâmica das cargas

²⁵⁶ Nesse sentido: JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa, *Direito processual do trabalho*, p. 766; LEITE, Carlos Henrique B., *Curso de Direito Processual do Trabalho*, p. 505; SANTOS, Willians Franklin Lira dos, *A inversão do ônus da prova pericial no processo do trabalho*, p. 716. Com forte crítica ao referido artigo, sustentando a desnecessidade de idêntica determinação contida em outros dispositivos legais, sendo que o legislador celetista perdeu a providencial oportunidade para expressamente autorizar a formulação de presunções judiciais e inversões do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho: MALLET, Estêvão, *Procedimento sumaríssimo trabalhista*, p. 60-65.

probatórias não surge como substituto direto da distribuição estática, mas, sim, como instrumento de aperfeiçoamento da disciplina legal de distribuição do ônus da prova²⁵⁷.

Com efeito, a distribuição dinâmica não pode ser aplicada em todos os casos, de maneira indistinta, como se fosse a regra principal do sistema processual. Pelo contrário. Apenas deve incidir naqueles casos concretos específicos em que o juiz trabalhista verifique que uma das partes não apresenta condições materiais, financeiras, técnicas, sociais e informacionais de produção da prova, e que a parte adversa, ao contrário, possui essas condições, resultando no afastamento da regra de distribuição estática do ônus da prova naquele caso.

Esse o primeiro ponto: a subsidiariedade e a excepcionalidade da distribuição dinâmica em relação à estática. As duas técnicas, portanto, subsistem no sistema processual trabalhista.

Nessa constelação, ônus estático e ônus dinâmico parecem representar dois pontos de partida diversos, ao mesmo tempo válidos, na distribuição da prova. No primeiro, o critério é a natureza do fato a ser provado (constitutivo, modificativo, extintivo ou impeditivo), a despeito de quem se encontre em melhores condições de fazê-lo; no segundo, as possibilidades de oferecer a prova do fato, segundo a posição dos litigantes no episódio, o acesso às provas relevantes ou algum comportamento de tenha inviabilizado a prova pela parte onerada.

Contudo, a ideia de um ônus dinâmico não afasta, *de per se*, as regras legais a esse respeito fixadas pelo legislador: ao contrário, persistiria o enfoque estático, devendo os sujeitos processuais, na generalidade dos casos, examinar a sintaxe das normas e a natureza dos fatos alegados segundo sua posição funcional. A invocação do ônus dinâmico entraria em jogo quando a aplicação daquelas regras iniciais conduzissem a uma *probatio diabolica*, vindo a inutilizar a ação judiciária e o acesso útil ao Estado-Jurisdição²⁵⁸.

²⁵⁷ Em sentido contrário, sustentando que distribuição estática e distribuição dinâmica do ônus da prova são técnicas mutuamente excludentes, que não podem coexistir num mesmo sistema processual: MACHADO, Marcelo Pacheco, *Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do Projeto de Novo Código de Processo Civil*, p. 305.

²⁵⁸ KNIJNIK, Danilo, *As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica*, p. 946. Nesse mesmo sentido: “Impõe-se, todavia, esclarecer que as técnicas dinâmicas de inversão e redistribuição do ônus da prova no processo do trabalho são absolutamente válidas, sem que isso signifique comprometimento dos critérios de interpretação do art. 818, da CLT, porquanto o são também no processo comum” (ZENNI, Alessandro Severino Vallér, *As regras dinâmicas de distribuição do ônus da prova e a avaliação da prova no processo do trabalho*, p. 916); “A excepcionalidade da incidência da teoria em apreço significa que a sua aplicação não objetiva substituir os critérios tradicionais de repartição do onus probandi, mas servir de princípio suplementar e subsidiário, para hipóteses especiais e claramente delineadas” (PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura, *Ônus da prova e Projeto de Código de Processo Civil*, p. 313). Em sentido contrário, sustentando que a distribuição dinâmica deva ser a regra geral dos encargos probatórios: REDONDO, Bruno Garcia, *Distribuição dinâmica do ônus da prova: breves apontamentos*, p. 19; LAZARI, Rafael José Nadim de; SOUZA, Gelson Amaro de, *Reflexões sobre a perspectiva de uma distribuição dinâmica do ônus da prova: análise de viabilidade*, p. 108.

Um segundo aspecto a ser estabelecido relaciona os poderes instrutórios do juiz trabalhista e a forma de aferição, pelo magistrado, no caso concreto, da desigualdade material probatória existente entre as partes. Parte-se do pressuposto de que o magistrado trabalhista, por meio de seus poderes instrutórios, previstos nos artigos 765 e 852-D da Consolidação das Leis do Trabalho, está autorizado a proceder ao reequilíbrio material entre as partes quanto aos ônus probatórios²⁵⁹. Nesse sentido, a incidência da distribuição dinâmica pode ser realizada mediante provocação das partes ou *ex officio*²⁶⁰.

Essa aferição deve ser feita com base nas máximas de experiência do magistrado²⁶¹, ou seja, a partir dos conhecimentos acumulados pelo juiz acerca daquilo que normalmente acontece em demandas com aquelas mesmas características. Isso se torna cada vez mais fácil de ser observado, na medida em que os processos submetidos ao Poder Judiciário se caracterizam como causas repetitivas, demandas que envolvem os chamados “litigantes habituais”²⁶².

Um grande ponto a ser considerado para aplicação da teoria, como forma de evitar o arbítrio, é a necessidade de constatação de que a parte onerada em razão da incidência da dinamização esteja em “*posição privilegiada*”. Isso porque, deve estar evidenciado nos autos que, além de a parte contrária estar em melhores condições, a parte que invoca a adoção da teoria não tem, efetivamente, meios de produzir determinada prova. Trata-se de afastar o comodismo processual da parte²⁶³.

²⁵⁹ “Por decorrência direta dos seus poderes instrutórios (art. 130, CPC; art. 765, CLT), o magistrado há de ter uma atuação intensa na produção das provas, as quais irão embasar, no momento adequado (=sentença), a formação da sua convicção na prolação da prestação jurisdicional. Para tanto, quando for necessário, pode e deve inverter a sequência originária do encargo probatório, mantendo, assim, a efetiva justiça na distribuição do ônus da prova” (JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa, *Direito processual do trabalho*, p. 691); “A resposta ao primeiro quesito parece-nos positiva, a começar pela circunstância de que o direito brasileiro, de há muito, reconhece ao juiz iniciativas probatórias para garantir a igualdade substancial entre os litigantes, não havendo porque essa mesma igualdade não se refletir no plano do ônus probatório” (KNIJNIK, Danilo, *As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica*, p. 947). Em sentido contrário, sustentando que os poderes instrutórios do juiz não o autorizam alterar as regras de julgamento (ônus da prova objetivo): YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira, *Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 125.

²⁶⁰ CREMASCO, Suzana Santi, *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 87; REDONDO, Bruno Garcia, *Distribuição dinâmica do ônus da prova: breves apontamentos*, p. 20.

²⁶¹ “Assim, a referida teoria reforça o *senso comum* e as *máximas da experiência* ao reconhecer que quem deve provar é quem está em *melhores condições* de demonstrar o fato controvertido, evitando que uma das partes se mantenha inerte na relação processual porque a dificuldade da prova a beneficia (CAMBI, Eduardo, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 342).

²⁶² Esta expressão é utilizada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, com base nos estudos realizados por Marc Galanter (*Acesso à justiça*, p. 25).

²⁶³ “(...) o *ônus dinâmico* não pode ser aplicado para simplesmente compensar a inércia ou a inatividade processual do litigante inicialmente onerado, mas, única e tão-somente, para evitar a formação da *probatio diabólica* diante da impossibilidade material que recai sobre uma das partes, à luz da natureza do fato e da sintaxe da norma” (KNIJNIK, Danilo, *As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da*

Outro aspecto a ser considerado se refere à chamada *probatio diabolica* reversa. Com efeito, a carga probatória apenas poderá ser atribuída à parte contrária àquela que não detenha condições materiais, financeiras, técnicas, sociais e informacionais de produção da prova caso esta parte, onerada pela dinamização, possua essas condições. Do contrário, restará configurada a *probatio diabolica* reversa, a qual é vedada pelo sistema processual, em razão do princípio da ampla defesa²⁶⁴.

Quanto a essas duas últimas hipóteses, trata-se da verificação do binômio “impossibilidade/extrema dificuldade sua na produção da prova - possibilidade/maior facilidade na produção para o outro²⁶⁵”.

Assim, não basta que o reclamante não tenha condições de produzir provas relevantes à demonstração de suas alegações; a reclamada deve possuir essas condições (evitar a *probatio diabolica* reversa). Ao revés: não basta que a reclamada detenha as melhores condições para produção da prova necessária ao deslinde do feito; o

“situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*, p. 947); “A proteção do trabalhador não pode gerar uma situação processual cômoda ao reclamante, a ponto de transformar em praxe o fato de o mesmo socorrer-se da Justiça do Trabalho sempre que deixar um posto de trabalho, em prol de obter vantagens indevidas através da interpretação distorcida ou abusiva das regras processuais” (PEGO, Rafael Foresti, *A inversão do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho*, p. 84). Em sentido contrário, sustentando a desnecessidade de verificação de eventual comodismo da parte desonerada para aplicação da distribuição dinâmica: REDONDO, Bruno Garcia, *Distribuição dinâmica do ônus da prova: breves apontamentos*, p. 19.

²⁶⁴ “Se o pressuposto da distribuição dinâmica é que a parte onerada (pela incidência da excepcional teoria) desfrute de maior facilidade para produzir a prova, é evidente que o resultado dessa distribuição não pode importar numa *probatio diabolica* reversa. Exageros dessa ordem conflitariam claramente com a garantia da ampla defesa” (PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura, *Ônus da prova e o Projeto de Código de Processo Civil*, p. 316); “Todavia, é importante lembrar que o limite na aplicação da dinamização se encontra justamente em suas bases de legitimação: não se faz possível deslocar o ônus da prova se este fardo, para a outra parte, se revela impossível de ser cumprido. Assim, do mesmo modo que a dificuldade do acesso à prova e a desigualdade possibilitam a dinamização, pela mesma razão estão a impedi-la, quando a outra parte encontrará as mesmas dificuldades, observando-se, via de consequência, semelhante violação ao princípio da igualdade” (CARPES, Artur, *A distribuição dinâmica do ônus da prova no formalismo-valorativo*, p. 16); “A nota característica da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova reside, pois, na identificação da parte que detém melhores condições para produzir a prova necessária para o convencimento do julgador. Sendo assim, não basta que a prova seja especialmente difícil ou impossível para uma das partes, é preciso também que seja especialmente fácil ou acessível para a parte contrária” (MARECO, Gabriella Dinelly Rabelo, *O ônus da prova no direito do trabalho: distribuição dinâmica e inversão*, p. 55); “Há vezes em que a facilidade probatória de uma parte transforma-se em ônus; se o empregador alega fato impeditivo em seu favor contra seu empregado, em princípio, a ele cabe o ônus da prova; se esse fato impeditivo é a menoridade do empregado, não é fato constitutivo, e no entanto a prova da maioria será exigida ao pretense menor. Pela natural facilidade para manter registros, arquivos e outros meios materiais que a organização burocrática possibilita, o ônus da prova pende às vezes para a empresa, como parte. Isso não poderia ser levado até as últimas consequências, sem uma ponderação de cada caso, como se pretende fazer com o despedimento. Esse rigor probatório, de praxe contra a empresa, não se pode transferir à empregadora doméstica, por motivos óbvios (art. 7º/4)” (CARRION, Valentin, *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, p. 704-705).

²⁶⁵ CREMASCO, Suzana S., *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 108. Em sentido contrário, defendendo que para aplicação da distribuição dinâmica deva apenas ser verificada a melhor condição de uma das partes para produção da prova, sendo desnecessário que a parte adversa esteja em condições inferiores: REDONDO, Bruno, *Distribuição dinâmica do ônus da prova: breves apontamentos*, p. 19-20.

reclamante não deverá ter essas condições (observância da *posição privilegiada*, evitando-se o comodismo processual).

A flexibilidade do *Anteprojeto* reside no fato de reconhecer que, em determinadas situações, a prova é de difícil produção para ambas as partes, não significando a dificuldade de uma delas, necessariamente, a facilidade da outra. Nestes casos, o *Anteprojeto* não beneficia, de plano, o autor da ação. Pelo contrário, o autor só será desincumbido do ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito se o réu detiver maior facilidade para produzir a prova. É como se o critério da *hiposuficiência* fosse substituído pelo da *hipersuficiência*. Vale dizer, a fraqueza de uma das partes não a exime, necessariamente, do seu encargo processual. É a força da parte contrária que atribui a esta o ônus de produzir a prova, numa espécie de *vis attractiva*²⁶⁶.

Justamente por isso defendemos que o princípio da aptidão para a prova se revela como um dos critérios de aplicação da distribuição dinâmica, e não seu fundamento de incidência. Com efeito, caso a reclamada possua as melhores condições para produção da prova, não necessariamente será onerada a tanto se, no caso concreto, ainda que sem as melhores condições, o reclamante possua meios de se desvencilhar satisfatoriamente da carga processual quanto à produção da prova relativa às alegações dos fatos constitutivos de seu direito. Deverá estar configurado o binômio *impossibilidade/extrema dificuldade do empregado na produção da prova - possibilidade/maior facilidade na produção para o empregador*, sendo que a aptidão para a prova representa apenas metade deste postulado.

Contudo, a dificuldade na produção da prova não poderá ter sido causada pela própria parte, não podendo ser beneficiada por seu próprio desleixo²⁶⁷.

A distribuição dinâmica deverá ser aplicada por meio de decisão judicial fundamentada, justificando o juiz o motivo pelo qual, naquele caso concreto, não será observada a distribuição legal-estática, e porque entende que a parte onerada com a dinamização detém das melhores condições probatórias em relação à parte desonerada²⁶⁸.

²⁶⁶ MILARÉ, Édís; CASTANHO, Renata, *A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, p. 260.

²⁶⁷ “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” (YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira, *Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 153).

²⁶⁸ “A fundamentação da decisão a propósito da dinamização do ônus da prova tem de estar expressa nos autos, indicando, a uma, a razão pela qual não incide o art. 333, CPC, e, a duas, os motivos que levaram o órgão julgador a considerar que a parte a princípio desonerada da prova tem maior facilidade probatória

A regra dinâmica poderá recair apenas em relação a um ou mais fatos controvertidos do processo, portanto não necessariamente sobre todas as alegações. Trata-se de um “movimento pendular” do ônus da prova no processo²⁶⁹.

Assim, por exemplo, no caso de responsabilidade por acidente do trabalho, a distribuição dinâmica poderá ser aplicada apenas quanto à ocorrência ou não de culpa do empregador no evento danoso, atribuindo-se a este o ônus da comprovação ou não dessa alegação, sendo que, quanto à existência do dano e sua extensão, e nexo causal, o ônus da prova permaneceria com o empregado, vez que não estaria, a princípio, impossibilitado de produzir prova quanto a estas questões processuais. Ou seja, nestes pontos não estaria presente o binômio *impossibilidade/extrema dificuldade do empregado na produção da prova - possibilidade/maior facilidade na produção para o empregador*²⁷⁰. Por isso o juiz deverá explicitar sobre quais alegações a dinamização recairá.

Por fim, pondera-se que a aplicação da teoria não poderá implicar na chamada *carga superveniente*. Explica-se. Pode ocorrer de, após a atribuição dinâmica do encargo probatório, fatos supervenientes ocorram, dificultando a produção agora para a parte onerada dinamicamente.

Nesse caso, a repartição do ônus da prova entre os litigantes deve ser revista, sendo que, de acordo com SUZANA SANTI CREMASCO, esta reavaliação deve se dar sob dois pontos de vista diversos: a) se a alteração do quadro fático-probatório se deu de forma global, atingindo ambas as partes, de modo que a parte que antes não detinha as melhores condições agora as detém (ainda que não as melhores, agora possa produzir a prova), “cumpre ao magistrado investigar a situação das partes, verificar se a situação daquele litigante a quem não tocava o encargo foi alterada e impor-lhe o ônus respectivo, desde que este detenha reais condições de suportá-lo”; b) na hipótese de a circunstância superveniente alterar a situação da parte que detém o ônus probatório por força da dinamização e, no entanto, não o fez em relação ao outro litigante (a este ficou mantida a

diante do caso concreto” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*, p. 336).

²⁶⁹ “A distribuição dinâmica do ônus da prova, aliás, evoca a figura de um pêndulo, tamanha a oscilação, no processo do trabalho, desse encargo, às vezes dentro de um único tema e de uma única audiência” (SILVA, Homero Batista Mateus da, *Curso de Direito do Trabalho Aplicado: Processo do Trabalho*, p. 175).

²⁷⁰ “Como visto, se a atribuição dinâmica do ônus da prova pressupõe, de um lado, que a parte ordinariamente onerada não tenha condições de produzir prova de determinado fato (prova diabólica) ou tenha extrema dificuldade em fazê-lo e, de outro, que a parte adversa encontre relativa facilidade para desincumbir-se do encargo (por razões profissionais, técnicas ou fáticas), disto resulta um importante corolário: a modificação deve operar-se exclusivamente sobre o *fato específico*, a respeito do qual se verifica a *assimetria de poder probatório*. Nem mais, nem menos” (PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura, *Ônus da prova e o Projeto de Código de Processo Civil*, p. 315).

impossibilidade de produção da prova), a ausência ou a insuficiência da prova deverá ser arcada pela parte que, por força da disposição expressa da lei (distribuição legal-estática), deveria, inicialmente, suportar o encargo²⁷¹.

Quanto a esta última situação, MÁRCIO TÚLIO VIANA sustenta que, na hipótese de a extrema dificuldade recair sobre ambas as partes, o ônus da prova deve ser suportado pelo empregador, pois criou, com sua atitude, o risco de ser demandado, e, conseqüentemente, de ter que produzir provas²⁷². Contudo, *data venia*, não concordamos com esta posição, que, a nosso ver, afronta a legalidade do critério de distribuição dos riscos pela ausência ou insuficiência de provas (ônus da prova objetivo), o qual, ainda que diante de todas as críticas já apontadas, garante o mínimo de segurança jurídica ao sistema processual. No mais, a posição defendida cria situação de *desequilíbrio probatório reverso*, o que não pode ser aceito frente ao princípio constitucional da igualdade.

Estas parecem ser as principais ponderações acerca dos critérios de aplicação da teoria de distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho. Outro critério, o do momento processual adequado para dinamização, merece tratamento específico, dada sua relevância teórica e prática, sendo a seguir analisado.

5.3. Momento processual adequado para aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho

Grande discussão surge quanto ao momento processual adequado para aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho, se durante a instrução processual ou na prolação da sentença de mérito.

²⁷¹ “É que, mesmo falha e insuficiente em algumas situações, a distribuição legal do ônus da prova contém a presunção do legislador de que aquela parte a quem ele destinou o encargo teria, em regra, melhores condições que o outro litigante de cumpri-lo. Não é a solução ideal – porquanto ideal era que por força da atribuição do encargo estabelecido, a prova determinada de fato chegasse aos autos -, mas ao lado da distribuição dinâmica, necessariamente coexista uma disciplina de distribuição estática, prévia e abstrata, que, em casos extremos, permita a solução do litígio com base na regra de julgamento, evitando, por conseguinte, o *non liquet*” (*A distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 93). Nesse mesmo sentido: PESSOA, Roberto Dórea, *Aplicação da teoria das “cargas probatórias dinâmicas” nas lides de acidente de trabalho – uma perspectiva epistemológica*, p. 1364.

²⁷² “Para nós, ainda que a prova se revele extremamente difícil ou até impossível para *ambas* as partes, deve-se concluir que o empregador poderia ter-se precavido. E mesmo que, num caso ou noutro, assim não seja, o fato é que, em última análise, é a empresa que cria o risco da demanda e, por extensão, o risco da prova; cabe-lhe, pois, prevalentemente suportá-lo” (*Crítérios para a inversão do ônus da prova no processo do trabalho*, p. 1223).

Como afirmado anteriormente, na análise da estrutura funcional do ônus da prova, definimos que a valorização da regra de conduta das partes (ônus da prova subjetivo) está diretamente relacionada à prevenção da ocorrência do quadro de insuficiência probatória e, conseqüentemente, do julgamento segundo regras abstratas (ônus da prova objetivo). Assim, o magistrado deve buscar, na maioria dos casos, julgar de acordo com as provas produzidas, com base na formação plena de seu convencimento, e não de acordo com regras formais de julgamento. Isto porque, uma decisão proferida em razão de provas produzidas é muito mais eficaz, do ponto de vista do escopo social do processo, do que uma sentença emanada de acordo com critérios abstratos, os quais atende apenas ao escopo jurídico do processo. Portanto, deve ser valorizada a função subjetiva do ônus da prova.

Mais adiante, quando do estudo acerca da “inversão” judicial da carga probatória no Direito Processual do Trabalho, defendemos que este procedimento deveria se dar na fase de instrução do processo, e não na fase de julgamento, justamente em razão da necessidade de valorização da função subjetiva do ônus da prova, sendo a “inversão” judicial regra de atividade, e não regra de julgamento.

Coerente a essas premissas, sustentamos que a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho deve ocorrer na fase de instrução do processo, e não na fase de julgamento, estimulando a conduta processual das partes quanto à produção das provas necessárias ao deslinde do feito, diminuindo a possibilidade de constatação de um quadro de inexistência ou insuficiência de provas, sendo típica regra de atividade do juiz²⁷³.

Assim, diante do procedimento específico do Direito Processual do Trabalho, o magistrado trabalhista deverá aplicar a dinamização, em regra, durante a audiência de instrução, seja em seu início, após a apresentação da defesa, seja até o seu término, após a colheita da prova testemunhal, mas, sempre, antes do encerramento da instrução processual, dando prévia ciência às partes acerca de sua excepcional incidência, possibilitando a produção de provas e contraprovas de acordo com a atribuição do ônus probatório conferida pela distribuição dinâmica²⁷⁴. Considerando a dinâmica da instrução

²⁷³ REDONDO, Bruno Garcia, *Distribuição dinâmica do ônus da prova: breves apontamentos*, p. 21; LAZARI, Rafael José Nadim de; SOUZA, Gelson Amaro de, *Reflexões sobre a perspectiva de uma distribuição dinâmica do ônus da prova: análise de viabilidade*, p. 102. Em sentido contrário, sustentando que a dinamização do ônus probatório apenas pode ocorrer no momento da prolação da sentença: COUTO, Camilo José D'Ávila, *Dinamização do ônus da prova: teoria e prática*, p. 178-190.

²⁷⁴ Nesse sentido: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, *A efetividade do processo*, p. 76; SCHIAVI, Mauro, *Provas no processo do trabalho*, p. 58; MACHADO JÚNIOR, César Pereira da Silva, *O ônus da prova no*

probatória, o juiz poderá se convencer da necessidade de relativizar o ônus da prova, no caso concreto, em qualquer momento da fase de produção da prova.

Isso porque, deve ser dada oportunidade à parte onerada pela dinamização do ônus probatório de alegar se tem ou não, de fato, as melhores condições de produção da prova, em observância aos princípios constitucionais processuais do contraditório e da ampla defesa, de modo que a parte dinamicamente onerada não seja surpreendida²⁷⁵.

Contudo, não se chegará ao extremo de se exigir do magistrado trabalhista prévia manifestação acerca da possibilidade de aplicação de entendimentos jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho, consubstanciados em súmulas e orientações jurisprudenciais, os quais acolham a teoria da distribuição dinâmica em determinadas situações, pois é ordinário o julgamento conforme esses enunciados, não havendo surpresa às partes²⁷⁶.

Apenas desse modo a distribuição dinâmica do ônus da prova poderá reequilibrar substancialmente a relação jurídica processual trabalhista sem violar direitos e garantias processuais das partes.

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

processo do trabalho, p. 156-157; SANTOS, Willians Franklin Lira dos, *A inversão do ônus da prova pericial no processo do trabalho*, p. 723; JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa, *Direito processual do trabalho*, p. 691.

²⁷⁵ “Quer nos parecer que, *data venia*, o juiz deve, sempre que possível, ao fixar os pontos controvertidos que dependem de prova a seu respeito, definir de quem é o ônus da prova, porque pode ocorrer de a parte ser pega de surpresa quando da leitura da sentença, na qual se faz consignar que dela era o ônus da prova e dele não se desincumbiu, o que fere os princípios do contraditório e da ampla defesa” (SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira, *O ônus da prova e sua inversão no processo do trabalho*, p. 690); “Ora, nada mais natural que o julgador de primeiro grau aponte seu entendimento sobre de quem é o ônus de provar os fatos controvertidos, sobremaneira, diante da simplicidade do processo do trabalho, até para demonstrar as dificuldades da demanda e acenar para as possibilidades das conciliações, melhor agir assim do que pegar as partes de ‘solavanco’ (...)” (TEIXEIRA, Marcelo T., *O ônus da prova no processo do trabalho*, p. 948).

²⁷⁶ “Não se chegará ao extremo, por exemplo, de exigir que o juiz informe as partes sobre a sua adesão a determinado entendimento sumulado sobre a distribuição dos ônus da prova, pois é intuitivo pensar-se que agirá de acordo com a jurisprudência predominante. A informação para assegurar a amplitude de defesa deve cingir-se aos casos em que o juiz for proceder de forma diversa da lei ou da jurisprudência sumulada, oportunidades em que, é claro, fica obrigado a fundamentar antecipadamente as razões de seu procedimento e deixar claro quando as partes, de acordo com o rito que conceber, poderão falar” (ADAMOVICH, Eduardo Henrique R. Von, *Apontamentos para uma teoria do direito processual do trabalho*, p. 151).

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

5.4. Nulidades processuais e aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho

Sob o enfoque da teoria das nulidades, os atos processuais defeituosos podem ser nulos, anuláveis ou inexistentes²⁷⁷.

Atos processuais nulos (ou de nulidade absoluta) são aqueles em que o defeito processual atinge requisitos essenciais do próprio ato, afetando preceitos de ordem pública (como princípios constitucionais processuais ou regras processuais imperativas), podendo ser invalidado por iniciativa das partes ou *ex officio*.

Atos processuais anuláveis (ou de nulidade relativa) são aqueles em que o defeito processual recai sobre interesses privados das partes, podendo ter seus efeitos confirmados expressa ou tacitamente, sendo invalidado apenas por provocação da parte prejudicada.

Já os atos processuais inexistentes são aqueles que não reúnem os requisitos mínimos de existência como ato jurídico processual, vez que ausentes pressupostos essenciais do próprio ato.

O sistema de nulidades processuais adota alguns princípios relevantes ao tratamento dos atos defeituosos.

O princípio de que *não há nulidade processual sem prejuízo das partes* (*pas de nullité sans grief*) determina que, embora o ato processual seja defeituoso, caso atinja sua finalidade, inexistindo prejuízo processual às partes, não será declarada a nulidade do ato. O *princípio da instrumentalidade das formas*, ao estabelecer que, quando a lei prescreve determinada forma para o ato processual, sem cominar nulidade, o juiz deve considerar o ato válido se, realizado de outra forma, alcançar sua finalidade, pode ser considerado como vertente deste postulado.

²⁷⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, p. 314-317.

O princípio da fungibilidade ou do aproveitamento dos atos processuais defeituosos estabelece que um ato processual apenas pode ser declarado nulo caso não seja possível aproveitá-lo de outro modo. Relaciona-se com os princípios da *economia processual* e da *celeridade processual*.

Esses princípios reitores do sistema de nulidades processuais podem ser extraídos dos artigos 154 e 244 do Código de Processo Civil e dos artigos 794, 795, 796 e 798 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Ao proceder de forma contrária à determinação legal referente aos atos processuais, o juiz comete o chamado *error in procedendo*, sendo um vício de atividade, configurando em sua decisão um defeito processual, dando ensejo à interposição da medida processual cabível para decretação de sua invalidade²⁷⁸.

É sob esse viés que deve ser analisada a questão envolvendo a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho e as nulidades processuais²⁷⁹.

Antes de mais nada, deve-se ressaltar que qualquer procedimento que aplique de forma incorreta a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova deve ser considerado como ato processual absolutamente nulo, impossível de convalidação ou confirmação, podendo ser invalidado por iniciativa das partes ou *ex officio*, na medida em que afronta preceitos de índole constitucional (direito fundamental à prova e princípio da igualdade material no processo).

Um primeiro grupo de nulidades se refere às chamadas “condicionantes processuais da distribuição dinâmica²⁸⁰”. Diante dos requisitos fixados para aplicação da teoria no Direito Processual do Trabalho, integram esse grupo: a subsidiariedade e a excepcionalidade da dinamização em relação à distribuição estática; a obrigatoriedade de fundamentação da decisão judicial que aplica a teoria, e; a exigência de que a carga probatória seja dinamizada na fase de instrução do processo, como regra de atividade.

²⁷⁸ “Chama-se de *error in procedendo* o vício de atividade, que revela um defeito da decisão, apto a invalidá-la. Denuncia-se o vício de atividade, pleiteando-se a *invalidação* da decisão. (...) no recurso por *error in procedendo*, discute-se a perfeição formal da decisão como ato jurídico: discute-se, enfim, a sua validade (pouco importa o acerto ou equívoco da decisão). Em resumo, os vícios de atividade, igualmente denominados de *errores in procedendo*, ocorrem quando o juiz desrespeita norma de procedimento provocando gravame à parte” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da, *Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*, p. 73-74).

²⁷⁹ “As normas acerca do ônus da prova possuem natureza de direito processual, pois regulam o modo e as condições da atuação da lei no processo. Constituem critérios de proceder, cuja violação importa em *error in procedendo*” (PEGO, Rafael Foresti, *Ônus da prova*, p. 168).

²⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*, p. 336.

A distribuição dinâmica do ônus da prova apenas pode ser aplicada de forma subsidiária e excepcional em relação à regra legal-estática. Caso o magistrado trabalhista se utilize da dinamização como regra geral de distribuição do ônus da prova, haverá nulidade absoluta pelo *error in procedendo* cometido.

A dinamização deve ser aplicada por decisão judicial fundamentada, devendo o juiz explicitar os motivos pelos quais, naquele caso concreto, não será aplicada a regra de distribuição legal-estática, porque entende que a parte onerada com a distribuição dinâmica detém as melhores condições de produzir a prova necessária ao deslinde do feito, em relação à parte desonerada, e sobre quais fatos controvertidos recairá a relativização dos encargos. Ausente a fundamentação, haverá nulidade insanável, assim como em qualquer outra decisão judicial, nos termos do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Diante do procedimento específico do Direito Processual do Trabalho, o magistrado trabalhista deve aplicar a distribuição dinâmica, em regra, durante a audiência de instrução, seja em seu início, após a apresentação da defesa, seja até o seu término, após a colheita da prova testemunhal, mas, sempre, antes do encerramento da instrução processual, dando prévia ciência às partes acerca da incidência da referida técnica processual, possibilitando a produção de provas e contraprovas de acordo com a dinamização. Isso porque, deve ser dada oportunidade à parte onerada pela relativização do ônus probatório alegar se tem ou não, de fato, as melhores condições de produção da prova, em observância aos princípios constitucionais processuais do contraditório e da ampla defesa, de modo que a parte dinamicamente onerada não seja surpreendida.

Caso o juiz aplique a distribuição dinâmica apenas na sentença, como regra de julgamento, ou, de qualquer outra forma, não dê prévia ciência às partes acerca da incidência da referida técnica processual, inviabilizando a produção de provas e contraprovas de acordo com a relativização do ônus probatório e impossibilitando que a parte onerada pela dinamização possa alegar se tem ou não, de fato, as melhores condições de produção da prova, restará configurada, a nosso ver, nulidade absoluta, por afronta aos princípios constitucionais processuais do contraditório e da ampla defesa, além do direito fundamental à prova.

Um segundo grupo de nulidades se refere às chamadas “condicionantes materiais da distribuição dinâmica²⁸¹”. Trata-se de procedimentos judiciais que,

²⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*, p. 336.

basicamente, violam o binômio *impossibilidade/extrema dificuldade do empregado na produção da prova - possibilidade/menor facilidade na produção para o empregador* e estabelecem desigualdades probatórias a partir da *carga superveniente*.

Com efeito, para que os ônus probatórios sejam dinamizados deverá estar evidenciado nos autos que, além de a parte contrária estar em melhores condições probatórias, a parte desonerada não tem, efetivamente, meios de produzir determinada prova, evitando-se o comodismo processual da parte. Em outras palavras, a parte onerada em razão da dinamização deve estar em *posição privilegiada* em relação à parte desonerada. Caso o juiz atribua o encargo probatório ao empregador, pois este possui as melhores condições de produção da prova, mas o empregado possui condições de produção dessa prova, ainda que não as melhores, haverá nulidade processual.

Além disso, deve-se evitar a *probatio diabolica* reversa. Assim, a carga probatória apenas poderá ser atribuída à parte contrária àquela que não detenha condições materiais, financeiras, técnicas, sociais e informacionais de produção da prova caso esta parte, onerada pela dinamização, possua essas condições. Se a parte onerada dinamicamente não possuir essas condições, haverá a nulidade processual absoluta.

Da mesma forma com a *carga superveniente*. Se houver alteração do quadro fático-probatório de maneira global, atingindo ambas as partes, de modo que a parte que antes não detinha as melhores condições agora as detém (ainda que não as melhores, agora detém condições de produzir a prova), o magistrado deverá investigar a situação das partes, verificar se a situação daquele litigante a quem não tocava o encargo foi alterada e impor-lhe o ônus respectivo, desde que detenha reais condições de suportá-lo, sob pena de nulidade. Do contrário, caso a circunstância superveniente altere a situação da parte que detém o ônus probatório por força da teoria dinâmica e, no entanto, não o faz em relação ao outro litigante (a este ficou mantida a impossibilidade de produção da prova), a ausência ou a insuficiência da prova deverá ser arcada pela parte que, por força da disposição expressa da lei (distribuição legal-estática), deveria, inicialmente, arcar com o encargo. Se, neste caso, o ônus da prova permanecer com a parte onerada em razão da distribuição dinâmica, haverá nulidade processual absoluta, por violação ao princípio constitucional da igualdade, ao gerar um *desequilíbrio probatório reverso*.

As condicionantes materiais da distribuição dinâmica tem como escopo afastar uma atribuição de encargos que torne excessivamente difícil à parte onerada o exercício de seu direito fundamental à prova. Assim, tendo como base o artigo 333, parágrafo único, inciso II, do Código de Processo Civil, que estipula ser *nula de pleno*

direito a convenção das partes que distribuiu o ônus da prova de maneira diversa da estabelecida nos incisos do *caput* quando “tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”, entendemos que todo o procedimento que viole essas condicionantes materiais configura nulidade processual absoluta.

Da mesma forma, diante de típica hipótese de aplicação da teoria da distribuição dinâmica, por presentes seus requisitos em determinado caso concreto, se o magistrado trabalhista não dinamizar a carga probatória, haverá nulidade processual absoluta pela violação do direito fundamental à prova e ao princípio da igualdade material no processo.

Por último, destaca-se que, a despeito de o artigo 852-D da Consolidação das Leis do Trabalho determinar que “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”, o comando legal não estipula simples *poder* do magistrado, mas, sim, típico *poder-dever*, no sentido de que, verificados os requisitos para aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, o magistrado trabalhista assim *deverá* proceder, sob pena de configuração de nulidade insanável pelo *error in procedendo*.

5.5. Instrumento processual cabível para impugnação da aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho

O Direito Processual do Trabalho é regido pelo *princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias*. Nesse sentido, como regra geral, as questões decididas no curso do processo apenas poderão ser apreciadas pelo Juízo *ad quem* por meio de recurso voltado à impugnação da decisão final. É isso que se extrai do artigo 893, parágrafo 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

O Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Súmula n. 214, definiu as hipóteses de cabimento de recurso direto contra decisões interlocutórias, sendo elas: decisão de Tribunal Regional do Trabalho contrária à Súmula ou Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho; decisão suscetível de impugnação

mediante recurso para o mesmo Tribunal; e decisão que acolhe exceção de incompetência territorial, com a remessa dos autos para Tribunal Regional distinto daquele a que se vincula o juízo excepcionado, consoante o disposto no artigo 799, parágrafo 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Assim, considerando que a decisão do magistrado trabalhista de primeiro grau que determina a aplicação, ou não, da teoria da distribuição dinâmica, podendo configurar, ou não, *error in procedendo* e nulidade processual absoluta, é típica decisão interlocutória, não sendo passível de recorribilidade imediata, o instrumento processual cabível para sua impugnação será o recurso ordinário, previsto no artigo 895, I, da Consolidação das Leis do Trabalho, cabível da decisão definitiva ou terminativa²⁸². Caso se trate de processo de competência originária dos Tribunais Regionais, a decisão interlocutória deverá ser impugnada também por meio do recurso ordinário, nos termos do inciso II do referido artigo, interposto quando da decisão final.

No entanto, para nós, não incide na hipótese o denominado *princípio da convalidação*, extraído dos artigos 795 da Consolidação das Leis do Trabalho e 245 do Código de Processo Civil, voltado apenas para a preclusão de matérias relacionadas a nulidades relativas²⁸³. Como anteriormente ressaltado, qualquer procedimento que aplique de forma incorreta a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova configura-se como ato processual absolutamente nulo, impossível de ser convalidado ou confirmado, podendo ser invalidado por iniciativa das partes ou *ex officio*, na medida em que afronta preceitos de índole constitucional (direito fundamental à prova e princípio da igualdade material no processo). Assim, ainda que a parte prejudicada não se manifeste imediatamente acerca da aplicação, ou não, da distribuição dinâmica do ônus da prova, não haverá preclusão, podendo discutir a matéria no recurso interposto quando da decisão final.

O recurso de revista, previsto no artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho, é cabível para impugnação de decisões proferidas em sede de recurso ordinário em dissídios individuais. Como recurso de natureza extraordinária, se presta à proteção do direito objetivo, e não ao interesse subjetivo das partes litigantes, buscando corrigir decisão que viole a literalidade da lei e uniformizar a jurisprudência trabalhista nacional. Nesse

²⁸² “Em linha de princípio, portanto, interposto o recurso contra a decisão final, aí sim deverá o recorrente suscitar, como matéria preliminar de suas razões recursais, todas as nulidades protestadas e consignadas em ata ou em petição própria apresentada *opportuno tempore* (no tempo oportuno)” (LEITE, Carlos Henrique Bezerra, *Curso de Direito Processual do Trabalho*, p. 599).

²⁸³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra, *Curso de Direito Processual do Trabalho*, p. 600-601.

sentido, o recurso de revista não se presta a reexame de fatos e provas, nos termos da Súmula n. 126 do Tribunal Superior do Trabalho.

No entanto, o direito subjetivo poderá ser tutelado, de modo indireto, quando a proteção do direito objetivo implique em tutela do direito material do recorrente, e os fatos poderão ser analisados para que se lhes dê a correta qualificação jurídica. Para tanto, esses fatos deverão ser incontroversos ou constarem expressamente do acórdão regional recorrido²⁸⁴.

Ainda que não seja admitida a análise direta de fatos e provas no âmbito do recurso de revista, é possível a impugnação quanto à aplicação e à violação de regras do direito probatório, como, por exemplo, a distribuição do ônus da prova, por se tratar de uma questão de direito²⁸⁵. Portanto, o acórdão regional proferido em sede de recurso ordinário em dissídios individuais que decida sobre a aplicação da distribuição dinâmica da carga probatória poderá ser impugnado por meio do recurso de revista, alegando-se a incorreção ou omissão da incidência da teoria naquele caso concreto.

Diante das estritas hipóteses de cabimento do Mandado de Segurança na Justiça do Trabalho, previstas na Constituição Federal e na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, bem como da existência de recursos próprios para impugnação da decisão que aplique, ou não, a distribuição dinâmica do ônus da prova, entendemos não ser cabível Mandado de Segurança para impugnar a matéria.

5.6. Definição da regra de distribuição do ônus da prova pelos Tribunais

Por ocasião da interposição de recursos a eles dirigidos, os Tribunais Regionais do Trabalho, ou o próprio Tribunal Superior do Trabalho, podem definir a regra de distribuição do ônus da prova aplicável, ou seja, podem estabelecer se, naquele caso, será verificada a regra geral de distribuição da carga (distribuição legal-estática) ou, pelo

²⁸⁴ SANTOS, Élisson Miessa dos; CORREIA, Henrique, *Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do TST: Comentadas e organizadas por assunto*, p. 961.

²⁸⁵ “É preciso distinguir o recurso excepcional interposto para discutir a apreciação da prova, que não se admite, daquele que se interpõe para discutir a aplicação do direito probatório, que é uma questão de direito e, como tal, passível de controle por esse gênero de recurso” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da, *Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*, p. 255).

contrário, será a hipótese de incidência da regra excepcional (distribuição judicial-dinâmica).

Algumas considerações devem ser feitas na hipótese de a regra de distribuição do ônus da prova ser definida pelos Tribunais.

Se o magistrado trabalhista estabelecer a incidência da regra estática e o Tribunal a confirmar, não haverá maiores problemas. Da mesma forma se for determinada a aplicação da teoria dinâmica no primeiro grau e o Tribunal a ratificar em grau de recurso.

Na hipótese de o juiz singular determinar a incidência da distribuição dinâmica e o Tribunal, dando provimento ao recurso, entender pela aplicação da regra estática, também não vemos grandes prejuízos, pois a distribuição dos ônus probatórios nos termos do artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho configura-se como a regra geral do sistema processual vigente.

As grandes dificuldades surgem quando o magistrado trabalhista entende pela aplicação da regra de distribuição estática e o Tribunal, em sede de recurso, define a incidência, no caso concreto, da teoria da distribuição dinâmica da carga probatória. Neste caso, alguns critérios devem ser observados.

Com efeito, definida pelo Tribunal a aplicação da distribuição dinâmica, o conjunto probatório apenas poderá ser analisado na sequência do julgamento, pelo próprio Tribunal, sob a ótica da nova regra, se a parte agora onerada, em decorrência do acórdão proferido, tiver tido a oportunidade, no Juízo *a quo*, de produzir provas e se desvencilhar satisfatoriamente do novo encargo. Do contrário, ausente essa possibilidade, a decisão de origem deverá ser anulada, os autos baixados à origem e a instrução probatória reaberta, dando oportunidade à parte agora onerada de produzir provas sob a incidência da regra de distribuição dinâmica, definida pelo Tribunal²⁸⁶.

Se o Tribunal, ao revés, determinar a aplicação da distribuição dinâmica, passando, na sequência do julgamento, a analisar as provas produzidas, concluindo pela inexistência ou insuficiência de provas necessárias ao deslinde do feito, sendo que a parte agora onerada não tenha tido oportunidade de produzir provas no Juízo de origem, suportando julgamento desfavorável com base na regra de julgamento (ônus da prova objetivo), entendemos que esse procedimento viola os princípios constitucionais

²⁸⁶ COUTO, Camilo José D'Ávila, *Dinamização do ônus da prova: teoria e prática*, p. 175-177.

processuais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, e, por conseguinte, do direito fundamental à prova, sendo, pois, nulo de pleno direito²⁸⁷.

No entanto, se a parte onerada em razão da determinação de aplicação da distribuição dinâmica pelo Tribunal tenha tido a possibilidade de ampla produção de provas na origem, o Juízo *ad quem* poderá prosseguir no julgamento, analisando o conjunto probatório sob os parâmetros da regra excepcional, sem configuração de violação dos preceitos constitucionais processuais mencionados.

Esses devem ser, em nosso entendimento, os critérios a serem observados na hipótese de a regra de distribuição do ônus da prova ser definida pelos Tribunais, os quais estão de acordo com aqueles estabelecidos acerca do momento processual adequado para aplicação da referida teoria.

5.7. Casuísticas de aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova: exame crítico da doutrina e da jurisprudência

5.7.1. No Direito Processual Individual do Trabalho

5.7.1.1. Jornada de trabalho

O artigo 74, parágrafo 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, determina que “para os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso”. Trata-se, a nosso ver, de verdadeiro dever de

²⁸⁷ Camilo José D’Ávila Couto sustenta que, na hipótese de aplicação indevida da dinamização da carga probatória pelo Tribunal, haverá vício processual sanável, no entanto, não observado o *dever de informação* às partes, quanto à possibilidade de incidência da teoria, violando a ampla defesa, o contraditório, o direito à prova, o devido processo legal, o vício processual será insanável, devendo a decisão ser anulada e os autos baixados à origem (*Dinamização do ônus da prova: teoria e prática*, p. 176-177).

documentação da jornada de trabalho, estabelecido pelo direito material ao empregador que conte com mais de dez empregados.

Diante desse dever de documentação, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula n. 338, nos seguintes termos:

338 - JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA. (RES. 36/1994, DJ 18.11.1994. REDAÇÃO ALTERADA - RES 121/2003, DJ 19.11.2003. NOVA REDAÇÃO EM DECORRÊNCIA DA INCORPORAÇÃO DAS ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS NºS 234 E 306 DA SDI-1 - RES. 129/2005, DJ 20.04.2005)

I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula nº 338 - Res 121/2003, DJ 19.11.2003)

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

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

No inciso I do enunciado, define-se como ônus do empregador que conta com mais de dez empregados o registro da jornada. No entanto, não nos parece que seja verdadeiro ônus, mas, sim, dever estabelecido pela regra de direito material (artigo 74, parágrafo 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho). Isto porque, não se trata da subordinação de um interesse próprio a outro interesse próprio, mas da subordinação do interesse do empregador aos interesses dos empregados de terem a jornada prestada devidamente registrada. No mais, ao contrário do ônus, no caso do dever há cominação de sanção pelo seu descumprimento, a qual está expressamente prevista no artigo 75 da Consolidação das Leis do Trabalho. Alguns sustentam se tratar da incidência do princípio da pré-constituição da prova, no entanto, para nós, temos como dever de documentação estabelecido pelo direito material ao empregador.

O enunciado jurisprudencial entende que a não apresentação injustificada dos cartões de ponto gera presunção relativa de veracidade da jornada declinada pelo reclamante na inicial, presunção a qual pode ser elidida por prova em sentido contrário, ainda que prevista em instrumento normativo (inciso II). Não nos parece ser o caso de

formulação de presunção judicial, mas de exemplo de aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho.

Com efeito, diante do dever de documentação da jornada de trabalho, o empregador é quem detém melhores condições de produzir prova relevante quanto aos horários prestados pelo reclamante, podendo apresentar em juízo, sem maiores empecilhos, os controles de ponto. A iniciativa da prova, portanto, deve partir do empregador, vez que possui as melhores condições probatórias, devendo a ele ser atribuído o ônus da prova quanto à alegação da jornada prestada, por meio da distribuição dinâmica²⁸⁸. Note-se que o empregado teria maior dificuldade na iniciativa da produção da referida prova, por não ter acesso aos documentos, em posse do empregador, podendo produzir apenas prova testemunhal, ou alguma outra documental, caracterizando o desequilíbrio probatório, justificador da dinamização²⁸⁹.

No mais, aplicada distribuição estática, ao empregado seria atribuído o ônus da prova quanto à sua alegação de prestação de horas extras (fato constitutivo de seu direito), configurando violação ao princípio da igualdade material no processo e ao direito fundamental à prova, pois estaria impossibilitado de produzir provas em seu favor, sendo que o empregador, ao contrário, disporia de todas as condições necessárias para tanto.

Apresentados os cartões de ponto pelo empregador, o empregado tem o direito de produzir contraprova por todos os meios admissíveis (testemunhas, documentos, etc.), buscando a comprovação de suas alegações quanto à prestação da jornada extraordinária, tentando invalidar a prova documental produzida. Não apresentados os documentos pelo empregador, ou apresentados de maneira parcial, sem a comprovação de motivo relevante para tanto, deve suportar a carga pela insuficiência ou inexistência de prova necessária ao deslinde do feito (ônus da prova objetivo), podendo ter o pedido julgado em seu desfavor, com o acolhimento da jornada declinada na inicial.

²⁸⁸ “Em decorrência da obrigação estatuída pelo art. 74 da CLT, o empregador dispõe da prova sobre o objeto do pedido do empregado, em uma prova pré-constituída por disposição legal. Trata-se de documento comum às partes, do qual decorrem direitos e deveres para os contratantes, podendo o empregador, a partir deles, exigir o cumprimento da obrigação contratual bem como, v. g., efetuar descontos no salário do empregado, assim, como o empregado pode postular o pagamento das horas efetivas de trabalho. acresça-se o princípio da aptidão para a prova, já apontado como um dos fundamentos para a inversão do ônus da prova. Se o empregador, com mais de dez empregados no estabelecimento, simplesmente nega a prestação de horas suplementares, a hipótese é de inversão do ônus da prova, sendo obrigatória a juntada do controle do horário de trabalho cumprido pelo empregador. Não se trata, como deflui do que sustentamos em linhas atrás, de prova de negação, mas sim prova positiva de que a duração do trabalho era normal, como alegado em defesa” (PAULA, Carlos A. R. de, *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*, p. 147).

²⁸⁹ “Em geral, há real dificuldade de o trabalhador comprovar a jornada alegada na inicial, pois nem sempre tem ou recebe cópias dos espelhos de ponto ou – quando recebe – nem sempre toma o cuidado de guardá-las, ou nem sempre retratam a real jornada praticada” (MANNRICH, Nelson, *Jornada extraordinária e controle de ponto eletrônico*, p. 126).

O inciso III do enunciado estabelece que a apresentação dos cartões de ponto com horários uniformes, por serem inválidos como meios de prova, determina a inversão do ônus da prova, o qual passa a ser do empregador. Dois aspectos são relevantes.

O primeiro, que não se trata de “inversão”, por toda a crítica já explicitada em relação ao termo. Segundo, o ônus da prova quanto à jornada prestada deve ser atribuído ao empregador, por meio da distribuição dinâmica, em razão de possuir as melhores condições probatórias, decorrentes do dever de documentação da jornada. Assim, não é a apresentação de cartões com horários invariáveis que determina a atribuição da carga probatória ao empregador, mas, sim, sua melhor condição de produção da prova. Definido o ônus da prova ao empregador, evidente que a apresentação de registros com apontamentos uniformes não pode caracterizar o desvencilhamento da carga²⁹⁰, pois é patente que nenhum ser humano, no contexto do mundo moderno, sujeito a inúmeras intervenções do meio ambiente natural e artificial (tráfego intenso das cidades, chuvas torrenciais, manifestações públicas, acidentes automobilísticos, etc.), poderia entrar e sair do trabalho sempre nos mesmos horários. Essa conclusão pode ser tomada pelo magistrado por meio das máximas de experiência, configurando presunção judicial.

Portanto, diante da existência do dever de documentação da jornada, estando o empregador em melhores condições de produzir prova a respeito do *thema probandi* em relação ao empregado, àquele deve ser atribuído o ônus da prova, por meio da aplicação da distribuição dinâmica.

Em sentido contrário, sustenta-se que a simples ausência de apresentação dos controles de horário não pode ensejar o acolhimento da jornada declinada na inicial, vez que o empregador não está obrigado a produzir prova contrária a seus interesses. A obrigatoriedade de apresentação dos cartões de ponto apenas se verificaria caso o juiz observasse o procedimento da exibição de documento ou coisa, previsto nos artigos 355 a 363 do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente ao processo do trabalho²⁹¹.

²⁹⁰ Homero Batista Mateus da Silva equipara a juntada de cartões de ponto com horários invariáveis à ausência de juntada, diante da falsidade dos documentos (*Curso de Direito do Trabalho Aplicado: Jornadas e pausas*, p. 223). Em sentido contrário, reconhecendo o valor probatório dos cartões de ponto juntados pelo empregador, ainda que registrando marcações invariáveis, apenas podendo ser elidido por prova em sentido contrário produzida pelo empregado: MARTINS, Sérgio Pinto, *Ônus da prova relativo no processo do trabalho*, p. 11-12.

²⁹¹ “Não se pode falar em presunção de veracidade da jornada de trabalho alegada na inicial pela simples ausência, nos autos, dos registros de controle do horário de trabalho, posto que a parte não está obrigada, no moderno sistema processual, a produzir prova em seu prejuízo. Todavia, aplicando-se subsidiariamente as disposições contidas nos arts. 355 a 363 do Código de Processo Civil, que disciplinam com rigor a exibição de documento ou coisa, poderá o juiz, no curso da instrução probatória, determinar à empresa que apresente tais documentos. Aí sim, da omissão injustificada por parte da ré em cumprir a determinação judicial de

Contudo, a nosso ver, o dever de documentação da jornada representa comando legal para apresentação dos registros de horários em juízo, sendo a medida processual de exibição de documentos desnecessária e impertinente. O processo do trabalho se pauta pela simplicidade de formas e atos, e pela celeridade de tramitação, sendo que o incidente de exibição de documentos, no caso, contraria esses postulados²⁹².

Interpretando o dever de documentação da jornada de trabalho, e diante das considerações aqui formuladas, entendemos que a redação do enunciado 338 do Tribunal Superior do Trabalho poderia ser revista, incorporando expressamente a teoria da distribuição dinâmica, no seguinte sentido:

338 – JORNADA DE TRABALHO – DEVER DE DOCUMENTAÇÃO (ARTIGO 74, PARÁGRAFO 2º, DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO) – ÔNUS DA PROVA DO EMPREGADOR - APLICAÇÃO DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA.

I - O empregador que conta com mais de dez empregados em cada estabelecimento tem o dever de documentar a jornada de trabalho prestada, nos termos do artigo 74, parágrafo 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho. Por possuir as melhores condições de produzir prova a respeito da jornada efetivamente prestada, em relação ao empregado, ao empregador deve ser atribuído o ônus da prova, em observância à teoria da distribuição dinâmica dos encargos probatórios.

II - O ônus processual pela ausência injustificada de juntada dos cartões de ponto deve ser suportado pelo empregador, podendo ser acolhida a jornada de trabalho declinada na inicial.

apresentação dos registros do horário de trabalho decorrerá presunção de veracidade da jornada de trabalho alegada na inicial, a qual poderá ser elidida por prova em contrário, nos termos da Súmula n. 338 do Tribunal Superior do Trabalho” (SCHWARZ, Rodrigo Garcia, *Breves considerações sobre as regras de distribuição do ônus da prova no processo do trabalho*, p. 375); “Caso o juiz determine que a empresa exiba os cartões de ponto, por verificar que a ré tem mais de 10 empregados, aí, sim, deverá a empresa trazer aos autos os cartões de ponto, sob pena de, não o fazendo, serem considerados como verdadeiros os fatos alegados na inicial (art. 359 do CPC)” (MARTINS, Sérgio Pinto, *Ônus da prova relativo no processo do trabalho*, p. 10).

²⁹² Homero Batista Mateus da Silva, comentando a redação original da Súmula n. 338 do Tribunal Superior do Trabalho, editada em 18.11.1994, a qual justamente estabelecia que a presunção judicial de veracidade da jornada declinada na inicial apenas poderia ser estabelecida caso o empregador, injustificadamente, deixasse de juntar aos autos os cartões de ponto, após determinação judicial para tanto, destaca o prejuízo à celeridade processual e ao princípio constitucional processual do contraditório com a adoção de tal entendimento: “Se a audiência era do tipo uma, tinha de ser fracionada para que a empresa cumprisse a determinação judicial; se a instrução já estivesse encerrada e o juiz, deparando-se com a situação, houvesse por bem seguir o entendimento da Súmula n. 338, tinha de determinar a reabertura da instrução, em detrimento da celeridade e pondo em risco o próprio princípio do contraditório, pois as provas já haviam de ter sido produzidas anteriormente. Se, por fim, o Juiz declarasse de imediato a presunção favorável às jornadas descritas na petição inicial, a sentença desafiaria a reforma via recurso ordinário, mas também via recurso de revista, porque proferida contra orientação de Súmula” (*Curso de Direito do Trabalho Aplicado: Jornadas e pausas*, p. 218-219).

Esta a nossa sugestão de redação.

Mas outras grandes questões envolvem a comprovação da jornada de trabalho e da prestação de horas extras.

O dever de documentação da jornada de trabalho é dirigido ao empregador cujo estabelecimento conte com mais de dez trabalhadores. Ressalta-se que estabelecimento deve ser entendido como unidade ou filial em que o empregado presta serviços²⁹³. Por possuir a relação de todos os empregados do estabelecimento (melhor condição probatória), ao empregador deve ser atribuído o ônus de provar o real número de empregados, cabendo ao reclamante a contraprova²⁹⁴.

A Portaria n. 1.510/2009 do Ministério do Trabalho e Emprego disciplina o registro eletrônico de ponto por meio do Sistema de Registro Eletrônico de Ponto (SREP) e do Registrador Eletrônico de Ponto (REP). De acordo com o artigo 11 da referida norma, o REP deverá emitir um documento denominado “Comprovante de Registro de Ponto do Trabalhador”, impresso para o empregado acompanhar, a cada marcação, o controle de sua jornada de trabalho, contendo informações como identificação do empregador e do empregado, local de prestação de serviço, data e hora do registro.

Ainda que adotado esse sistema, com emissão de comprovante de marcação ao empregado, o ônus de comprovar a real jornada de trabalho deve ser atribuída ao empregador, por continuar detendo as melhores condições probatórias.

Com efeito, o artigo 12 da Portaria n. 1.510/2009 estabelece que, por meio do “Programa de Tratamento de Registro de Ponto”, o empregador deve emitir relatório “Espelho de Ponto Eletrônico”, no modelo contido no Anexo II.

É mais razoável entender que o empregador possui maior acesso aos meios de prova para comprovação da jornada efetivamente prestada, pela facilidade de emissão do relatório de Espelho de Ponto, a partir dos dados armazenados no arquivo eletrônico. Basta a emissão do documento unificado e a juntada nos autos.

²⁹³ SILVA, Homero B. Mateus da, *Curso de Direito do Trabalho Aplicado: Processo do Trabalho*, p. 245.

²⁹⁴ “O esforço está correto, mas não deve perder de vista que a empresa tem toda condição, acessível e simples, de apresentar seu rol de empregados, mediante livro de registro, relação anual de informações sociais (Rais) e diversos outros documentos trabalhistas e/ou tributários compulsórios. A isso se chama aptidão para a aprova. Exigir que o empregado prove, por testemunhas, o número de empregados da empresa é fazer uma partilha equivocada do ônus da prova (...). Se o empregador quer se livrar do encargo de exibir cartões de ponto, deve afirmar na defesa que está desonerado desse fardo e juntar, sem esperar que se peça, algum documento com a lista de empregados. Eventual fraude ou descompasso da prova em relação ao que se vivenciou deverá, então, ser objeto das atenções do reclamante” (SILVA, Homero Batista Mateus da, *Curso de Direito do Trabalho Aplicado: Processo do Trabalho*, p. 245).

Por outro lado, exigir do empregado a guarda de inúmeros comprovantes, que se deterioram e se perdem ao longo do tempo, para posterior juntada no processo, não se revela como solução mais equânime²⁹⁵. Os comprovantes de registro poderão ser utilizados como contraprova ao Espelho de ponto, assim como outros meios de prova (testemunhal, por exemplo). No entanto, a carga probatória não pode ser atribuída ao empregado apenas porque houve emissão de comprovantes de registro de ponto em seu favor, pelo contrário, a iniciativa da prova deve partir do empregador, vez que possui as melhores condições probatórias, com a possibilidade de emissão do relatório “Espelho”, devendo a ele ser atribuído o encargo processual, por meio da distribuição dinâmica.

A adoção do sistema de Registro Eletrônico de Ponto, com a emissão de comprovante, não caracteriza o empregado como a parte com melhores probatórias, vez que desproporcional e desarrazoado exigir do trabalhador que, com a inicial, junte todos os comprovantes emitidos ao longo de todo o período contratual, tidos como imprescindíveis à demonstração dos horários.

No mais, afirmar que nas empresas em que for adotado o registro eletrônico o ônus da prova quanto à alegação de prestação de horas extras será do empregado, sendo que naquelas em que o registro for manual o encargo será do empregador, não nos parece razoável, pois estabelece uma distinção processual com base na vontade única de uma das partes (adoção ou não do registro eletrônico pelo empregador), violando o princípio constitucional da igualdade. O ônus da prova, regra processual de interesse público, não pode ser determinado pela vontade de apenas uma das partes²⁹⁶.

²⁹⁵ “Não bastasse isso, certamente o trabalhador sequer guardará os comprovantes, e nem por isso seria alterado o atual sistema de inversão do ônus da prova. (...) Isso porque não seria admissível tal mudança de posição, simplesmente porque, agora, o empregado pode manter documento impresso com seu horário de trabalho. Mesmo porque não seria razoável exigir-se que o trabalhador guardasse todos os comprovantes de seu horário por cinco longos anos como condição para pleitear horas extras perante a Justiça do Trabalho” (MANNRICH, Nelson, *Jornada extraordinária e controle de ponto eletrônico*, p. 130-131).

²⁹⁶ Em sentido contrário, sustentando que, com o registro eletrônico e a emissão do comprovante de registro de ponto, o ônus de comprovar a prestação da jornada extraordinária deve ser atribuído ao empregado, vez que, agora, possui condições de produzir a prova necessária, devendo juntar todos os comprovantes com a inicial: “Como decorrência lógica, nas empresas que adotarem o novel sistema eletrônico previsto na Portaria MTE nº 1.510/2009, caberá ao trabalhador o ônus de provar a falsidade ou o erro contido no documento eletrônico de controle da sua jornada de trabalho, o que certamente implicará a alteração parcial do entendimento constante no item I da Súmula nº 338 do TST, no sentido de não mais presumir-se a veracidade da jornada apontada na petição inicial diante da não apresentação injustificada dos controles de frequência pelo empregador. É dizer, estando o empregado de posse desse comprovante e considerando a exatidão na marcação efetuada pelo empregado no controle de sua jornada, não mais se justifica a inversão do ônus da prova no caso em que for alegada pelo trabalhador diferença entre as horas trabalhadas e aquelas constantes dos comprovantes que possui” (LEITE, Carlos Henrique Bezerra Leite; MACHADO, Meireely Alvarenga, *A nova portaria do MTE sobre registro eletrônico de ponto e a questão da inversão do ônus da prova*, p. 14); “Em sendo assim, a partir da competência agosto de 2010, o ônus da prova

O artigo 62, inciso I, da Consolidação das Leis do Trabalho, determina que não são abrangidos pelas regras referentes à duração do trabalho (Capítulo II) os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho. Para incidência dessa exceção, não pode existir qualquer tipo de controle direto ou indireto da jornada de trabalho prestada pelo empregado. Assim, devem restar ausentes elementos que denotem a existência do controle, tais como relatórios de viagem, mensuração de quilometragens e vendas, itinerários pré-definidos, obrigatoriedade de comparecimento na empresa no final do expediente, entre outros. Além disso, a condição de trabalho externo incompatível com o controle da jornada deverá ser anotada na Carteira de Trabalho do empregado e no livro de registro de empregados.

Alegando trabalho externo incompatível com o controle da jornada, o ônus da prova será do empregador, não em razão da incidência da distribuição dinâmica, mas por força da regra geral de distribuição legal-estática, pois terá deduzido fato impeditivo da pretensão do reclamante²⁹⁷. Ao empregado restará o ônus da contraprova, demonstrando a existência de controle da jornada, sendo que esta comprovação poderá ser efetivada por meio de conjunto de indícios²⁹⁸.

relativo a horas extras voltará a ser do empregado quando a empresa adotar o controle eletrônico de jornada, pois não mais subsistirão os motivos que ensejaram a edição da Súmula nº 338 do TST, já que o trabalhador deterá plena aptidão para prova do alegado. (...) Claro que para demonstração de seu interesse o reclamante deverá juntar com a exordial os comprovantes de batida obtidos a cada marcação de ponto junto ao REP, de forma a comprovar as diferenças de horas extras que entender fazer jus. (...) Os empregadores que utilizam controle manual ou mecânico não estão enquadrados na Portaria MTE nº 1.510/2009, e por isso continuam atraindo o ônus da prova relativo às horas extras nas ações trabalhistas” (RICCIARDELLI NETO, Dario; CASTRO, Ismênia E. Oliveira, *Horas extras - ônus da prova sob a luz da portaria nº 1510/2009*, p. 20-21).

²⁹⁷ “Em respeito ao princípio da primazia da realidade, pelo qual prevalecem os fatos em relação às formas, temos que, embora o dispositivo legal determine a anotação na CTPS e o registro de empregados, esta realidade pode ser demonstrada por outras vias. Se anotada a CTPS, haveria a presunção *iuris tantum*, trazendo para o empregado o ônus da prova da incorreção da anotação. Não havendo esta prova prevista legalmente, ao empregador caberá a prova da excepcionalidade do regime adotado contratualmente. De qualquer sorte, a prova do fato-base para a inclusão do empregado na norma excepcionadora é sempre do empregador, considerado o fato como extraordinário no pacto laboral” (PAULA, Carlos Alberto Reis de, *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*, p. 150).

²⁹⁸ “Os indícios são estudados normalmente em bloco e cotejados com outros elementos de prova, sendo muito rara a hipótese em que apenas um deles isoladamente seja o bastante para a formação do convencimento judicial. Daí por que se diz que o trabalhador deve reunir um conjunto de indícios, dentre os sete acima elencados ou não, para que se possa alterar a afirmação do enquadramento no art. 62. (...) A principal repercussão prática da exigência à anotação na Carteira de Trabalho será a fixação do ônus da prova: havendo as anotações exigidas e estando a atividade profissional do trabalhador em harmonia com o disposto no art. 62 acerca do caráter externo, competirá ao empregado a reunião de indícios em sentido contrário, devendo-se lembrar, novamente, a interpretação não extensiva incidente sobre a norma restritiva de direitos. Se, porém, o empregador não puder apresentar nem mesmo a formalidade da anotação na Carteira de Trabalho, terá o pesado fardo de comprovar o enquadramento, escusando-se pelo lapso da não anotação” (SILVA, Homero Batista Mateus da, *Curso de Direito do Trabalho Aplicado: Jornadas e pausas*, p. 93-94).

Também como exceção às normas referentes à duração do trabalho, o inciso II do artigo 62 estabelece a não incidência dessas regras aos empregados exercentes de cargo de confiança, desde que o salário recebido, compreendida a gratificação de função, não seja inferior ao valor do salário efetivo acrescido de 40% (parágrafo único do artigo 62). O exercício do cargo de confiança pressupõe o exercício de prerrogativas de mando e gestão pelo empregado.

Alegando exercício de cargo de confiança, o ônus da prova também será do empregador, em razão da regra geral de distribuição legal-estática, pois terá deduzido fato impeditivo da pretensão do reclamante, devendo comprovar o exercício das prerrogativas do cargo e o pagamento de gratificação 40% superior ao salário do cargo efetivo²⁹⁹. Ao empregado, restará o ônus da contraprova, demonstrando o não exercício das prerrogativas e o não recebimento da gratificação.

O artigo 71 da Consolidação das Leis do Trabalho estabelece o intervalo intrajornada destinado à alimentação e descanso do empregado, sendo entre uma e duas horas para jornadas superiores a seis horas diárias de trabalho, e de 15 minutos para aquelas realizadas entre quatro e seis horas diárias. A supressão total ou parcial do intervalo intrajornada dá ensejo ao pagamento de horas extras pelo empregador, nos termos da recente Súmula n. 437 do Tribunal Superior do Trabalho.

O artigo 74, parágrafo 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho permite que haja pré-assinalação do período de repouso. Assim, em razão do dever de documentação, alegada a supressão total ou parcial do intervalo intrajornada, sendo pleiteadas as horas extras devidas, o ônus de comprovar a regular concessão do intervalo deve ser atribuído ao empregador, por deter as melhores condições probatórias em relação ao empregado, podendo se desincumbir com a exibição dos cartões de ponto pré-assinalados³⁰⁰. Ao reclamante, caberá o ônus da contraprova, demonstrando a supressão total ou parcial do intervalo, ou que, a despeito da pré-assinalação, a pausa para refeição e descanso não era usufruída regularmente.

²⁹⁹ “Idêntico raciocínio desenvolve-se em relação à hipótese prevista no inciso II do mesmo artigo da Consolidação, que para esse fim equipara os empregados que exercem atividade externa ‘os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento e/ou filial’. O acolhimento do fato dependerá da prova a ser produzida pelo empregador, que o alegou como excludente do regime ordinário da duração do trabalho” (PAULA, Carlos Alberto Reis de, *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*, p. 150).

³⁰⁰ Homero Batista M. da Silva ressalva duas hipóteses em que, a despeito da exibição judicial dos cartões de ponto, o ônus de produzir prova a respeito da concessão regular do intervalo intrajornada deve ser atribuído ao empregador: cartão desprovido de marcação, não contendo nem ao menos a pré-assinalação; empregador exige a marcação do usufruto do intervalo, dispensando o regime da pré-assinalação, mas nos cartões são registrados horários uniformes (*Curso de Direito do Trabalho Aplicado: Jornadas e pausas*, p. 164).

Caso inexistente a pré-assinalação, entendemos que, a exemplo da ausência injustificada de juntada dos cartões de ponto, o empregador é quem deve suportar a carga pela insuficiência ou inexistência de prova necessária ao deslinde do feito (ônus da prova objetivo), podendo ter o pedido julgado em seu desfavor, com o acolhimento da jornada declinada na inicial³⁰¹.

5.7.1.2. Vale-transporte

O vale-transporte é benefício concedido pelo empregador ao trabalhador que mora longe do local de trabalho e necessita de transporte para o deslocamento, viabilizando a prestação do serviço. Está disciplinado na Lei n. 7.418/85 e no Decreto n. 95.247/87.

O artigo 7º do Decreto determina que, para o exercício do direito ao recebimento do vale-transporte, o empregado deve informar ao empregador, por escrito, endereço residencial e os serviços e meios de transporte necessários ao deslocamento entre o local de trabalho e a residência, sendo a declaração atualizada anualmente.

Diante desse dever de informação do empregado ao empregador, pressuposto para obtenção do vale-transporte, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Orientação Jurisprudencial n. 215 da SDI-1, no seguinte teor: “É do empregado o ônus de comprovar que satisfaz os requisitos indispensáveis à obtenção do vale-transporte”.

No entanto, ainda que o empregado esteja submetido ao dever de informar o empregador acerca dos dados necessários ao usufruto do benefício, este dever não tem o condão de atribuir ao empregado o ônus de comprovar a requisição do vale-transporte junto ao empregador, ou a recusa do empregador no fornecimento do benefício.

Isso porque, em razão da subordinação inerente à relação de emprego, não há como o empregado exigir do empregador recibo de entrega da documentação necessária ao requerimento, ou, pior, documento que ateste a recusa do empregador quanto ao fornecimento do benefício. A prova testemunhal nessas hipóteses é quase impossível, vez que o requerimento geralmente se dá em lugar reservado, em conversa entre o

³⁰¹ Em sentido contrário: “O § 2º do art. 74 da CLT estabelece que nos controles de ponto deve haver pré-assinalação do período de repouso. Mesmo nos casos em que isso não ocorra, entendo que a prova continua sendo do empregado, pois é ele quem alega fato extraordinário, que deve ser demonstrado em juízo” (MARTINS, Sérgio Pinto, *Ônus da prova relativo no processo do trabalho*, p. 13).

empregado e o empregador ou seu preposto (funcionário do departamento de recursos humanos, por exemplo). No mais, questiona-se a própria exigência de comprovação do requerimento, vez que o empregador, a partir dos dados fornecidos pelo empregado na admissão (dentre eles, o endereço residencial), detém as informações úteis para saber da real necessidade de concessão ou não do benefício³⁰².

Justamente em razão dessas considerações, o Tribunal Superior do Trabalho cancelou a referida Orientação, por meio da Resolução n. 175/2011, alterando seu entendimento acerca do tema.

Assim, defendemos que, alegada a ausência de fornecimento do vale-transporte, ao empregador caberá comprovar o regular fornecimento, ou a recusa do recebimento do benefício pelo empregado, por meio de juntada de recibos e declarações negativas, por exemplo, detendo as melhores condições probatórias para tanto³⁰³. Poderá comprovar, também, fato impeditivo da pretensão do reclamante, como a proximidade da residência do trabalhador em relação ao local da prestação de serviço, a utilização de veículo próprio, de carona, de bicicleta, etc, ou seja, situações que denotem a desnecessidade de usufruto do benefício. Nessa hipótese, não se trata da aplicação da distribuição dinâmica, mas, sim, da própria regra legal-estática, ao contrário do entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, o qual invoca a dinamização:

RECURSO DE REVISTA. 1. VALE-TRANSPORTE. INDENIZAÇÃO. ÔNUS DA PROVA.

Este colendo Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Orientação Jurisprudencial nº 215 da SBDI - 1, entendia ser ônus do empregado provar o preenchimento dos requisitos indispensáveis à obtenção do vale-transporte.

³⁰² “Não se pode ignorar a realidade de que se vive, sendo notórias as dificuldades com locomoção na grande maioria das cidades industrializadas e de vasta camada da população moradora de subúrbios e arrabaldes. Além disso, o empregador tem o poder para exigir a apresentação de comprovantes de endereço e lançar os dados cadastrais do empregado em ficha de registro, sem nenhum constrangimento. É altamente esperado que o empregador saiba de antemão quem necessita e quem prescinde de vale-transporte, por conseguinte. Dizer que não forneceu o vale-transporte porque o empregado não pediu é, evidentemente, ridículo” (SILVA, Homero Batista M. da, *Curso de Direito do Trabalho Aplicado: Livro da remuneração*, p. 134).

³⁰³ “Já que o vale-transporte é uma obrigação contratual normal, quando da contratação do empregado deverá ser exigida declaração relativa aos dados para o fornecimento regular do vale-transporte, e caso o empregado do mesmo não necessite ou não queira recebê-lo, pois a despesa com o seu deslocamento é inferior a 6% do salário básico, deverá firmar declaração nesse sentido” (PAULA, Carlos Alberto Reis de, *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*, p. 153); “Em resumo, mostrou-se excessivamente rigorosa quando do advento da lei, a exigir que o empregado apresentasse provas de que formulou o requerimento, talvez por escrito, e que o empregador se recusou a acatar o pedido. Como essa prova se apresentava complexa demais para o empregado, passou-se a exigir a demonstração por parte do empregador, de que houve a oferta do vale-transporte, mas recusa do empregado. (...) A declaração de ‘não opção’ aos poucos caiu em descrédito, embora ainda seja aceita cegamente por vários julgados” (SILVA, Homero Batista Mateus da, *Curso de Direito do Trabalho Aplicado: Livro da remuneração*, p. 135).

Contudo, revendo seu posicionamento, referida Orientação foi cancelada. Desse modo, pela própria teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, é notório que se apresenta mais propício ao empregador comprovar que o empregado não satisfaz os requisitos para a concessão do vale-transporte que ao trabalhador provar que o satisfaz. Nesse contexto, incumbe à reclamada a prova de que o reclamante não satisfazia os requisitos para concessão dos vales-transporte, ônus do qual não se desincumbiu. Recurso de revista não conhecido.

(RR - 23200-49.2009.5.02.0031, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 23/05/2012, 2ª Turma, Data de Publicação: 01/06/2012)

Ressalta-se que, na hipótese de alegação de fato impeditivo da pretensão do reclamante pelo empregador, o ônus poderá ser atribuído ao empregado, caso reste evidenciado que este possui as melhores condições de comprovar a alegação formulada, incidindo, aí sim, a teoria da distribuição dinâmica das cargas probatórias.

Ao empregado, por sua vez, deverá ser atribuído o ônus de comprovar os requisitos previstos no artigo 7º do Decreto, notadamente os relacionados ao deslocamento, tais como itinerário, trajeto, mudança de tarifas, mudança de endereço, etc., comprovando a necessidade da concessão do benefício, sendo alegações das quais possui as melhores condições probatórias³⁰⁴.

5.7.1.3. Equiparação salarial

O artigo 461 da Consolidação das Leis do Trabalho estabelece que a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, sendo idêntica a função, corresponderá igual salário, sem distinções, considerando-se trabalho de igual valor aquele prestado com igual produtividade, mesma perfeição técnica, entre empregados cuja diferença de tempo de serviço não seja superior a dois anos. Trata-se da aplicação do princípio constitucional da igualdade nas relações de trabalho.

³⁰⁴ “Desse modo, pode-se afirmar que o ônus da prova no tema do vale-transporte está fracionado em partes bem específicas. Se o assunto for a necessidade da condução, em termos gerais, parece correto dizer que o empregado desfrutará de presunção relativa, diante do preenchimento do livro de registro de empregados e das máximas da experiência humana, por não ser possível ignorar a posição geográfica das cidades e dos bairros que as compõem. Se, todavia, o assunto for, digamos, uma mudança de domicílio no curso do contrato de trabalho, mudança de trajeto de linhas de ônibus, alteração da tarifa, extinção de itinerários e demais aspectos da operação do vale-transporte, tende-se a atribuir ao empregado o encargo dessa demonstração” (SILVA, Homero Batista Mateus da, *Curso de Direito do Trabalho Aplicado: Livro da remuneração*, p. 135).

A Súmula n. 6 do Tribunal Superior do Trabalho enuncia outros aspectos referentes à equiparação salarial, sendo o mais relevante ao presente estudo seu inciso VIII, determinando ser do empregador o ônus de comprovar fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial. Este entendimento apenas reforça a regra de distribuição legal-estática.

Como regra geral, ao empregado incumbe o ônus de comprovar os fatos constitutivos do direito à equiparação salarial, quais sejam, identidade de função, de empregador, de localidade, de produtividade e de perfeição técnica, enquanto que ao empregador cabe o ônus de comprovar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da pretensão do empregado, tais como inexistência de identidade de função entre reclamante e paradigma, distinção de empregadores, serviço prestado em localidades diversas, tempo de serviço na função superior a dois anos, diferença de produtividade e de perfeição técnica, existência de quadro de carreira, com respeito às promoções por merecimento e antiguidade.

Mas não apenas dessa forma deve ser analisada a distribuição dos encargos probatórios.

Na prática, muitas vezes, ao tentar desconstituir as alegações do reclamante, o empregador acaba afirmando fato impeditivo, modificativo ou extintivo da pretensão do empregado, atraindo para si a carga probatória. O empregador apenas fica desonerado de qualquer comprovação caso negue totalmente a pretensão do reclamante (negação de fato)³⁰⁵.

No mais, deve-se ressaltar que, em geral, o empregador detém meios probatórios aptos à comprovação dos requisitos da equiparação salarial, como fichas de

³⁰⁵ “Os demais elementos factuais que são assentados como indispensáveis à configuração da isonomia de situação (trabalho de igual valor, ou seja, o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica; mesma localidade; não existência de quadro de carreira, em que as promoções obedecem aos critérios de antiguidade e merecimento; diferença de tempo de serviço não superior a dois anos) se erguem como impeditivos à aquisição do direito, pelo que o ônus de prova será do empregador. Se o empregado ocupa o mesmo cargo ou desempenha a mesma função do paradigma a presunção *iuris tantum* é que o trabalho seja igual, cabendo ao empregador a prova da desigualdade” (PAULA, Carlos Alberto Reis de, *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*, p. 145); “É raríssimo ver um processo em que se exigiu do trabalhador o ônus de provar a identidade de funções com o colega, pelo simples fato de que quase toda forma de elaborar uma contestação nesse sentido envolverá alegar outros fatos, a menos que a defesa seja no sentido de não conhecer o paradigma e nunca ter ouvido falar nele. Isso sim seria um fato negativo absoluto e deixaria com o reclamante o ônus de provar o fato constitutivo de sua pretensão (o paradigma existiu e ganhava mais). (...) Esses são seguramente os sete argumentos mais utilizados no processo do trabalho, porque extraídos da leitura sistemática do art. 461 da CLT. Em todos eles, nota-se que a empresa alegou fato novo e, diante da interpretação dada ao art. 818 acima, terá de demonstrar sua alegação” (SILVA, Homero Batista Mateus da, *Curso de Direito do Trabalho Aplicado: Processo do Trabalho*, p. 248).

registro do reclamante e do paradigma, demonstrativos de pagamento dos funcionários, etc, podendo ser onerado, pela distribuição dinâmica, caso fique evidenciado, no caso concreto, que possui melhores condições probatórias do que o empregado.

Portanto, diante dessas ponderações, o empregado tem o ônus de comprovar apenas a identidade entre a sua função desempenhada e a do paradigma, por se tratar de fato constitutivo de seu direito, caso a reclamada negue totalmente a pretensão. Ao empregador, por sua vez, deve ser atribuída a carga probatória quanto aos demais requisitos para a equiparação salarial, seja pelo critério da distribuição estática (alegação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da pretensão do reclamante), seja pelo critério da distribuição dinâmica (melhor condição probatória), sendo que ao empregado resta a produção da contraprova.

5.7.1.4. Depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS)

A Lei n. 8.036/90 disciplina o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). De acordo com o artigo 15, os empregadores são obrigados a depositar, até o dia sete de cada mês, em conta vinculada, oito por cento da remuneração paga ou devida, no mês anterior, a cada trabalhador. Já o artigo 17 estabelece o dever de os empregadores comunicarem mensalmente aos trabalhadores os valores recolhidos ao FGTS, repassando-lhes todas as informações acerca de suas contas vinculadas.

Assim, diante da obrigação de proceder aos depósitos e do dever de prestar informações acerca desses valores, é do empregador o ônus de comprovar a regularidade dos depósitos do FGTS, caso alegado o inadimplemento, por ter acesso aos comprovantes de depósito dos valores, configurando a melhor condição probatória.

É certo que o empregado pode solicitar extrato de sua conta vinculada junto à instituição bancária mantedora, mas as obrigações e deveres do empregador determinam que a ele seja atribuída a iniciativa da prova.

O Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Orientação Jurisprudencial n. 301 da SDI-1, definia como sendo do empregador o ônus de comprovar a regularidade dos depósitos, mas apenas na hipótese de definição pelo empregado dos períodos de

inadimplemento e negada pela reclamada a inexistência de diferenças. No entanto, o enunciado foi cancelado pela recente Resolução n. 175/2011.

Atualmente, a Corte Trabalhista adota a posição por nós defendida, aplicando os preceitos da distribuição dinâmica da carga probatória, atribuindo o ônus ao empregador, independentemente da delimitação feita pelo empregado e da negação da existência de diferenças, por possuir as melhores condições probatórias.

RECURSO DE REVISTA. FGTS. DIFERENÇAS. ÔNUS DA PROVA.

Esta Corte Superior revisou e cancelou, por meio da Resolução 175/2011, a OJ 301/SDI-I, que dispunha: - FGTS. DIFERENÇAS. ÔNUS DA PROVA. LEI Nº 8.036/90, ART. 17. Definido pelo reclamante o período no qual não houve depósito do FGTS, ou houve em valor inferior, alegada pela reclamada a inexistência de diferença nos recolhimentos de FGTS, atrai para si o ônus da prova, incumbindo-lhe, portanto, apresentar as guias respectivas, a fim de demonstrar o fato extintivo do direito do autor (art. 818 da CLT c/c art. 333, II, do CPC) -. Adota-se, a partir de então, o entendimento de que é do empregador o ônus da prova da regularidade dos depósitos do FGTS, independentemente de o empregado delimitar o período no qual não teria havido o correto recolhimento. Como afirmado em decisões precedentes, este posicionamento se mostra em consonância com o princípio da aptidão para prova ou da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo o qual a prova deve ser produzida pela parte que a detém ou que a ela possui mais fácil acesso. Recurso de revista conhecido e provido.

(RR - 133100-26.2006.5.02.0401, Relator Juiz Convocado: Flavio Portinho Sirangelo, Data de Julgamento: 29/02/2012, 3ª Turma, Data de Publicação: 02/03/2012)

O ônus da prova quanto à regularidade dos depósitos do FGTS, portanto, deve ser atribuído ao empregador, por deter as melhores condições probatórias³⁰⁶.

³⁰⁶ “É evidente que a empresa detém aptidão total para essa prova, sendo suficiente que ela apresente os documentos em seu poder, como as guias de recolhimento, as relações de empregados ou os extratos” (SILVA, Homero Batista Mateus da, *Curso de Direito do Trabalho Aplicado: Processo do Trabalho*, p. 250). Em sentido contrário: “A prova da existência de diferenças a título de FGTS é do empregado, nos termos do art. 818 da CLT e do inciso I do art. 333 do CPC, por se tratar de fato constitutivo do seu direito. O trabalhador tem acesso aos extratos na conta vinculada do FGTS. Assim, pode indicar as diferenças que entende devidas a título de FGTS. (...) A empresa não pode ter a obrigação de provar fato negativo, sob o argumento de que há inexistência de diferenças” (MARTINS, Sérgio Pinto, *Ônus da prova relativo no processo do trabalho*, p. 14).

5.7.1.5. Despedimento

O empregado firma contrato de trabalho, em geral, com intenção de prolongar sua duração ao longo do tempo, vez que depende do emprego para seu sustento. Assim, o mais comum é a constância da prestação do serviço, sendo exceção o pedido de demissão. Daí se falar no *princípio da continuidade da prestação do serviço*, devendo-se presumir que a intenção primeira do empregado é manter a relação empregatícia, e não encerrar o contrato de trabalho por sua própria iniciativa ou por justa causa.

Diante desse princípio, e interpretando as regras de distribuição do ônus da prova, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula n. 212, no seguinte sentido:

212 - DESPEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA (RES. 14/1985, DJ 19.09.1985)
O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

Assim, caso o empregador negue a prestação de serviço pelo reclamante e, ao contestar o pedido de verbas rescisórias, também negue o despedimento, o ônus de provar o encerramento do contrato de trabalho por iniciativa do empregado será do empregador, em razão do princípio da continuidade, o qual constitui presunção favorável ao empregado³⁰⁷. Ressalta-se que a presunção decorrente do princípio da continuidade da prestação do serviço, firmada por meio das máximas de experiência do juiz, não se revela como hipótese de incidência da distribuição dinâmica, mas apenas dispensa o empregado de produzir prova a respeito da dispensa.

No entanto, a nosso ver, o que ocorre é que, ao negar o despedimento, o empregador formula fato negativo que equivale à afirmação de fato extintivo da pretensão do reclamante, qual seja, de que ou o empregado pediu demissão, ou cometeu atos que

³⁰⁷ “No processo do trabalho, a distribuição do ônus da prova igualmente foi equacionado à luz do princípio da continuidade da relação de emprego, como pode ser conferido no entendimento da Súmula n. 212 do Tribunal Superior do Trabalho sobre o ônus patronal de comprovar a rescisão contratual de trabalho, quando simultaneamente houver sido negada a própria relação de emprego” (SILVA, Homero Batista Mateus da, *Curso de Direito do Trabalho Aplicado: Contrato de Trabalho*, p. 42);

importem em demissão por justa causa. Desse modo, alegando fato extintivo da pretensão do empregado, o ônus incumbe ao empregador, pela regra de distribuição estática³⁰⁸.

Portanto, negada a prestação do serviço pelo empregador, o ônus de comprovar a relação empregatícia será do reclamante. Comprovada a relação entre as partes, presume-se, pelas máximas de experiência do juiz, a continuidade do contrato, sendo que a alegação de ausência de despedimento equivale à afirmação de que houve pedido de demissão ou cometimento de atos que impliquem na justa causa, sendo ônus do empregador comprovar tais alegações.

5.7.1.6. Salário-família

O salário-família está previsto no artigo 7º, inciso XII, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 20/1998, estabelecendo como direito social do trabalhador urbano e rural “salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei”. Os artigos 65 a 70 da Lei n. 8.213/91, e 81 a 92 do Decreto n. 3.048/1999, regulamentam o benefício.

O salário-família é devido mensalmente ao segurado empregado, exceto ao doméstico, e ao trabalhador avulso, na proporção do respectivo número de filhos ou equiparados, até 14 anos de idade destes ou sendo inválidos de qualquer idade. As cotas do salário-família devem ser pagas pelo empregador, mensalmente, junto com o salário.

Nos termos do artigo 67 da Lei n. 8.213/91, o pagamento do salário-família é condicionado à apresentação da certidão de nascimento do filho ou da documentação referente ao equiparado ou inválido, do atestado de vacinação obrigatória e de comprovante de frequência do filho ou equiparado à escola.

O Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Súmula n. 254, entende que o termo inicial do direito ao salário-família coincide com a prova da filiação, mas, se feita em juízo, corresponde à data de ajuizamento do pedido, salvo se comprovado que anteriormente o empregador se recusara a receber a respectiva certidão.

³⁰⁸ “Ademais, ao negar o despedimento, o que o empregador na realidade está fazendo é alegar fato impeditivo do reclamante ao recebimento das verbas rescisórias, tendo, portanto, o ônus de prová-lo” (SANTOS, Élisson Miessa dos; CORREIA, Henrique, *Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do TST: Comentadas e organizadas por assunto*, p. 798).

No entanto, a prova para o empregado, de que fez ou tentou fazer a entrega da documentação necessária, junto ao empregador, para obtenção do benefício, ou de que este se recusou a recebê-la, revela-se como muito difícil, quase impossível.

Assim, entendemos que, comprovado em juízo, pelo empregado, os requisitos materiais para obtenção do benefício (existência de filho menor de 14 anos ou inválido, atestado de vacinação, comprovante de frequência escolar, baixa renda), o salário-família deve ser pago retroativamente, desde o início do contrato de trabalho (se as condições eram verificadas desde aquele momento), ou de data posterior (em que os requisitos foram preenchidos). O ônus de comprovar os requisitos materiais deve ser atribuído ao reclamante, pois, além de representar fato constitutivo de seu direito, possui as melhores condições probatórias para tanto, detendo os documentos necessários.

O empregador, por sua vez, deverá comprovar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da pretensão do reclamante, tais como pagamento do benefício, não recebimento dos documentos necessários à concessão do salário-família, não enquadramento do empregado como de baixa renda, etc.

Comprovado pelo empregado os requisitos materiais para obtenção do benefício do salário-família, a efetivação do requisito formal de entrega dos documentos ao empregador deve ser presumida em seu favor, sendo dispensado de produzir prova a respeito, vez que não é razoável crer que tenha abdicado de seu direito desde o início da possibilidade de fruição³⁰⁹.

5.7.1.7. Acidente do trabalho e meio ambiente do trabalho

Acidente do trabalho, nos termos do artigo 19 da Lei n. 8.231/91, pode ser entendido como o decorrente do exercício do trabalho, em favor do empregador, provocando lesão corporal ou perturbação funcional, que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade do empregado para o trabalho. O termo acidente do trabalho representa gênero do qual são espécies o acidente típico, a doença

³⁰⁹ “(...) e, também, a presunção de que o empregado tenha entregue certidão de nascimento de filho menor de 14 anos ao empregador para o fim de receber o salário-família, conquanto não é provável que abra mão de um direito seu” (ZENNI, Alessandro Severino Vallér, *As regras dinâmicas de distribuição do ônus da prova e a avaliação da prova no processo do trabalho*, p. 917).

profissional, a doença ocupacional e o acidente por equiparação legal, previstos nos artigos 19, 20 e 21 da Lei n. 8.213/91.

O acidente do trabalho pode ter consequências tanto no campo trabalhista, com a responsabilização do empregador, quanto no âmbito previdenciário, respondendo o INSS, de forma objetiva, pela prestação de algum benefício ao empregado segurado. Para o presente ensaio, interessa o estudo da produção da prova na demanda do empregado em face do empregador, em que se pleiteia a responsabilização pelos danos decorrentes do acidente do trabalho.

Os requisitos da responsabilidade civil previstos pelo direito material são a ação ou omissão (fato lesivo) do agente, o dano ou prejuízo, o nexo de causalidade e a culpa ou dolo do ofensor.

A responsabilidade civil subjetiva é aquela em que há necessidade de comprovação de existência de culpa ou dolo do agente no evento danoso, além dos demais requisitos.

Já a responsabilidade civil objetiva independe da caracterização da culpa ou dolo do agressor, bastando a ação ou omissão, o dano e o nexo de causalidade para gerar a obrigação de indenizar, estando prevista, em contornos gerais, no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, com a adoção da chamada *teoria do risco da atividade*. De acordo com este dispositivo, a lei impõe ao agente o dever de ressarcir os danos causados às vítimas independentemente da existência ou não de culpa no evento, pois a responsabilidade é inerente ao risco da atividade praticada. O risco, portanto, decorre da atividade, e não do comportamento do agente.

Questão bastante debatida na doutrina e na jurisprudência trabalhistas se refere à responsabilidade civil nos acidentes do trabalho. De fato, discute-se se a responsabilização do empregador pelo acidente do trabalho é subjetiva (exigindo comprovação de dolo ou culpa) ou objetiva (independentemente de dolo ou culpa), tendo como base a confrontação entre as regras do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil e do artigo 2º, parágrafo 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, com o inciso XVIII do artigo 7º da Constituição Federal, o qual prevê a responsabilização do INSS e do empregador pelos acidentes do trabalho³¹⁰.

³¹⁰ “O Código Civil atualmente em vigor, como decorrência de algumas alterações conceituais, trouxe a debate reflexões a respeito de eventual alteração no sistema de responsabilização civil do empregador no ordenamento brasileiro. Questiona-se se tal responsabilização teria novo regramento e em que teria sido alterada tal sistemática. Discute-se, de forma especial, o suposto incremento de situações em que a responsabilidade do empregador passaria a ser objetiva, ou ainda, se teria permanecido inalterado o sistema

Para o presente estudo, o que importa destacar é que, na responsabilidade civil objetiva, não há necessidade de comprovação de dolo ou culpa do agente. Assim, o empregado que formula em juízo pedido de indenização decorrente de acidente de trabalho, fundado na responsabilidade civil objetiva, está desonerado de demonstrar a existência dos elementos subjetivos da obrigação de reparar (dolo e culpa).

Isso porque, na responsabilidade civil objetiva, o que impõe a obrigação do agente é o risco da atividade, e não a existência de culpa ou dolo no evento, além, certamente, dos elementos objetivos da responsabilidade. Os elementos subjetivos não são considerados como requisitos da obrigação de indenizar, sendo retirados do *thema probandi* pela norma de direito material.

No entanto, não é correto afirmar que, na responsabilidade civil objetiva, estaria o empregado totalmente desonerado de produzir provas, e que o empregador não possa produzir provas que afastem sua obrigação de indenizar.

Ainda que dispensado da comprovação do dolo e culpa do agressor, o empregado deverá demonstrar os elementos objetivos da responsabilidade civil, quais sejam, o nexo de causalidade, a ação ou omissão (fato lesivo) do empregador e o dano ou prejuízo aferido. No mais, o empregador poderá eximir-se da responsabilidade comprovando culpa exclusiva da vítima, culpa concorrente, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior, ou inexistência do dano³¹¹.

tradicional da responsabilização subjetiva. As situações que têm gerado certa perplexidade, por óbvio, lembram hipóteses que implicam reparações que não são expressamente previstas na legislação do trabalho, mas que, no entanto, encontram substrato em institutos do Direito Civil” (BELTRAN, Ari Possidonio, *A responsabilidade civil do empregador*, p. 43).

³¹¹ Emília Simeão Albino Sako, no entanto, defende que “a transferência da culpa ao trabalhador, concorrente ou exclusiva, não poderá ser aceita pelos Tribunais, pois o empregado não terá meios para provar, e isso não poderá jamais ser presumido, que o trabalhador quis propositadamente causar um dano a si mesmo, que teria desejado e dado causa ao evento danoso, por dolo ou culpa, principalmente, porque depende do trabalho e de sua saúde para sua sobrevivência e de sua família. Se a atividade comporta algum grau de risco, e o empregado não tem habilidade para o exercício da função, havendo risco de acidente, deverá ser transferido para outra, menos perigosa, pois se for mantido na função de risco sem ter habilidade para exercê-la, o empregador estará assumindo o risco pelo acidente de trabalho que vier a ocorrer. O contrato de experiência tem exatamente a finalidade de avaliar a aptidão do trabalhador para a atividade, principalmente, se comportar algum grau de risco. Por outro lado, se o empregado é desidioso, indisciplinado, se comporta mal, não observa as normas de segurança no trabalho, poderá ser demitido, inclusive com justa causa. Se não tem habilidade para determinada atividade que comporta algum grau de risco, e não consegue se adaptar em nenhuma outra na empresa, poderá ser demitido, sem justa causa, antes de o evento danoso venha a se materializar. Portanto, não poderá o empregador, após a ocorrência do dano, pretender transferir a culpa à vítima, pois tinha várias formas de evitar ou prevenir que viesse a ocorrer. Por ato de terceiro, da mesma forma, não poderá o empregador eximir-se da responsabilidade, pois nos termos do art. 932 do CC, ‘São também responsáveis pela reparação civil: III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele’. E, o art. 933, diz ainda que ‘As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos’” (SAKO, Emília Simeão

Portanto, a responsabilidade civil objetiva não altera a disciplina legal do ônus da prova, pois atua na admissão da prova, delimitando o *thema probandi* ao retirar os elementos subjetivos (culpa ou dolo) dos requisitos da obrigação de indenizar.

Entre a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva, defende-se que, na ocorrência de acidente do trabalho, deve-se presumir relativamente a existência de culpa do empregador no evento, invertendo-se o ônus da prova³¹². Nesse sentido, inclusive, o **Enunciado n. 41** aprovado na **1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho**, realizada no Tribunal Superior do Trabalho, em 2007, dispondo que “cabe a inversão do ônus da prova em favor da vítima nas ações indenizatórias por acidente do trabalho”.

Para nós, adotando-se esta posição, a formulação da presunção relativa da existência de culpa do empregador na ocorrência do acidente não “inverte” o ônus da prova, mas dispensa o empregado de produzir prova a respeito dos elementos subjetivos da obrigação de indenizar.

Entendendo-se simplesmente pela aplicação da responsabilidade civil subjetiva, deverão estar configurados, além dos elementos objetivos (ação ou omissão (fato lesivo) do empregador, dano ou prejuízo e do nexo de causalidade), os elementos subjetivos da responsabilidade civil (culpa ou dolo do empregador). A princípio, de acordo com a regra de distribuição estática, o ônus de comprovar culpa ou dolo do empregador é atribuído ao empregado³¹³.

Albino, *Ônus da prova nas ações de indenização por atos ilícitos praticados pelo empregador na relação de emprego ou de trabalho*, p. 181).

³¹² “Entretanto, entre o rigor do ônus da prova que sobrecarrega a vítima, na teoria subjetiva, e o deferimento da reparação tão somente pelo risco da atividade, há um passo intermediário ou ponto de transição que é a culpa presumida do empregador. Sem se despendar da responsabilidade de índole subjetiva, inverte-se o ônus da prova em favor da vítima, cabendo ao empregador, se for o caso, demonstrar que ocorreu algum fato que possa obstar a pretensão do autor. A presunção de culpa do empregador poderá representar um ponto de consenso possível ou de trégua entre os defensores da teoria do risco e os adeptos da responsabilidade subjetiva” (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de, *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*, p. 211); “O trabalhador está dispensado de produzir a prova da culpa do empregador (negligência, imprudência ou imperícia), pois presume-se que o dano não teria ocorrido se as condições de trabalho fossem seguras e se as normas sobre medicina e segurança no trabalho houvessem sido observadas, principalmente, aquelas que impõem ao empregador o dever de orientar, de treinar, de capacitar o trabalhador, de manter sua integridade física e mental enquanto vigente o contrato” (SAKO, Emília Simeão Albino, *Ônus da prova nas ações de indenização por atos ilícitos praticados pelo empregador na relação de emprego ou de trabalho*, p. 180-181).

³¹³ Ainda que no campo da distribuição estática, Sebastião Geraldo de Oliveira defende que, demonstrada pelo empregado a ocorrência de dano pessoal, ao empregador competiria a comprovação de excludentes de responsabilidade: “Mesmo que se aplique a teoria clássica do ônus da prova, conforme previsto no art. 333 do CPC, pode-se argumentar que o fato constitutivo da indenização – o dano pessoal causado pelo acidente ou doença ocupacional – é ônus do empregado, mas cabe ao empregador o encargo de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito pretendido. Consequentemente, bastaria ao acidentado a

Considerando que a verificação dos elementos subjetivos da responsabilidade está diretamente relacionada ao cumprimento, ou não, da legislação atinente às medidas de segurança e medicina do trabalho pelo empregador, entendemos que a este deve ser atribuída o encargo processual, por deter as melhores condições probatórias³¹⁴.

Com efeito, é o empregador quem possui toda a documentação referente ao cumprimento dessas normas (tais como recibos de entrega de equipamentos de proteção, certificados de realização de cursos de treinamento, laudos técnicos atestando a adequação do ambiente a condições ergonômicas, etc.), devendo a ele ser conferida a iniciativa da prova acerca da alegação de sua culpa na ocorrência do evento danoso.

Mesmo quanto ao nexo de causalidade, o reclamante pode ser dispensado do ônus de comprová-lo, na hipótese de o juiz presumir a existência de relação entre a ação ou omissão do empregador e os danos cometidos pelo empregado, a partir de indícios trazidos aos autos pelas partes ou pelo próprio perito nomeado, cabendo ao empregador comprovar a inexistência do nexo³¹⁵.

Também pode ser utilizado para formulação dessa presunção o Nexo Técnico Epidemiológico, previsto no artigo 21-A da Lei n. 8.213/91³¹⁶.

O Projeto de Lei n. 3.427/2008, em tramitação na Câmara dos Deputados, propõe a inserção do artigo 818-A na Consolidação das Leis do Trabalho,

prova do dano sofrido; se o empregador não comprovar qualquer das excludentes da responsabilidade civil, defere-se a indenização” (*Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*, p. 213).

³¹⁴ “Assim, caberá ao empregador comprovar em juízo que (a) cumpriu integralmente as normas de segurança do trabalho (CLT, NR do MTE, CCT) e (b) observou o seu dever geral de cautela (prevenção e precaução). (...) logo, para se eximir da condenação, a empresa deverá comprovar em juízo o cumprimento da legislação ou a ocorrência de eventual excludente de responsabilidade (culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro ou força maior)” (DALLEGRAVE NETO, José Affonso, *Tutela processual em acidentes do trabalho, espécies de ações acidentárias e a distribuição do ônus da prova*, p. 337); “A culpa da empresa pode ser presumida, por negligência ou omissão, e somente a própria empresa poderia, se possível, provar o contrário. O ônus de produção de provas sobre as condições, a saúde e a segurança do trabalho para os seus empregados sempre será da empresa empregadora” (FREUDENTHAL, Sergio Pardal, *Aspectos práticos sobre as ações de indenização por acidente de trabalho*, p. 155); “Desse modo, conclui-se que nos acidentes decorrentes de condições inseguras de trabalho, por se tratar de uma responsabilidade contratual, inverte-se o ônus da prova para o empregador, cumprindo a este, para não arcar com as consequências reparatórias, comprovar que nenhuma culpa teve em relação ao acidente, ou seja, que cumpriu todas as suas obrigações contratuais atinentes às normas de medicina, higiene e segurança do trabalho” (MELO, Raimundo Simão de, *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*, p. 355).

³¹⁵ “Há casos em que as provas colhidas não são conclusivas sobre o nexo de causalidade ou o perito, embora oferecendo importantes subsídios no seu trabalho, não oferece parecer afirmativo, cabendo ao juiz, diante dos elementos dos autos e da sua experiência como julgador reconhecer ou não o dever de reparar o dano, considerando a que as provas não devem ser avaliadas com rigor e a frieza de um instrumento de precisão, mas com racionalidade, conjugando fatos, indícios, presunções e a observação do que ordinariamente acontece no mundo real” (MELO, Raimundo Simão de, *Responsabilidade civil do empregador pelos danos ao meio ambiente do trabalho e à saúde do trabalhador*, p. 143-144).

³¹⁶ MELO, Raimundo Simão de, *Responsabilidade civil do empregador pelos danos ao meio ambiente do trabalho e à saúde do trabalhador*, p. 144.

atribuindo à empresa o ônus de demonstrar que propicia a seus empregados meio ambiente do trabalho sadio e seguro, ou que adotou, oportuna e adequadamente, as medidas preventivas necessárias a eliminar ou neutralizar os agentes insalubres, penosos ou perigosos, bem como as causas de acidentes ou doenças ocupacionais, devendo apresentar, com a defesa, a documentação relativa aos programas e instrumentos preventivos de segurança e saúde no trabalho a que está obrigada a cumprir.

Art. 818-A. Constitui ônus da empresa demonstrar que propicia a seus trabalhadores meio ambiente sadio e seguro ou que adotou, oportuna e adequadamente, as medidas preventivas de modo a eliminar ou neutralizar os agentes insalubres, penosos ou perigosos, bem como as causas de acidentes ou doenças ocupacionais.

§ 1º O reclamado deverá apresentar, com a defesa, documentação relativa aos programas e instrumentos preventivos de segurança e saúde no trabalho a que está obrigado a cumprir.

§ 2º Se o reclamado não cumprir o disposto no § 1º, o juiz poderá determinar a realização de prova pericial às suas expensas.

§ 3º Será dispensável a realização da perícia sempre que o juiz entender que as provas dos autos são suficientes para respaldar tecnicamente sua decisão.

§ 4º Determinada a realização da prova técnica, o juiz nomeará perito, facultando às partes, no prazo de cinco dias, a formulação de quesitos pertinentes e a indicação de assistentes técnicos, os quais apresentarão seus pareceres no prazo fixado para o perito.

§ 5º As partes que não indicarem assistentes técnicos poderão apresentar impugnação fundamentada aos laudos, no prazo comum de cinco dias, contado a partir da entrega do laudo oficial.

§ 6º O perito do juízo e os assistentes técnicos deverão estar habilitados na forma do art. 195.

Merece elogios a proposição, pois atribui o encargo probatório a partir do critério da melhor condição para produção da prova, incorporando definitivamente, a nosso ver, a teoria da distribuição dinâmica em matéria de segurança e higiene no meio ambiente de trabalho.

Assim, em resumo, seja na hipótese de aplicação da responsabilidade civil subjetiva, seja na responsabilidade civil objetiva, o ônus de comprovar ação ou omissão (fato lesivo) do empregador, o dano ou prejuízo e o nexo de causalidade é atribuído, a princípio, ao empregado, podendo o empregador ser onerado pela produção da prova acerca da inexistência do nexo causal. Quanto aos elementos subjetivos (culpa ou dolo), caso entendida pela responsabilidade subjetiva, a carga deve ser atribuída ao empregador, por deter as melhores condições de comprovar que agiu de acordo com as normas de saúde, segurança e higiene para preservação do meio do ambiente do trabalho

sadio. Na responsabilidade objetiva, esses elementos subjetivos são excluídos do *thema probandi*.

Por meio da ação indenizatória, o reclamante pode cumular pedidos de reparação de danos materiais e morais.

A existência e os valores devidos dos danos materiais decorrentes de despesas médicas deverão ser comprovados pelo empregado, por deter os documentos referentes aos gastos efetuados, estando em melhores condições probatórias.

Quanto ao dano moral, este não precisa ser comprovado pelo reclamante, sendo presumido em razão da ocorrência da própria lesão oriunda do acidente do trabalho³¹⁷.

Com efeito, a lesão decorrente do acidente do trabalho viola direitos da personalidade do trabalhador, ao atingir sua imagem, sua honra, sua integridade física, ofensa a qual caracteriza o dano moral. Assim, comprovado o acidente do trabalho, é inerente a este o dano moral, devendo ser reparado integralmente, não sendo necessária a prova de existência de nenhuma dor, constrangimento ou abalo psicológico.

Estando o acidente do trabalho diretamente relacionado ao meio ambiente do trabalho, destacam-se, ainda, os princípios da prevenção e da precaução, e a relação deste último com a distribuição do ônus da prova.

O princípio da prevenção pode ser considerado como a base do Direito Ambiental, previsto no artigo 225, *caput*, e parágrafo 1º, incisos I, II, III, IV e VII, da Constituição Federal de 1988, e nos Princípios 4 e 17 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992. O referido princípio orienta que, em matéria ambiental, devem ser adotadas medidas preventivas, antecipatórias, para evitar a ocorrência de um dano provável, em razão da existência de um risco concreto. A prevenção, portanto, prefere à reparação do dano.

No âmbito trabalhista, em razão da incidência do princípio da prevenção ao meio ambiente do trabalho, deve ser evitada a exposição do trabalhador a riscos de

³¹⁷ “O dano moral não precisa ser provado pela vítima, sendo uma presunção *hominis* da simples violação de qualquer direito de personalidade. (...) Não se negue que o dano moral existe *in re ipsa*, o que vale dizer que ele está ínsito no próprio fato ofensivo. A vítima precisa apenas fazer prova do fato em si, ou seja, demonstrar que foi caluniada ou difamada ou que sofreu um acidente do trabalho que a levou à incapacidade para o trabalho. A dor e o constrangimento daí resultantes são meras presunções fáticas. Logo, as circunstâncias agravantes ou atenuantes, provadas em audiência, e que envolveram a ofensa ao direito de personalidade da vítima podem apenas ser usadas como parâmetros de majoração ou redução no arbitramento do valor, mas jamais para acolher ou rejeitar o pedido de dano moral, o qual é sempre presumido” (DALLEGRAVE NETO, José Affonso, *A evolução da reparação judicial dos danos decorrentes do acidente típico do trabalho*, p. 113-114).

ocorrência de danos à sua saúde, decorrentes da degradação do meio ambiente laboral por condutas do empregador, nos termos do artigo 7º, inciso XXII, da Constituição Federal. Portanto, a total eliminação ou a eficaz neutralização de agentes insalubres e perigosos inseridos no meio ambiente do trabalho são medidas prioritárias e preferenciais em relação ao pagamento dos adicionais previstos nos artigos 192 e 193 do texto consolidado.

Já o princípio da precaução é extraído do artigo 225, parágrafo 1º, inciso V, da Constituição Federal, e do Princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento³¹⁸. Está diretamente relacionado à ideia de risco e incerteza de ocorrência de danos irreversíveis e irreparáveis ao meio ambiente. Diante da indeterminação e ausência de conclusões científicas sobre a existência ou não de risco de violação irreversível e irreparável por determinadas intervenções humanas no meio ambiente, deve-se optar pela precaução, ou seja, pela interrupção de ações que possam, ainda que de modo incerto, degradar o meio ambiente.

Em linhas gerais, na dúvida sobre a existência do risco de ocorrência de danos irreparáveis e irreversíveis, decide-se em favor do meio ambiente.

Desse modo, sustenta-se que o princípio da precaução determina “inversão” do ônus da prova, pois, diante da incerteza científica, presume-se que a intervenção possa modificar de modo irreversível e irreparável o meio ambiente, inclusive o do trabalho³¹⁹.

No entanto, para nós, o princípio da precaução importa em mera dispensa do ônus de provar em favor do demandante, seja na ação individual, seja na ação coletiva.

Com efeito, alegando o autor que a atividade desempenhada pelo empregador possa vir a causar danos irreversíveis e irreparáveis ao meio ambiente do trabalho, sendo impossível a determinação científica da veracidade da alegação, por insuficiência dos conhecimentos e instrumentos tecnológicos ora existentes, suscitando a incerteza, o magistrado trabalhista pode formular presunção judicial, a partir de indícios trazidos pelo demandante, ou das máximas de experiência, de que as práticas do

³¹⁸ “Princípio 15. Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”.

³¹⁹ “O princípio da precaução incute a ideia da inversão do ônus da prova em favor do meio ambiente, porque a incerteza científica milita em favor do meio ambiente e da sociedade. Desse modo, incumbe ao suposto autor do dano provar que as intervenções pretendidas não trarão consequências indesejadas ao meio ambiente e à saúde do homem. O provável autor do dano é quem deve demonstrar que sua atividade não ocasionará dano ao meio ambiente, dispensando-o de implementar as medidas de prevenção” (MELO, Raimundo Simão de, *Responsabilidade civil do empregador pelos danos ao meio ambiente do trabalho e à saúde do trabalhador*, p. 55).

empregador possam vir a degradar o meio ambiente do trabalho. Esses indícios podem ser estabelecidos, por exemplo, a partir de alegações verossímeis e de conclusões científicas elaboradas em situações análogas.

Estabelecida a presunção em favor do autor, com base no princípio da precaução, cabe ao empregador o ônus de comprovar que suas atividades não geram riscos de danos irreversíveis e irreparáveis ao meio ambiente do trabalho e à saúde dos empregados. Persistindo a dúvida, a ação deve ser julgada em favor da saúde, da segurança e da higiene dos trabalhadores.

No mais, numa análise mais apurada, é o empregador quem detém melhores condições probatórias de demonstrar que as práticas por ele adotadas não violam a segurança, a higiene e saúde dos trabalhadores, sendo o ambiente de trabalho sadio.

Portanto, também pela teoria da distribuição dinâmica, o encargo deve ser atribuído ao empregador³²⁰.

5.7.1.8. Assédio moral e assédio sexual

Assédio moral pode ser entendido como “conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude, etc.) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa³²¹”, sendo que essas práticas podem ocorrer em qualquer ambiente, como escolas, clubes e, principalmente, no local de trabalho. Outras expressões são utilizadas para qualificar os atos de assédio moral, como “*mobbing*”, “terror psicológico”, “assédio psicológico” e “*bullying*”.

No ambiente de trabalho, o assédio moral configura-se pela prática de condutas que submetem o empregado a estresse, vergonha, constrangimento, humilhação, discriminação, medo, decorrentes de uma pressão psicológica violenta, cruel e perversa, violando direitos de sua personalidade. Esses atos são praticados não apenas pelo superior hierárquico do empregado, mas, muitas vezes, pelos próprios colegas, e, até mesmo, por

³²⁰ “Portanto, como o empregador é o responsável por adotar condutas de precaução e prevenção para garantir meio ambiente de trabalho seguro, detém melhor aptidão para a produção da prova, de modo que quando a inversão de opera *ope judicis*, assim deve ser explicitado pelo juiz na fase de instrução, a fim de conferir maior certeza às partes acerca dos seus encargos processuais, preservando o devido processo legal e evitando a insegurança jurídica” (GEMIGNANI, Tereza A. Asta; GEMIGNANI, Daniel, *Meio ambiente do trabalho. Precaução e prevenção. Princípios norteadores de um novo padrão normativo*, p. 82-83).

³²¹ HIRIGOYEN, Marie-France, *Mal-estar no trabalho – redefinindo o assédio moral*, p. 19.

subordinados. Consistem em situações que, pouco a pouco, vão destruindo as relações profissionais do empregado, repercutindo em suas relações familiares e pessoais, com graves consequências físicas (enfraquecimento de imunidades, perda ou ganho de peso, aspecto de abatimento) e psicológicas (transtornos e síndromes diversas).

Já o assédio sexual pode ser compreendido como “toda conduta de natureza sexual não desejada que, embora repelida pelo destinatário, é continuamente reiterada, cerceando-lhe a liberdade sexual³²²”. Em termos gerais, enquanto no assédio moral há conduta abusiva que abala o aspecto psicológico do empregado, no assédio moral há violação à sua liberdade sexual.

O assédio sexual é tipificado como crime pelo artigo 216-A do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 10.224/2001. No entanto, para caracterização da conduta no Direito do Trabalho, não há necessidade da verificação de todos os elementos típicos do ilícito penal. Assim, por exemplo, não é imprescindível que o agente que pratica o assédio sexual, para que haja responsabilização trabalhista, valha-se de sua superioridade hierárquica ou ascendência inerente ao exercício do emprego, cargo ou função.

O assédio sexual poderá ser cometido por superior hierárquico ou não, podendo ser praticado por colegas de trabalho e, até mesmo, clientes do empregador (terceiros, portanto). Para caracterização do assédio sexual, basta o cometimento de investidas contra o empregado, limitando ou inibindo sua liberdade sexual, causando-lhe constrangimento.

O empregador responde tanto pelo assédio moral quanto pelo assédio sexual cometido contra o empregado. Com efeito, praticando diretamente a conduta assediadora, o empregador responderá pelo ato ilícito praticado, nos termos dos artigos 186 e 927 do Código Civil. Caso as práticas abusivas sejam cometidas por colegas de trabalho ou por clientes do empregador, este responderá nos termos dos artigos 932, III, e 933 do Código Civil, independentemente de culpa ou dolo.

Por violar direitos da personalidade do empregado, o empregador poderá responder pelos danos morais decorrentes dos atos de assédio moral ou assédio sexual, cuja comprovação é dispensada, por ser inerente ao ato ilícito cometido³²³, sendo condenado ao pagamento de indenização compensatória e punitiva.

³²² MARQUES, Fabíola, *Assédio sexual nas relações de trabalho*, p. 47.

³²³ Assim como no caso do acidente do trabalho, o dano moral decorrente de assédio moral ou assédio sexual não precisa ser comprovado, vez que presumido em razão da violação de direitos de personalidade do trabalhador. Esse mesmo raciocínio vale para todas as violações a direitos de personalidade, como as decorrentes de práticas discriminatórias e de violação da privacidade e intimidade do empregado,

Alegando violação a direitos da personalidade em razão de assédio moral ou assédio sexual, a princípio, pela regra de distribuição legal-estática, o ônus da prova é do empregado, por deduzir fato constitutivo de seu direito. No entanto, nem sempre o empregado apresenta condições para produção da prova necessária ao deslinde do feito, como nos casos em que o assédio ocorre em ambientes fechados, isolados, com poucas testemunhas³²⁴.

Nessas hipóteses, o reclamante poderá ser dispensado de produzir prova acerca da alegação de assédio moral ou sexual, caso o magistrado trabalhista reconheça indícios da prática da conduta abusiva, como rigor excessivo, queda involuntária de produção, tratamento diferenciado do empregado, etc³²⁵.

Trata-se da formulação de presunção judicial, firmada a partir das máximas de experiência³²⁶.

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova também poderá ser aplicada, mas apenas na hipótese de o empregador deter meios de se desvencilhar da carga.

analisadas na sequência. Nesse mesmo sentido, Jorge Pinheiro Castelo: “O dano moral subjetivo da pessoa humana prescinde de qualquer prova exterior ou concreta do prejuízo, ou da dor, do desconforto ou da falta de paz interior: DAÍ A DESNECESSIDADE DA PROVA DA DOR, DO DESCONFORTO, DA PERDA DA PAZ INTERIOR, DO DESASSOSSEGO, DA ANGÚSTIA, DO SENTIMENTO DE PERSEGUIÇÃO E DISCRIMINAÇÃO, DA DESESTABILIZAÇÃO PESSOAL. (...) Em síntese, o dano moral é aferido objetivamente, *in re ipsa*, ou seja, pela mera constatação da violação de direitos não patrimoniais e/ou de direitos patrimoniais com função não patrimonial” (*A prova do dano moral trabalhista*, p. 62-63).

³²⁴ “Impende considerar a *inversão do ônus da prova*, também aqui, quando a prova do assédio torna-se excessivamente difícil para o autor (assim, *e. g.*, quando o molestamento ocorre nos domínios do réu – como em seu domicílio ou na sua empresa – e todas as testemunhas disponíveis são parentes ou empregados)” (FELICIANO, Guilherme Guimarães, *Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho: critérios e casuística*, p. 59); “Se a prova for extremamente difícil de ser produzida, ou por razões de ordem prática ou de outra natureza, o juiz poderá determinar a inversão do ônus da prova, e o empregador terá de provar que o ambiente do trabalho era saudável, que zelava pelo bom relacionamento entre os empregados e entre estes e a chefia e terceiros, a fim de afastar a presunção de que o assédio sexual ocorreu” (SAKO, Emília Simeão Albino, *Ônus da prova nas ações de indenização por atos ilícitos praticados pelo empregador na relação de emprego ou de trabalho*, p. 186).

³²⁵ “É recomendável, contudo, sempre trazer à luz algum *indício* do assédio (rigor evidente, queda involuntário de produção, tratamento diferenciado etc)” (FELICIANO, Guilherme Guimarães, *Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho: critérios e casuística*, p. 60); “A distribuição e a valoração do ônus probatório nessas hipóteses são por demais delicadas, já que o trabalhador que alega o assédio deve apresentar mínimo de comprovação, e fala-se até mesmo em indícios de prova da prática de assédio patronal, já que esse tipo de conduta se concretiza de forma quase oculta e por pequenos e repetitivos atos e gestos que visam a desestabilizar o empregado e o seu equilíbrio psíquico no ambiente de labor” (GASPARINI, Renata Schmidt, *O ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais no processo do trabalho*, p. 78-79);

³²⁶ “Há muitas hipóteses de eclosão do dano moral na Relação de Trabalho em que a dificuldade de se produzir prova do ato lesivo apto a gerar o dano moral é extremamente difícil, como nas hipóteses em que o fato acontece sem a presença de terceiros, como em salas fechadas, como o assédio moral e até mesmo o assédio sexual. A falta de publicidade de tais atos não pode acarretar o não ressarcimento do dano moral. (...) Acreditamos que, nessas hipóteses, o juiz deve se guiar, principalmente, pelas regras de indícios e presunções, pelas regras de experiência do que ordinariamente acontece (arts. 335 do CPC e 852-D, da CLT), pela prova indireta, pela razoabilidade da pretensão e dar especial atenção à palavra da vítima” (SCHIAVI, Mauro, *Provas no processo do trabalho*, p. 164).

Do contrário, atribuir-lhe o ônus apenas porque a carga se revela excessivamente difícil para o empregado viola os princípios do devido processo legal e da igualdade material no processo³²⁷.

5.7.1.9. Discriminação nas relações de trabalho

A discriminação está diretamente relacionada a um quadro de desigualdade, estabelecida a partir de critérios arbitrários e injustificados, como sexo, etnia, condição física (trabalhadores com deficiência), estado civil, religião, opinião política, idade, saúde (trabalhadores com vírus da AIDS), entre outros. Pode ser entendida como uma diferenciação injusta e ilegítima, em afronta ao princípio da igualdade.

A Constituição Federal de 1988 contém várias disposições que vedam as práticas discriminatórias, podendo ser apontados os artigos 3º, inciso IV (constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação), 5º, *caput* e inciso I (que estabelece o princípio da igualdade) e 7º, incisos XXX e XXXI (proíbe a diferenciação de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor, estado civil, deficiência).

Na legislação trabalhista internacional, a Organização Internacional do Trabalho enunciou duas Convenções fundamentais em matéria de discriminação: a Convenção n. 100, que trata da igualdade de remuneração para mão de obra masculina e feminina por trabalho de igual valor, e a Convenção n. 111, que veda a prática de discriminação em matéria de emprego e ocupação.

Nos termos do artigo 1º, alínea “a”, da Convenção n. 111, a discriminação nas relações trabalhistas pode ser definida como “toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão”.

³²⁷ “(...) se todas as descrições indiciárias forem negadas e não houver um elemento sequer que as corrobore, a narrativa torna-se fantasiosa e, nesse caso, inverter o ônus da prova significará impor, sem mais, a condenação, em afronta ao devido processo legal” (FELICIANO, Guilherme Guimarães, *Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho: critérios e casuística*, p. 60).

Quanto ao ordenamento pátrio, podem ser apontados como instrumentos normativos relevantes à vedação das práticas discriminatórias em matéria de emprego e trabalho a Lei n. 9.029/95, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, o artigo 373-A da Consolidação das Leis do Trabalho, proibindo práticas discriminatórias que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho, e o Estatuto da Igualdade Racial (Lei n. 12.288/2010), que estabelece instrumentos de efetivação de igualdade de oportunidades à população negra, inclusive nas relações de trabalho.

Assim como no caso de assédio moral e assédio sexual, o empregador responde pelas práticas discriminatórias cometidas de forma direta ou por terceiros contra o empregado, nos termos dos artigos 186, 927, 932, III e 933 do Código Civil. Por violar direitos da personalidade do empregado, o empregador poderá ser compelido a indenizá-lo pelos danos morais causados em razão das práticas discriminatórias. Na hipótese de discriminação voltada a grupo de trabalhadores, violando direito metaindividual, poderá ser fixada, inclusive, indenização pelo dano moral coletivo perpetrado.

Alegando ter sido vítima de práticas discriminatórias, a princípio, pela regra de distribuição legal-estática, a carga probatória é do empregado, vez que deduzido fato constitutivo de seu direito. No entanto, nem sempre o empregado apresenta as melhores condições inerentes à produção da prova necessária ao deslinde do feito, pois não tem acesso, por exemplo, a documentos que registrem a discriminação.

Na hipótese de alegação de preterimento de promoção ou aumento salarial fundado em motivo de sexo, etnia idade, condição física, entre outros critérios abusivos que não os objetivos (merecimento e antiguidade), a prova da discriminação pode ser efetivada por intermédio de documentos relativos aos demais empregados promovidos ou que tiveram reajuste salarial. Com efeito, caso reste configurada a desproporcionalidade de promoções e concessão de aumentos salariais entre empregados de sexo, etnia, idade, condição física, etc., distintos, sem justo motivo, poderá ser caracterizada a prática discriminatória, ensejando reparação dos danos materiais e morais causados.

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

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

Diante de práticas discriminatórias laborais é possível a inversão do ônus da prova, e o empregador deverá comprovar a inexistência de discriminação e a ausência de tratamento diferenciado, por exemplo, nas hipóteses de alegações de discriminações por motivo de sexo. O empregador-demandado deverá comprovar documentalmente a contratação igualitária entre homens, mulheres ou homossexuais em número equivalente; deverá comprovar, ainda, que as dispensas são proporcionais entre homens e mulheres; que homens e mulheres ocupam cargos das mais diferentes hierarquias na empresa proporcionalmente e provará, também, a igualdade remuneratório, tudo conforme as alegações impostas na peça inicial.

Nas hipóteses de ações indenizatórias nascentes em razão das discriminações no trabalho por motivo de cor, além de ser considerado crime inafiançável (CRFB, art. 5º, XLII), o empregador deverá comprovar de forma traçada e objetiva, por meio de documentos, que não pratica atos discriminatórios entre empregados nas admissões, nas demissões, no acesso a cargos e salários, nas promoções, no tratamento, nas premiações, entre outros.

Nos casos de supostos atos discriminatórios por motivo de deficiência física, o demandado deverá comprovar o número de empregados portadores de deficiência contratados, os mantidos, e se obedece o percentual obrigatório de contratações de pessoas portadoras de deficiência, conforme as ações positivas legais³²⁸.

Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA. PROMOÇÕES POR MERECIMENTO. CONDIÇÃO PURAMENTE POTESTATIVA. PROVIMENTO.

A v. decisão, que deixa ao alvedrio da reclamada a concessão ou não da promoção por merecimento, a revelar a existência de condição puramente potestativa, privando os trabalhadores de seus direitos, na medida em que a promoção fica vinculada a critérios subjetivos ligados unicamente ao arbítrio da empresa, viola o artigo 122 do Código Civil. Isso porque, a obtenção da promoção por merecimento depende não apenas do empenho do trabalhador em perseguir os atributos valorizados pela empresa, mas, principalmente, de critérios que lhe são alheios, no tocante à realização ou não da avaliação de desempenho,

³²⁸ GASPARINI, Renata Schimidt, *O ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais no processo do trabalho*, p. 77-78. Nesse mesmo sentido: “No caso de discriminação, o empregador, normalmente, tem maiores condições de produzir a prova, por isso é razoável exigir-lhe que a produza, mesmo que, comodamente, tenha optado por negar o fato constitutivo do direito. Ele pode demonstrar em juízo o tratamento igual dispensado entre seus empregados, candidatos a empregos, demitidos ou promovidos” (CHEHAB, Gustavo Carvalho, *O princípio da não discriminação e o ônus da prova*, p. 61); “O direcionamento do ônus da prova para o acusado da prática de atitude discriminatória se afigura mais assente com o necessário equilíbrio entre o capital e o trabalho e, consequentemente, com o princípio da proteção, mormente diante das dificuldades encontradas pelo discriminado em realizar a prova de suas alegações, quando normalmente indisponíveis os meios probatórios para tanto (VASCONCELOS, Elaine Machado, *A discriminação nas relações de trabalho: a possibilidade de inversão do ônus da prova como meio eficaz de atingimento dos princípios constitucionais*, p. 103.104).

bem como da deliberação da Diretoria. Assim, em se tratando de condição puramente potestativa, cujo implemento desfavorecia a demandada, era seu o ônus de comprovar que realizou as referidas avaliações e que o reclamante não atendeu aos requisitos exigidos para a promoção por merecimento, como forma de prestigiar o princípio da aptidão para a prova. Não o fazendo, deve suportar o ônus da condenação referente às progressões salariais obstadas. Recurso de revista conhecido e provido.

(RR - 29400-35.2004.5.04.0761, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 16/05/2012, 6ª Turma, Data de Publicação: 25/05/2012)

A exemplo do que ocorre no caso de assédio moral e assédio sexual, o juiz trabalhista também poderá formular presunções judiciais, a partir de indícios das práticas discriminatórias, dispensando o empregado da produção da prova direta da discriminação³²⁹.

É nesse sentido, inclusive, que o Tribunal Superior do Trabalho editou, recentemente, a Súmula n. 443, por meio da Resolução n. 185/2012, presumindo como discriminatória a dispensa de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito:

443 - DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO (Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012)

Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

Nesse sentido, toda a dispensa de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que enseje estigma ou preconceito é presumida, judicialmente, como discriminatória. Alegando a despedida fundada em preconceito, o empregado

³²⁹ “Não se pode deixar sem a devida tutela jurisdicional a violação do direito fundamental de não ser discriminado. Por outro lado, não se pode admitir que o empregado apenas alegue a discriminação. É preciso que demonstre, pelo menos por indícios, os fatos alegados. A adoção do princípio da aptidão para a produção da prova atenderá a essas duas necessidades” (LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro, *Discriminação no processo do trabalho: dificuldades de prova de sua ocorrência*, p. 1441); “Havendo dados estatísticos aliados a outros indícios da discriminação, caberá ao demandado o ônus de comprovar a inexistência do tratamento diferenciado” (CHEHAB, Gustavo Carvalho, *O princípio da não discriminação e o ônus da prova*, p. 61). Em sentido contrário, Fabíola Marques: “Em que pesem os referidos ensinamentos, entendemos que a simples declaração, por parte do reclamante, da existência de discriminação, ou ainda, a indicação de elementos que não constituem provas efetivas da violação do princípio da igualdade, não podem ser suficientes para a inversão do ônus da prova. Trata-se de acusação muito séria e que constitui crime de discriminação, nos termos da legislação em análise, para ser comprovado pela existência de simples indícios” (*A discriminação nas relações de trabalho*, p. 112-113).

comprovadamente portador do vírus ou de doença grave estará dispensado de produzir prova sobre a existência da discriminação. Trata-se, evidentemente, de presunção relativa, podendo o empregador comprovar que a dispensa não ocorreu por motivos discriminatórios. Ao empregado, por sua vez, caberá a contraprova.

Essa orientação quanto à atribuição ao empregador do ônus de produzir prova acerca da alegação de discriminação é adotada no âmbito da União Europeia, por meio da Diretiva n. 2006/54/CE (que revogou a Diretiva n. 97/80/CE), disciplinando a aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à atividade profissional. Nesse sentido, a alínea 1 do artigo 19 da Diretiva é expressa ao atribuir o encargo probatório ao empregador:

Art. 19.1. Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias, em conformidade com os respectivos sistemas jurídicos, para assegurar que quando uma pessoa que se considere lesada pela não aplicação, no que lhe diz respeito, do princípio da igualdade de tratamento apresentar, perante um tribunal ou outra instância competente, elementos de fato constitutivos da presunção de discriminação direta ou indireta, incumba à parte demandada provar que não houve violação do princípio da igualdade de tratamento.

A nosso ver, a União Europeia adota expressamente a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova nas demandas que envolvam atos discriminatórios nas relações de trabalho, atribuindo o encargo ao empregador, por deter as melhores condições probatórias.

Nesse mesmo sentido, o Código do Trabalho de Portugal, com as alterações da Lei n. 7, de 12 de fevereiro de 2009, incorporando, inclusive, os ditames da Diretiva n. 2006/54/CE. Com efeito, o artigo 25, que trata da proibição de discriminação, em seu parágrafo 5º, atribui ao empregador o ônus de produzir prova sobre a alegação de ocorrência de discriminação na relação de trabalho: “Cabe a quem alega discriminação indicar o trabalhador ou trabalhadores em relação a quem se considera discriminado, incumbindo ao empregador provar que a diferença de tratamento não assenta em qualquer fator de discriminação”. Trata-se, em nosso sentido, de mais um exemplo da adoção da

teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova em matéria de discriminação nas relações de trabalho³³⁰.

5.7.1.10. Privacidade e intimidade do trabalhador

A Constituição Federal, no artigo 5º, inciso X, determina que são invioláveis a intimidade e a vida privada da pessoa humana, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, e nos incisos XI e X estabelece a inviolabilidade da casa e do sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas e telefônicas. Portanto, a privacidade e a intimidade são direitos fundamentais da pessoa humana, também devendo ser respeitados no âmbito das relações de trabalho, de acordo com a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Costuma-se distinguir a privacidade da intimidade sobre o critério da amplitude da esfera do direito. Nesse sentido, a privacidade seria a esfera mais ampla, sendo a intimidade contida na privacidade. Também se faz a distinção pela objetividade e subjetividade dos direitos. Enquanto que a privacidade revela um aspecto objetivo, como o direito de um indivíduo se relacionar de forma reservada com outros indivíduos, a intimidade é mais subjetiva, sendo o direito de o indivíduo estar sozinho, comportando-se livremente, sem a presença de mais ninguém.

O poder de direção (ou direito de direção, no melhor entendimento) do empregador não se revela como absoluto, devendo ser limitado e restringido diante de outros valores, de maior importância axiológica, como os direitos fundamentais à privacidade e à intimidade do trabalhador. Assim, entre o direito de direção do empregador, de um lado, e o direito fundamental à privacidade e à intimidade do trabalhador, de outro, deve haver um sopesamento, buscando-se um equilíbrio, de modo

³³⁰ Comentando a referida disposição, mas sob a redação anterior do Código do Trabalho Português (Lei n. 99/2003), Estêvão Mallet destaca que “a regra mencionada, que encontra paralelo em outros sistemas jurídicos, mostra que, quando se busca realmente tratar judicialmente de casos de discriminação, é impostergável permitir, em certos casos e preenchidas determinadas condições, a inversão do ônus da prova ou, como preferem outros, é preciso aliviar o ônus da prova atribuído normalmente ao autor. Quem estabelece a diferenciação é que fica obrigado a demonstrar a razoabilidade do critério de distinção. Deve evidenciar que a prática justifica-se por conta da natureza da atividade ou de qualquer outro fator legítimo de diferenciação” (*Algumas notas sobre o tema da discriminação no direito do trabalho*, p. 62-63).

que um não anule totalmente o outro. Trata-se da aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

É muito comum que, a pretexto do exercício do direito de direção do empreendimento, o empregador proceda à fiscalização e ao controle dos empregados por diversos meios, tais como câmeras de vigilância, verificação de mensagens eletrônicas, revistas pessoais (íntimas ou não) e de pertences, e exigência abusiva e impertinente de prestação de informações pessoais e médicas, diante da função a ser desempenhada.

Essas práticas, no entanto, podem se revelar como atentatórias aos direitos fundamentais de privacidade e intimidade do trabalhador, sendo o empregador responsabilizado pelo ato ilícito cometido, condenado a indenizar o empregado pelos danos morais causados. A condenação, inclusive, pode se dar no âmbito coletivo, caso reste configurada a violação a direitos transindividuais.

Na legislação trabalhista brasileira, apenas o artigo 373-A da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei n. 9.799/99, traz disposição a respeito da tutela da privacidade e da intimidade do trabalhador, proibindo a exigência de atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego, e a prática, pelo empregador ou preposto, de revistas íntimas em empregadas ou funcionárias. Não há nenhuma disposição, por exemplo, a respeito do controle, pelo empregador, de mensagens eletrônicas recebidas e enviadas pelo empregado no ambiente de trabalho.

O direito fundamental de proteção à privacidade e à intimidade na relação trabalhista também se estende ao empregador. Com efeito, o empregado tem o dever de sigilo das informações confidenciais obtidas em razão do exercício da função, não podendo divulgá-las a terceiros sem o consentimento do empregador. Do contrário, restará configurado o dano moral causado à empresa por ato ilícito do empregado³³¹.

Alegando violação a seus direitos fundamentais de privacidade e intimidade, a princípio, pela regra de distribuição legal-estática do ônus da prova, a carga probatória é do empregado, vez que deduzido fato constitutivo de seu direito. No entanto,

³³¹ “Não raro o empregado, no exercício de suas funções, toma contato com informações pessoais do empregador, as quais também ficam sujeitas a reserva. (...) Assim, as informações obtidas em decorrência do contrato de trabalho, tanto pelo empregado como pelo empregador ou mesmo por órgão público, não podem, em princípio, ser reveladas a terceiros, sem o consentimento do interessado, salvo motivo relevante, como, por exemplo, instrução de processo, identificação de doença de notificação compulsória ou esclarecimento, amparado por lei, de autoridade pública” (MALLET, Estêvão, *Apontamentos sobre o direito à intimidade no âmbito do contrato de trabalho*, p. 77-78).

nem sempre o empregado apresenta as melhores condições inerentes à produção da prova necessária ao deslinde do feito.

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

Na hipótese de revista pessoal (íntima ou não) e de pertences do empregado, considerando que nem sempre essas práticas são realizadas na presença de outras pessoas, restando difícil o arrolamento de testemunhas, o juiz também poderá reconhecer algum indício em favor da pretensão do reclamante, formulando presunção judicial, exonerando o empregado do ônus de provar a alegação de submissão a procedimento abusivo de revista pessoal e de pertences.

5.7.1.11. Responsabilidade subsidiária da Administração Pública

A terceirização pode ser entendida como o exercício de atividades de uma empresa ou ente público (tomadora de serviços) por empregados de outra empresa (prestadora de serviços), especializada na realização dessas atividades, tais como vigilância, limpeza, manutenção, entre outros serviços. Está diretamente relacionada com as relações econômicas do atual mundo globalizado, como forma de redução de custos operacionais dos tomadores de serviço.

Na terceirização, a relação é triangular, vez que o empregado é contratado pela empresa prestadora para exercer uma atividade na tomadora. Entre o

empregado e a empresa prestadora é firmado contrato de trabalho, de natureza trabalhista, enquanto que entre a empresa prestadora e a tomadora é firmado contrato de prestação de serviço, de natureza civil, sendo que, caso a tomadora seja um ente público, será firmado contrato administrativo, nos termos da Lei n. 8.666/93.

Terceirização ilícita é aquela em que o empregado é contratado para trabalhar para a tomadora por meio de empresa interposta, configurando fraude trabalhista, nos termos do artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho. No caso, o vínculo empregatício forma-se diretamente com a tomadora, exceto se esta for ente público, pois a Constituição Federal (artigo 37, inciso II e parágrafo 2º) veda a formação de vínculo com a Administração Pública sem a realização de concurso. Mesmo com a formação do vínculo direto com a tomadora, a empresa prestadora responde solidariamente pelos débitos trabalhistas, nos termos do artigo 942 do Código Civil, pois contribuiu para a efetivação da fraude trabalhista.

Nos termos da Súmula n. 331, III, do Tribunal Superior do Trabalho, considera-se terceirização lícita a contratação de serviços de vigilância, de conservação e limpeza e de serviços especializados relacionados à atividade-meio do tomador, desde que ausentes os requisitos da pessoalidade e da subordinação direta. Violadas essas disposições, a terceirização é considerada ilícita, formando-se vínculo direto com a tomadora.

Mesmo que a terceirização seja considerada lícita, a tomadora responde subsidiariamente perante o empregado na hipótese de inadimplemento da empresa prestadora. Assim, acionada a devedora principal (empresa prestadora) para pagamento das verbas trabalhistas devidas ao empregado, caso reste configurada a ausência de patrimônio suficiente desta para satisfação dos créditos, a execução poderá ser direcionada em face da tomadora, responsável subsidiariamente pelos débitos. Isto porque, ao escolher empresa inidônea para prestar serviços em seu favor, a tomadora age com *culpa in eligendo* e/ou *in vigilando*, devendo responder por seu ato ilícito, ainda que subsidiariamente. No entanto, para que a execução possa ser direcionada em face da tomadora, esta deverá ter participado da relação processual e constar do título executivo judicial (Súmula n. 331, IV, do Tribunal Superior do Trabalho).

A Administração Pública também responde subsidiariamente perante o empregado caso seja reconhecido o inadimplemento da empresa prestadora. Nesse sentido, o inciso IV da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho, em sua redação determinada pela Resolução n. 96/2000:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993)

Contudo, tal enunciado foi objeto de grande controvérsia jurisprudencial, diante do teor do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações), o qual determina expressamente que “a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento”. Argumentava-se que o entendimento sumular teria negado vigência ao referido parágrafo, sem, no entanto, declarar sua inconstitucionalidade. Não se aplicava o parágrafo 1º do artigo 71, sem, no entanto, declarar-lhe a inconstitucionalidade.

Diante disso, o Governador do Distrito Federal, em 2007, moveu a Ação Direta da Constitucionalidade n. 16, pleiteando a declaração da constitucionalidade e plena vigência do parágrafo 1º do artigo 71 da Lei n. 8.666/93, e a adequação da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho ao preceito legal, no sentido de que o inadimplemento da empresa prestadora não transfere à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento de débitos trabalhistas.

Em 2010, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que o parágrafo 1º do artigo 71 da Lei n. 8.666/93 é constitucional. Houve um consenso entre os Ministros no sentido de que o Tribunal Superior do Trabalho não pode generalizar os casos de responsabilização da Administração Pública, devendo investigar com mais rigor se a inadimplência da empresa prestadora tem como causa principal a falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante/tomador dos serviços.

Em outras palavras, a responsabilização subsidiária da Administração Pública persiste, mas não pode se dar de maneira automática, pelo mero inadimplemento das verbas trabalhistas, devendo a culpa do órgão público estar evidenciada pela falha ou falta de fiscalização do contrato administrativo firmado com a empresa prestadora.

Nesse sentido, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Cezar Peluso, ao afirmar que esse entendimento “não impedirá o TST de reconhecer a responsabilidade, com base nos fatos de cada causa”, de modo que “o STF não pode impedir o TST de, à base de outras normas, dependendo das causas, reconhecer a responsabilidade do poder público”. No informativo mensal n. 610 do Supremo Tribunal

Federal, de 26.11.2010, constou a discussão sobre a matéria: “Quanto ao mérito, entendeu-se que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade”.

Após a decisão, o enunciado da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho foi alterado pela Resolução n. 174/2011, publicada em 27.05.2011, sendo acrescentado o inciso V, tratando da responsabilização da Administração Pública pelos débitos trabalhistas da empresa prestadora:

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Portanto, com o julgamento da ADC n. 16 pelo Supremo Tribunal Federal e a alteração da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho, a Justiça do Trabalho não está vedada de reconhecer a responsabilidade da Administração Pública, caso ocorra culpa *in vigilando* do ente público na fiscalização da execução do contrato administrativo firmado com a empresa prestadora. A responsabilização não mais será automática, com o mero inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada, devendo o órgão jurisdicional analisar, no caso concreto, se houve, de fato, falha ou falta de fiscalização da execução do contrato administrativo. Não será retomada, portanto, a teoria de irresponsabilidade do Poder Público pelos danos causados aos administrados, superada, há muito, pela doutrina administrativista.

Os artigos 58, inciso III, e 67 da Lei n. 8.666/93 impõem à Administração Pública o dever de fiscalização do contrato administrativo, explicitando a forma como a execução desse instrumento deve ser avaliada. O parágrafo primeiro do artigo 67 preceitua expressamente o mínimo que deverá o representante da Administração Pública fazer para efetivamente acompanhar e fiscalizar a execução do contrato de prestação de serviços.

Assim, o disposto no parágrafo 1º do artigo 71 da Lei de Licitações, apesar de ser reconhecido como constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, não tem o condão de impedir a responsabilização da Administração Pública por eventuais verbas trabalhistas inadimplidas, pela única razão de que a esta cabe também cumprir os demais preceitos legais estatuídos na mesma norma.

Diante desse quadro, surge a grande questão: alegando o reclamante o descumprimento dos deveres de fiscalização do contrato administrativo pelo Poder Público, a quem incumbe o ônus da prova?

Em nosso entendimento, de acordo com os ditames da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, o encargo deve ser atribuído à Administração Pública, por deter as melhores condições probatórias. Com efeito, é a contratante quem possui toda a documentação referente ao cumprimento do contrato pela empresa prestadora, bem como todas as notificações e respostas quanto à exigência de tomada de certas medidas visando à observância das determinações avençadas. É a Administração Pública quem deve comprovar que não agiu com *culpa in vigilando*, por deter as melhores condições probatórias, demonstrando a efetiva fiscalização do contrato administrativo.

Nesse sentido, inclusive, a atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMISSIBILIDADE. RECURSO DE REVISTA. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. JULGAMENTO DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 16 PELO STF. SÚMULA Nº 331, INCISOS IV E V, DO TST.

1. No julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, o Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a constitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/1993, não impediu que a Justiça do Trabalho, com base nos fatos da causa e outras normas jurídicas, reconheça a responsabilidade do ente público pelos débitos trabalhistas da empresa prestadora de serviços. 2. A ressalva da Suprema Corte foi sobre a aplicação, de forma irrestrita, do inciso IV da Súmula nº 331 do TST, isto é, sem o exame da conduta culposa da Administração Pública. 3. Em observância ao decidido pelo STF, o Tribunal Superior do Trabalho alterou a redação do inciso IV da Súmula nº 331 do TST, incluindo os incisos V e VI ao verbete. 4. -Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada- (Súmula nº 331, inciso V, do TST - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011). 5. Na hipótese dos autos, o Tribunal Regional manteve a responsabilidade subsidiária pela inteligência do inciso V da Súmula nº 331 do TST, pela

conclusão de que o ente público incorreu em culpa, pois omissa na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora, uma vez que não apresentou documentação comprovando a fiscalização do contrato. 6. A condenação não foi firmada em mera inadimplência ou presunção. Está amparada em culpa *in vigilando* do ente público, o que torna a decisão regional irrepreensível, estando correto o despacho de admissibilidade que denegou seguimento ao recurso. 7. Restou incontroversa a sonegação de várias parcelas de estrito caráter salarial (vale refeição; férias não gozadas de 2007/2008; salário do mês de novembro de 2.009; saldo salarial de 02 dias do mês de dezembro de 2.009; indenização do aviso, prévio: férias vencidas de 08/09 e proporcionais de 2.009, no importe de 5/12, décimo terceiro salário integral de 2.009; depósitos do FGTS). 6. Ademais, o ônus da prova, na hipótese, incumbe à administração pública, no sentido da efetiva fiscalização quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas da contratada, sob pena de impingir produção de prova diabólica ao reclamante. Afinal, não tem esse como comprovar que a administração não fiscalizou o contrato. Essa, por outro lado, tem todos os instrumentos para fazê-la efetivamente. 9. De qualquer modo, ante o registro assentado em sede regional de que houve culpa, para se chegar a conclusão em sentido diverso seria necessário proceder ao reexame de fatos e provas, o que não se coaduna com a natureza extraordinária do recurso de revista. Óbice da Súmula nº 126 do TST. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR - 237200-86.2009.5.15.0038, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 29/08/2012, 5ª Turma, Data de Publicação: 21/09/2012)

Portanto, aplicando-se a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, alegado pelo reclamante *culpa in vigilando* da Administração Pública quanto à fiscalização do contrato administrativo firmado com a empresa prestadora, pleiteando a responsabilização subsidiária do ente público pelo inadimplemento de créditos trabalhistas, o encargo de comprovar a regular fiscalização do contrato deverá ser atribuído à Administração, por deter as melhores condições probatórias.

5.7.1.12. Grupo econômico

O grupo econômico, ou grupo de empresas, está previsto no artigo 2º, parágrafo 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual determina que “sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas”. Assim, existente certa unidade, direção única ou realização de objetivos comuns entre duas

ou mais empresas, cada uma delas com personalidade jurídica própria, restará configurado o grupo econômico, de modo que todas as empresas integrantes responderão solidariamente pelos créditos trabalhistas dos empregados.

A Lei n. 5.889/73, em seu artigo 3º, parágrafo 2º, também estabelece a responsabilidade solidária das empresas integrantes do grupo econômico pelos créditos do trabalhador rural.

Alegada pelo empregado a existência de grupo econômico, pleiteando a responsabilização solidária das empresas indicadas, algumas posturas podem ser adotadas pelo magistrado trabalhista, a depender do caso concreto.

Na hipótese de o reclamante trazer aos autos indícios da existência do grupo econômico, consubstanciados por existência de sócios comuns, identidade de endereços e telefones das empresas apontadas, relação de parentesco entre os sócios, utilização das mesmas estruturas (prédios, veículos, equipamentos, etc.), entre outros elementos, o juiz, por meio das máximas de experiência, poderá formular presunção judicial em favor do empregado e dispensá-lo de produzir prova a respeito³³². Desse modo, caberá às empresas indicadas comprovar a inexistência do grupo econômico.

Caso o juiz trabalhista verifique que o empregado apresenta dificuldades probatórias quanto à comprovação da alegação de existência de grupo de empresas, sendo que as reclamadas, pelo contrário, detêm condições probatórias para tanto, deverá atribuir a carga probatória às empresas indicadas, por meio da teoria da distribuição dinâmica.

³³² “O juiz poderá se valer das presunções e dos indícios e recorrer às regras da experiência para declarar a existência do grupo empresarial” (SAKO, Emília Simeão Albino, *A prova no processo do trabalho: os meios e o ônus da prova nas relações de emprego e trabalho*, p. 322); “Quanto maior a quantidade de sócios ou de cotas comuns, tanto maior a presunção relativa favorável à formação do grupo econômico. Havendo coincidência muito reduzida, o fato assume característica de mero indício, e se faz necessário o complemento probatório com outras informações, tais como: o compartilhamento de instalações físicas; objetivo social complementar, análogo ou idêntico; aproveitamento de mão-de-obra conjunta; concentração dos processos de compra junto a fornecedores ou de distribuição junto à clientela; uso comum de alguns departamentos da empresa, como o setor comercial, a parte financeira ou, às vezes, o departamento de pessoal; envio de preposto comum para audiências, especialmente diante da orientação do Tribunal Superior do Trabalho no sentido de que preposto deva ter qualidade de empregado e, no caso, ele se apresenta como empregado do grupo econômico na qualidade de empregador único; apresentação de defesa conjunta, ainda que em outros processos, não sendo exemplo de lealdade processual a decisão de negar o grupo econômico num processo e admiti-lo em outro; presença constante de sócio de uma empresa a emitir ordens e orientações de serviços sobre gerentes e demais empregados de outra empresa. Como de praxe no direito do trabalho, esses indícios atuam de forma dinâmica, podendo variar em grau de intensidade e de importância de acordo com a atividade econômica – algumas têm maior incidência de mão-de-obra e outras priorizam mais o investimento em tecnologia -, com a época do ciclo produtivo e, ainda, com a realidade financeira das empresas” (SILVA, Homero Batista Mateus da, *Curso de Direito do Trabalho Aplicado: Parte geral*, p. 147-148). Nesse sentido, também, a jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região: RO - 00855-2002-004-15-00-4, Des. Relator Manuel Soares Ferreira Carradita, 4ª Turma, 7ª Câmara, Data da publicação: 21/11/2003).

Assim, às reclamadas restará o ônus de produzir prova quanto à alegação de existência de grupo econômico.

Conclui-se que, nem sempre, o ônus de comprovar a alegação de existência de grupo econômico será do empregado, seja em razão da existência de indícios, ensejando a formulação de presunção judicial em favor do reclamante, seja pela aplicação da distribuição dinâmica dos encargos, verificando-se a existência de melhores condições probatórias por parte das empresas indicadas.

5.7.1.13. Sucessão trabalhista

A sucessão empresarial ocorre quando há alteração na titularidade da empresa, sendo o empreendimento repassado, total ou parcialmente, a outra empresa. Para fins de responsabilidade trabalhista, a empresa adquirente (sucessor) responde por todos os direitos trabalhistas dos empregados da empresa sucedida, ainda que referentes a período anterior à sucessão e a contratos de trabalho firmados ou cessados anteriormente à transferência, nos termos dos artigos 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Para configuração da sucessão trabalhista, deve haver transferência da unidade jurídico-econômica da empresa sucedida à empresa sucessora, a qual dará continuidade à atividade empresarial.

Entendemos que, alegada pelo empregado a existência de sucessão trabalhista, trazidos aos autos indícios da transferência, tais como a utilização das estruturas (prédios, veículos, equipamentos, etc.) da empresa sucedida pela empresa sucessora, o juiz trabalhista, por meio das máximas de experiência, poderá formular presunção judicial em favor do empregado, dispensando-o de produzir prova a respeito. Desse modo, caberá à empresa indicada como sucessora comprovar a inexistência da transferência deduzida.

No entanto, na maioria dos casos, a empresa indicada como sucessora é quem apresenta melhores condições probatórias de produzir provas acerca da efetivação ou não da sucessão alegada. Com efeito, é a empresa apontada quem detém toda a documentação atinente ao funcionamento e ao desenvolvimento de suas atividades empresariais. Portanto, configurada a dificuldade probatória do empregado quanto à

comprovação da alegação de efetivação de sucessão trabalhista, o juiz trabalhista deverá atribuir a carga probatória à empresa indicada, por meio da teoria da distribuição dinâmica, restando a esta o ônus de produzir prova quanto à alegação de sucessão trabalhista.

Nesse sentido, inclusive, a jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região:

SUCCESSÃO TRABALHISTA. 1. ÔNUS DA PROVA. 2. REQUISITOS PARA CONFIGURAÇÃO DO FENÔMENO.

1. Pelo "princípio da aptidão para a prova", o ônus probatório é devido pela parte que reúna melhores condições de provar o fato e não necessariamente sobre a parte que o alega. A parte que busca afastar a incidência do instituto sucessório trabalhista reúne melhores condições para a produção de provas dos acontecimentos que cercaram a atividade atualmente desenvolvida no local dantes ocupado pela empresa inicialmente demandada no feito. Exigir tal encargo do reclamante seria o mesmo que ignorar o instituto, diante das enormes dificuldades que o empregado teria para fazer prova do alegado. Ao assegurar proteção contra qualquer alteração na estrutura da empresa, o sistema processual também precisa prever mecanismos para que o empregado possa invocar essa garantia com a mesma simplicidade que norteia todo o arcabouço de normas protetoras. Portanto, ao se estabelecer no mesmo local e desempenhar parcela de atividade dantes realizada pela empresa empregadora do exequente, surge para a agravante o encargo probatório de afastar a presunção de ocorrência do fenômeno da sucessão. 2. O prosseguimento da atividade organizada, seja parcial ou total, é o aspecto relevante para a explicitação do fenômeno da sucessão. O fato de desenvolver atividade similar no mesmo espaço físico dantes ocupado pela empresa devedora não implica, por si só, em sucessão trabalhista. Para a configuração desse fenômeno é indispensável perpetuação da atividade anterior, no todo ou em parte, sem solução de continuidade, o que inclui o aproveitamento do fundo de comércio (universalidade de bens materiais e imateriais destinados à persecução do fim social da empresa, como, por exemplo, a clientela, as instalações, máquinas, utensílios, ponto comercial), e o aproveitamento (ainda que parcial) dos trabalhadores da empresa sucedida. A mera sucessão cronológica não acarreta responsabilidade para com os empregados da empresa sucedida. A agravante logrou provar ausência dos elementos configuradores desse fenômeno. Agravo de Petição a que se dá provimento para reconhecer a ilegitimidade de parte da agravante para responder pela execução.

(AP - 00592-2001-445-02-00-1, Relator Des. Francisco Ferreira Jorge Neto, Data do julgamento: 15/07/2010, 12ª Turma, Data da publicação: 23/07/2010)

Note-se que, assim como no caso do grupo econômico, nem sempre o ônus de comprovar a alegação de sucessão trabalhista será do empregado, seja em razão da existência de indícios, a ensejar a formulação de presunção judicial em favor do reclamante, seja pela aplicação da distribuição dinâmica dos encargos, verificando-se a existência de melhores condições probatórias pela empresa indicada como sucessora.

5.7.1.14. Bem de família

A Lei n. 8.009/90 institui a impenhorabilidade do bem de família, com o escopo de tutelar a dignidade da pessoa do devedor e de sua família, garantindo o direito fundamental de moradia. Assim, demandado judicialmente, o devedor não poderá ter o seu imóvel residencial constrito, como forma de garantir a moradia sua e de sua família.

A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados. No caso de imóvel locado, a impenhorabilidade aplica-se aos bens móveis quitados que guarneçam a residência e que sejam de propriedade do locatário. Excluem-se da impenhorabilidade os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos.

Quando a residência familiar constitui-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringe-se à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do artigo 5º, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural.

A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, inclusive trabalhista, salvo se movido, dentre outras exceções previstas nos incisos do artigo 3º, em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias, ou pelo credor de pensão alimentícia.

Nos termos do artigo 1º, *caput*, da Lei n. 8.009/90, é impenhorável o *imóvel residencial* próprio do casal ou da entidade familiar, considerando-se residência *um único imóvel* utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para *moradia permanente* (artigo 5º, *caput*). Na hipótese de o casal ou entidade familiar possuir vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis - bem de família voluntário -, nos termos do artigo 1.711 e seguintes do Código Civil.

Note-se que a disposição legal restringe a impenhorabilidade a um único imóvel residencial do devedor, sendo considerado imóvel residencial aquele destinado à moradia permanente.

Em nosso entendimento, ainda que o devedor possua mais de um bem imóvel, estará amparado pela impenhorabilidade legal, a qual, no entanto, recairá apenas sobre um único imóvel residencial, considerado bem de família. Assim, o devedor não terá que comprovar que possui apenas um imóvel, mas que o imóvel penhorado é utilizado como sua única residência e de sua família, caracterizado pela moradia permanente. Esta a única prova a ser produzida para reconhecimento da impenhorabilidade: a de que o bem penhorado constitui-se como única moradia permanente do devedor e de sua família.

Na Justiça do Trabalho, é comum a alegação de bem de família pelo sócio ou ex-sócio da reclamada, executado em razão da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, e do empregador doméstico.

O ônus de comprovar a alegação de impenhorabilidade do imóvel constricto (bem de família) deve ser atribuído ao devedor, seja em razão da regra de distribuição estática (fato constitutivo de seu direito deduzido), seja pela teoria da distribuição dinâmica. Isto porque, neste último caso, é o devedor quem detém acesso aos meios de prova necessários à comprovação da alegação, configurando sua melhor condição probatória. Com efeito, é o devedor quem possui documentos que comprovam a residência (moradia permanente) no imóvel penhorado, como faturas, contas de prestadores de serviço público, correspondências, fotos, etc., além da maior possibilidade de arrolamento de testemunhas (vizinhos, por exemplo). O termo de penhora e depósito do oficial de justiça, intimando e nomeando o devedor no mesmo ato da constrição, no endereço do imóvel penhorado, é prova muito relevante para comprovação da moradia permanente.

Caso o credor alegue que o devedor possui mais de um bem imóvel utilizado como residência, sendo que o penhorado não constitui o de menor valor, entendemos que o ônus de comprovar tal alegação deve ser atribuído, também, ao devedor, nos termos da distribuição dinâmica, por deter as melhores condições probatórias. Isto porque, é o devedor quem possui a relação de bens de sua propriedade, com os respectivos valores venais, descritos na Declaração de Bens entregue anualmente à Receita Federal.

Após a apresentação em juízo da referida declaração, insistindo o credor na alegação de que o devedor possui outro bem imóvel utilizado como residência, de menor valor do que o penhorado, não relacionado na relação de bens entregue à Receita Federal, o ônus de comprovar tal alegação deverá ser atribuído ao credor, pois do contrário representaria prova impossível de fato negativo conferida ao devedor (prova diabólica).

5.7.1.15. Gratuidade processual

A Constituição Federal estabelece como direito fundamental, previsto no artigo 5º, inciso LXXIV, a prestação pelo Estado de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Trata-se de garantia inerente ao exercício do direito fundamental de acesso à justiça. A Lei n. 1.060/50 disciplina a concessão de assistência judiciária aos necessitados.

No âmbito da Justiça do Trabalho, há norma específica regulamentando o benefício da gratuidade processual, qual seja, o artigo 14, parágrafo 1º, da Lei n. 5.584/70, determinando que “a assistência é devida a todo aquele que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador de maior salário, uma vez provado que sua situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”.

O artigo 790, parágrafo 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho, acrescentado pela Lei n. 10.537/02, também disciplina a concessão da justiça gratuita, estabelecendo que “é facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família”.

Portanto, no processo juslaboral, o benefício da gratuidade processual pode ser deferido, a qualquer momento, em qualquer instância, inclusive *ex officio*, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao mínimo, bem como àqueles que, embora ganhem salário maior, declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do próprio sustento ou de sua família. Note-se que, neste último caso (trabalhador que receba salário superior ao dobro do mínimo legal), a comprovação da situação econômica, mencionada no artigo 14, parágrafo 1º, da Lei n. 5.584/70, é realizada pela simples declaração, como estabelece o artigo 790, parágrafo 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho, e já previa o artigo 4º, parágrafo 1º, da Lei n. 1.060/50, com a redação conferida pela Lei n. 7.510/86. A nosso sentir, essas normas revogaram tacitamente o parágrafo 2º do artigo 14 da Lei n. 5.584/70, prevendo que “a

situação econômica do trabalhador será comprovada em atestado fornecido pela autoridade local do Ministério do Trabalho e Previdência Social”.

Assim, percebendo salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ao trabalhador deverão ser conferidos os benefícios da gratuidade processual, pela presunção absoluta de necessidade estabelecida pela lei. O ônus de comprovar a condição financeira a ensejar a concessão deve ser atribuído ao empregado, seja pela regra de distribuição estática (fato constitutivo de seu direito), seja pela distribuição dinâmica, por possuir as melhores condições probatórias (acesso aos recibos de pagamento). No entanto, ainda de acordo com a teoria da distribuição dinâmica, o ônus de comprovar a situação financeira do empregado para fins de concessão da justiça gratuita pode ser atribuído ao empregador, caso reste evidenciada a ausência de fornecimento dos comprovantes de pagamento.

Ao trabalhador que perceba salário superior ao dobro do mínimo legal, a simples declaração bastará como prova da necessidade, constituindo, no entanto, presunção relativa de sua situação econômica, a qual poderá ser impugnada pela parte contrária. A princípio, pela regra de distribuição estática, o ônus de comprovar que o empregado tem condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família é daquele que alega, ou seja, do empregador. Contudo, o empregador poderá ser dispensado de produzir prova a respeito, caso traga aos autos indícios de que o empregado não necessita da concessão da gratuidade processual para exercer seu direito constitucional de ação, consubstanciados, por exemplo, por fotos de viagens custosas, utilização de carros de valor acima da média da população, de roupas de marca, etc., hipótese em que o ônus de comprovar a real necessidade será do empregado, podendo utilizar-se de todos os meios de prova disponíveis (declaração de bens e dívidas entregue à Receita Federal, comprovação de gastos referentes à sua própria subsistência ou de sua família, etc.).

5.7.2. No Direito Processual Coletivo do Trabalho

Os direitos e interesses transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos) formam um novo arcabouço de relações jurídicas, nascidas a partir dos fatos complexos e interligados da sociedade contemporânea de massa, em contraposição às relações jurídicas individualistas, baseadas em negócios jurídicos firmados entre

particulares. A partir dessas relações jurídicas entre particulares, o sistema processual foi estruturado prioritariamente para tutela de direitos individuais, por meio de processos individuais (demandas atomizadas), tendo como base uma relação jurídica processual formada por sujeitos individuais. Nesse sentido, os institutos processuais (condições da ação, pressupostos processuais, elementos identificadores da ação, ônus da prova, efeitos da coisa julgada, etc.) foram elaborados para a tutela de direitos disponíveis e particulares, por meio de processos individuais.

No entanto, com o surgimento dos direitos e interesses transindividuais, o sistema processual individualista demonstrou-se pouco eficaz para a tutela dessas novas relações de direito material, que envolvem maior número de sujeitos. Os institutos processuais precisaram ser revisitados e reelaborados, com o objetivo de se elaborar um sistema processual apto à tutela desses novos direitos e interesses, coletivos na essência.

Essa inovação processual insere-se num contexto maior de busca do pleno acesso à justiça, com a disponibilização de instrumentos processuais aptos à tutela efetiva desses direitos e interesses metaindividuais. Em certa medida, pode-se afirmar que a ideia de se reforçarem mecanismos processuais para que uma maior gama de jurisdicionados, por meio da tutela coletiva, tenham seus direitos e interesses tutelados de maneira mais eficaz foi lançada – pelo menos de modo mais sistemático – por MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH, na clássica obra *Acesso à Justiça*.

Mas não apenas razões sociológicas, relacionadas ao pleno acesso à justiça, justificam o surgimento de mecanismos específicos de tutela coletiva.

Fundamentos políticos, voltados à redução dos custos operacionais de prestação da tutela jurisdicional, também fundamentam as ações coletivas.

No ordenamento jurídico brasileiro, essa tendência de criação de mecanismos de tutela processual coletiva pode ser verificada pela Lei da Ação Popular, Lei da Ação Civil Pública, Código de Defesa do Consumidor, Lei de Improbidade Administrativa, Lei do Mandado de Segurança Coletivo, dentre outros, formando arcabouço normativo denominado *microsistema de tutela processual coletiva*.

Nas relações de trabalho, várias são as hipóteses de identificação de direitos e interesses transindividuais, tais como: a) interesse coletivo à defesa do meio ambiente do trabalho salubre e seguro³³³; b) tutela coletiva dos direitos da criança e do

³³³ “O meio ambiente do trabalho, hodiernamente, consiste num direito fundamental do ser humano, por isso que, constitucional e internacionalmente, protegido. Possui natureza eminentemente difusa, pois, por se tratar de um meio ambiente artificial especial, espécie do gênero meio ambiente, o meio ambiente do

adolescente nas relações laborais; c) combate a condutas discriminatórias em face de trabalhadores; d) ações afirmativas quanto a trabalhadores portadores de deficiência; e) proteção coletiva do trabalho da mulher; f) combate às formas de trabalho escravo; g) proteção coletiva aos direitos da personalidade de trabalhadores (imagem, privacidade, intimidade, etc.); h) ofensas à liberdade sindical, dentre outras.

Como afirmado anteriormente, alguns institutos erigidos no âmbito do direito processual clássico individualista precisaram ser revistos e adaptados para aplicação ao sistema processual coletivo. O ônus da prova não foge a essa regra.

As relações típicas da pós-modernidade e o atual modelo de estado exigiram o abandono de determinados dogmas que nortearam a construção do paradigma processual. Nesta senda, os conflitos e as lesões de massa acarretaram a necessidade de reestruturação do sistema processual existente, o qual se mostrava inadequado para tutela coletiva dos direitos. Houve, outrossim, um redimensionamento de vários institutos processuais que estavam alicerçados na ideologia liberal e individualista, de modo que fosse possível viabilizar a tutela jurisdicional coletiva, calcada em novas premissas.

Um dos institutos que mereceu tratamento diferenciado pelo sistema de tutela jurisdicional coletiva foi o ônus da prova³³⁴.

Com efeito, sendo a distribuição estática insuficiente para disciplina das relações processuais individuais, o mesmo se observa, e com mais propriedade, quanto à sua aplicação às ações coletivas³³⁵.

Nesse sentido, passou a se sustentar a aplicação da técnica de inversão judicial do ônus da prova, prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, às ações coletivas, inclusive às trabalhistas, como forma de superação da regra de distribuição estática, erigida no processo individual liberal.

trabalho é igualmente caracterizado pela transindividualidade inerente a todo meio ambiente, de modo que a sua tutela abrange todos aqueles que dele participam, direta ou indiretamente, independentemente da sua condição jurídica, pois o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito de todos, como preceituado no artigo 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988” (SANTOS, Ronaldo Lima dos, *Tutela jurídica do meio ambiente do trabalho*, p. 97).

³³⁴ SCHINESTOCK, Clarissa, *A inversão do ônus da prova nas demandas coletivas trabalhistas*, p. 250-251.

³³⁵ “O art. 333 do CPC aplicado, sem restrições, ao processo coletivo seria uma grande fonte de injustiças, porque não permitiria a tutela de direitos transindividuais importantes para a sociedade em decorrência das maiores dificuldades que o autor teria para demonstrar os fatos juridicamente relevantes” (CAMBI, Eduardo, *Inversão do ônus da prova e tutela dos direitos transindividuais: alcance exegético do artigo 6º, VIII, do CDC*, p. 102).

A fundamentação de aplicação da inversão judicial do ônus da prova às ações coletivas está contida no artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública³³⁶ (Lei n. 7.347/85), que faz remissão ao sistema processual coletivo estatuído pelo Código de Defesa do Consumidor.

No entanto, posições surgiram defendendo a impossibilidade de aplicação do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor às ações coletivas, justamente porque o mencionado artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública faz referência às disposições do Título III (“Da defesa do consumidor em Juízo”) do Código, sendo que a regra acerca da inversão judicial está inserida no Título I (“Dos direitos do consumidor”). Para essa corrente, portanto, a técnica de inversão judicial da carga probatória não comporia o microsistema de tutela processual coletiva, podendo apenas ser aplicada em ações coletivas para tutela de relações materiais de consumo³³⁷.

Quanto às ações coletivas trabalhistas, sustenta-se ainda que o artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor faz referência apenas ao processo civil, silenciando a respeito do processo juslaboral.

Trata-se de interpretação restritiva, dissociada dos ideais de acesso à justiça que fundamentam o surgimento e aplicação da tutela processual coletiva.

Evidente que a técnica de inversão judicial do ônus da prova pode e deve ser aplicada às ações coletivas, inclusive às trabalhistas, pois representa instituto processual geral, fundamentado em preceitos constitucionais (direito fundamental à prova e princípio da igualdade material no processo), os quais não podem ser restringidos por uma mera interpretação gramatical da lei³³⁸.

³³⁶ “Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

³³⁷ “Ora, pensamos que se de fato pretendesse o legislador que as demais disposições processuais previstas no Código de Defesa do Consumidor se aplicassem à defesa dos direitos metaindividuais em geral, teria inserido no texto do art. 21 da Lei 7.347/85 tal afirmação. Se não o fez, outra interpretação não podemos dar ao sentido da lei. É certo, portanto, que o art. 6º do CDC não se aplica à tutela do bem ambiental, por força do princípio da legalidade e pelas regras do direito positivo. (...) Outro ponto é que a inversão do ônus da prova previsto no Código de Defesa do Consumidor é reflexo da relação entre o direito material e processual nas relações de consumo e constitui o mecanismo de facilitação da defesa do consumidor em juízo. Não poderia, entretanto, se estender instrumento da relação material de consumo para outras demandas coletivas, já que as demais relações jurídicas tuteladas pela Lei 7.347, de 24.07.1985 não se caracterizam essencialmente pelo desequilíbrio entre as partes, não obstante a relevância do bem jurídico tutelado, *in casu*, o meio ambiente” (RUSCH, Erica, *Distribuição do ônus da prova nas ações coletivas ambientais*, p. 368).

³³⁸ “Por conseguinte, a possibilidade de inversão do ônus da prova, calcada no art. 6º, VIII, alcança as ações de massa na seara trabalhista, assim como a tutela jurisdicional coletiva de todos os demais direitos metaindividuais. Com efeito, a interpretação ampliativa é a que atende melhor aos objetivos que justificaram a idealização da tutela coletiva e permite que se concretize o direito fundamental à adequada tutela jurisdicional e não constitua um obstáculo ao exercício do direito fundamental à prova” (SCHINESTOCK, Clarissa Ribeiro, *A inversão do ônus da prova nas demandas coletivas trabalhistas*, p.

Os direitos metaindividuais, trabalhistas ou não, são de extrema relevância para a sociedade atual e futura, devendo ser protegidos por todos os meios possíveis, inclusive os processuais, representando a técnica de inversão judicial um desses mecanismos. Nesse sentido, o artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor, o qual determina que para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

No entanto, tendo a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, a nosso ver, “absorvido” a técnica de inversão judicial, entendemos que a discussão quanto à aplicação do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor ao processo coletivo deixa de ter relevância.

Isso porque, como defendido, a técnica de distribuição dinâmica do ônus da prova tem embasamento constitucional (direito fundamental à prova e princípio da igualdade material no processo), podendo ser aplicada, portanto, em qualquer espécie de processo (civil ou trabalhista; individual ou coletivo). Observados seus critérios objetivos, a distribuição dinâmica pode e deve ser utilizada nas ações coletivas, trabalhistas ou não, como técnica processual de tutela efetiva dos direitos metaindividuais³³⁹.

No mais, como ressaltado no capítulo anterior, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, no Direito Processual Brasileiro, foi incorporada primeiro aos Anteprojetos de Código de Processos Coletivos, com forte inspiração no Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América. Portanto, as discussões a respeito da aplicação da dinamização da carga probatória no ordenamento pátrio tiveram início justamente no processo coletivo, sendo que somente depois passaram para o processo individual, incorporada ao Projeto de Código de Processo Civil.

Não faz o menor sentido, portanto, que a técnica de distribuição dinâmica da carga probatória seja utilizada apenas no processo individual.

255); “Primeiramente, a remissão, pelo art. 21/LACP, ao Título III do CDC, não inviabiliza a aplicação do art. 6º, VIII, que se encontra no Título I deste Código, a tutela dos demais interesses transindividuais, porque o Título III trata da Defesa do Consumidor em Juízo e a regra de inversão do ônus da prova nada mais é do que um instrumento processual para promover a melhor defesa do consumidor em juízo” (CAMBI, Eduardo, *Inversão do ônus da prova e tutela dos direitos transindividuais: alcance exegético do artigo 6º, VIII, do CDC*, p. 103).

³³⁹ “Portanto, é de se admitir que a distribuição dinâmica dos ônus probatórios seja regra que melhor converge à natureza constitucional do Processo Coletivo, seja pela natureza publicística dos direitos que tutela, seja pela necessidade de adequação da tutela ao direito material, seja ainda pela melhor exegese de amplo alcance à efetividade da tutela” (SANTOS, Willians Franklin Lira dos, *Viabilidade e conveniência da inversão do ônus da prova judiciária nas demandas coletivas trabalhistas*, p. 744-745).

Definida a possibilidade de aplicação da técnica de distribuição dinâmica do ônus da prova no processo coletivo, outra questão surge, relativa à verificação da hipossuficiência probatória do autor ideológico em relação ao réu da ação coletiva.

Restou estabelecido que, para dinamização da carga probatória, não basta que aquele que invoca sua incidência não tenha condições de produzir provas relevantes à demonstração de suas alegações; a parte contrária deve possuir essas condições (evitar a *probatio diabolica* reversa). Ao revés: não basta que a parte contrária detenha as melhores condições para produção da prova necessária ao deslinde do feito; aquele que a invoca não deverá ter essas condições (observância da *posição privilegiada*, evitando-se o comodismo processual). Apenas assim restará configurado o quadro de assimetria probatória, a ensejar a aplicação da distribuição dinâmica.

No âmbito do processo trabalhista, as ações coletivas (ação civil pública, ação de improbidade administrativa, ação civil coletiva, mandado de segurança coletivo, etc.) são ajuizadas geralmente pelos Sindicatos profissionais e, principalmente, pelo Ministério Público do Trabalho.

Diante de toda a estrutura de apoio, representada pelos Centros de Apoio Operacional, bem como dos poderes de investigação e prerrogativas legais atribuídos ao Ministério Público do Trabalho, sustenta-se que a dinamização da carga probatória não pode ser operada em seu favor, pois não há como ser configurada a hipossuficiência probatória do *Parquet*. Vale dizer, contando com um robusto aparato instrumental, composto por recursos materiais e humanos, podendo se utilizar de mecanismos investigatórios (procedimentos administrativos, inquérito civil público) e de prerrogativas legais (requisições, intimações, notificações), o Ministério Público do Trabalho não pode ser considerado como parte hipossuficiente sob o ponto de vista probatório, por possuir condições necessárias à produção da prova de suas alegações³⁴⁰.

³⁴⁰ “Com todos esses poderes e prerrogativas há que se presumir sempre a maior aptidão do Ministério Público do Trabalho para produzir a prova necessária para o êxito das ações por ele ajuizadas. Outrossim, tendo-se em conta o princípio geral de hermenêutica que assevera que o ordinário se presume e o extraordinário deve ser provado, deve-se partir sempre do pressuposto que o Ministério Público possui melhores condições de provar suas alegações, somente sendo cabível a inversão do ônus da prova caso consiga demonstrar, na oportunidade do requerimento, o contrário. (...) Ora, com todas as prerrogativas processuais de que dispõe, serão seguramente poucas as hipóteses em que o Ministério Público poderá ser considerado hipossuficiente por possuir menos recursos para produzir prova do que as empresas por ele acionadas judicialmente” (BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti, *O princípio da aptidão para a prova e a inversão do ônus da prova a requerimento do Ministério Público do Trabalho*, p. 189). Nesse mesmo sentido: MILARÉ, Édis; CASTANHO, Renata, *A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, p. 261.

No entanto, a hipossuficiência probatória deve ser avaliada de acordo com o caso concreto. Do contrário, todo aquele sujeito que tivesse recursos financeiros, materiais e humanos jamais poderia ser considerado hipossuficiente do ponto de vista probatório.

Com efeito, na maioria das vezes, a despeito de o Ministério Público do Trabalho ter à sua disposição recursos financeiros, materiais e humanos, não tem acesso às informações imprescindíveis à produção da prova necessária ao esclarecimento de suas alegações³⁴¹, sendo que, pelo contrário, a parte adversa possui esses dados, configurando a hipossuficiência probatória, dando ensejo à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova como forma de reequilibrar a relação jurídica processual coletiva trabalhista.

Ainda que se admita que o litigar coletivo possa mitigar a hipossuficiência – e de fato isso tende a ocorrer – certo é que disso não se infere sua supressão. Ao contrário, não raro, a defesa coletiva de interesses esbarra em dificuldades probatórias decorrentes de natural dificuldade da prova ou de custo elevado, dentre outras situações possíveis. Centrando o exemplo no Direito do Trabalho, as lides promovidas mediante legitimação extraordinária pelos órgãos representativos de classe, não logram suprir a hipossuficiência estrutural da classe trabalhadora em face do capital, hoje mundializado.

A inversão do ônus da prova, dentro desse panorama, vem sendo considerada um dos mais eficientes instrumentos para a correta solução dos litígios, na medida em que é o instrumento que mais bem realiza o princípio da aptidão para a prova e, nessa medida, possibilita não apenas a decantada paridade de armas entre os litigantes, como também sua igualdade substancial.

A natureza cogente das normas trabalhistas, visto que compõem o patrimônio social da classe trabalhadora, não apenas permite, como também exige a aplicação desse mecanismo. Observe-se, ainda, que não se trata de faculdade do julgador proceder à inversão do ônus da prova, mas de dever de ofício, vez que tal postura permite a direta realização da igualdade material entre as partes³⁴².

³⁴¹ É aquilo que Ricardo de Barros Leonel denomina “hipossuficiência em decorrência do monopólio da informação” (*Manual do Processo Coletivo*, p. 342-343).

³⁴² SANTOS, Willians Franklin Lira dos, *Viabilidade e conveniência da inversão do ônus da prova judiciária nas demandas coletivas trabalhistas*, p. 745-746. Nesse mesmo sentido: “Entende-se que essa vertente está mais alinhada com o direito à tutela jurisdicional adequada e com as razões que justificam a consagração da inversão do ônus da prova no microsistema de tutela coletiva e que melhor atende à tutela adequada dos direitos metaindividuais dos trabalhadores. É preciso ter em mente que na seara trabalhista, assim como ocorre nas relações de consumo, tem-se uma assimétrica, o que permite ao empregador ter melhores condições de produzir determinadas provas” (SCHINESTOCK, Clarissa Ribeiro, *A inversão do ônus da prova nas demandas coletivas trabalhistas*, p. 256); “Por outro lado, das circunstâncias do caso concreto, é possível aferir a hipossuficiência daquele que busca a proteção dos direitos transindividuais. Aqui, o legislador pretende promover a igualdade processual, discriminando a situação jurídica das partes, em favor do hipossuficiente, com o intuito de facilitar a defesa de seus direitos em juízo. Com esse escopo, acaba por reconhecer que, se a parte contrária tem melhores condições técnicas ou econômicas para produzir a prova, os fatos constitutivos dos direitos transindividuais podem ser presumidos até que o contrário seja demonstrado. A hipossuficiência, em tese, pode atingir qualquer dos legitimados nas ações coletivas, inclusive o próprio Estado. A eventual empresa poluidora do meio ambiente, no exemplo acima referido, quando dispõe da fórmula química dos produtos que despeja nos rios, tem melhores condições que a coletividade de indicar quais são os componentes dos resíduos” (CAMBI, Eduardo, *Inversão do ônus da prova e tutela dos direitos transindividuais: alcance exegético do artigo 6º, VIII, do CDC*, p. 103); “A

Como exemplos de demandas coletivas trabalhistas em que ao réu pode ser atribuído, por meio da distribuição dinâmica, o ônus de produzir provas acerca das alegações deduzidas, por deter melhores condições probatórias do que o Ministério Público do Trabalho, tem-se:

a) discriminação coletiva a trabalhadores, em razão de sexo, etnia, condição física, estado civil, religião, opinião política, idade, saúde, entre outros. Nesta hipótese, a empresa encontra-se em melhor condição de produzir prova a respeito, pois detém os documentos relativos a todos os seus empregados, a partir dos quais poderá ser analisada a proporcionalidade nas admissões, promoções, concessão de aumentos salariais, demissões entre empregados de sexo, etnia, idade, condição física, etc, diferentes. O abuso e a desproporcionalidade na diferenciação praticada poderá, aferida por dados estatísticos, evidenciar a conduta discriminatória³⁴³. Considerando ser o empregador quem detém toda a documentação relativa a seus empregados, o ônus de produzir prova sobre a alegação de ocorrência de práticas discriminatórias coletivas deve ser atribuído ao réu, por meio da teoria da distribuição dinâmica, por possuir as melhores condições probatórias para tanto. Desse modo, será do empregador o ônus de comprovar o não cometimento de práticas

possibilidade de utilização dessa regra de julgamento nas ações coletivas trabalhistas ganha relevo indiscutível nas questões em que se discutem temas cuja demonstração documental, testemunhal ou pericial, em favor da coletividade titular do direito, é de difícil consecução, o que autoriza, justificadamente, considerar o magistrado a norma de inversão do ônus probatório” (MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de, *A prova na ação civil pública trabalhista*, p. 591).

³⁴³ Em sentido contrário, Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho sustenta que, mesmo sendo fácil demonstrar que a empresa, em ações individuais, possui melhores condições probatórias de produzir provas acerca da alegação de discriminação formulada pelo reclamante, este quadro não é repetido em ações coletivas movidas pelo Ministério Público do Trabalho, pelo menos a princípio, não podendo ser presumida a hipossuficiência probatória do autor ideológico, a ensejar a inversão do ônus da prova: “Mesmo nas hipóteses em que a ação versar sobre discriminação, situação em que comumente se verifica a imprescindibilidade da inversão do ônus da prova, ela não pode ser a regra em se tratando de ações em que se tutele interesses metaindividuais. Em geral, é fácil demonstrar, em reclamações individuais, que a empresa possui melhores meios de provar a inexistência de conduta discriminatória do que o empregado de provar que houve, de fato, tratamento desigual. Em se tratando de ações para defesa de tutela de interesses metaindividuais o mesmo não é verdade. O Ministério Público pode provar a suposta existência de discriminação por disparidade de tratamento em determinada empresa de diversas formas como, por exemplo, colacionando aos autos cópias de decisões proferidas em reclamações individuais reconhecendo a prática de condutas discriminatórias, ouvindo testemunhas, requisitando das empresas documentos que comprovem políticas que estimulem tratamentos desiguais como planos de cargos e salários e contratos de trabalho. (...) Caso, contudo, o Ministério Público, com todos os seus recursos, poderes e prerrogativas, demonstre, já na peça vestibular, que a empresa acionada possui melhor meio para produzir a prova necessária ao deslinde da questão (hipossuficiência processual) e a verossimilhança de suas alegações, certo é que o juiz poderá inverter o ônus da prova com base no princípio da aptidão para a prova e no art. 6º, VI do CDC. O que é preciso ter em mente é que esta deve ser sempre encarada com uma situação excepcional, porquanto os poderes e prerrogativas outorgados ao *Parquet* geram a presunção de que ele está mais apto para produzir prova do que as instituições por ele acionadas” (*O princípio da aptidão para a prova e a inversão do ônus da prova a requerimento do Ministério Público do Trabalho*, p. 189-190).

discriminatórias, demonstrando a razoabilidade e a fundamentação da diferenciação praticada;

b) fraudes coletivas a direitos trabalhistas, configuradas por terceirização ilícita, cooperativas desvirtuadas de suas finalidades, “pejotização” e “socialização” de empregados³⁴⁴;

c) violação coletiva à proteção do trabalho de crianças e adolescentes, com submissão a trabalho noturno, insalubre ou perigoso, desvirtuamento de contratos de estágio e de aprendizagem;

d) assédio moral e sexual coletivo;

e) violação coletiva às normas de proteção do trabalho da mulher;

f) violação do meio ambiente do trabalho salubre e seguro³⁴⁵;

g) combate às formas de trabalho escravo;

h) proteção coletiva aos direitos da personalidade de trabalhadores (imagem, privacidade, intimidade, etc.);

i) ofensas à liberdade sindical, dentre outras demandas.

Ressalta-se, ainda, que a igualdade material estabelecida no processo coletivo muitas vezes não se refere apenas ao reequilíbrio das partes na relação jurídica processual (aspecto subjetivo), mas, principalmente, à proteção do bem jurídico metaindividual tutelado pela ação coletiva (aspecto objetivo), cujo titular é a coletividade. Isto porque, pela incidência da regra de distribuição estática, a proteção processual do bem jurídico coletivo se revela prejudicada, devendo ser efetivada por meio da dinamização do

³⁴⁴ “Assim como a própria natureza da relação de emprego, a fraude na seara do Direito do Trabalho possui transcendência social, econômica e política, pois seus efeitos maléficos repercutem sobre diversos aspectos da sociedade. Ao se contratar empregados por meio de mecanismos jurídicos fraudulentos, além da sonegação de direitos sociais dos trabalhadores, referida prática reflete-se por toda a ordem jurídica social, pois, por meio dela, reduz-se a capacidade financeira do sistema de seguridade social, diminuem-se os recolhimentos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, impossibilitando a utilização dos recursos em obras de habitação e de infraestrutura, precariza-se as relações de trabalho com prejuízos ao meio ambiente de trabalho e, consequentemente, à integridade física e à saúde dos trabalhadores, com aumentos de gastos estatais neste setor; acentuam-se as desigualdades sociais e os problemas delas decorrentes; assoberba-se o Judiciário Trabalhista com uma pletora de demandas judiciais. Enfim, referidas condutas causam intensa perturbação ao corpo social, suscitando uma reparação pelos danos sociais e morais coletivos, nos termos das Leis n. 7.347/85 e 8.078/90, cuja responsabilização já está amplamente consolidada na doutrina e na jurisprudência” (SANTOS, Ronaldo Lima dos, *Fraudes nas relações de trabalho: morfologia e transcendência*, p. 101).

³⁴⁵ “Em ação civil pública, regra geral, o ônus da prova pertence a quem faz as alegações. Mas em certas situações pode-se inverter esse ônus para o réu, principalmente quando ele tem mais facilidade para tanto. Em matéria de Direito Ambiental, essa inversão ganha maior importância, pois o objeto dessa nova disciplina é a tutela da vida em todas as suas formas. Ademais, o interesse não é meramente individual, mas da sociedade. Trata-se de interesse público indisponível que reclama tutela mediante responsabilidade compartilhada dos Poderes Públicos e da sociedade” (MELO, Raimundo Simão de, *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*, p. 161).

encargo probatório. A incidência do princípio da igualdade material no processo coletivo, portanto, se volta também ao reequilíbrio da proteção do direito ou interesse metaindividual, e não apenas dos sujeitos processuais³⁴⁶.

Exemplo disso pode ser verificado em matéria de tutela coletiva do meio ambiente do trabalho. Dentre os instrumentos de prevenção das condições de segurança e higiene do meio ambiente do trabalho, aparecem as figuras da interdição e do embargo, previstas no artigo 161 da Consolidação das Leis do Trabalho, podendo ser decretados mediante a apresentação de laudo técnico que demonstre grave e iminente risco para o trabalhador.

A partir dessa disposição, foi aprovado na **1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho** o **Enunciado n. 60**, tratando da possibilidade de atribuir o ônus da prova ao empregador, por meio da teoria da distribuição dinâmica, quanto à comprovação das boas condições de segurança e do controle dos riscos no meio ambiente do trabalho, em sede de ação coletiva, após audiência de justificação prévia, na hipótese de inexistência de laudo técnico preliminar, por deter as melhores condições probatórias:

60. INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO E AFINS. AÇÃO DIRETA NA JUSTIÇA DO TRABALHO. REPARTIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA.

I – A interdição de estabelecimento, setor de serviço, máquina ou equipamento, assim como o embargo de obra (artigo 161 da CLT), podem ser requeridos na Justiça do Trabalho (artigo 114, I e VII, da CRFB), em sede principal ou cautelar, pelo Ministério Público do Trabalho, pelo sindicato profissional (artigo 8º, III, da CRFB) ou por qualquer legitimado específico para a tutela judicial

³⁴⁶ “A hipossuficiência na produção da prova nestes casos é da coletividade, ainda que esteja sendo tutelada em juízo pelo Ministério Público. Embora o Ministério Público disponha do inquérito civil como instrumento para a coleta de informações, há situações em que ainda assim a prova é extremamente difícil de ser produzida, reclamando a inversão do ônus da prova, sob pena de caracterizar-se a *probatio diabólica*” (SCHINESTCK, Clarissa Ribeiro, *A inversão do ônus da prova nas demandas coletivas trabalhistas*, p. 256-257); “É importante frisar que a regra de inversão do ônus da prova inspira-se em duas evidências: a primeira, a relevância social e a necessidade imperiosa de proteção do direito material cuja tutela se almeja; a segunda, aposição de vulnerabilidade de uma das partes (a que titulariza o direito substancial), circunstância geradora de desigualdade na atuação processual” (MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de, *A prova na ação civil pública trabalhista*, p. 590); “A jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça reconhece, inclusive, que a modificação do responsável pelo encargo probatório funda-se não apenas na pertinência subjetiva de quem detenha melhores condições de produzi-la, mas até mesmo para proteger a sociedade. Mesmo que as razões desse entendimento não coincidam com os motivos que usualmente fundamentam a distribuição dinâmica do ônus da prova – salvaguardar a sociedade não significa necessariamente atribuir a responsabilidade a quem tenha maior facilidade de produzi-la -, a verdade é que, na maioria dos casos, o resultado não seria diferente. Não raro, o demandado em processo coletivo terá capacidade técnica e o conhecimento dos fatos em grau superior ao demandante” (BRASIL JR., Samuel Meira, *A prova no processo coletivo. Distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 582-583).

coletiva em matéria labor-ambiental (artigos 1º, I, 5º, e 21 da Lei 7.347/85), independentemente da instância administrativa.

II – Em tais hipóteses, a medida poderá ser deferida [a] “*inaudita altera parte*”, em havendo laudo técnico preliminar ou prova prévia igualmente convincente; [b] após audiência de justificação prévia (artigo 12, caput, da Lei 7.347/85), caso não haja laudo técnico preliminar, mas seja verossímil a alegação, invertendo-se o ônus da prova, à luz da teoria da repartição dinâmica, para incumbir à empresa a demonstração das boas condições de segurança e do controle de riscos.

Assim, defendemos que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova pode, e deve, ser aplicada no âmbito das ações coletivas trabalhistas, inclusive quando o substituto processual for o Ministério Público do Trabalho, desde que verificada a hipossuficiência probatória, definida a partir dos critérios objetivos estudados anteriormente, notadamente para a tutela processual adequada do direito ou interesse metaindividual relacionado.

5.8. Proposta legislativa

Como analisado no terceiro capítulo, a aplicação subsidiária das regras do direito processual comum ao processo do trabalho, por força do artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, é bastante discutível, defendendo-se a incidência não apenas nas hipóteses de omissão normativa, mas também quanto às lacunas ontológicas e axiológicas das regras processuais juslaborais. Esse debate se verifica, inclusive, quanto à aplicação subsidiária do artigo 333 do Código de Processo Civil, vez que o Direito Processual do Trabalho possui norma específica sobre distribuição do ônus da prova, consubstanciada no artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Portanto, ainda que a teoria da distribuição dinâmica seja incorporada ao texto normativo do Novo Código de Processo Civil - caso aprovado o Projeto de Lei n. 8.046/2010 -, entendemos que o melhor seria a inserção direta e expressa da referida técnica no Direito Processual do Trabalho, incluindo norma regulamentadora específica, incorporando as vicissitudes do processo especializado e de seus procedimentos, fundados em valores e escopos próprios, erigidos a partir da peculiar relação jurídica material trabalhista tutelada, garantindo maior segurança jurídica às partes.

No mais, a regra do artigo 852-D da Consolidação das Leis do Trabalho, apesar de, em nosso entendimento, incorporar a dinamização no Direito Processual do Trabalho, não é expressa a tanto, podendo gerar dúvidas e discussões.

Assim, propomos a existência de regra específica acerca do acolhimento da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho.

A partir dos critérios objetivos de aplicação da distribuição dinâmica definidos anteriormente, propomos a seguinte redação para alteração legislativa:

Art. 818-A. Verificando o juiz, a partir das peculiaridades do caso concreto, que a parte onerada em razão da incidência da regra do artigo anterior não possui condições materiais, financeiras, técnicas, sociais ou informacionais de produzir prova das alegações deduzidas, poderá, excepcionalmente, inclusive de ofício, em decisão fundamentada e observado o contraditório, atribuir à parte contrária o ônus de produzir prova a respeito, desde que esta possua as condições necessárias.

§ 1º. A decisão proferida deverá indicar sobre quais alegações o ônus será atribuído à parte com melhores condições probatórias.

§ 2º. Se a parte onerada inicialmente pelo artigo anterior adquirir, no curso do processo, condições de produzir prova, o encargo deverá lhe ser atribuído. Na hipótese de a parte onerada pela distribuição dinâmica perder as condições de produção da prova por fatores supervenientes, a distribuição do encargo deverá ser regulada pelo critério do artigo anterior.

§ 3º. A dinamização do ônus da prova poderá ser efetivada, a critério do juiz, a partir da audiência de instrução, mas sempre antes do encerramento da fase probatória, garantindo oportunidade para que a parte onerada possa desempenhar adequadamente seu encargo.

A redação proposta agrega os critérios objetivos de aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho, quais sejam: subsidiariedade da técnica; possibilidade de aplicação *ex officio*, por meio dos poderes instrutórios e das máximas de experiência; vedação ao comodismo processual e à *probatio diabolica* reversa, observando o binômio *impossibilidade/extrema dificuldade sua na produção da prova - possibilidade/maior facilidade na produção para o outro*; exigência de fundamentação da decisão, explicitando sobre quais alegações a carga será atribuída à parte com melhores condições, com observância do princípio do contraditório; vedação à *carga superveniente*; dinamização do ônus sempre na fase instrutória, a critério do juiz, de acordo com a dinâmica da colheita das provas, dando-se reais oportunidades para que a parte onerada possa se desincumbir adequadamente do encargo.

Esta a nossa proposta para incorporação legislativa da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no âmbito do Direito Processual do Trabalho.

CONCLUSÕES

O Direito do Trabalho, ao longo das últimas décadas, vem passando por inúmeras transformações, principalmente em razão do processo de globalização, do advento de novos meios de comunicação, da flexibilização de direitos trabalhistas, da incorporação dos fundamentos da concepção contemporânea dos Direitos Humanos e da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, mudanças as quais, no Direito Processual do Trabalho, se traduzem como novas demandas. As modernas teorias do Direito Processual, tendo como base três preceitos fundamentais: a instrumentalidade do processo, a constitucionalização das normas e garantias processuais (também chamada de Neoprocessualismo, formalismo-valorativo ou Direito Constitucional Processual) e a efetividade do instrumento processual.

Esses aspectos do Direito do Trabalho e das modernas teorias do Direito Processual influenciam diretamente o Direito Processual do Trabalho. Com efeito, diante desse quadro de evolução dos direitos trabalhistas, o Direito Processual do Trabalho precisa ser revisitado, procurando-se analisar a eficácia de seus mecanismos processuais, face à necessidade de tutela efetiva dessas novas demandas. Da mesma forma, considerando que o Direito Processual do Trabalho se insere na Teoria Geral do Processo, há necessidade de seu estudo frente às modernas teorias do Direito Processual, como forma de aperfeiçoamento dos instrumentos processuais trabalhistas. Um desses instrumentos processuais é justamente o ônus da prova. Portanto, é de suma importância analisar se a disciplina legal acerca da distribuição do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho ainda se revela como mecanismo efetivo à tutela dos direitos trabalhistas, face às novas demandas e às modernas teorias do Direito Processual.

A palavra *prova* tem como origem o vocábulo latino *probatio*, que remete ao significado de prova, ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação, confirmação, possuindo natureza polissêmica, com acepções comuns e jurídicas. Em termos técnico-jurídicos, a palavra prova também pode ser analisada sob diversos aspectos. Num sentido objetivo, é entendida como a atividade probatória desenvolvida e os meios empreendidos para demonstração da veracidade dos fatos alegados. Num sentido subjetivo, representa a convicção que se forma no espírito do juiz acerca da existência ou não dos fatos deduzidos no processo.

A origem etimológica da palavra *ônus* remete ao vocábulo latino *onus*, *oneris*, significando carga, fardo, peso. Ônus possui significado próprio, distinguindo-se dos conceitos de obrigação e dever, podendo ser definido como “subordinação de um interesse próprio a outro interesse próprio”. No ônus, o sujeito pode ou não adotar a conduta descrita na norma, tendo liberdade para tanto, o que não ocorre na obrigação e no dever; o não cumprimento de um ônus não se configura como ilícito, nem acarreta sanção, ao contrário do descumprimento de uma obrigação ou de um dever; o ônus regula interesse do próprio onerado, enquanto que a obrigação regula interesse do titular do direito subjetivo correspondente, e o dever pode se referir ao interesse de toda a coletividade. Na relação jurídica processual, o ônus relaciona-se diretamente ao liberalismo processual.

Dentre os diversos ônus existentes no processo (ônus de afirmar, ônus de contestar, ônus de requerer a produção da prova, entre outros), destaca-se o ônus da prova, o qual pode ser definido como *subordinação do interesse próprio da parte em produzir provas ao próprio interesse em obter um resultado processual final favorável*. O ônus da prova difere sensivelmente do instituto do ônus. Enquanto que o cumprimento do ônus tem como consequência imediata, para a parte, a obtenção de uma posição de vantagem, o desvencilhamento do ônus da prova não se traduz, necessariamente, em julgamento favorável, assim como, ao revés, a sua não observância não impede um julgamento favorável à parte que detinha o ônus e dele não se desincumbiu. O ônus da prova não pode ser compreendido como dever processual da parte em produzir provas, pois ônus e dever são institutos distintos, sendo que ônus da prova não significa dever de provar.

A regra geral de distribuição do ônus da prova no atual sistema processual civil brasileiro está prevista nos incisos do artigo 333 do Código de Processo Civil (ao autor incumbe provar os fatos constitutivos do seu direito alegado, enquanto que ao réu cabe provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado pelo autor). Essa distribuição do ônus da prova é feita de acordo com a posição da parte na relação jurídica processual (autor ou réu) e a natureza dos fatos que embasam suas pretensões ou exceções (constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos), a partir do interesse da parte em provar a alegação formulada. Trata-se de *distribuição estática* do ônus da prova, em que ao autor *sempre* incumbe a prova do fato constitutivo de seu direito, enquanto que ao réu *sempre* incumbe a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Essa posição, apesar de garantir estabilidade e segurança jurídica ao sistema processual, parte da premissa de que os sujeitos processuais detêm as mesmas condições materiais, financeiras, técnicas, sociais e informacionais para produção

da prova (igualdade formal), e que a falta ou insuficiência dessa produção decorre de uma postura negligente e comodista da parte onerada, a qual possui ampla liberdade de agir. Trata-se de regra privatista de distribuição do ônus da prova, que ignora a visão publicista do processo, o direito fundamental à prova e o princípio constitucional de igualdade material. O parágrafo único do artigo 333 determina ser nula a convenção entre as partes que distribua o ônus da prova de maneira diversa da prevista nos incisos, quando recair sobre direito indisponível ou tornar excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito, dando sinais de o sistema processual autorizar a alteração dessa rigidez.

Em sua estrutura funcional, o ônus da prova pode ser analisado sob dois aspectos: o ônus da prova subjetivo e o ônus da prova objetivo. O ônus da prova em sentido subjetivo exerce a função de organizar a conduta das partes quanto à produção da prova das alegações, indicando aquilo que cada parte deverá provar, enquanto que o ônus da prova em sentido objetivo proporciona meios objetivos para que o juiz decida a demanda em casos de insuficiência ou inexistência de prova das alegações, diante da vedação legal de emissão do *non liquet*, determinando prévia e abstratamente quem deve suportar os riscos dessa ausência ou insuficiência de provas. A função subjetiva do ônus da prova é minimizada pela doutrina, sustentando-se que a necessidade de análise do ônus da prova surge no processo no momento do julgamento (ônus da prova objetivo), em razão da insuficiência ou inexistência de provas produzidas, constatada pelo magistrado apenas no momento de proferir a decisão final. No entanto, considerando que uma decisão proferida com base em provas produzidas é muito mais eficaz, do ponto de vista do escopo social do processo, do que uma sentença emanada de acordo com regras abstratas de julgamento (ônus da prova objetivo), a qual atende apenas ao escopo jurídico do processo, a regra de condutas das partes (ônus da prova subjetivo) deve ser valorizada, pois, na maioria das vezes a insuficiência ou inexistência de provas decorre da errônea atribuição da carga probatória na fase de instrução. Assim, organizar corretamente a conduta probatória das partes é diminuir a chance de incidência da regra de julgamento.

O postulado *negativa non sunt probanda* foi, aos poucos, superado. Deve-se distinguir *negação de fato* de *alegação de fato negativo*. Na hipótese de negação do fato deduzido, não há incumbência de ônus da prova ao réu que formula a negação, permanecendo a carga com o autor. Quanto à alegação de fato negativo, o réu pode ter de suportar o ônus de comprová-lo, caso reste configurado como impeditivo, extintivo ou modificativo da pretensão do autor. Isso porque, todo fato negativo alegado corresponde a um fato positivo, o qual deverá ser comprovado por quem o deduz.

A *probatio diabolica* está diretamente relacionada a um quadro de desigualdade probatória na relação jurídica processual, em que a parte que não detém as melhores condições materiais, financeiras, técnicas, sociais e informacionais de produzir a prova suporta o ônus processual e o risco de sua eventual ausência.

A inversão judicial do ônus da prova é aquela operada pelo juiz, no caso concreto, de acordo com critérios estabelecidos na lei. Trata-se de técnica que busca o reequilíbrio dos litigantes na relação jurídica processual, em observância ao direito fundamental à prova e ao princípio de igualdade material no processo. No sistema processual civil brasileiro, está prevista no inciso VIII do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, de modo que o juiz poderá inverter o ônus da prova caso constatare, com base nas regras ordinárias de experiência, a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência da parte. Fato verossímil é aquele que se assemelha ao fato verdadeiro, que pode ser considerado como legítimo diante daquilo que acontece normalmente, não precisando ser comprovado, devendo a parte contrária fazer a contraprova, caso queira garantir melhor resultado processual na demanda. Trata-se de verdadeira presunção judicial. Já a hipossuficiência deve ser analisada sob o ponto de vista probatório, considerada como a reduzida capacidade da parte em produzir prova acerca das alegações que lhe interessam (ausência de condições materiais, financeiras, técnicas, sociais e informacionais de produzir a prova), não se restringindo, portanto, à mera dificuldade financeira. O momento processual adequado para se proceder à inversão judicial no processo civil é a fase de saneamento do processo, em que o magistrado fixa os pontos controvertidos, decide as questões processuais pendentes e determina as provas a serem produzidas. Proceder à inversão judicial em momento anterior à decisão final significa estimular a atividade probatória das partes, organizando, de acordo com o caso concreto e as reais condições dos litigantes, a distribuição da carga probatória.

As presunções legais absolutas são aquelas que não admitem prova em sentido contrário, sendo verdadeiros resquícios do sistema de prova tarifada ou legal. Uma vez comprovado o fato do qual se extrai a presunção prevista na lei, é vedado ao juiz admitir prova em sentido contrário à presunção reconhecida. Já as presunções legais relativas são as que admitem prova em sentido contrário, tanto do indício quanto do fato presumido. Nesse sentido, a parte adversa à qual milita favorável a presunção pode produzir prova em sentido contrário, demonstrando a inexistência do indício e, até mesmo, do fato presumido pela lei. As presunções simples ou judiciais são as estabelecidas pelo juiz, no caso concreto, com base nas máximas de experiência. Assim como as presunções

legais relativas, admitem prova em sentido contrário. As presunções relacionam-se diretamente com a admissibilidade da prova, vez que o artigo 334 do Código de Processo Civil, o qual disciplina o objeto da prova, determina, no inciso IV, que independem de prova os fatos “em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”. Assim, tanto as presunções legais relativas quanto as judiciais não estabelecem inversões do ônus da prova, mas, sim, mera dispensa do ônus de provar para a parte que alega o fato presumido, pois atuam no objeto da prova, não alterando a distribuição da carga probatória.

A responsabilidade civil objetiva não enseja inversão do ônus da prova, pois atua na admissão da prova, delimitando o *thema probandi* ao retirar os elementos subjetivos (culpa ou dolo) dos requisitos da obrigação de indenizar. Desse modo, o autor resta dispensado pela lei de produzir prova acerca dos elementos subjetivos da responsabilidade civil, mas não dos demais requisitos da obrigação de indenizar (nexo de causalidade, a ação ou omissão (fato lesivo) do agente e o dano ou prejuízo aferido), enquanto que o réu pode produzir contraprovas que afastem sua responsabilidade (culpa exclusiva da vítima, culpa concorrente, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior, e inexistência do dano).

A regra geral de distribuição do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho está prevista no artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual determina que “a prova das alegações incumbe à parte que as fizer”. Esta disposição é genérica e lacônica, e sua literal observância pode levar a casos em que seja atribuído à parte ônus de comprovar negações de fato. Ainda que exista norma expressa e específica disciplinando a matéria do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho, a lacuna referida pelo artigo 769 do texto consolidado não é apenas a normativa, mas, também, a ontológica e a axiológica. Assim, as normas do direito processual comum podem ser aplicadas ao processo do trabalho quando as regras destes estiverem ultrapassadas, ou impedirem a efetiva tutela jurisdicional. Contudo, adotar a regra do artigo 333 do Código de Processo Civil como única alternativa não se revela solução mais viável, diante das especificidades das relações materiais laborais, e da própria relação jurídica processual trabalhista. Por isso, sustenta-se a adoção de outros critérios e parâmetros para distribuição do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho, notadamente a *distribuição dinâmica* da carga probatória.

Diante dos problemas técnicos e práticos advindos da aplicação do artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, defende-se a adoção da inversão judicial do ônus da prova, previsto no Código de Defesa do Consumidor, no Direito Processual do

Trabalho. Como requisito para a inversão, a hipossuficiência deve ser entendida como a reduzida capacidade do trabalhador de produzir prova das alegações que lhe interessam (ausência de condições materiais, financeiras, técnicas, sociais e informacionais para produção da prova), não se restringindo, pois, à dificuldade meramente econômica. Não basta a existência de disparidade econômica entre trabalhador e empregador para configuração da hipossuficiência probatória. De acordo com a tramitação peculiar do processo do trabalho, a inversão judicial do ônus da prova deve ser aplicada, por meio de decisão fundamentada, durante a audiência de instrução, seja em seu início, após a apresentação da defesa, seja até o seu término, após a colheita da prova testemunhal, mas, sempre, antes do encerramento da instrução processual, dando prévia ciência às partes acerca de sua incidência, possibilitando a produção de provas e contraprovas.

A aplicação do princípio protetor no Direito Processual do Trabalho busca reequilibrar as partes na relação jurídica processual, assim como sucede na relação jurídica material, materializando o princípio constitucional da igualdade material no processo. Constitui fundamento para inversão judicial do ônus da prova no processo do trabalho. O princípio *in dubio pro operario* não pode ser aplicado como critério de solução do litígio em caso de insuficiência, inexistência ou equivalência probatória, sob pena de violação da regra de julgamento (ônus da prova objetivo), arbitrariedade da decisão e perda da cientificidade do Direito Processual do Trabalho.

Em razão da obrigatoriedade legal de registro escrito e documentado de certos atos e negócios jurídicos, sustenta-se a existência do princípio da pré-constituição da prova. A pré-constituição de documentos pelo empregador pode caracterizar sua melhor condição probatória em relação ao empregado, mas não autoriza, por si só, a inversão judicial do ônus da prova.

Nos termos do princípio da aptidão para a prova, a comprovação de determinada alegação deverá ser realizada pela parte que detenha, no caso concreto, as melhores condições materiais, financeiras, técnicas, sociais ou informacionais de efetuarla, independentemente de sua posição na relação jurídica processual e da natureza do fato alegado a ser provado, atuando como parâmetro de configuração do estado de hipossuficiência probatória do trabalhador frente ao empregador.

A técnica de inversão judicial do ônus da prova apresenta algumas imperfeições que geram certas distorções na técnica processual, a começar pelo próprio termo “inversão” e sua relação com o que, de fato, ocorre na distribuição da carga probatória entre os litigantes a partir de sua incidência. A melhor solução para a disciplina

legal de repartição dos encargos no processo trabalhista é a adoção da chamada *teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova*. Esta denominação conjuga-se à adaptação da regra de distribuição do ônus da prova aos diversos casos concretos – daí o adjetivo *dinâmica* -, em oposição à distribuição estática. Apresenta como grande causídico o jurista argentino Jorge W. Peyrano, considerado o responsável pela sistematização da *Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas*.

De acordo com a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, a lei delega ao juiz a determinação da carga probatória das partes, com base nas vicissitudes do caso concreto e do direito material invocado, devendo analisar qual delas apresenta a melhor condição para produzir a prova das alegações, independentemente de quem as tenha formulado. É incorreto sustentar que a técnica de inversão judicial do ônus da prova configura-se como distribuição dinâmica, e vice-versa. Isso porque, pela teoria das cargas dinâmicas, o ônus probatório é distribuído de maneira originária, e não posterior a uma distribuição já realizada pela lei. O que ocorre, de fato, é o afastamento da incidência da regra de distribuição estática para aplicação de outra norma processual, a da distribuição dinâmica, e não a inversão da própria regra estática. Com o surgimento da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, a técnica de inversão judicial restou esvaziada. Melhor do que se falar em “inversão” judicial, é se referir a *dinamização judicial* do ônus da prova. *Dinamização*, porque relacionada às vicissitudes dos casos concretos, os quais são dinâmicos por natureza, refletindo as constantes e rápidas alterações da sociedade pós-moderna. *Judicial*, porque operada pelo magistrado, e não pelo abstracionismo da lei. Desse modo, temos, de um lado, a *distribuição legal-estática do ônus da prova*, como regra geral. E de outro, a *distribuição judicial-dinâmica do ônus da prova*, como regra subsidiária, a ser aplicada quando a incidência da regra geral resulte em desequilíbrio probatório entre as partes na relação jurídica processual, verificado pelo magistrado, no caso concreto.

A aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual Brasileiro encontra fundamentos no direito fundamental à prova, no princípio da igualdade material no processo e no artigo 333, parágrafo único, inciso II, do Código de Processo Civil. Está inserida no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, no Projeto de Lei da Ação Civil Pública e no Projeto de Código de Processo Civil (PL n. 8.046/2010), atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados.

O direito fundamental à prova tem assento constitucional, podendo ser extraído do direito fundamental de acesso à justiça e dos princípios constitucionais

processuais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. As normas processuais trabalhistas, infraconstitucionais, não podem ser estruturadas, interpretadas e aplicadas de modo a restringir o pleno exercício do direito fundamental à prova, sob pena de inconstitucionalidade. Ao onerar a parte com melhores condições de produção da prova, a teoria da distribuição dinâmica torna mais viável a comprovação das alegações imprescindíveis à demanda, fomentando o direito fundamental à prova.

Por sua natureza constitucional, o princípio da igualdade se irradia por todo o ordenamento jurídico, inclusive pelo Direito Processual do Trabalho, se manifestando como princípio de igualdade das partes na relação jurídica processual laboral, dirigido tanto ao legislador quanto ao juiz. Dessa necessidade de observância do princípio de igualdade material das partes na relação jurídica processual trabalhista, e do próprio princípio protetor, com o escopo de corrigir distorções substanciais advindas da relação de direito material, que se projetam para o processo, surge a fundamentação da aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho.

Ao estabelecer que o magistrado trabalhista, a partir do ônus probatório de cada litigante, poderá, com base em seus poderes instrutórios, *limitar* ou *excluir* as provas que considerar excessivas, o artigo 852-D da Consolidação das Leis do Trabalho incorpora, definitivamente, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho.

Com o objetivo de que não haja violação a direitos e garantias constitucionais e infraconstitucionais, notadamente aos princípios constitucionais processuais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, devem ser fixados critérios para aplicação da teoria de distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho, quais sejam: subsidiariedade e excepcionalidade em relação à distribuição estática, de modo que as duas técnicas subsistam no sistema processual trabalhista; constatação de que a parte onerada em razão da dinamização esteja em “*posição privilegiada*”, evitando-se o comodismo processual da parte que invoca a teoria; vedação da configuração da *probatio diabolica* reversa; observância do binômio *impossibilidade/extrema dificuldade do empregado na produção da prova - possibilidade/maior facilidade na produção para o empregador*; aplicação por decisão fundamentada; vedação da chamada *carga superveniente*.

O magistrado trabalhista deverá aplicar a distribuição dinâmica da carga probatória, em regra, durante a audiência de instrução, seja em seu início, após a apresentação da defesa, seja até o seu término, após a colheita da prova testemunhal, mas,

sempre, antes do encerramento da instrução processual, dando prévia ciência às partes acerca da incidência da referida técnica processual, de caráter excepcional, possibilitando a produção de provas e contraprovas de acordo com a atribuição do ônus probatório conferida pela dinamização. O juiz poderá se convencer da necessidade de relativização do ônus da prova, no caso concreto, em qualquer momento da fase de produção da prova, mas sempre dando oportunidade à parte, onerada pela dinamização, de alegar se tem ou não, de fato, as melhores condições de produção da prova, em observância aos princípios constitucionais processuais do contraditório e da ampla defesa.

Qualquer procedimento que aplique de forma incorreta a distribuição dinâmica do ônus da prova deve ser configurado como ato processual absolutamente nulo, impossível de ser convalidado ou confirmado, podendo ser invalidado por iniciativa das partes ou *ex officio*, na medida em que afronta preceitos de índole constitucional (direito fundamental à prova e princípio da igualdade material no processo), tanto em relação às condicionantes processuais quanto às condicionantes materiais da distribuição dinâmica.

A dinamização do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho poderá ser impugnada por meio de recurso ordinário ou recurso de revista, observados os pressupostos recursais atinentes.

Definida pelo Tribunal a aplicação da distribuição dinâmica, o conjunto probatório apenas poderá ser analisado na sequência do julgamento, pelo próprio Tribunal, sob a ótica da nova regra, se a parte agora onerada, em decorrência do acórdão proferido, tiver tido a oportunidade, no Juízo *a quo*, de produzir provas e se desvencilhar satisfatoriamente do novo encargo. Do contrário, ausente essa possibilidade, a decisão de origem deverá ser anulada, os autos baixados à origem e a instrução probatória reaberta, dando a oportunidade à parte agora onerada de produzir provas sob a incidência da regra de distribuição dinâmica, definida pelo Tribunal. Se o Tribunal, ao revés, determinar a dinamização, passando, na sequência do julgamento, a analisar as provas produzidas, concluindo pela inexistência ou insuficiência de provas necessárias ao deslinde do feito, sendo que a parte agora onerada não tenha tido oportunidade de produzir provas no Juízo de origem, suportando julgamento desfavorável com base na regra de julgamento (ônus da prova objetivo), entendemos que esse procedimento viola os princípios constitucionais processuais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, e, por conseguinte, do direito fundamental à prova, sendo, pois, nulo de pleno direito. No entanto, se a parte onerada em razão da dinamização pelo Tribunal tenha tido a oportunidade de ampla produção de provas na origem, o Juízo *ad quem* poderá prosseguir no julgamento,

analisando o conjunto probatório sob os parâmetros da regra excepcional, sem configuração de violação dos preceitos constitucionais processuais mencionados.

Diante do dever de documentação da jornada de trabalho (artigo 74, parágrafo 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho), o empregador configura-se como em melhores condições de produzir prova acerca dos horários prestados pelo empregado, podendo apresentar em juízo, sem maiores obstáculos, os controles de ponto. A iniciativa da prova, portanto, deve partir do empregador, devendo a ele ser atribuído o ônus da prova, por meio da distribuição dinâmica. A adoção do sistema de Registro Eletrônico de Ponto (Portaria n. 1.510/2009 do Ministério do Trabalho e Emprego), com a emissão de comprovante, não caracteriza o empregado como a parte com melhores condições de produzir prova a respeito da jornada prestada, vez que desproporcional e desarrazoado exigir do trabalhador que, com a inicial, junte todos os comprovantes emitidos ao longo de todo o período contratual.

Alegada supressão do vale-transporte, o empregador cabe comprovar o regular fornecimento, ou a recusa do recebimento do benefício pelo empregado, por meio de juntada de recibos e declarações negativas, por exemplo, por deter as melhores condições probatórias. Poderá comprovar, também, fato impeditivo da pretensão do reclamante, como proximidade da residência do trabalhador em relação ao local da prestação de serviço, utilização de veículo próprio, de carona, de bicicleta, etc, ou seja, situações que denotem a desnecessidade do benefício. Ao empregado, por sua vez, deverá ser atribuído o ônus de comprovar os requisitos previstos no artigo 7º do Decreto, notadamente os relacionados ao deslocamento, tais como itinerário, trajeto, mudança de tarifas, mudança de endereço, etc., comprovando a necessidade da concessão do benefício, por possuir as melhores condições probatórias para tanto.

Em matéria de equiparação salarial, o empregado tem o ônus de comprovar apenas a identidade entre a sua função desempenhada e a do paradigma, por se tratar de fato constitutivo de seu direito, caso a reclamada negue totalmente a pretensão. Ao empregador deve ser atribuída a carga probatória quanto aos demais requisitos para a equiparação salarial, seja pelo critério da distribuição estática (alegação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da pretensão do reclamante), seja pelo critério da distribuição dinâmica (melhor condição probatória).

Diante da obrigação de proceder aos depósitos e do dever de prestar informações acerca dos valores recolhidos, é do empregador o ônus de comprovar a

regularidade dos depósitos do FGTS, caso alegado o inadimplemento, por ter acesso aos comprovantes de depósito dos valores, configurando a melhor condição probatória.

Negada a prestação do serviço pelo empregador, o ônus de comprovar a relação empregatícia é do reclamante. Comprovada a relação entre as partes, presume-se, pelas máximas de experiência, a continuidade do contrato, sendo que a alegação de ausência de despedimento equivale à afirmação de que houve ou pedido de demissão, ou cometimento de atos que impliquem na demissão por justa causa do empregado, sendo ônus do empregador comprovar tais alegações.

O ônus de comprovar os requisitos materiais para obtenção do salário-família (existência de filho menor de 14 anos ou inválido, atestado de vacinação, comprovante de frequência escolar, baixa renda) deve ser atribuído ao reclamante, pois, além de representar fato constitutivo de seu direito, possui as melhores condições probatórias para tanto, pois detém os documentos necessários. Ao empregador cabe comprovar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da pretensão do reclamante, tais como pagamento do benefício, não recebimento dos documentos necessários à concessão do salário-família, não enquadramento do empregado como de baixa renda, etc. Comprovado pelo empregado os requisitos materiais para obtenção do benefício do salário-família, a efetivação do requisito formal de entrega dos documentos ao empregador deve ser presumida em seu favor, sendo dispensado de produzir prova a respeito, vez que não é razoável crer que tenha abdicado de seu direito tendo possibilidade de fruição.

O empregado que formula em juízo pedido de indenização decorrente de acidente de trabalho, fundado na responsabilidade civil objetiva, está desonerado de comprovar a existência dos elementos subjetivos da obrigação de reparar (dolo e culpa), pois o que impõe a obrigação do agente é o risco da atividade, e não a existência de culpa ou dolo no evento, além, certamente, dos elementos objetivos da responsabilidade. Os elementos subjetivos não são considerados como requisitos da obrigação de indenizar, sendo retirados do *thema probandi* pela norma de direito material. Assim, basta a comprovação dos elementos objetivos da responsabilidade civil (o nexo de causalidade, a ação ou omissão (fato lesivo) do empregador e o dano ou prejuízo aferido), sendo que o empregador poderá eximir-se da responsabilidade comprovando culpa exclusiva da vítima, culpa concorrente, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior, ou inexistência do dano. Entendendo-se pela presunção de existência de culpa do empregador no evento danoso, o empregado é dispensado do encargo de produzir prova a respeito dos elementos subjetivos da obrigação de indenizar. Entendendo-se pela aplicação da responsabilidade civil

subjetiva no acidente do trabalho, ao empregador deve ser conferida a iniciativa da prova acerca da alegação de sua culpa na ocorrência do evento danoso, pois detém toda a documentação referente à comprovação do cumprimento da legislação atinente às medidas de segurança e medicina do trabalho, estando em melhores condições probatórias. Quanto ao dano moral, este não precisa ser comprovado pelo reclamante, sendo presumido em razão da ocorrência da própria lesão oriunda do acidente do trabalho. O princípio da precaução, em matéria de meio ambiente do trabalho, importa em mera dispensa do ônus de provar em favor do demandante, seja na ação individual, seja na ação coletiva.

O reclamante poderá ser dispensado de produzir prova acerca da alegação de assédio moral ou sexual, caso o magistrado trabalhista reconheça indícios da prática da conduta abusiva, como rigor excessivo, queda involuntária de produção, tratamento diferenciado do empregado, etc. A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova também poderá ser aplicada, mas apenas na hipótese de o empregador deter meios de se desvencilhar da carga. Do contrário, atribuir-lhe o ônus apenas porque a carga se revela excessivamente difícil para o empregado configura violação aos princípios do devido processo legal e da igualdade material no processo.

Considerando ser o empregador quem detém toda a documentação relativa a seus empregados, o ônus de produzir prova sobre a alegação de ocorrência de práticas discriminatórias deve a ele ser atribuído por meio da distribuição dinâmica, por possuir as melhores condições probatórias para tanto. Desse modo, será do empregador o ônus de comprovar o não cometimento de práticas discriminatórias, demonstrando a razoabilidade e a fundamentação da diferenciação praticada.

Em matéria de privacidade e intimidade no meio ambiente de trabalho, o magistrado, a partir de indícios e das máximas de experiência, poderá presumir a violação a esses direitos fundamentais, exonerando o empregado do ônus de comprovar a alegação de ocorrência do ato ilícito.

De acordo com a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, alegado pelo reclamante *culpa in vigilando* da Administração Pública quanto à fiscalização do contrato administrativo firmado com a empresa prestadora, pleiteando responsabilização subsidiária do ente público pelo inadimplemento de créditos trabalhistas, o encargo de comprovar a regular fiscalização do contrato deverá ser atribuído à Administração, por deter as melhores condições probatórias.

Na hipótese de o reclamante trazer aos autos indícios da existência de grupo econômico, o juiz poderá formular presunção judicial em favor do empregado e

dispensá-lo de produzir prova a respeito. Caso o juiz trabalhista verifique que o empregado apresenta dificuldades probatórias quanto à comprovação da alegação de existência de grupo de empresas, sendo que as reclamadas, pelo contrário, detêm condições probatórias de produzir prova a respeito, deverá atribuir a carga probatória às empresas indicadas, por meio da teoria da distribuição dinâmica.

Alegada pelo empregado a existência de sucessão trabalhista, trazidos aos autos indícios da transferência, o juiz trabalhista poderá formular presunção judicial em seu favor, dispensando-o de produzir prova a respeito. No entanto, na maioria dos casos, a empresa indicada como sucessora é quem apresenta melhores condições probatórias de produzir provas acerca da efetivação ou não da sucessão alegada, devendo a esta ser atribuída a carga probatória, por meio da teoria da distribuição dinâmica.

O ônus de comprovar a alegação de impenhorabilidade do imóvel constrito (bem de família) deve ser atribuído ao devedor, seja em razão da distribuição estática (fato constitutivo de seu direito deduzido), seja pela distribuição dinâmica.

O ônus de comprovar a condição financeira a ensejar a concessão da gratuidade processual deve ser atribuído ao empregado, seja pela distribuição estática (fato constitutivo de seu direito), seja pela distribuição dinâmica, por possuir as melhores condições probatórias. O ônus de comprovar que o empregado tem condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família é do empregador que a alega. Contudo, o empregador poderá ser dispensado de produzir prova a respeito, caso traga aos autos indícios de que o empregado não necessita da gratuidade processual.

A técnica de distribuição dinâmica do ônus da prova tem embasamento constitucional (direito fundamental à prova e princípio da igualdade material no processo), e, portanto, pode e deve ser aplicada no Processo Coletivo Trabalhista. Na maioria das vezes, a despeito de o Ministério Público do Trabalho ter à sua disposição recursos financeiros, materiais e humanos, não tem acesso às informações imprescindíveis à produção da prova necessária à comprovação de suas alegações, sendo que, pelo contrário, a parte adversa possui esses dados, configurando a hipossuficiência probatória do *Parquet*, dando ensejo à dinamização do ônus da prova.

Espera-se que o presente estudo tenha contribuído para um melhor entendimento acerca da incidência da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho, estimulando o debate e a evolução do tema proposto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo von. Apontamentos para uma teoria do direito processual do trabalho. In: BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; PEREIRA, José Luciano de Castilho; FAVA, Marcos Neves (Coords). *O direito material e processual do trabalho nos novos tempos: estudos em homenagem ao Professor Estêvão Mallet*. São Paulo: LTr, 2009, p. 136-155.

ALMEIDA, Isis de. *Manual das provas no processo trabalhista*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1991.

ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coord.). *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. São Paulo: Método, 2009, p. 329-365.

BAZZANEZE, Thaís. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios: análise à luz do devido processo legal e do acesso à justiça. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 37, vol. 205, mar. 2012, p. 55-87.

BEBBER, Júlio César. *Processo do trabalho: adaptação à contemporaneidade*. São Paulo: LTr, 2011.

_____. Processo do trabalho sob o enfoque de três princípios (*instrumental, da simplicidade e da cooperação*) indispensáveis à efetividade e tempestividade. In: BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; PEREIRA, José Luciano de Castilho; FAVA, Marcos Neves (Coords). *O direito material e processual do trabalho nos novos tempos: estudos em homenagem ao Professor Estêvão Mallet*. São Paulo: LTr, 2009, p. 366-379.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Poderes instrutórios do juiz*. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2009.

BELTRAN, Ari Possidonio. A responsabilidade civil do empregador. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo: RT, ano 30, n. 115, jul./set. 2004, p. 43-53.

_____. *Direito do trabalho e direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2002.

_____. Direito do trabalho: limites do poder diretivo e outras questões da atualidade. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, ano XXV, n. 82, jun. 2005, p. 10-21.

_____. O Direito do Trabalho em transformação. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, ano XXX, n. 110, dez. 2010, p. 24-29.

_____. O moderno direito do trabalho: novas questões. In: BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; PEREIRA, José Luciano de Castilho; FAVA, Marcos Neves (Coords). *O direito material e processual do trabalho nos novos tempos: estudos em homenagem ao Professor Estêvão Mallet*. São Paulo: LTr, 2009, p. 67-77.

BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales* (Trad. OSSORIO Y FLORIT, Manuel; MONEREO PÉREZ, José Luiz). Buenos Aires: Comares, 2001.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. O princípio da aptidão para a prova e a inversão do ônus da prova a requerimento do Ministério Público do Trabalho. *Revista LTr: legislação, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: LTr, ano 73, n. 2, fev. 2009, p. 185-190.

BRASIL JR., Samuel Meira. A prova no processo coletivo. Distribuição dinâmica do ônus da prova. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita (Coords.). *Em defesa de um novo sistema de Processos Coletivos: Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 577-597.

BRISELLI, Luiz Felipe Sampaio. *A teoria da prova, o princípio protetor e as desigualdades materiais das relações de trabalho*. 2008. Dissertação de Mestrado em Direito do Trabalho apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento comum: procedimento ordinário e sumário*. Vol. 2. Tomo I. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. *Revista de Direito Processual Civil*. V. 4, jul./dez. 1961.

CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. *Studi sul Processo Civile*. Vol. VI. Padova: Cedam, 1957, p. 43-71.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n. 31, out. 2005, p. 9-18.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006.

_____. Inversão do ônus da prova e tutela dos direitos transindividuais: alcance exegético do artigo 6º, VIII, do CDC. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 30, n. 127, set. 2005, p. 101-105.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O ônus da prova na jurisdição das liberdades. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004, p. 169-175.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. NORTHFLEET, Ellen Gracie (Trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARBONE, Carlos Alberto. Cargas probatorias dinamicas: una mirada al derecho comparado y novedosa ampliación de su campo de acción. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Genesis, v. 10, n. 35, jan./mar. 2005, p. 175-196.

CARDOSO, Oscar Valente. Peculiaridades da inversão do ônus da prova no CDC: teoria dinâmica, hipossuficiência e extratos bancários. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n. 102, set. 2011, p. 109-118.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Vol. I. Padova: Cedam, 1936.

CARPES, Artur Thompsen. A distribuição dinâmica do ônus da prova no formalismo-valorativo. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre: Ajuris, ano XXXIII, n. 104, dez. 2006, p. 9-18.

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

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 36ª ed. (Atual. Eduardo Carrion). São Paulo: 2011.

CARVALHO, Priscilla de Souza. A teoria dinâmica do ônus da prova e sua repercussão no Direito Processual do Trabalho. In: KOURY, Luiz Ronan Neves; FERNANDES, Nadia Soraggi; CARVALHO, Ricardo Wagner Rodrigues de (Coords.). *Tendências do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010, p. 149-160.

CASTELO, Jorge Pinheiro. A prova do dano moral trabalhista. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, ano XXII, n. 66, jun. 2002, p. 53-67.

_____. *O direito material e processual do trabalho e a pós-modernidade: a CLT, o CDC e as repercussões do Novo Código Civil*. São Paulo: LTr, 2003.

_____. *O direito processual do trabalho na moderna teoria geral do processo*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1993.

CHAVES, Luciano Athayde. Sobre a efetividade das tutelas jurisdicionais do trabalho. In: VELLOSO, Gabriel; MARANHÃO, Ney (Coords.). *Contemporaneidade e trabalho: aspectos materiais e processuais. Estudos em homenagem ao 30 anos da Amatra* 8. São Paulo: LTr, 2011, p. 292-305.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. O princípio da não discriminação e o ônus da prova. *Revista do TST*. Porto Alegre, v. 76, n. 3, jul./set. 2010, p. 52-71.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*. Vol II. 2ª ed. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1936.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Acesso à justiça e processo do trabalho. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). *Curso de Direito do Trabalho - Direito Processual do Trabalho*. Vol. 4. São Paulo: LTr, 2009, p. 27-45.

_____. O princípio da igualdade como técnica de efetivação dos direitos sociais: destaques para o direito do trabalho e previdenciário. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, ano XXVIII, n. 97, mai. 2008, p. 135-148.

COUTO, Camilo José D'Ávila. *Dinamização do ônus da prova: teoria e prática*. Tese de Doutorado em Direito Processual apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2011.

COUTURE, Eduardo J. *Estudios del derecho procesal civil*. 2ª ed. Tomo I: La Constitución y el Proceso Civil. Buenos Aires: Depalma, 1978.

CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. A evolução da reparação judicial dos danos decorrentes do acidente típico do trabalho. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, ano XXVIII, n. 97, mai. 2008, p. 107-116.

_____. Análise da conjuntura socioeconômica e o impacto no Direito do Trabalho. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso (Coord.). *Direito do Trabalho contemporâneo: flexibilização e efetividade*. São Paulo: LTr, 2003.

_____. O procedimento patronal de revista íntima. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, ano XXX, n. 110, dez. 2010, p. 56-67.

_____. Tutela processual em acidentes do trabalho, espécies de ações acidentárias e a distribuição do ônus da prova. In: BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; PEREIRA, José Luciano de Castilho; FAVA, Marcos Neves (Coords). *O direito material e processual do trabalho nos novos tempos: estudos em homenagem ao Professor Estêvão Mallet*. São Paulo: LTr, 2009, p. 323-340.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, ano 90, volume 788, jun. 2001, p. 92-107.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. 5ª ed. Tomo I. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 1981.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Vol. 1. 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Vol. 2. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Vol. 3. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. Vol. 4. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. 3. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. Vol. 7. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral das obrigações*. Vol. 2. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DUARTE, Regina A.. Os impactos da globalização nas relações de trabalho. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, ano XXII, n. 66, jun. 2002, p. 19-26.

FAVA, Marcos Neves. Por uma revolução no processo do trabalho. In: BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; PEREIRA, José Luciano de Castilho; FAVA, Marcos Neves (Coords). *O direito material e processual do trabalho nos novos tempos: estudos em homenagem ao Professor Estêvão Mallet*. São Paulo: LTr, 2009, p. 425-436.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho: critérios e casuística. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo: RT, ano 34, n. 131, jul./set., 2008, p. 51-63.

FRANCO, Elza Maria M. S. de Sousa. Lineamentos sobre a teoria da inversão do ônus da prova e o princípio da igualdade das partes no processo do trabalho. *Revista LTr: legislação, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: LTr, v. 55, n. 11, nov. 1991, p. 1311-1318.

FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de. Os direitos sociais como direitos humanos num cenário de globalização econômica e de integração regional. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 99-117.

FREUDENTHAL, Sergio Pardal. Aspectos práticos sobre as ações de indenização por acidente de trabalho. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, ano XXX, n. 110, dez. 2010, p. 149-160.

GARCÍA GRANDE, Maximiliano. *Las cargas probatorias dinámicas. Inaplicabilidad*. Rosario: Juris, 2005.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. O direito processual do trabalho no contexto da teoria geral do processo e do direito processual constitucional. In: VELLOSO, Gabriel; MARANHÃO, Ney (Coords.). *Contemporaneidade e trabalho: aspectos materiais e processuais. Estudos em homenagem ao 30 anos da Amatra 8*. São Paulo: LTr, 2011, p. 270-282.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio. *La prueba en el proceso de trabajo*. Madrid: Editorial Civitas, 1994.

GASPARINI, Renata Schimidt. O ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais no processo do trabalho. *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*. São Paulo, IOB, ano XXI, n. 244, out. 2009, p. 69-83.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta; GEMIGNANI, Daniel. Meio ambiente do trabalho. Precaução e prevenção. Princípios norteadores de um novo padrão normativo. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*. Ano VIII, n. 136, 1ª Quinzena de Abril de 2012, p. 73-90.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 98, n. 361, mai./jun. 2002, p. 3-12.

GIGLIO, Wagner D.. *Direito processual do trabalho*. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2007.

GODINHO, Robson Renault. A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre: Ajuris, v. 35, n. 109, mar. 2008, p. 231-244.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Revisitando a temática: binômio processo e direito. Influência na seara trabalhista. In: VELLOSO, Gabriel; MARANHÃO, Ney (Coords.). *Contemporaneidade e trabalho: aspectos materiais e processuais. Estudos em homenagem ao 30 anos da Amatra 8*. São Paulo: LTr, 2011, p. 283-291.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 303-318.

HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-estar no trabalho – redefinindo o assédio moral*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito processual do trabalho*. Tomo I. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 942-951.

LAZARI, Rafael José Nadim de; SOUZA, Gelson Amaro de. Reflexões sobre a perspectiva de uma distribuição dinâmica do ônus da prova: análise de viabilidade. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n. 99, jun. 2011, p. 99-109.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*, 7ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra Leite; MACHADO, Meireely Alvarenga. A nova portaria do MTE sobre registro eletrônico de ponto e a questão da inversão do ônus da prova. *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*. São Paulo: IOB, v. 21, n. 247, jan. 2010, p. 7-16.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: RT, 2002.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. Discriminação no processo do trabalho: dificuldades de prova de sua ocorrência. *Revista LTr: legislação, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: LTr, v. 68, n. 12, dez. 2004, p. 1437-1447.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. Ônus da prova e teoria das cargas dinâmicas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 37, n. 204, fev. 2012, p. 231-242.

MACHADO JÚNIOR, César Pereira da Silva. *O ônus da prova no processo do trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2001.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do Projeto de Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 37, n. 208, jun. 2012, p. 295-316.

MALLET, Estêvão. Algumas notas sobre o tema da discriminação no direito do trabalho. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, ano XXVIII, n. 97, mai. 2008, p. 50-64.

_____. Apontamentos sobre o direito à intimidade no âmbito do contrato de trabalho. In: PINTO, Roberto Parahyba de Arruda (Coord.). *O direito e o processo do trabalho na sociedade contemporânea: homenagem a Francisco Ary Montenegro Castelo*. São Paulo: LTr, 2005, p. 65-83.

_____. *Procedimento sumaríssimo trabalhista*. São Paulo: LTr, 2002.

MANNRICH, Nelson. Jornada extraordinária e controle de ponto eletrônico. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, ano XXX, n. 110, dez. 2010, p. 119-135.

MARECO, Gabriella Dinelly Rabelo. O ônus da prova no direito do trabalho: distribuição dinâmica e inversão. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo: RT, v. 36, n. 140, out./dez. 2010, p. 45-60.

MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coord.). *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. São Paulo: Método, 2009, p. 255-268.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Curso de Processo Civil: Processo de conhecimento*. Vol. 2. 7ª ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Prova*. São Paulo: RT, 2009.

MARQUES, Fabíola. A discriminação nas relações de trabalho. In: PINTO, Roberto Parahyba de Arruda (Coord.). *O direito e o processo do trabalho na sociedade contemporânea: homenagem a Francisco Ary Montenegro Castelo*. São Paulo: LTr, 2005, p. 105-115.

_____. Assédio sexual nas relações de trabalho. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, ano XXV, n. 82, jun. 2005, p. 45-50.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense, modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Ônus da prova relativo no processo do trabalho. *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*. São Paulo: IOB, v. 17, n. 202, abr. 2006, p. 7-14.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. A prova na ação civil pública trabalhista. In: SANTOS, Élisson Miessa dos; CORREIA, Henrique (Coords.). *Estudos aprofundados: Ministério Público do Trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 557-597.

MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2010.

_____. Responsabilidade civil do empregador pelos danos ao meio ambiente do trabalho e à saúde do trabalhador. In: SANTOS, Élisson Miessa dos; CORREIA, Henrique

(Coords.). *Estudos aprofundados: Ministério Público do Trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 137-155.

MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*. Padova: Cedam, 1966.

MILARÉ, Édís; CASTANHO, Renata. A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves de; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007, p. 254-262.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV: artigos 282 a 443. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 22, n. 86, abr./jun.. 1997, p. 295-309.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. As presunções e a prova. *Temas de direito processual*. Primeira série. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 55-71.

_____. Julgamento e ônus da prova. *Temas de direito processual*. Segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 73-82.

_____. La igualdad de las partes en proceso civil. *Temas de direito processual*. Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 67-81.

_____. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. *Temas de direito processual*. Segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 61-72.

MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*. Lisboa: Lex, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 24^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 10^a ed. São Paulo: RT, 2007.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor como técnica de distribuição dinâmica da carga probatória. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n. 75, jun. 2009, p. 105-113.

NOGUEIRA, Tania Lis Tizzoni. Direitos básicos do consumidor: a facilitação da defesa dos consumidores e a inversão do ônus da prova. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, n. 10, abr./jun. 1994, p. 48-60.

OLIVEIRA, Christiana D'Arc Damasceno. *O Direito do Trabalho contemporâneo: efetividade dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana no mundo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *A prova no processo do trabalho*. 2^a ed. São Paulo: RT, 2001.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. *O dano pessoal no Direito do Trabalho*. 2^a ed. São Paulo: LTr, 2010.

_____. Passado, presente e futuro do direito processual do trabalho no Brasil. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz (Coords). *Curso de direito do trabalho*. Vol. 4. São Paulo: LTr, 2009, p. 13-45.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 6^a ed. São Paulo: LTr, 2011.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. Ônus da prova e o Projeto de Código de Processo Civil. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, ano 100, vol. 913, nov. 2011, p. 301-322.

_____. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: RT, 2001.

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

PEGO, Rafael Foresti. *A inversão do ônus da prova no direito processual do trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Ônus da prova. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo: RT, v. 35, n. 135, jul./set. 2009, p. 166-173.

PESSOA, Roberto Dórea. Aplicação da teoria das “cargas probatórias dinâmicas” nas lides de acidente de trabalho – uma perspectiva epistemológica. *Revista LTr: legislação, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: LTr, v. 75, n. 11, nov. 2011, p. 1360-1366.

PEYRANO, Jorge W. La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 35, n. 185, jul. 2010, p. 107-116.

_____. Nuevos Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (Coords.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 19-24.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o trabalho: principiologia dos direitos humanos aplicada ao Direito do Trabalho. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, ano XXVIII, n. 97, mai. 2008, p. 65-81.

PIRES, Lília da Graça. *Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho*. Tese de Doutorado em Direito do Trabalho apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2011.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. GIGLIO, Wagner D. (Trad.). 2ª ed. São Paulo: LTr, 1993.

PORRAS LOPEZ, Armando. *Derecho procesal del trabajo*. Puebla: Editorial José M. Cajica S.A., 1956.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O ónus da prova no processo civil*. Coimbra: Almedina, 2000.

REDONDO, Bruno Garcia. Distribuição dinâmica do ônus da prova: breves apontamentos. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n. 93, dez. 2010, p. 14-23.

RICCIARDELLI NETO, Dario; CASTRO, Ismênia E. Oliveira. Horas extras - ônus da prova sob a luz da portaria nº 1510/2009. *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*. São Paulo: IOB, v. 21, n. 247, jan. 2010, p. 17-21.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim; PERES, Antônio Galvão. Distribuição e inversão do ônus da prova no processo do trabalho. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, ano XXX, n. 110, dez. 2010, p. 90-96.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves de; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007, p. 244-253.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. KROTOSCHIN, Ernesto (Trad.). Buenos Aires: Ejea, 1956.

RUSCH, Erica. Distribuição do ônus da prova nas ações coletivas ambientais. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 34, n. 168, fev. 2009, p. 363-376.

SABINO, João Filipe Moreira Lacerda. Os direitos fundamentais nas relações de trabalho. In: PIOVESAN, Flavia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (Coords.). *Direitos humanos e Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 64-83.

SAKO, Emília Simeão Albino. *A prova no processo do trabalho: os meios e o ônus da prova nas relações de emprego e trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2008.

_____. Ônus da prova nas ações de indenização por atos ilícitos praticados pelo empregador na relação de emprego ou de trabalho. *Revista LTr: legislação, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: LTr, v. 72, n. 2, fev. 2008, p. 180-192.

SANTOS, Élisson Miessa dos; CORREIA, Henrique. *Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do TST: Comentadas e organizadas por assunto*. Salvador: JusPodivm, 2012.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*. Vol. I. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1970.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. Fraudes nas relações de trabalho: morfologia e transcendência. *Revista do Tribunal do Trabalho da 2ª Região*. São Paulo, n. 3, set./dez. 2009, p. 89-102.

_____. Tutela jurídica do meio ambiente do trabalho. *Juris Plenum Trabalhista e Previdenciária: doutrina, jurisprudência, legislação*. Caxias do Sul: Plenum, v. 2, n. 6, jun./jul. 2006, p. 83-103.

SANTOS, Sandra Aparecida de Sá dos. *A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: RT, 2002.

SANTOS, Willians Franklin Lira dos. A inversão do ônus da prova pericial no processo do trabalho. *Revista LTr: legislação, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: LTr, v. 72, n. 6, jun. 2008, p. 712-724.

_____. Viabilidade e conveniência da inversão do ônus da prova judiciária nas demandas coletivas trabalhistas. *Revista do TRT - 9ª Região*. Curitiba, ano 35, n. 65, jul./dez. 2010, p. 719-762.

SARAIVA, Renato. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 5ª ed. São Paulo: Método, 2008.

SCHIAVI, Mauro. Aspectos polêmicos e atuais da prova no processo do trabalho à luz da moderna teoria geral do processo. In: VELLOSO, Gabriel; MARANHÃO, Ney (Coords.). *Contemporaneidade e trabalho: aspectos materiais e processuais. Estudos em homenagem ao 30 anos da Amatra* 8. São Paulo: LTr, 2011, p. 357-372.

_____. *Provas no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

SCHINESTOCK, Clarissa Ribeiro. A inversão do ônus da prova nas demandas coletivas trabalhistas. In: SCHWARZ, Rodrigo Garcia (Org.). *Direito processual do trabalho: curso de revisão e atualização*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 249-263.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Breves considerações sobre as regras de distribuição do ônus da prova no processo do trabalho. *Revista LTr: legislação, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: LTr, v. 70, n. 3, mar. 2006, p. 372-377.

_____. Distribuição do ônus da prova no processo individual do trabalho: breves considerações. In: SCHWARZ, Rodrigo Garcia (Org.). *Direito processual do trabalho: curso de revisão e atualização*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 233-248.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 23ª ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII). *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 32, n. 146, abr. 2007, p. 49-68.

SILVA, Bruno Freire e. A inversão judicial do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orient.); CARVALHO, Fabiano; BARINONI, Rodrigo (Coords.). *Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor*. Vol. 1. São Paulo: RT, 2008, p. 11-21.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de Direito do Trabalho Aplicado: Contrato de Trabalho*. V. 6. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

_____. *Curso de Direito do Trabalho Aplicado: Jornadas e pausas*. V. 2. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

_____. *Curso de Direito do Trabalho Aplicado: Livro da remuneração*. V. 5. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

_____. *Curso de Direito do Trabalho Aplicado: Parte geral*. V. 1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

_____. *Curso de Direito do Trabalho Aplicado: Processo do Trabalho*. V. 9. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. O ônus da prova e sua inversão no processo do trabalho. *Revista LTr: legislação, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: LTr, v. 68, n. 6, jun. 2004, p. 685-694.

SILVA, Otávio Pinto e. A função do direito do trabalho no mundo atual. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves Correia; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz (Coords). *Curso de direito do trabalho*. V. 1. São Paulo: LTr, 2008, p. 140-154.

_____. A nova face do Direito do Trabalho: tecnologia, desemprego, trabalho autônomo e trabalho informal. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, ano XXV, n. 82, jun. 2005, p. 95-103.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A efetividade do processo. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves Correia; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz (Coords). *Curso de direito do trabalho*. Vol. 4. São Paulo: LTr, 2009, p. 46-135.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. BELTRÁN, Jordi Ferrer (Trad.). Madrid: Trotta, 2002.

TEIXEIRA, Marcelo Tolomei. O ônus da prova no processo trabalhista. *Revista LTr: legislação, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: LTr, v. 67, n. 8, ago. 2003, p. 947-951.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Curso de Direito Processual do Trabalho: processo de conhecimento - II*. Vol. 2. São Paulo: LTr, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Vol. 1. 43ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TRUEBA URBINA, Alberto. *Nuevo derecho procesal del trabajo: teoría integral*. 3ª ed. México: Porrúa, 1975.

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

VIANA, Márcio Túlio. Critérios para a inversão do ônus da prova no processo trabalhista. *Revista LTr: legislação, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: LTr, v. 58, n. 10, out. 1994, p. 1218-1224.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Vol 1. 11ª ed. São Paulo: RT, 2010.

WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

WHITE, Inés Lépori. Cargas probatoria dinâmicas. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (Coords.). *Cargas Probatorias Dinâmicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 35-73.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

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. 115-158.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; GOMES, Alexandre Gir. Cargas probatórias dinâmicas no Processo Civil brasileiro. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n. 69, dez. 2008, p. 17-34.

ZENNI, Alessandro Severino Vallér. As regras dinâmicas de distribuição do ônus da prova e a avaliação da prova no processo do trabalho. *Revista LTr: legislação, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: LTr, n. 07, jul. 1999, p. 914-919.