



**Reinaldo Machado Miranda**

**A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO  
TRABALHO**

**PALMAS-TO  
2014**

**REINALDO MACHADO MIRANDA**

**A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO  
TRABALHO**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel, sob orientação do Prof. Esp. Eric José Migani, área de concentração em Direito do Processo do Trabalho.



**PALMAS-TO**

**2014**

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO TOCANTINS SEÇÃO DE BIBLIOTECA E ARQUIVO/COGIN/SJI		
Chamada:	Por:	Em:
Reg.:	Origem:	Preço:
Nº Fat.:	Patrimônio:	Nº Aleph:

**Dados de catalogação na publicação (CIP) internacional  
(Seção de processamento técnico da Biblioteca Serra do Carmo)**

M672d Miranda, Reinaldo Machado

A distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho/  
Reinaldo Machado Miranda. Palmas - TO, 2014.

50f. : Grav. em CD – Form. PDF.

Orientador: Prof. Esp. Eric Jose Migani

Monografia (Bacharel) – Faculdade Serra do Carmo. Curso de  
Direito.

Referências: f.48

1. Direito processual do trabalho 2. Ônus da prova 3. Poder  
judiciário - Justiça do trabalho

CDU – 349.2/.23

Índices para catálogo sistemático

1 Direito processual do trabalho 349.2/.23

2 Ônus da prova 347.949

3 Poder judiciário - Justiça do trabalho 342.56:349.2

## FOLHA DE APROVAÇÃO

Monografia intitulada "A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO", área de concentração: Direito de Processo do Trabalho de autoria de REINALDO MACHADO MIRANDA, acadêmico do curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo, **aprovada pela banca examinadora** constituída pelos professores abaixo especificados.

---

Prof. Esp. Eric José Migani - Orientador

Faculdade Serra do Carmo

---

Prof. Esp. Murilo Braz Vieira

Faculdade Serra do Carmo

---

Profª. Esp. Charlitta da Silva Louly

Faculdade Serra do Carmo

**Palmas, 26 de junho de 2014.**

## RESUMO

O presente trabalho preocupou em buscar esclarecimento sobre a distribuição do ônus da prova no direito processual do trabalho e a sua eficácia para a aplicação da justiça em sentido amplo. Destarte, iniciou através da parte histórica do direito do processo do trabalho, discorrendo também sobre prova, seus conceitos, aplicações, e como ela é tratada no direito trabalhista, no direito civil, e por fim no direito do consumidor, que foi o estopim da aplicação da teoria. Assim, fez um paralelo entre as regras clássicas de distribuição do ônus da prova e suas dificuldades em alcançar a justiça alicerçada o mais próximo à realidade. Por outro lado procurou mostrar as benesses da aplicação da distribuição dinâmica do ônus das prova e o princípio da aptidão probatória, e como a sua utilização criteriosa poderia trazer melhorias na luta dos hipossuficientes em conseguir demonstrar a substancialidade de seu direito. Ao revés, o presente trabalho buscou também demonstrar as implicações caso a dinamicidade do ônus probatório seja utilizada de maneira desarrazoada, o que causaria maior injustiça ainda à parte onerada. Por fim, demonstrou como que a teoria já vem sendo aplicada pelos nossos tribunais, demonstrando que é perfeitamente possível a flexibilização das regras clássicas do ônus probatório.

**Palavras chaves:** Inversão do Ônus da Prova. Ônus da prova. Processo do Trabalho. Teoria Dinâmica.

## ABSTRACT

This paper bothered to seek clarification on the distribution of the burden of proof in the procedural law of the work and its effectiveness for the implementation of justice in the broad sense. Thus, began through the historical part of the duty of the labor process, also discussing evidence, concepts, applications, and how it is treated in labor law, civil law, and finally in consumer law, which triggered the application of theory. Thus, drew a parallel between the classical rules of distribution of burden of proof and the difficulties in achieving the closest to reality grounded justice. On the other hand sought to show the blessings of application of the dynamic distribution of the burden of proof and evidentiary principle of fitness, and how its judicious use could bring improvements in the struggle of getting hyposufficient demonstrate the substantiality of his right. Upside down, this study also sought to demonstrate the implications if the dynamics of the evidential burden was used unreasonable manner, which would cause even greater injustice with fiendish appearance of reverse proof. Finally, we demonstrated how the theory has already been applied by our courts, demonstrating that it is perfectly possible easing classical rules of evidential burden.

**Key words:** Burden of Proof. Dynamical Theory. Labour Procedure. Reversal of the Burden of Proof..

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>6</b>
<b>2</b>	<b>ASPECTOS GERAIS DO PROCESSO E DA JUSTIÇA DO TRABALHO.</b> .....	<b>9</b>
2.1	HISTÓRICO – ASPECTOS GERAIS.....	9
2.2	HISTÓRIA DO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO NO BRASIL.....	10
<b>3</b>	<b>A PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO</b> .....	<b>12</b>
3.1	CONCEITO DE PROVA.....	12
3.2	ÔNUS DA PROVA.....	13
3.3	O ARTIGO 333 DO CÓDIGO DO PROCESSO CIVIL.....	15
3.4	CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO – ARTIGO 818. ....	16
3.5	O DISPOSITIVO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ....	19
<b>4</b>	<b>TEORIA DAS CARGAS PROBATÓRIAS DINÂMICAS</b> .....	<b>23</b>
4.1	CONSIDERAÇÕES GERAIS .....	23
4.2	FUNDAMENTOS.....	25
4.3	PRESENÇA DA TEORIA NO BRASIL. ....	26
4.4	OS PRINCÍPIOS DO ACESSO À JUSTIÇA, DA EFETIVIDADE DO PROCESSO E DA ISONOMIA PROCESSUAL COMO JUSTIFICATIVAS DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA CARGA DINÂMICA.....	28
4.5	O PROBLEMA DA PROVA DIABÓLICA ( <i>PROBATIO DIABOLICA REVERSA</i> ). 30	
<b>5</b>	<b>APLICAÇÃO DA TEORIA DAS CARGAS DINÂMICAS AO PROCESSO DO TRABALHO.</b> .....	<b>32</b>
5.1.	O PRINCÍPIO DA APTIDÃO DA PROVA. ....	32
5.2	O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E O ÔNUS DINÂMICO DA PROVA.....	37
5.3	ÂMBITO EXCEPCIONAL DE APLICAÇÃO DA TEORIA.....	38
5.4	A JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA E A APLICAÇÃO DA TEORIA.....	39
<b>6</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>47</b>
	<b>REFERENCIAS</b> .....	<b>48</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A prova ocupa posição de extrema importância no processo, pois de nada adianta afirmar a existência de um direito em juízo, e pretender extrair consequências jurídicas desses acontecimentos, se a parte não consegue convencer o magistrado acerca da veracidade dos fatos alegados. Assim, a questão da distribuição do ônus da prova ganha especial relevância dentro do direito processual do trabalho, voltado à efetiva garantia de acesso ao Poder Judiciário e à prestação de uma tutela jurisdicional justa e adequada. Igualmente, a prova constitui a essência do processo ou, como dizem, é a peça principal do processo, deixando em evidência o grande destaque e importância desta matéria no direito processual contemporâneo.

E essa importância é suma, pois se as questões discutidas em um processo estiverem assentadas em acontecimentos cotidianos dos quais desdobram consequências jurídicas, será necessário demonstrar a sua existência. Essa demonstração das alegações sobre esses fatos é essencial para a apuração da verdade e para outorgar segurança às decisões judiciais.

A matéria ganha mais prestígio ainda, quando se adentra no direito processual do trabalho. Autores, cada vez mais se interessam por este tema, formando uma corrente doutrinária sólida, que almeja dar contorno à matéria e solucionar os problemas no campo da aplicação prática. Este assunto constitui elemento primordial no que concerne aos deveres das partes, determinando quem, quando e como se deve fazer prova, e de quais fatos.

Neste sentido, é de amplo conhecimento para os operadores do direito, e porque não dizer para os leigos, que o ônus da prova é de quem acusa. “Você vai ter que provar”, é o que se ouve quando se tem uma denúncia. Essa é a regra geral. O próprio diploma trabalhista assim o diz, quando em seu artigo 818, em uma redação bastante simplista, diz que “a prova incumbe à parte que fizer as alegações”. Em razão dessa escrita muito genérica desse artigo, é usual a aplicação suplementar do artigo 333<sup>1</sup> do Código de Processo Civil, também bastante criticado,

---

<sup>1</sup> 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.

nas lides trabalhistas, tornando-se igualmente necessária a utilização de mecanismos que permitam ao magistrado adequar a disciplina do ônus da prova às condições do caso concreto.

Mesmo com a aplicação subsidiária do dispositivo processual civilista, na maioria dos casos, a regra estática da distribuição do ônus da prova, contida nos dois dispositivos citados acima, torna extremamente difícil ou mesmo impossível a produção de provas por uma das partes, sendo até uma barreira que dificulta o acesso ao Poder Judiciário, *latu sensu*. Isso porque, as regras de distribuição do ônus da prova terminam muitas vezes trazendo mais injustiças, pois, em algumas ocasiões, as evidências necessárias para corroborar o alegado pelo autor encontram-se em poder do réu. Nunca é demais lembrar que, em geral, o trabalhador está em posição de hipossuficiência para a produção de provas, na busca pelos seus direitos. Assim, transfere-se o ônus da prova, e desaparece, com isso, a máxima do "você vai ter que provar", transferindo para réu o ônus de provar que as alegações da parte contrária não procedem.

Diante desse fato, vem sendo adotado pelos tribunais brasileiros, a teoria das cargas probatórias dinâmicas ou a teoria da aptidão da prova. Por essas teorias, o ônus da prova deve ser atribuído ao litigante que se encontra em melhores condições de produzir a prova. Esse instituto propõe a superação do modelo do encargo probatório clássico, quando este se desviar dos fins a que se destina o processo, por um procedimento voltado à adequada e efetiva tutela dos direitos e à justa pacificação social. Algo assim já é previsto no Código de Defesa do Consumidor, que, ao contrário das regras trabalhistas, é um diploma mais moderno, e que já previu a miudeza do consumidor perante o mercado fornecedor.

Feita essas pequenas considerações, esclarece-se que o presente trabalho teve como objetivo a investigação do instituto da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho, e quais são os critérios e os limites dessa teoria aos casos concretos. O estudo também se propôs à analisar a compatibilidade dessa teoria com o processo do trabalho, visando identificar as ações em que se apresente logicamente insustentável que a parte dotada de melhores condições de produzir a prova deixe de fazê-lo, apegando-se às regras clássicas da distribuição do encargo probatório.

Pretendeu-se, baseado em jurisprudência e na doutrina, contribuir para reforçar o tratamento sobre o assunto, buscando a fixação de direção segura que permita identificar as hipóteses de aplicação da teoria, bem como a forma de garantir um procedimento mais justo e comprometido com a busca pela verdade ocorrida na relação de trabalho.

Possui, ainda, como escopo o preenchimento de condição para conclusão de graduação de bacharel em direito desta Faculdade Serra do Carmo.

O estudo sobre o assunto se desenvolveu em cinco capítulos.

O primeiro capítulo introduziu o assunto. O segundo capítulo abrangeu os aspectos históricos do processo do trabalho e da justiça do trabalho em geral e no Brasil.

O terceiro capítulo englobou o assunto provas, o ônus da prova, diferença entre ônus, obrigação e dever, conceitos, princípios norteadores, as regras de clássicas de distribuição do ônus da prova celetista e civilista, e a moderna regra de distribuição do ônus da prova do diploma consumerista.

Já no quarto capítulo o tema foi estudado de maneira a alcançar uma conclusão firme sobre a possibilidade de aplicação da distribuição do ônus da prova nas lides trabalhistas e suas implicações para a solução das lides decorrentes das relações de trabalho, seus fundamentos, a presença no Brasil, os princípios embasadores e a busca da verdade real pelo julgador. Estudou-se também o problema da prova diabólica.

No quinto e último capítulo se foi visto exemplos de aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, analisando o princípio da aptidão da prova e o princípio da proteção ao trabalhador, juntamente com o ônus dinâmico da prova. Explanou-se também sobre a excepcionalidade da aplicação da teoria e se estudou exemplos de aplicação da teoria pela jurisprudência.

## 2 ASPECTOS GERAIS DO PROCESSO E DA JUSTIÇA DO TRABALHO.

### 2.1 HISTÓRICO – ASPECTOS GERAIS

Segundo estudiosos, é difícil precisar a época de surgimento do Direito do Processo do Trabalho, mas provavelmente começou a se desenvolver no século XIX, com a revolução industrial na Inglaterra, quando começou surgir a classe dos assalariados. Essa classe não tinha nenhum amparo legal e estava à mercê dos empresários, sendo a greve o único meio de defesa.

Conforme Amaury Mascaro Nascimento, (1998) é difícil fixar com precisão as origens da jurisdição trabalhista, mas é possível, com base nos estudos dos autores estrangeiros em relação aos seus países, extrair que o Direito do Processo do Trabalho surgiu em ocasiões diferentes em cada país.

Para Carlos Henrique Bezerra Leite, em sua obra Curso de Direito Processual do Trabalho, "não é tarefa fácil precisar a origem do Direito Processual do Trabalho no plano mundial, pois ela se confunde com o surgimento da própria jurisdição trabalhista". Termina por dizer:

(...) Como o Direito Processual do Trabalho é um instrumento de realização do Direito do Trabalho, podemos dizer que somente com o aparecimento deste é que se pode falar no surgimento daquele. De tal modo que se o Direito do Trabalho surge com o regime do assalariado, implantado pela Revolução Industrial, é a partir desse momento que se pode conjecturar da história do Direito Processual do Trabalho. É, pois, com a Revolução Industrial que aparecem os conflitos de interesses entre os proprietários das fábricas e os operários, os quais, em virtude da ideologia do Estado Liberal que era abstencionista e alheio a tais conflitos, geraram movimentos de paralisação (autodefesa) pelos trabalhadores, geralmente com depredações do patrimônio das empresas (2009, p. 110).

Segundo Martins (2007, p. 3), "as condições de trabalho começaram a modificar com a Revolução Industrial, que trouxe o desemprego, diminuição dos salários pagos aos trabalhadores e o surgimento da greve".

A greve foi o primeiro movimento de autodefesa, utilizado para reivindicação dos interesses dos trabalhadores, sendo que muitas vezes, segundo estudiosos, a violência imperava, ocasionando depredação de patrimônio, diminuição da produção e conseqüentemente redução dos lucros. O Estado vigente à época era de cunho

liberal. Assim, as relações entre patrões e trabalhadores não possuíam regulamentação, e quando as reivindicações trabalhistas não eram acolhidas, as greves tornavam cada vez mais frequentes, diminuindo os lucros e não gerando riqueza para o Estado.

Sobre isso, Martins discorre que o Estado antes omissivo e liberal, no quesito relação de trabalho, teve que adotar uma postura em relação aos movimentos dos trabalhadores, quando da Revolução. Diz o autor:

“O estado não se imiscuia para resolver conflitos surgidos entre empregados e empregadores”. Mais tarde, o Estado verificou que era necessário intervir para solucionar os conflitos trabalhistas, pois com a paralisação do trabalho se arrecadava menos impostos. Havia também a alegação de que as controvérsias trabalhistas geravam conturbações sociais, prejudicando a ordem interna. (2007, p. 29)

Martins explica ainda que inicialmente, o Estado ordenava às partes que chegassem a um acordo sobre a volta ao trabalho mediante conciliação obrigatória. Posteriormente, passou-se, então, à fase de mediação, em que o Estado designava seu representante para participar das negociações. Por último, o Estado passou a indicar um árbitro para julgar a controvérsia entre as partes.

Nascia, assim, pejosamente, o Direito Processual do Trabalho, como forma de solucionar os conflitos trabalhistas.

## 2.2 HISTÓRIA DO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO NO BRASIL

No Brasil, a origem do Direito Processual do Trabalho se confunde com a própria história da Justiça do Trabalho, conforme afirma Carlos Henrique Bezerra Leite (2009, p. 112).

Segundo Martins, os primeiros órgãos que surgiram no Brasil para a solução de conflitos trabalhistas foram os Conselhos Permanentes de Conciliação e Arbitragem em 1907, previstos pela Lei nº 1.637 de 05/11/1907, mas sequer foram implantados, Tinham composição mista e paritária. Destinavam-se, contudo, a solucionar todas as divergências entre o capital e o trabalho.

Ainda, segundo o mesmo autor, o sistema brasileiro foi criado copiando-se literalmente, em muitos aspectos, o sistema italiano da Carta del Lavoro, de 1927, de Mussolini, adotando-se o regime corporativista. Afirma, ainda, que haviam dois

órgãos incumbidos de dirimir os conflitos: As Juntas de Conciliação e Julgamento, e as comissões Mistas de Conciliação. Prossegue ainda, em interessante histórico sobre estes órgãos e a Justiça do Trabalho:

Tais órgãos pertenciam ao Poder Executivo, não tendo autonomia administrativa ou jurisdicional, pois eram anexos ao Ministério do Trabalho, Comércio e Indústria. Os juízes eram demissíveis *ad nutum* não tendo, qualquer independência para o julgamento das questões que lhes eram submetidas. Entretanto, a maioria da doutrina na época entendia que os referidos órgãos tinham natureza judiciária. As referidas decisões tinham natureza de título executivo, sendo executadas na esfera Cível, mediante o procedimento de execução de sentença, em que a parte poderia alegar apenas nulidade, pagamento ou prescrição da dívida. Os processos de acidente de trabalho eram dirimidos na Justiça Comum e não pelas juntas e somente os empregados sindicalizados tinham acesso às Juntas ou Comissões Mistas (art. 1º do Decreto nº 22.132/32) (2011, p. 12-14).

Ainda, de acordo com Martins, somente em 1º de maio de 1941, a Jurisdição Trabalhista foi oficialmente criada, com a instalação, pelo Presidente da República, da Justiça do Trabalho. No dia seguinte, os oito Conselhos Regionais, com 36 juntas, começavam a funcionar. A Constituição de 1937, na época, não incluía a Justiça do Trabalho entre os órgãos do Poder Judiciário, o que somente veio a ocorrer com a promulgação da Constituição de 1946. Mesmo assim, o Supremo Tribunal Federal já reconhecia a natureza jurídica dos tribunais trabalhistas (Martins, p. 14 e 15).

Para Nascimento (1998, p. 42-50), a história do Direito Processual do Trabalho no Brasil passou por três fases distintas. Na primeira fase, há três períodos de institucionalização, todos caracterizados por uma feição administrativa na solução dos conflitos trabalhistas. Segue-se a segunda fase, marcada pelo período de constitucionalização, em que se instaura o memorável debate entre Waldemar Ferreira e Oliveira Viana. A terceira fase é caracterizada pela consolidação da Justiça do Trabalho como órgão do Poder Judiciário. O autor ensina ainda sobre a uma última fase contemporânea, que se inicia no final do século XX e tem como problema central a efetividade do processo do trabalho devido a problemas políticos, econômicos, social e jurídico da multiplicação dos conflitos trabalhistas, o que acaba gerando a chamada hipertrofia da Justiça do Trabalho.

### 3 A PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

#### 3.1 CONCEITO DE PROVA

Provar é convencer alguém de alguma coisa, segundo Martins (2011), em seu livro *Direito Processual do Trabalho*.

Segundo os *experts*, a prova é colhida na fase instrucional do processo de conhecimento, e esclarecerá o juiz em sua decisão. No processo, provar é convencer o espírito do juiz a respeito da existência, ou não, de fatos importantes, controversos e determinados. É demonstrar os fatos ao julgador, permitindo a reconstituição de fatos ocorridos;

Conforme Zanetti (2011, p. 13) "prova pode ser conceituada como o instrumento ou meio hábil utilizado para demonstrar a existência de um fato, no sentido objetivo, significando as testemunhas, a perícia, etc."

Já no sentido subjetivo, o autor defende a ideia de que estaria relacionado à convicção final do julgador acerca da existência, ou não, dos fatos alegados - ou seja, no sentido subjetivo a definição de prova estaria ligada à ideia de resultado, e corresponderia à verdade considerada pelo julgador no caso concreto.

Nessa conformidade é interessante notar que a definição de prova varia de acordo com a visão do autor, levando em conta o direito positivado. Por esta razão, alguns vinculam a prova ao resultado e outros a entendem como simples meio. Zanetti (2011, p. 14) afirma ainda:

há quem sustente que a prova seria conceituada como meio e resultado, ou seja, estaria vinculada tanto ao critério objetivo quanto ao aspecto subjetivo declinado pela doutrina, na medida em que ambos os aspectos, objetivos e subjetivos, integrariam e formariam a prova.

Já para Pacífico (2012, p. 22) prova tem a seguinte acepção:

... é o meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade e apresenta em diversas variantes. Significa, de um lado, a ação de provar, de fazer a prova, dizendo-se nessa acepção, que cabe fazer a prova a quem alega; em outro sentido, significa o meio de prova considerando em si mesmo (testemunhal, pericial, lida.); e em terceiro significado, representa o resultado dos atos ou dos meios produzidos na apuração da verdade.

Por ultimo, parafraseamos a lição de Almeida (2009) que ensina que prova é tudo aquilo que demonstra a veracidade de uma proposição ou a realidade de um fato. Significa, pois, mostra, sinal, indício. No sentido jurídico, prova é o meio com que as partes procuram firmar a convicção do juiz.

Sem a pretensão de querer findar as várias vertentes de prova elaboradas pela doutrina, é interessante notar que o conceito de prova, encarado amiúde sob os dois prismas, subjetivo e objetivo, ora se servirá na acepção de realização de prova (subjetivo), ora no sentido de resultado obtido na convicção do juiz, mediante o emprego dos meios probatórios (objetivo). Seja qual for o sentido adotado, tenhamos sempre em mente que a expressão prova no mundo jurídico está intimamente relacionada à busca da verdade<sup>2</sup>. Esse ponto é de crucial importância, pois através dele que iremos procurar justificativas para a utilização da teoria da carga dinâmica da prova.

### 3.2 ÔNUS DA PROVA.

Para falar sobre o ônus da prova, é natural discorrermos sobre o próprio significado da palavra ônus, uma vez que a expressão prova já foi tratada aqui, em seu aspecto jurídico.

Segundo o Dicionário Aurélio, a palavra ônus tem sinônimo de dever, obrigação, sobrecarga, carga, gravame, peso, encargo ou obrigação pesada de cumprimento difícil ou desagradável. Ocorre que na linguagem jurídica as palavras "dever" e "obrigação" têm um significado técnico distinto daquele empregado no dia a dia por todos nós.

O ônus difere do dever, pois este pressupõe sanção. Sempre que a norma jurídica impõe um dever a alguém, a parte oposta adquire o direito de exigir esse comportamento do obrigado. O cumprimento do ônus, ao contrário, é uma faculdade do interessado, de modo que, se esse não a exercita, será o único prejudicado, pois não usufruirá dos benefícios que a prática do ato poderia proporcionar. "A satisfação do ônus interessa ao próprio onerado, enquanto que a satisfação da obrigação

---

<sup>2</sup> Estamos falando da verdade real, dos fatos ocorridos realmente, e não da verdade formal trazida aos autos pelos litigantes.

interessa a outra parte, titular do direito subjetivo correspondente”, nas palavras de Gabriella Ambrózio (2013, p. 20-21).

A autora continua, afirmando que, “no ônus, a parte é livre para adotar o comportamento previsto na norma jurídica, não estando juridicamente obrigada a esse cumprimento em favor de terceiro. O não cumprimento do ônus não configura ato ilícito e, portanto, não é sancionado. Mas, na medida em que a norma instituidora do ônus tutela o interesse do próprio onerado, quando ele não pratica o ato voltado à satisfação de seu próprio interesse, assume o risco de arcar com possíveis desfavoráveis” (2013, p. 20).

A diferenciação entre ônus e obrigação advém do estudo das consequências geradas pelo descumprimento de um ou de outra. A obrigação exige uma conduta cujo cumprimento traz benefícios à parte que ocupa o outro polo da relação jurídica, de maneira que, havendo omissão do obrigado, este será coercitivamente obrigado pelo sujeito ativo, podendo haver até conversão da obrigação ao pagamento em pecúnia. Já em relação ao ônus, a parte que não o cumprir sofrerá apenas, em regra, as consequências negativas do descumprimento que recairão sobre ele próprio, não havendo que se falar em hipótese alguma, em conversão em pecúnia. Além disso, o descumprimento do ônus é lícito ao passo que a violação da obrigação é ilícita. No ônus, o sujeito se encontra livre para realizar ou não o ato previsto na norma jurídica, não obstante sua inobservância possa ensejar consequências desfavoráveis.

Pacífico (2011, p. 41), assim argumentou:

No ônus o sujeito é livre para adotar a conduta prescrita pela norma, não estando juridicamente vinculado ao seu cumprimento em favor de outro, como ocorre na obrigação. O não exercício de um ônus não configura ato ilícito e não é sancionado, enquanto a violação de uma obrigação é ilícita e sancionada. O ônus tutela interesse do próprio onerado, ao passo que a obrigação tutela interesse do titular do direito subjetivo correspondente, que pode exigir o seu cumprimento.

Acompanhando esse raciocínio, no campo probatório, quando se fala em ônus da prova, quer se dizer que a produção probatória depende da atividade processual desempenhada pela parte interessada que assume o risco em não fazer a demonstração das alegações no processo, fazendo com que o juiz profira julgamento contra aquele que, necessitando provar, não o fez.

Em matéria de prova, a demonstração das afirmações aduzidas no litígio corresponde a um encargo e não a uma exigência legal. A parte é livre para fazer aquilo que está descrito na norma jurídica, mas se deixar de produzir a prova que lhe compete, conforme as regras que tratam da distribuição do ônus probatório, assume o risco de efeitos desfavoráveis, ou seja, de o magistrado decidir contrariamente a seus interesses.

Importante ressaltar que a prova não pertence à parte, o que significa dizer que, uma vez produzida, ela passa a fazer parte do processo, podendo o juiz nela se basear para proferir o julgamento, ainda que este seja desfavorável à parte que a produziu.

Outrossim, se há prova nos autos, não importando por quem foi produzida, as regras do ônus da prova são desnecessárias, na medida em que compete ao juiz apenas formar seu convencimento acerca delas e aplicar a norma jurídica pertinente. No entanto, se não há prova, necessário se torna o magistrado se valer das regras atinentes à distribuição do ônus da prova a fim de nortear sua atividade jurisdicional, pois não dado ao juiz eximir-se de decidir, pronunciando o "*non liquet*" ainda que exista contradição ou insuficiência de provas.

### 3.3 O ARTIGO 333 DO CÓDIGO DO PROCESSO CIVIL.

O Código de Processo Civil contém somente uma disposição de caráter genérico que trata do tema do ônus da prova, conforme já discorrido neste trabalho. É o artigo 333, destinado a fixar regras sobre a distribuição desse encargo atribuído a cada uma das partes. Segundo este artigo, o ônus da prova incumbe. "ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor".

Vê se, então, que o CPC distribuiu o ônus da prova pela posição processual que a parte assume na lide. Se no polo ativo, compete-lhe provar apenas o fato constitutivo do seu direito. Se no polo passivo, competirá à parte alegar fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito alegado pelo autor. Independente de quem afirma o fato no processo, o ônus da prova é distribuído segundo regras objetivas e fixa. "Assim, ainda que o réu tenha afirmado, em sua defesa, um fato

constitutivo do direito do autor, ou tenha o autor alegado, na exordial, algum fato extintivo, modificativo ou impeditivo do seu próprio direito, tais circunstâncias não têm o condão de alterar as regras objetivas sobre a distribuição do ônus probatório previstas em lei". (Ambrosio, 2013, p. 32)

Segundo a doutrina, a defesa do réu pode se dar em dois sentidos: a) quando apenas nega o fato ou os fatos trazidos na petição inicial, ou b) quando não nega os fatos articulados na exordial, mas, em relação a eles, opõe outros, modificativos, impeditivos ou extintivos do direito postulado.

Ambrosio (2013) ensina ainda:

quando o réu se defende apenas negando os fatos em que se baseia a pretensão do autor, todo o ônus da prova permanece com o postulante. Se o autor não provar a veracidade do fato constitutivo do seu direito, o pleito restará improcedente mesmo sem nenhuma iniciativa probatória do réu. Quando, porém, o réu apresenta defesa, alegando fato impeditivo, modificativo ou extintivo do pretense direito do autor, todo o ônus da prova recairá sobre o polo passivo, deixando o autor na cômoda posição de não precisar provar nada (2013, p. 34).

Seja como for, a regra de distribuição do ônus da prova baseada nos moldes do artigo 333 do CPC tem sido alvo de severas críticas, por tornar, em muitos casos, extremamente difícil ou impossível o exercício do direito à prova, não contribuindo para a uma decisão justa.

Afinal, se o cumprimento do ônus da prova pode significar a tutela do direito postulado em juízo, fácil concluir que as regras que disciplinam sua distribuição afetam diretamente a concretização do direito fundamental de acesso à justiça. Dito de outro modo, se a distribuição do ônus da prova se der de forma que seja difícil, quando não impossível, à parte dele se desincumbir, o acesso à justiça está sendo negado.

### 3.4 CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO – ARTIGO 818.

Na Consolidação das Leis do Trabalho, a regra sobre o ônus da prova é a do art. 818 segundo o qual "a prova das alegações incumbe à parte que as fizer". A redação deste artigo está em consonância com a regulamentação da matéria sobre o ônus da prova de que trata o Código de Processo Civil.

Pela redação limitada do artigo 818 da CLT, formou-se controvérsia no sentido de se admitir ou não a aplicação subsidiária da regra atinente à distribuição do ônus da prova inserida no CPC.

Neste aspecto, foi fixado pela doutrina e jurisprudência o norte de se permitir a subsidiariedade do direito processual comum, sendo pacífica a aplicação do artigo 818 conjugado com o artigo 333 do CPC.

Neste sentido são as observações de Leite (2009):

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

Embora não haja omissão na legislação trabalhista sobre o assunto, certo é dizer que a aplicação isolada do art. 818 da CLT traz grandes dificuldades na distribuição do ônus da prova. De qualquer modo, não se pode negar que os dois dispositivos dizem a mesma coisa, e a aplicação exclusiva do artigo celetista não tem o condão de alterar a repartição dos encargos probatórios das partes que seria aplicada na prática caso admitida a aplicação subsidiária do art. 333 do CPC ao processo trabalhista.

Com muito mais razão no processo do trabalho, a regra relativa à distribuição do ônus da prova se apresenta falha e precária na medida em que se impõe uma repartição fixa e invariável aos sujeitos do processo, sem levar em consideração a real aptidão das partes em produzir determinada prova, bem como se esquece da desigualdade material que existe na relação trabalhador e empregador.

Ensina Ambrosio (2013, p. 37):

A regra do art. 818 da CLT ignora o desnível material existente entre os sujeitos da relação de trabalho, desigualdade que certamente também se repete na capacidade de realizar determinadas provas para a defesa de direitos indisponíveis em juízo. A CLT, ao invés de compensar, no plano processual, as inegáveis diferenças existentes no plano fático havida entre os litigantes, desconsidera a desigualdade, tratando trabalhador e empregador de forma igual mediante a imposição de um critério genérico e rígido de distribuição do ônus probatório.

A disposição simplista de que o ônus da prova incumbe à parte que as fizer (art. 818 da CLT) não resolve o problema da desigualdade material inerente à relação de trabalho, pelo contrário, deixa de considerar que o trabalhador, por sua condição de hipossuficiência, muitas vezes faz alegações em juízo, mas não tem condições de prová-las; ao passo que para o empregador, por ser a parte economicamente mais forte da relação jurídica tais provas não seriam tão difíceis.

O tratamento igualitário entre trabalhador e empregador, no campo da prova, tal como disposto no art. 818 da CLT e no art. 333 do CPC fomenta ainda mais a desigualdade material da relação de trabalho, aos desprezar por completo que é o empregador que tem condições de provar os fatos aduzidos nos autos e que formam o substrato<sup>3</sup> fático do direito do obreiro. O empregador é o detentor exclusivo dos meios de produção e, portanto, quem detém, de forma mais ampla, todo conjunto probatório.

Importante salientar que a distribuição do ônus da prova não se confunde, em nenhuma hipótese, com a valoração probatória. Enquanto a repartição do encargo probatório deve considerar as peculiaridades do caso concreto, notadamente a capacidade de provar de cada litigante, a valoração das provas produzidas em juízo segue o princípio do livre convencimento motivado do juiz, não sendo influenciada por eventual hipossuficiência de um dos litigantes.

Assim, a distribuição do ônus da prova deve se ordenar em função da situação das partes a fim de se estabelecer a igualdade real entre os litigantes. No processo do trabalho, a desigualdade jurídica do trabalhador deve ser considerada para a repartição do encargo probatório, assim como a superioridade econômica do empregador, demonstrando-se que o princípio da proteção, que permeia o direito trabalhista, também invade o processo do trabalho.

Desta forma, o Tribunal Superior do Trabalho tem caminhado no sentido de relativizar a regra disposta nos artigos 818 e 333, da CLT e do CPC respectivamente, firmando jurisprudência em conformidade com a característica da lide o objeto do processo, a exemplo da Súmula nº 338:

---

<sup>3</sup> Aquilo que forma a parte essencial do ser, sobre que repousam seus atributos. A parte principal de algo; ESSÊNCIA. O que sustenta, fundamenta algo; BASE.

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 a presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário.

II – A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário.

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 inicial se dele não se desincumbir.

Assim, o processo laboral moderno está refletindo sobre a necessidade de se rever as regras relativas à questão probatória como forma de garantir justiça e igualdade às partes e se estabelecer um processo mais condizente com as características da relação de trabalho, pois a teoria estática não é suficiente para orientar o Juiz do Trabalho na busca da verdade real.

### 3.5 O DISPOSITIVO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

Em 1988, ao promulgar a Carta da República, o legislador constituinte reconheceu a necessidade de conceder proteção especial ao consumidor, em seu artigo 5º, inciso XXXII. Tratou-se, a bem da verdade, de dispositivo que representou os anseios da sociedade pelo trato diferenciado àqueles que figuravam no polo mais fraco de determinada relação jurídica, no caso, o consumerista.

Zaneti (2011, p. 162) escrevendo sobre o tema, assim discorreu sobre o que acontecia nesta relação anteriormente:

Constatou se que em algumas relações jurídicas havia um abismo imenso entre seus integrantes e, mais grave ainda, que essa desigualdade constatada no plano material se transportava ao campo processual, acarretando repugnante disparidade de armas entre as partes litigantes e, quando não, a impossibilidade do direito. Era necessária a intervenção do Estado para equilibrar essas relações.

O aludido diploma foi regulamentado na esfera infraconstitucional em 1990, inovando sobre a possibilidade da inversão do ônus da prova, e era a tentativa de que se valia o legislador pátrio para equilibrar a relação jurídica processual consumerista e colocar as partes em pé de igualdade.

E ao contrário da Consolidação das Leis do Trabalho, o Código de Defesa do Consumidor evoluiu com brilhantismo. Dentre os direitos básicos do consumidor, dispõe sobre a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, quando a critério do juiz, for verossímil, ou quando ele for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

A inversão do ônus da prova representa instrumento de facilitação da tutela dos direitos do consumidor, pois reconhece o legislador a desigualdade processual dos litigantes proveniente da própria posição de vulnerabilidade em que se encontra o consumidor no mercado de consumo. Assim, sendo ao consumidor a parte fraca dessa relação, a aplicação pura e simples das regras atinentes ao ônus da prova prevista no CPC às relações de consumo significaria causar a disparidade entre os litigantes também no âmbito processual.

A inversão do ônus da prova deve ser admitida somente, como ato judicial, quando for satisfeito um dos seus pressupostos de admissibilidade: a) for verossímil a alegação; b) for o consumidor hipossuficiente. Essa imposição não é legal, pois fica subordinada ao julgamento do juiz, uma vez analisada a ocorrência ou não dos pressupostos para o deferimento da inversão, segundo regras de experiência.

Resta evidente que a inversão do ônus da prova está condicionada às peculiaridades do direito material e, desse modo, serve como instrumento concretizador da garantia fundamental de acesso à justiça. Neste norte muitos doutrinadores sustentam que a inversão do ônus não deve ficar adstrita às relações de consumo, pois se assim fosse, estar-se-ia reconhecendo que somente as relações consumeristas merecem tratamento diferenciado no ordenamento jurídico nacional.

Marinoni (2007) diz que é um grande equívoco em supor que o juiz apenas pode inverter ou atenuar o ônus da prova quando pode aplicar a lei do consumidor. Segundo o autor, o fato de o artigo 6º, VIII, do CDC, afirmar expressamente que o consumidor tem direito à inversão do ônus da prova não significa que o juiz não possa assim proceder diante de outras situações de direito material.

Do mesmo modo, Ambrozio diz:

Nesse sentido, a inversão do ônus da prova faz-se necessária sempre que se apresentar ao autor muito difícil, quando não

impossível, a prova do fato constitutivo do seu direito, mas ao réu se mostra muito mais fácil a demonstração de sua inexistência. Assim, sempre que presente uma real desigualdade entre as partes em matéria probatória, ou seja, quando for excessivamente onerosa ou impossível a demonstração dos fatos que constituem o substrato do direito postulado, a inversão do ônus da prova deve se fazer presente entre os litigantes. Não permitir, nessas hipóteses, a inversão do ônus da prova é o mesmo que negar o bom senso e a própria jurisdição. (2013, p. 45)

Prossegue ainda, a autora:

“... Podemos concluir que a figura da inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor é um poderoso instrumento de efetivação da tutela dos interesses dos consumidores, e essa técnica processual pode ser estendida a outras relações jurídicas de natureza não consumerista, sempre que verificada a desigualdade entre os litigantes, com vistas a ser um importante instrumento a serviço da efetividade processual” (2013, p. 46).

Em que pese à maioria dos autores concluir pela possibilidade de aplicação da inversão do ônus da prova prevista no CDC em processos litigiosos que não de relação de consumo, há autores que não concordam com essa aplicação. É o caso do professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rafael Foresti Pego, autor do livro *A Inversão do Ônus da Prova No Direito Processual do Trabalho*. O autor afirma que:

No tocante à aplicação subsidiária do CDC, para fins de inversão do ônus da prova, não procede tal argumentação, máxima vênia. As normas do CDC são de aplicação específica para uma determinada relação, a de consumo, que não se confunde com a relação de trabalho (art. 3º, § 2º, da Lei 8.078/90). Como acontece em todas as relações, a existência de semelhanças entre a relação de consumo e a de trabalho, porém existem elementares diferenças, que garantem a autonomia de ambas. Além do mais, não se configura hipótese de omissão da CLT, pois esta dispôs especificamente das regras do ônus da prova (2009, p. 83).

Prosseguindo, Pego (2009) foi ainda mais incisivo ao dizer que as frequentes justificativas para a inversão incontestada do ônus da prova no processo do trabalho é a necessidade de proteção do trabalhador. No entanto, esta afirmação não leva em consideração o lado oposto, que na maioria dos casos são micro e pequenos empresários, que não possuem o poderio econômico que se generaliza como próprio dos empregadores.

Porém, mesmo com doutrina admitindo a plena compatibilidade do artigo 6º, VIII, do CDC, ao processo do trabalho, o fato é que a Consolidação das Leis do Trabalho não dispõe de técnica de aperfeiçoamento do sistema probatório, como fez a lei do consumidor. As regras atinentes à distribuição do ônus da prova, na seara laboral, encontram-se estagnadas, continuando a tratar de forma igual os sujeitos desiguais, que deveriam ter tratamento diferenciado, notadamente em natureza alimentar das verbas envolvidas na relação de trabalho.

Nas lides trabalhistas, por maior que seja o empenho do trabalhador, muitos casos existem em que somente é possível a prova do direito constitutivo por meio de elemento probatório que se encontra em poder do empregador. Assim, é imperioso que se tenha certeza que o trabalhador é potencialmente fraco, e precisa que o processo do trabalho adote mecanismos realmente eficazes para a obtenção da verdadeira distribuição de justiça.

Ciente de que o processo trabalhista carece de uma normatização legal específica, em matéria probatória, com o objetivo de equacionar a distancia existente entre a realidade do trabalhador e sua situação jurídica nos litígios nesta condição e o empregador, no próximo capítulo desta monografia se pretende analisar a teoria das cargas probatórias dinâmicas, desvendando se esta teoria pode ser aplicada em nosso ordenamento, flexibilizando o esquema rígido e estático das regras atuais.

## 4 TEORIA DAS CARGAS PROBATÓRIAS DINÂMICAS

### 4.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Também conhecida na doutrina sob os nomes de teoria da prova compartilhada, carga da prova compartilhada, cargas probatórias dinâmicas e ainda, princípio da solidariedade ou efetiva colaboração das partes com o órgão jurisdicional, os estudiosos conferem ao jurista argentino Jorge Walter Peyrano a responsabilidade pela moderna teoria da carga dinâmica<sup>4</sup>.

Neto (2008), discorrendo sobre a aplicação da teoria das cargas dinâmicas no direito argentino, diz que essa teoria foi pensada para funcionar no âmbito das demandas judiciais envolvendo responsabilidade por erro médico, e que, atualmente, já encontra precedentes jurisprudenciais nas mais variadas áreas, dentre os quais os contratos de trabalho.

Ambrózio disserta afirmando que essa teoria se preocupa com a realidade concreta de cada processo, visando atender às circunstâncias específicas de cada qual.

Nesse sentido, trata a distribuição do encargo probatório de forma dinâmica, caso a caso, impondo-o à parte que se encontre em melhores condições de produzir a prova respectiva. A repartição do ônus da prova, por esta teoria, não está atrelada a critérios prévios, abstratos e estanques, mas à realidade fática, considerando a aptidão de cada parte em desincumbir-se do ônus da prova dos fatos com mais facilidade. A finalidade dessa teoria é a acessibilidade do litigante à prova, com vistas ao esclarecimento dos fatos e, conseqüentemente, a uma prestação jurisdicional mais justa (2013, p. 53).

Essa teoria parte do pressuposto de que a estrita aplicação das regras rígidas e abstratas sobre o ônus da prova pode levar a resultados injustos, nos casos em que a prova resultar muito difícil ou impossível à parte onerada. Assim, nessa hipótese, as regras clássicas sobre o ônus da prova devem ser flexibilizadas de maneira que o encargo probatório recaia sobre a parte que se encontre em melhores condições de produzi-la. É possível que apenas uma das partes tenha

---

<sup>4</sup> Luiz Eduardo Boaventura Pacífico ensina que o mérito de Jorge W. Peyrano foi o de revelar e sintetizar a noção de ônus já desenvolvida por James Goldschmidt.

aptidão ou condições de produzir determinada prova, quando então a ela deverá ser direcionada, como forma de garantir a isonomia substancial no processo.

Luiz Eduardo, em brilhante estudo sobre o assunto, asseverou que a doutrina do ônus dinâmico da prova desenvolveu-se a partir da injustiça causada pela aplicação das regras gerais da distribuição da prova. Disse o autor:

A aplicação das regras gerais de distribuição do ônus da prova – fundadas quer na natureza dos fatos (constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos), quer em teorias mais modernas que cuidaram de aprofundar tais critérios – pode conduzir a situações claramente injustas. Por isso, a fim de buscar a justiça no caso em concreto, por vezes a jurisprudência abranda a aplicação dos princípios legalmente estabelecidos (2011, p. 222).

Prossegue o autor atribuindo o mérito do pioneirismo ao estudo da teoria aos juristas argentinos Jorge W. Peyrano e Julio O. Chiappini, os quais revelaram que “o ônus da prova deve recair sobre a parte que se encontre em melhores condições profissionais, técnicas ou fáticas para produzir a prova do fato controvertido”. (2011, p.223)

A teoria das cargas probatórias dinâmicas não afasta a aplicação das regras legais sobre o ônus da prova, fundada na posição processual das partes e na natureza dos fatos a serem provados. Trata-se de teoria excepcional e residual que tem por ideia básica a facilidade para a produção da prova, impondo-se o encargo probatório àquele que estiver em melhores condições de produzi-lo, por meio de decisão fundamentada do julgador e precedida da necessária ciência dos litigantes envolvidos. Isso significa que a dinamização do ônus da prova dependerá do caso concreto, não havendo qualquer vinculação a regras fixadas anteriormente que pretendiam regular abstratamente todas as situações de direito material.

Corroborando, traz-se à baila os escritos de Zaneti, (2011, p. 144).

Importante ressaltar que a teoria da carga dinâmica da prova não afasta a aplicação das regras clássicas de distribuição do ônus da prova, na maioria das vezes fundadas na posição processual das partes e na natureza dos fatos a serem provados. Essa teoria apenas repreende e critica o engessamento, a imobilidade, dessas regras em determinadas situações específicas nas quais as partes se encontrem em dificuldade de se desincumbir de seus ônus de provar.

Concluindo, a partir do exame das particularidades do caso concreto, o magistrado define qual dos litigantes deve suportar a prova dos fatos alegados em

juízo, em razão de sua melhor condição para comprová-los e, assim, suportar o risco decorrente do seu eventual descumprimento.

## 4.2 FUNDAMENTOS

Segundo os doutrinadores, o fundamento da teoria das cargas probatórias dinâmicas reside no dever de cooperação ou colaboração dos litigantes com um processo justo, de lealdade, de probidade, de solidariedade e de boa fé.

Essa teoria inaugura um novo conceito de distribuição do ônus da prova, mais flexível e dinâmico, adaptável ao caso concreto segundo as peculiaridades das partes e do direito material discutido. Busca-se o equilíbrio entre os litigantes, segundo o critério de equidade na relação processual e o dever das partes de colaborar com o esclarecimento da verdade.

Ambrózio (2013), docente na Pontifícia Universidade Católica do Estado de São Paulo, citando Inés Lépori White, afirma que os fundamentos da teoria das cargas probatórias dinâmicas são: a justiça, a atitude das partes no processo e a responsabilidade do juiz no processo.

Discorre ainda que o acesso ao Poder Judiciário resta prejudicado se a parte fica à mercê do outro litigante porque não está ao alcance de suas possibilidades materiais a prova do fato alegado em juízo. Por fim, diz que, compete ao magistrado buscar a verdade, adotando todas as medidas que entender necessárias para o esclarecimento dos fatos.

Ainda, conforme a autora, a essência da magistratura é impedir que o mais forte, o que tem uma posição mais vantajosa, seja econômica, social ou jurídica, tanto em relação material ou processual, tire proveito do processo em detrimento do mais fraco (2013, p. 58).

Zaneti (2011, p. 141-142) afirma que os fundamentos para aplicação da teoria são "buscar a verdade, viabilizar a igualdade processual das partes, possibilitar o direito à prova de forma equilibrada, evitar a prova diabólica ou impossível, conferir a prova à parte que tem melhores condições de auxiliar o juiz na descoberta da verdade".

Assim, pode ser considerado fundamento da teoria em estudo a dinâmica do processo, a concretização da justiça, em seu sentido amplo.

#### 4.3 PRESENÇA DA TEORIA NO BRASIL.

No Brasil, consoante seu atual estágio de desenvolvimento cultural, não se pode mais negar a interpretação das normas por meio de um sistema que tenha na Constituição Federal o fluxo para onde tudo deva convergir. A legislação processual passa a ser interpretada à luz dos valores da Carta Maior, partindo da premissa de que a igualdade foi erigida como direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa, e o processo deve refletir um instrumento que propicie o tratamento isonômico a cada um dos litigantes.

“Além de estar cada vez mais presente no dia a dia dos julgados de nossos tribunais, a teoria da carga dinâmica da prova também vem sendo objeto de pronunciamento e estudo por parte da doutrina brasileira.” É o que afirma o professor Zaneti. (2011, p. 124)

Como o professor Paulo Rogério Zaneti, atualmente são muitos os autores que destinam algumas páginas de suas obras ao tema, ou divulgam artigos acerca do assunto em periódicos de Direito. Alguns críticos dessa teoria em questão.

Alvim Arruda, ainda que de forma implícita, aborda a teoria da carga dinâmica em sua obra, ao reconhecer a existência de casos em que a aplicação das regras tradicionais de distribuição do ônus da prova contidas no art. 333 do CPC se mostra, no mínimo, duvidosa em alguns casos concretos.

Nesse sentido, diz o aludido professor (2008):

Casos haverá em que se poderá ter dúvida a respeito da distribuição, in concreto, do ônus da prova. Um dos critérios preconizados é o de então, atentar-se para a facilidade com que um litigante faria a prova do fato que lhe interessa e, correlatamente, a extrema dificuldade que essa mesma prova acarretaria se fosse feito pelo outro litigante.

Um dos autores que retrata a teoria da carga dinâmica da prova como forma efetiva de combate à prova diabólica é Didier Jr. que após discorrer sobre o ônus da prova escreveu:

Parece-nos mais acertada a distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto. Em outras palavras, prova quem pode. Esse posicionamento justifica-se nos princípios da adaptabilidade do procedimento às peculiaridades do caso concreto, da cooperação e da igualdade (2006, p. 523).

Outro argumento interessante que vem sendo utilizado pelos estudiosos do direito para a aplicação da teoria da carga dinâmica da prova no cenário nacional é aquele que leva em consideração a efetividade e a instrumentalidade do processo para a realização do direito material; e nesse diapasão, processo justo é aquele que é efetivo, ou seja, possibilita à parte a realização e o reconhecimento do seu direito material.

Nessa seara manifestou-se o autor Antônio Danilo Moura de Azevedo Azevedo acerca da teoria da carga dinâmica da prova:

A teoria defende, justamente, o afastamento daquelas regras estáticas, impondo o ônus da prova à parte que se encontrar em melhores condições de produzir a prova, podendo o mesmo recair tanto sobre o autor como sobre o réu, a depender das circunstâncias fáticas e processuais de cada um, tudo em prol de uma maior efetividade e instrumentalidade do processo, ensejando, por conseguinte, decisões mais justas e equânimes a cada caso concreto submetido ao crivo do Poder Judiciário (2007, p. 4).

Seguindo os posicionamentos doutrinários atuais, bem como a jurisprudência, o legislador brasileiro vem se inclinando para legalizar a teoria das cargas probatórias dinâmicas. Para tanto, atualmente, está em tramitação na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 3.015/2008, que propõe a alteração do artigo 333 do CPC, incluindo o § 2º com a seguinte redação: "É facultado ao juiz, diante da complexidade do caso, estabelecer a incumbência do ônus da prova de acordo com o caso concreto".

Vê-se, assim, a tentativa de consagração, pelo legislador, da teoria em estudo, criando permissivo legal para a distribuição do encargo probatório de acordo com as particularidades do caso concreto, o que calaria as vozes em contrário, que alegam a falta de embasamento legal, para a aplicação da teoria. E embora o projeto não esteja imune a críticas, na medida em que a distribuição dinâmica do ônus da prova deva ocorrer em função da aptidão probatória real de cada parte litigante, ele representa um grande avanço na busca da convergência com a Constituição Federal, rompendo com o modelo clássico do ônus probatório.

No mesmo sentido é o Projeto de Novo Código de Processo Civil (8.046/2012) que, em posição inovadora, acolhe a flexibilização do modelo estático de distribuição do ônus da prova.

Art. 538. 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.

Conclui-se, portanto, que a tendência é de aperfeiçoamento das regras atuais de distribuição do encargo probatório, conferindo ao juiz a possibilidade de distribuir de modo diverso o ônus da prova, com atribuição ao litigante que se apresentar mais apto para produzi-lo. Essa nova diretriz em matéria probatória visa assegurar um sistema processual mais convergente com as garantias constitucionais de um Estado Democrático que assegura o acesso ao Poder Judiciário, em sentido amplo.

#### 4.4 OS PRINCÍPIOS DO ACESSO À JUSTIÇA, DA EFETIVIDADE DO PROCESSO E DA ISONOMIA PROCESSUAL COMO JUSTIFICATIVAS DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA CARGA DINÂMICA.

Um dos modos de verificar a compatibilidade e a adequação da teoria probatória dinâmica junto ao ordenamento jurídico é analisar a correspondência entre a mesma e alguns dos princípios processuais civis contidos na Lei Maior. Se o resultado for positivo, podemos afirmar a correção dos julgados que se vêm utilizando do expediente do ônus probatório dinâmico para solucionar determinados casos concretos.

Feita essa pequena anotação introdutória é que se passa à análise dos princípios citados no título desse subitem.

O princípio do acesso à Justiça, também conhecido entre nós como princípio da inafastabilidade da Jurisdição ou do direito de ação, encontra-se expressamente previsto na Constituição Federal, art. 5º, XXXV. Segundo o dispositivo, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A interpretação desse princípio passou por flagrante evolução. Se no início o “acesso à justiça” compreendia somente o direito de impetrar uma ação, hoje essa interpretação não de coaduna mais com os interesses do processo moderno.

Zaneti afirma que na visão mais atual e contemporânea do processo como instrumento de realização do direito material, o real e verdadeiro acesso à justiça é aquele que é efetivo/eficiente, e somente esse. Diz o professor:

“O acesso à Justiça não se limita a proteger os economicamente desfavorecidos, tampouco a reconhecer os interesses de um grupo que se encontram difusos na sociedade. É muito mais que isso. Consubstancia-se na adoção de mecanismos que possibilitem o reconhecimento do próprio direito alegado pelas partes, uma vez que ter um direito sem possibilidade de prová-lo é o mesmo que não tê-lo (2011, p. 135).

É sob essa ótica de acesso efetivo à Justiça, que segundo os doutrinadores, se compatibiliza plenamente a utilização da teoria da carga dinâmica no ordenamento jurídico brasileiro. Porque diante do caso concreto, não podendo o juiz utilizar-se de recursos que façam a verdade aparecer, ocorreria somente o acesso formal à Justiça, porém irreal e ineficaz, vez que à parte restaria impossível o reconhecimento de seu direito em determinadas situações, ficando muito longe de alcançar o veredicto justo.

Outro princípio processual pertinente nesta análise da compatibilidade da teoria da carga dinâmica da prova e o nosso sistema processual é o da efetividade do processo. Elizabeth (2008) afirma que pode-se dizer que referida expressão deve ser entendida sob o prisma de realizar, efetuar, perfazer.

Assim, entende-se que um processo somente é considerado efetivo se realiza, efetua ou perfaz o direito material posto. Enfim, processo efetivo é aquele que é eficiente para propiciar o direito a quem de direito.

Por ultimo, e não menos importante, está o princípio da isonomia processual. Previsto no artigo 125, I, CPC, encontra guarida no art. 5º, caput e seu inciso I da Constituição Federal de 1988.

Dizem os dispositivos:

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

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros, residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Trata-se, na verdade, de um dispositivo que deve servir de norte ao juiz na aplicação do Direito ao caso concreto, para evitar o desequilíbrio entre as partes numa dada relação processual.

Buscando novamente os estudos de Zaneti (2011) vimos que ele afirma que é com o objetivo de colocar as partes em igualdade e indispensável equilíbrio no processo que o juiz se pode valer da teoria da carga dinâmica probatória em situações de extrema desigualdade probatória. Esse desequilíbrio advém do fato de que uma das partes se reveste de posição privilegiada em relação material probatória quanto à parte contrária, devendo o magistrado lançar mão de instrumentos indispensáveis ao equilíbrio processual.

Portanto, é nítido que a teoria do ônus dinâmico da prova encontra-se afinada com os princípios basilares do direito processual, buscando dar maior efetividade no plano material, aprimorando a técnica processual.

#### 4.5 O PROBLEMA DA PROVA DIABÓLICA (*PROBATIO DIABOLICA REVERSA*).

Primordialmente, cabe aqui destacar que a prova diabólica (*Probatio Diabolica*) é aquela modalidade de prova impossível ou excessivamente difícil de ser produzida, a exemplo de um fato negativo, conforme ensina os doutrinadores. Sendo assim, é importante frisar que prova diabólica é uma expressão utilizada nas hipóteses em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil de ser produzida. Isto é, nenhum meio de prova possível é capaz de permitir tal demonstração. Dessa maneira, a prova diabólica, muitas vezes, ocorre nos casos em que se tem que provar algo que não ocorreu, constituindo-se em uma autêntica prova negativa.

Ora, segundo os estudiosos, o princípio da impossibilidade da prova negativa baseia-se nos ensinamentos do direito canônico de que somente o Diabo poderia provar um fato negativo. Dessa forma, deve-se afastar a chamada "*probatio diabolica*". Tal ideia fundamenta-se na seguinte situação: um cidadão pode provar que quitou um boleto bancário, mas não terá como provar que não recebeu um carta de notificação antes da inscrição de seu nome nos sistemas de proteção ao crédito.

Assim, além do fato de a parte dinamicamente onerada se encontrar em posição privilegiada para a produção probatória em face da *outra parte, a aplicação*

dessa teoria somente se legitima quando evitada a criação de uma *probatio diabólica reversa*, ou seja, o litigante dinamicamente onerado deve ter a possibilidade e oportunidade de produzir a prova.

Nesta linha, Ambrosio (2013, p. 63) diz que "a redistribuição do ônus da prova tem espaço se essa decisão não causar um ônus excessivo à outra parte que não se encontrava inicialmente onerada, sob pena de se desvirtuar os próprios objetivos da teoria".

Rodrigues adverte que, tendo em vista que a redistribuição do ônus da prova acarretará a criação de um ônus para alguém que não o teria originariamente, há que se verificar quanto à impossibilidade da prova diabólica reversa. Para o autor, é preciso que o juiz verifique, à luz do caso concreto, se a providência de readequação do encargo da prova pode gerar um prejuízo à comprovação das alegações daquele que será onerado, sob pena de violação à garantia da ampla defesa. "Quando da redistribuição do ônus da prova, realiza-se uma ponderação acerca da prévia escolha, e somente será legítima tal ponderação se não causar um desequilíbrio a um dos polos da relação processual, desvirtuando, pois, do próprio objetivo da dinamização. (2007, p. 113-128).

Portanto, quando da aplicação da teoria dinâmica, se a transferência do encargo probatório trazer a mesma dificuldade ou impossibilidade para a parte contrária inicialmente livre do ônus, a utilização dessa técnica de dinamização fica prejudicada, pois o que se busca é a igualdade entre os litigantes, e não a punição de um deles. Assim, a teoria em comento encontra limite na chamada *probatio diabólica reversa*, pois é indispensável que a parte onerada tenha a possibilidade real de produção da prova, sob pena de grave violação ao seu direito de defesa e de acesso ao Poder Judiciário.

## 5 APLICAÇÃO DA TEORIA DAS CARGAS DINÂMICAS AO PROCESSO DO TRABALHO.

### 5.1. O PRINCÍPIO DA APTIDÃO DA PROVA.

O princípio da aptidão da prova é um dos fundamentos e dos pressupostos para a aplicação da teoria em estudo.

A doutrina defende que o processo do trabalho agasalhou o princípio da aptidão da prova, segundo o qual se deve atribuir o ônus da prova ao litigante que tenha melhores condições de provar o fato controvertido. Assim, consoante esse princípio, quando uma parte tiver grande dificuldade na produção da prova e, ao mesmo tempo, a outra parte dispuser de melhores condições para realizá-la, este ônus de demonstrar os fatos relativamente aos quais se funda a pretensão será da parte melhor equipada.

Pires (2011, p. 167), em tese de doutorado pela USP, afirma que aptidão para a prova significa sua produção por quem a detenha ou tenha melhor possibilidade de acesso à mesma, independente de posição processual. Diz a autora:

(...) Pela aplicação deste princípio, um encargo que originariamente seria, por exemplo, do autor trazer aos autos alguma prova relevante e ele só não o faz por conta de fatores externos impeditivos (hipossuficiência de informações, econômicas, ou de nível educacional) que conduzem a uma situação de impossibilidade de produção da prova ou uma extrema dificuldade nesse sentido, o encargo será atribuído à parte adversa”.

Segundo Ambrosio (2103, p. 91) o princípio da aptidão para a prova vem desde Carnelutti e preconiza que se deve produzir a prova aquele que estiver apto para fazê-lo, independente de ser autor ou réu, o que significa quase sempre inverter o ônus para empregador, porque detém, em geral os meios de convencimento.

No mesmo sentido é o pensamento de Machado Junior, (1994, p. 147) que afirma:

Se uma das partes tem maior aptidão para a prova, nada mais razoável do que exigir a sua produção de quem tem maiores condições de demonstrar a veracidade dos fatos, mesmo que isso signifique a determinação da juntada de documentos, suprindo inércia daquela parte que preferiu, comodamente, apenas negar o fato constitutivo alegado.

Portanto, o princípio da aptidão para a prova revela que se deve distribuir o ônus da prova ao litigante que estiver mais apto a produzi-la. Assim, a distribuição do ônus da prova se revelará um instrumento condizente com o escopo do processo, contribuindo para que a convicção do juiz coincida com a verdade.

Sobre o princípio da aptidão da prova, Malett escreve que:

As regras relativas ao ônus da prova, para que não constituam obstáculo à tutela processual dos direitos, hão de levar em conta sempre as possibilidades, reais e concretas, que tem cada litigante de demonstrar suas alegações, de tal modo que recaia esse ônus não necessariamente sobre a parte que alega, mas sobre a quem se encontra em melhores condições de produzi-la, inclusive com inversão do ônus da prova. Com isso, as dificuldades da desigual posição dos litigantes não são transportadas para o processo, ficando facilitado inclusive o esclarecimento da verdade e a tutela de situações que de outro modo provavelmente não encontrariam proteção adequada (1999, p. 148-159)..

Esse princípio é fundamentado no princípio da igualdade, tocando para cada parte demonstrar as alegações que se apresentem mais fáceis, segundo sua real capacidade probatória. Tem raízes também nos princípios da boa-fé e da lealdade processual que regem a conduta dos litigantes, como dito anteriormente. Impõem-lhes também o dever de conjugar esforços com o Estado no processo para solucionar a contenda, cooperando e trazendo as provas, que estão em seu poder, aos autos.

Teixeira Filho sustenta que o princípio da aptidão para a prova deve ser utilizado quando o art. 818 da CLT se revelar insuficiente para disciplinar a distribuição da carga probatória entre os litigantes. Diz o autor que “competirá ao julgador verificar, em concreto, quem estava apto a produzir a prova, segundo os meios e condições de quem realmente dispunha, pouco importando que se trate de prova positiva ou negativa, ou de que o interesse fosse desta ou daquela parte”. (2003, p. 126)

No mesmo rumo, de Paula (2010, p. 120) diz que “significa esse princípio que a prova deverá ser produzida por aquela parte que a detém ou tem acesso à mesma, sendo inacessível à parte contrária. Conseqüentemente, é a que se apresenta como apta para produzi-la judicialmente”. O mesmo autor dá um fundamento para a aplicação do princípio da aptidão da prova:

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. Indiscutivelmente, o princípio será aplicado todas as vezes em que o empregado não pode 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 (2003, p. 126).

Machado Júnior (2010, p. 147) traz interessante exemplo da aplicação desse princípio na seara laboral:

Numa ação trabalhista aforada por um professor da rede particular de ensino em face de sua ex-empregadora, uma escola de curso pré-vestibular, em que se discutia sobre o número de alunos em cada sala onde eram ministradas aulas por aquele, fato cuja prova era necessária para que se deferisse o adicional proporcional à quantidade de alunos, houve a inversão do ônus da prova, pois a empregadora detinha toda a documentação referente aos alunos matriculados, não só pelos diários de classe, como por outros documentos, como pagamentos de mensalidades, etc.

No mesmo sentido, Silva, também apresenta importante exemplo de aplicação do princípio de aptidão da prova:

O motorista que se ativa em longas viagens, por vezes saindo num dia e retornando no outro, dificilmente terá como provar a alegada sobrejornada. Tem, pois, o empregador maior aptidão para demonstrar o contrário, inclusive porque detém os discos de tacógrafo, nos quais constam os horários de funcionamento do veículo que era dirigido pelo autor (2004, p. 685-694).

Exposta a definição do princípio da aptidão para a prova, importante trazer ao conteúdo deste estudo a proposta de roteiro para a definição do ônus da prova.

Nesse sentido, Silva (2004) propõe o seguinte caminho a ser percorrido para se chegar à definição de quem terá o ônus da prova:

Em breve síntese podemos concluir que: 1º) antes de se investigar de quem é o ônus da prova, tem-se que analisar a possibilidade de o fato alegado ser notório, confessado, incontroverso ou se em seu favor milita presunção legal ou jurídica de existência ou veracidade, e ainda se quanto a ele existe máxima de experiência, casos em que dele não se exigirá prova; 2º) havendo fato controvertido, relevante e pertinente que dependa de prova, exsurge o problema de se verificar

qual das partes é o ônus da prova, quando então se terá que averiguar a natureza dos fatos controvertidos, porque ao autor caberá a prova do fato aquisitivo de seu direito, quando negada a existência desse fato; ao réu a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, porque o fato constitutivo foi reconhecido sendo apenas lhe negado os efeitos jurídicos; e, diante de fatos contrapostos, temos de aplicar o princípio ontológico de Malatesta: o ordinário se presume, o extraordinário se prova, para definir de quem é o ônus de provar (2004, p. 693).

Assim, a ordem para o estabelecimento das regras atinentes à distribuição do ônus da prova seria o enquadramento no artigo 334<sup>5</sup> do CPC e depois o artigo 335 do CPC. Não se encaixando em nenhum desses dispositivos, surge a questão de se fixar a quem compete o ônus da prova.

Ademais, conquanto a doutrina trabalhista proclame a aplicação do princípio da aptidão da prova no processo do trabalho, o que se verifica, na prática, é a utilização tímida desse mecanismo pelos aplicadores do direito. Embora processualistas de renome defendam a atribuição do encargo àquele litigante que esteja mais apto para fazê-lo, independentemente de ser autor ou réu, verifica-se que a grande maioria dos casos de repartição do ônus da prova não espelha a aplicação efetiva desse princípio.

Por essa razão Ambrozio (2013) afirma existir uma grande confusão em matéria de ônus da prova no processo do trabalho na medida em que aqueles casos em que se acredita ser de inversão do ônus da prova ou de aplicação do princípio da aptidão para a prova, são, em realidade, simples decorrência da utilização da famosa regra de Malatesta, no sentido de que o ordinário se presume e o extraordinário se prova. Ensina a autora:

Fala se numa suposta inversão do ônus da prova no processo do trabalho, em favor do empregado. Não nos parece que tal ocorra. O que acontece – e esse é um princípio geral de direito quanto à prova – é que o juiz deve presumir a existência daquilo que comumente se verifica: o que é normal se presume. Ora, é normal e comum que a prestação continuada de trabalho resulte de um contrato de trabalho; é comum e normal que o empregado, a quem interessa, por uma

---

<sup>5</sup> Art. 334. Não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos, no processo, como incontrovertidos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

questão até de sobrevivência, queira a conservação de seu emprego, não o abandone etc. ( 2013, p. 97).

No mesmo sentido, Silva (2004) afirma que se considera, na prática, como de inversão do ônus casos de autêntica definição. Para o autor, se o reclamante alega que foi empregado porque prestou serviços ao réu, e este argui que o autor era, entretanto, autônomo ou eventual, cabe ao réu a prova de exceção. Portanto, não se deve falar em inversão do ônus da prova nesse caso.

Assim, segundo o autor, a inversão se dá apenas quando pelas regras já vistas, o ônus da prova compete a uma das partes e o juiz, motivadamente, transfere-o à outra parte, como ocorre na Súmula nº 338 do TST.

Da mesma forma, quando o empregador contesta, por exemplo, a modalidade de ruptura contratual, alegando que o empregado pediu demissão e não foi dispensado sem justa causa, atrai para si o ônus de demonstrar como se deu o fim do contrato de trabalho, pois sustenta fato modificativo do direito do autor, representando mais um caso típico de aplicação das regras estáticas de repartição do ônus da prova.

Constata-se que a Consolidação das Leis do Trabalho não dispensou, em matéria probatória, nenhum tratamento diferenciado à parte hipossuficiente da relação de trabalho, desprezando a desigualdade material existente entre trabalhador e empregado. A legislação trabalhista não evoluiu como a legislação consumerista que, ao se deparar com uma situação de desigualdade material, desenvolveu técnicas de estímulo à busca da igualdade processual, com vistas à efetivação da justiça social e a concretização dos direitos fundamentais.

Carlos Alberto Reis de Paula esclarece bem a dificuldade do trabalhador em produzir provas:

No âmbito específico das provas, temos as dificuldades probatórias que podem ter o empregado e, em contrapartida, a maior facilidade probatória do empregador, que normalmente é quem dispõe das provas, principalmente, a documental. Não se pode tratar igualmente os dois, sendo que esse tratamento diferenciado é uma exigência do próprio princípio da igualdade, tendo essa desigualdade de tratamento uma justificativa objetiva e razoável. Sem ofender o princípio do contraditório, que será sempre assegurado, facultando-se à parte a prova ou contraprova de seu direito ou interesse (2010, p. 116).

O certo é que o processo do trabalho necessita urgentemente de uma melhor disciplina de distribuição do ônus da prova, considerando que a hipossuficiência abrange qualquer empregado que tenha que provar alguma coisa. Assim, urge corrigir esse desequilíbrio, outorgando ao empregador maiores encargos na produção da prova.

Nesse sentido, a teoria das cargas probatórias dinâmicas se aplica ao processo do trabalho em razão da própria redação aberta do art. 818 da CLT que agasalharia essa dinamização do encargo probatório, notadamente pela atuação do princípio *in dubio pro operário*, segundo o qual deve se adotar uma interpretação da lei trabalhista que seja mais favorável aos trabalhadores. (Ambrozio, 2013, p. 100)

Assim, o artigo celetista, que disciplina a repartição do ônus da prova, deve ser interpretado no sentido de se aceitar uma técnica que considere a hipossuficiência do empregado em matéria probatória, bem como a maior aptidão do empregador para produzi-las. Além disso, a interpretação do art. 818 da CLT não contrariaria a vontade do legislador que ampara com proteção jurídica a debilidade econômica do empregado.

Portanto, a teoria das cargas probatórias dinâmicas nada mais representa do que a aplicação do princípio da boa fé ao campo probatório seja o relativo ao processo civil ou ao processo trabalhista. É illogicamente sustentável que aquele dotado de melhores condições de demonstrar os fatos, deixe de fazê-lo, agarrando-se em formais distribuições do ônus de demonstração. O processo moderno não se coaduna com espertezas procedimentais e busca, cada vez mais, a verdade.

## 5.2 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E O ÔNUS DINÂMICO DA PROVA

Na concepção atual do processo não há dúvidas de que este sofre influência do direito material ao qual serve de instrumento. Assim, os reflexos dos princípios do direito do trabalho vão ser sentidos no direito processual do trabalho na questão relativa à distribuição do ônus da prova. Assim, o Direito do Trabalho se caracteriza, até mesmo pela sua própria formação histórica, na necessidade de promoção do equilíbrio entre as relações de trabalho, buscando o nivelamento de forças entre empregador e empregado. Para tanto, regras e princípios foram traçados com o intuito de proteger o empregado de abusos que o empregador possa cometer.

Segundo Pires (2011, p. 183) "o princípio protetor no âmbito do direito material do trabalho subdivide-se no da aplicação da regra mais favorável, princípio *in dubio pro operário* e em caso de várias interpretações dessa regra, que deva ser dada preferência à interpretação mais favorável ao empregado".

Nascimento (1998) é categórico quanto à aplicabilidade do princípio protecionista também no direito processual, opinando até sobre a hipótese específica do ônus da prova, que deve ser mais forte para o empregador.

Assim, se a missão do próprio direito do trabalho é proteger o mais fraco, há que a força do princípio protecionista atuar tanto no direito material quando no direito processual diante do escopo comum de realização de justiça social. Há regras inclusive processuais que sofrem a incidência da proteção a exemplo daquela prevista no art. 844<sup>6</sup> da CLT.

Martins (2007, p. 40) ao tratar dos princípios do processo do trabalho o fizera com maestria, abordando o aspecto instrumental da questão. Afirma o autor que: "o verdadeiro princípio do processo do trabalho é o protecionista. Assim como no Direito do Trabalho as regras são interpretadas mais favoravelmente ao empregado, em caso de dúvida, no processo do trabalho também vale o princípio protecionista, porém analisado sob o aspecto do direito instrumental".

Assim, segundo a doutrina, analisado o princípio da proteção sob esse ângulo, nota-se que o princípio *in dubio pro operario* não seja aplicável somente no aspecto referente à valoração da prova. Trata-se, na verdade, de princípio que dá norte às interpretações das regras processuais quando da aplicação do ônus da prova como regras de procedimento, utilizando-se dele como fundamento para exigir da parte a produção de determinada prova.

### 5.3 ÂMBITO EXCEPCIONAL DE APLICAÇÃO DA TEORIA

Segundo Luiz Eduardo Boaventura Pacífico no "XVII Congresso Nacional de Derecho Procesal", a doutrina argentina apresentou resultados de pesquisas sobre a teoria dinâmica do ônus da prova, e entre as conclusões destaca-se o caráter excepcional de sua aplicação. Ainda de acordo com o autor, a excepcionalidade da

---

<sup>6</sup> Art. 844 - O não comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato.

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 (2011, p. 226).

Já para Ambrozio (2013) seria rematado absurdo descartar os princípios elaborados ao longo de séculos de experiência jurisprudencial e pesquisas doutrinárias, que foram sendo incorporados nas mais diversas legislações, por uma fórmula inteiramente nova e revolucionária. “Definitivamente, não é isso que se propõe para aplicação da teoria. A maturidade dos institutos jurídicos, é ocioso dizer, costuma ser resultado de evolução lenta e gradual” (2013, p. 70).

Constata-se que a repartição dinâmica do ônus da prova consubstancia solução excepcional e subsidiária, que encontra espaço apenas se as regras gerais de distribuição do ônus levarem a lide a um fim manifestamente injusto. Por outro ângulo, é perfeitamente possível visualizar os limites de aplicação da teoria dinâmica. Assim, se o pressuposto da distribuição do ônus da prova é que a parte onerada desfrute de maior facilidade para produzir a prova, é racional que o resultado dessa distribuição não importe numa prova impossível, que certamente lesaria o princípio constitucional da ampla defesa.

#### 5.4 A JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA E A APLICAÇÃO DA TEORIA

Em pesquisas feitas em sites dos Tribunais Trabalhistas – TRT's e também do Tribunal Superior do Trabalho – TST, verificou-se que a adoção da técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova ainda é peijosa.

No TRT da 2ª Região, em 2008, nos autos do processo 00215-2008-315-02-00-9, o juiz Rodrigo Garcia Schwarz já aplicava a teoria da distribuição do ônus da prova em caso de ação na qual o trabalhador buscava o direito à integração das comissões pagas e não consignadas no holerite, as chamadas comissões “por fora”.

(...) A alegação da reclamada, no sentido de que o faturamento mensal e o percentual das comissões incidentes, apontados nos documentos, não se referem apenas às vendas realizadas pelo reclamante, mas à totalidade de vendas, realizadas, carece de prova. Pagando comissões sobre vendas, competia à reclamada provar o quantum das vendas e das correspondentes comissões pagas ao reclamante, no que negligenciou. É a reclamada, que tem a obrigação legal de manter livros fiscais, que está em posição de

provar, documentalmente, qual é o exato valor das comissões pagas, demonstrando valores escriturados. Não o fez, de forma que se presume a correção dos fatos expostos pelo reclamante na inicial, no tópico. A carga probatória dinâmica, incidindo aqui a aptidão para a prova, de forma que compete à parte naturalmente melhor detém os meios da prova o ônus de provar as suas alegações, observados os termos do art. 818 da CLT (...).

No julgado acima é patente a referencia à carga probatória dinâmica ao atribuir à parte ré o ônus de provar qual era o valor das comissões que o empregado recebia, pois os recibos de pagamento apresentados não espelhavam a realidade, uma vez que as comissões eram pagas “por fora”.

Convergindo com o juiz Rodrigo, a juíza Celita Carmem Corso também decidiu da mesma forma em ação que julgava a mesma causa de pedir, ou seja, a inclusão de pagamento de verbas trabalhistas nas comissões pagas “por fora”. Eis a transcrição de partes do Acórdão proferido nos autos nº 00353-2007-009-02-00-0-18, do TRT da 2ª Região – 18ª Turma.

(...) Por fim, tangenciando a questão da integração das “comissões” referente a todo o período contratado de trabalho, cumpre referir que, à luz da teoria da distribuição dinâmica das cargas probatórias, positivada no art. 6º, VIII, do CDC, o ônus da prova incumbe a quem, pelas circunstâncias do caso concreto, se encontre em melhores condições para produzir a prova, visando a garantir maior efetividade à tutela jurisdicional.

Neste sentido, confira-se precedente do STJ: “A teoria da prova transfere o ônus para a parte que melhores condições tenha de demonstrar os fatos e esclarecer o juízo sobre as circunstâncias da causa”. (STJ – Resp 316316 – excerto do voto do Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – DJ 12.11.2001)

Na espécie – considerando que o relatório de produtividade dos empregados é documento afeto à reclamada – entendo que esta possui melhores condições de comprovar que não pagava qualquer percentual (comissões) sobre o seu faturamento, decorrente dos contratos de arrendamento celebrados pelo reclamante, bastando, para tanto colacionar os relatórios atinentes a todo o período do contrato de trabalho. Se assim não o fez, omitindo deliberadamente, deve sofrer as consequências do descumprimento deste ônus processual, vale dizer, a procedência do pleito autoral.

Nota-se que através do fragmento do acórdão acima, que houve uma correlação da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova com a regra da inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor. A julgadora achou por bem atribuir o ônus da prova a quem detinha melhores condições, garantindo efetividade à tutela jurisdicional. Ora, se a empresa se omitiu

em produzir as provas que contrariasse o alegado pelo trabalhador, mesmo que o autor não tenha conseguido provar a constituição do seu direito, é duvidoso que não esteja agindo de má fé, negando o pagamento de recursos advindos do esforço do empregado, diga se de passagem, de natureza alimentícia.

Migrando de TRT, percebe-se que outros Tribunais também vêm aplicando a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus Probatório. O TRT de Minas Gerais proferiu acórdão, nos autos 0144500-02-2009.5.03.0111, entendendo que nos casos de equiparação salarial, o empregador atrai para si o ônus da prova em razão da teoria da distribuição do ônus da prova, já que detém os meios probatórios. O tribunal entendeu que a dinâmica do ônus da prova é técnica processual que a princípio deve ser estabelecida por lei, mas que a falta dessa não impede a sua aplicação supletiva pelo magistrado. O Acórdão, indiretamente, acaba por reconhecer ao juiz do trabalho os poderes de aplicação do dinamismo do ônus da prova conforme o caso em questão, bem como apontar o dever de colaboração entre as partes. Diz a ementa:

EMENTA: DISTRIBUIÇÃO DINAMICA DO ÔNUS DA PROVA. FIXAÇÃO PELA JURISPRUDÊNCIA. POSSIBILIDADE. A distribuição do ônus da prova consiste em técnica processual, cuja disposição cabe, em princípio, à lei. Todavia, esta não é a única fonte do direito. A jurisprudência também ostenta este poder. Destarte, dentro do acervo de possibilidades da Corte Trabalhista está a chance de, supletivamente, atribuir o ônus da prova a uma das partes. Assim é quando a pretensão importa em uma equiparação salarial, terreno em que os elementos probatórios se concentram acentuadamente junto aos documentos de porte obrigatório do empregador, daí porque, segundo a moderna teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, fica este último com o dever processual de colaborar com a Justiça ativamente.

Outro TRT que vem utilizando expressivamente a carga probatória dinâmica é o TRT do Rio Grande do Sul – TRT da 4ª Região. Um exemplo, é o julgado da juíza Maria Helena Mallmann, que atribuiu a uma empresa o ônus da prova, frente a afirmação de relação de emprego. Segundo a juíza, a empresa deveria provar a ausência dos requisitos da relação de emprego. Segue parte da decisão proferida nos autos 0087200-44-2008-5.04.029 (RO):

“EMENTA: DISTRIBUIÇÃO DO ONUS DA PROVA. VÍNCULO DE EMPREGO. A ausência de verossimilhança na tese defensiva

impede que se transfira à reclamante o ônus da prova , nos termos da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

(...)

VINCULO DE EMPREGO. DISTRIBUIÇÃO DO ONUS DA PROVA. RECONHECIMENTO.

Insurge-se a reclamante o não reconhecimento da relação de emprego. Nega exercesse a função de “garota de programa”. Diz que o estabelecimento possuía vários andares, e que a “reclamante era responsável pela venda de bebidas e manutenção de espaço em apenas um dos andares”. Observa que apesar do tamanho do estabelecimento o reclamado aduz que não possuía empregados e é o único responsável pela venda de bebida, limpeza e administração do lugar. Diz que as noras fiscais emitidas em nome da reclamante tiveram o objetivo de mascarar a relação de emprego. Alega que as notas fiscais são incompatíveis com a caracterização da reclamante como mera frequentadora. Aduz ainda que, enquanto a contestação afirma que a reclamante utilizou do estabelecimento a partir de abril de 2007, a primeira nota foi emitida em novembro de 2006. Defende que o ônus da prova era do reclamado. Invoca a prova testemunhal, que entende lhe ter sido favorável.

À análise.

A r. sentença assim decidiu a questão:

“A relação jurídica havida entre as partes não era de emprego. Note-se que o réu não assume a prestação de trabalho, mantendo o ônus da prova com a parte autora, do qual ela não se desincumbe a contento, consoante art. 818 da CLT.

Note-se que a autora não faz prova de que laborou para o reclamado. Antes pelo contrário, a prova oral dá conta que a reclamante frequentava o local como cliente; informação vinda da testemunha Ariane (fls.; 131/2), pessoa que era, nas mesmas condições que a reclamante, cliente da empresa, prestando portanto, depoimento coerente que as demais testemunhas, por ter vivenciado de forma mais próxima os fatos objeto deste feito.

De outro lado, as testemunhas convidadas pela autora prestam depoimento contraditório com o que consta na inicial. A segunda testemunha aduz que frequentava o local , as vezes, pela manhã, informação esta que não se confirma quando comparada com a inicial, que aduz que trabalhava a partir das 12h.

Assim, pela falta de provas da dependência e permanência, requisitos do artigo 3º da CLT, improcede o pedido de reconhecimento de vínculo de emprego”.

Com a devida vênia, não é esta a análise mais correta da questão.

Inicie-se pelo ônus da prova.

Não se desconhece a orientação tradicional de que chamada negativa absoluta implica em se considerar da parte autora o ônus da prova da relação empregatícia. Todavia, veja-se que a contestação alega que: “O reclamado tem um estabelecimento no endereço onde está direcionada a demanda, um ponto de vendas de bebidas. Nesta situação, a reclamante e outras mulheres, compareciam para tratarem de assuntos exclusivamente particulares com os clientes do rdo, invariavelmente assuntos amorosos, utilizando a reclamante do pseudônimo de “LIST”. Portanto, a tese defensiva é de que o reclamado tinha um bar frequentado por profissionais do sexo (note-se que aqui já se admite mais de u9ma), que, conforme a própria

defesa adite, realizavam negócios com os clientes do reclamado, mas que porém ele tirava proveito apenas da venda de bebidas. Portanto, o que defende é que existiam duas prestações de serviços simultâneas e afins (venda de bebidas e serviços típicos de profissionais do sexo), porém sem relação nenhuma entre si. Contudo, é muito pouco razoável que o estabelecimento tivesse só o objetivo de venda de bebidas, e apenas por acaso fosse frequentado por várias profissionais do sexo, entre as quais, segundo o que a defesa alega, a reclamante, que ali realizavam sua atividade. A improbabilidade da tese defensiva impede que se atribua o ônus da prova à reclamante, ante a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Esta Relatora já possui precedentes nesta linha, dos quais destaca o seguinte:

"DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA. ÔNUS DA PROVA. As regras de distribuição do ônus previstas nos arts. 333 do CPC e 818 da CLT estão ambas ultrapassadas, pois que sua rigidez não dá conta de abarcar adequadamente a riqueza das situações que se colocam no cotidiano forense. Por isso, a doutrina, há tempos, desenvolve teorias alternativas de repartição do ônus da prova, dentre as quais se destaca a distribuição dinâmica. Tal teoria apregoa a necessidade de distribuição do ônus probatório conforme situação do caso concreto. Há que se levar em conta a verossimilhança das alegações, bem como a facilidade na produção da prova, não sendo suficientes para a imposição de ônus probatórios impugnações que não tenham amparo na razoabilidade e na ordinariade dos fatos usualmente verificados. Provimento negado" (00540-2005-004-04-00-0 RO, 3ª Turma, DJ 19.01.09)

Para afastar qualquer dúvida, observe-se que o reclamado, quando da perícia técnica, "afirmou ser proprietário de uma casa de encontros sexuais" (fl. 105).

Tal afirmativa não foi negada na manifestação sobre a perícia. Portanto cabia ao reclamado o ônus da prova.

Em outro julgado mais recente do Tribunal da 4ª Região, a Desembargadora Denise Pacheco foi penetrante ao utilizar-se da teoria em estudo. Evitando delongas, transcreveremos a ementa do acórdão proferido nos autos 0000256-84.2012.5.04.0001 RO:

Diferenças de comissões. Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Princípio da aptidão para a prova. Dever legal de documentação da relação de emprego. Diante do princípio da aptidão para a prova e da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, verifico que o encargo probatório quanto ao correto pagamento das comissões pertencia à empregadora, por possuir o dever legal de documentação da relação de emprego, inclusive no tocante à forma e critérios de remuneração e condições especiais, nos termos do artigo 29 da CLT, impossibilitando o deslinde da controvérsia, a sua omissão na juntada da documentação pertinente.

O Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, do qual o Tocantins faz parte, seguindo o entendimento dos outros tribunais, também vem seguindo o mesmo

raciocínio. Transcreve-se abaixo, trechos do acórdão proferido nos autos 01062-2013-101-10-00-1 RO (Acórdão 3ª Turma), em julgamento ocorrido já neste ano de 2014. Embora seja longo, o trecho do acórdão de lavra do Desembargador Douglas Alencar Rodrigues, a lógica é bastante elucidativa para o estudo em tela:

(...) Aposta-se, com relativa margem de êxito, no apego extremado de alguns magistrados aos ônus tradicionais de distribuição de prova, com aplicação cega e mecânica do princípio da livre produção probatória pelas partes, sem levar em consideração a imensa dificuldade da vítima de demonstrar, dentro do processo, a real extensão dos danos que lhe foram causados pela dissimulação oriunda da jornada dita externa não controlada. Mas é preciso deixar claramente assentado que as regras de distribuição do ônus da prova não constituem questão de lógica processual, mas de ética social (MICHELI), onde paralelamente à liberdade de produção caminha a auto-responsabilidade das partes, como manifestação de uma nova cultura do processo judicial caracterizada pela vigência do princípio da solidariedade e o dever de cooperação de todos em busca da verdade e da justa solução do litígio, com um rendimento mais eficiente do serviço judiciário como um todo. Nesse cenário, pertinente é a aplicação daquilo a que a doutrina argentina intitula de “Teoria da Carga Probatória Dinâmica”, lastreada no seguinte axioma: a prova incumbe a quem, pelas circunstâncias do caso concreto, detém as melhores condições de produzi-la; essa intenção rompe a visão estática da mera distribuição. Advirta-se, desde já, que a medida não se trata de inversão da prova, mas de justa política judicial de intervir na distribuição da prova, promovendo a igualdade real entre as partes (art. 125, I, do CPC), gizando em cores vivas o princípio da solidariedade entre as partes, e, porque não dizer, os próprios princípios da lealdade e da boa-fé que norteiam a conduta processual dos litigantes, atribuindo faculdade probatória a quem tenha menos transtornos. Essa nova corrente, como tem sufragado a mais moderna e abalizada doutrina, não ignora as regras clássicas do ônus da prova, mas cuida de completá-las ou aperfeiçoá-las, flexibilizando sua aplicação nos episódios onde a parte que devia provar segundo a regra tradicional se vê impossibilitado de fazê-lo por motivos absolutamente alheios a sua vontade (INÊS LÉPORI WHITE). O moderno processo do trabalho brasileiro nada deixa a desejar em relação ao pioneirismo teórico dos processualistas argentinos, porque aqui entre nós, há tempos, já vigora o denominado “Princípio da Aptidão para a Prova”, que foi muito bem sintetizado em magistral precedente do Col. TST, in verbis: “PRINCÍPIO DA APTIDÃO PARA A PROVA. OMISSÃO DA RECLAMADA EM TRAZER AS PROVAS EM SEU PODER. A inversão do ônus probatório, com apoio no princípio da aptidão para a prova, não está condicionada à existência de determinação judicial para a exibição de documento e recusa injustificada ao seu cumprimento. O Princípio da Aptidão informa que se deve atribuir o ônus de fornecer a prova à parte que se apresentar mais apta para produzi-la. O critério será o da proximidade real e o da facilidade de acesso aos meios de prova. Somente dessa forma a distribuição do

ônus da prova se revelará um instrumento condizente com o escopo do processo, que não é a simples composição, mas a justa composição da lide. Por isso, o ônus probatório deve recair sobre a parte que melhor possa contribuir para que a convicção do juiz coincida com a verdade. Esse princípio encontra fundamento na justiça distributiva aliada ao princípio da igualdade, cabendo a cada parte aquilo que normalmente lhe resulta mais fácil. Funda-se também nos princípios da boa fé e lealdade processual que regem a conduta dos litigantes, e lhes impõe o dever de conjugar esforços com o Estado no processo para solucionar o litígio, cooperando e trazendo aos autos as provas que estão em seu poder independentemente de haver ou não determinação judicial expressa nesse sentido. Diante desse entendimento, tem-se que a conduta da Reclamada, que deixou de trazer os cartões de ponto, justifica a inversão do ônus probatório e a presunção de veracidade do horário de trabalho declinado na petição inicial, ainda que não tenha havido determinação judicial expressa para a juntada de qualquer documento, em face do princípio da aptidão para a prova. Embargos de Declaração rejeitados.” (TST, 5ª Turma, ED-RR nº 73647/2003-900-02-00, rel. Min. RIDER DE BRITO, in DJ 12/03/2004) Todas essas considerações doutrinárias são pertinentes para se demonstrar que, no caso específico do tema em análise da real duração da jornada, a distribuição do ônus da prova do fato deve ser imposta à empregadora, que possui a aptidão e a maior comodidade para produzi-la, haja vista que detém em seu poder o controle documentado de todas as prestações de contas realizadas, o horário de ingresso do caminhão em suas dependências e o horário em que se inicia e se conclui a atividade de recarregamento de mercadorias no veículo, para propiciar as entregas do dia seguinte. Se ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade, o Juiz mais consciente não pode se manter inerte diante da astúcia de uma das partes que omite fatos e mascara realidade de acordo com a sua conveniência, certo de que será beneficiada pela dificuldade da parte adversa em transpor o biombo da fraude para levantar o véu que encobre a verdade que se almeja encobrir. Tal agir, como bem admoesta TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, não compromete o dever de imparcialidade do magistrado: “O juiz, nesse contexto, seria parcial se assistisse inerte, como espectador de um duelo, ao massacre de uma das partes, ou seja, se deixasse de interferir para tornar iguais partes que são desiguais. A interferência do juiz na fase probatória, vista sob este ângulo, não o torna parcial. Ao contrário, pois tem ele a função de impedir que uma das partes se torne vencedora na ação, não por causa do direito que assevera ter, mas porque, por exemplo, é economicamente mais favorecida que a outra. A circunstância de uma delas ser hipossuficiente pode fazer com que não consiga demonstrar e provar o direito que efetivamente tem. O processo foi concebido para declarar lato sensu o direito da parte que a ela faz jus e não para dela retirá-lo, dando-o a quem não o possuía. Em função desse parâmetro, pois, devem ser concebidas todas as regras do processo, inclusive e principalmente as que dizem respeito ao ônus da prova (...).

A colenda corte trabalhista – Tribunal Superior do Trabalho – TST, embora muito timidamente, vem fazendo coro à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da Prova. Neste sentido, recente julgado da corte superior trabalhista transcrito abaixo:

“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. Conio 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.” (RR133100-26.2006.5.02.0401, Relator Flávio Portinho Sirangelo, Ac. 3ª T., publicado no DEJT de 2/3/2012.)

Portanto, ainda que a aplicação da teoria pela jurisprudência ainda seja acanhada<sup>7</sup>, é patente que seja qualitativamente expressiva, permitindo o afloramento dos fundamentos e critérios de aplicabilidade dessa teoria como técnica do processo do trabalho. Em resumo, o que se percebe através das manifestações dessas novas ideias propostas nos acórdãos é a insatisfação com as normas de distribuição clássica do ônus da prova, que desconsideram o contraste patrimonial e pessoal existente na relação de trabalho, e assim passam “*de lejos*” no que tange à solução dos conflitos hodiernos. “Paradigmáticas, portanto, essas novas visões ainda que esparsas, mas já demonstrando a mudança do por vir”. (Pires, 2011, p. 220).

---

<sup>7</sup> Obviamente, foram encontrados infinitamente mais pronunciamentos jurisprudenciais aplicando a teoria dinâmica do ônus da prova, não sendo colacionados por fugir ao objetivo principal. Assim, buscou-se uma pequena amostragem para verificar a aplicação prática da teoria.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria das cargas probatórias dinâmicas rompe com a posição tradicional de prévia distribuição do ônus da prova aos litigantes, atribuindo o ônus da prova ao litigante que melhor está preparado para esta atribuição. Sustenta, ainda, que esse ônus independe de posição processual ou do direito invocado em juízo.

Essa teoria permite a tutela adequada do direito substancial, pois viabiliza à parte mecanismos efetivos para influir no convencimento do juiz, satisfazendo a pretensão do jurisdicionado. Permite, ainda, um afastamento excepcional das regras clássicas da distribuição do encargo probatório, tendo por ideia básica a facilidade sobre a distribuição do encargo probatório, especada na ideia da facilidade para a produção de provas.

O adequado tratamento da distribuição do ônus da prova interfere diretamente na prestação de uma tutela jurisdicional justa e adequada. Por essa razão, a teoria das cargas probatórias dinâmicas encontra respaldo no direito processual brasileiro à medida que representa instrumento destinado a corrigir a desigualdade dos litigantes e criar condições isonômicas de participação das partes na reconstrução dos fatos da maneira mais próxima do ocorrido. Atribuir-se o ônus da prova à parte que se encontra em melhores condições de fazê-lo significa, em última análise respeito ao princípio da igualdade, pressuposto fundamental de ordem pública.

O certo é que a teoria das cargas probatórias dinâmicas é resultado de uma visão moderna do processo, pois espelha uma técnica que se preocupa com a justiça no caso concreto, com a verdadeira aptidão probatória de cada parte, e principalmente, com o acesso à justiça, *latu sensu*.

## REFERENCIAS

ALMEIDA, Amador Paes. **Curso Prático de Processo do Trabalho**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALMEIDA, André Luiz Paes de. **CLT e Súmulas Comentadas**. 7.ed. São Paulo, Rideel, 2012.

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

ARRUDA ALVIM, J. M. de. **Manual de Direito Processual**. 12.ed. Vol. 2 ("Processo de Conhecimento"). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

AZEVEDO, Antonio Danilo Moura de. **A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no direito processual civil brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1500, 10 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10264>>. Acesso em: 25 maio 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em 22 mai. 2014.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm)>. Acesso em 15 de mai. 2014.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em 15 de mai. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (2ª Região; 5ª vara do trabalho de Guarulhos). Sentença. **Processo 00215-2008-315-02-00-9**. Reclamante: Renato Manoel Lopes Paramo. Reclamada: Drogaria São Pedro Apóstolo Ltda – Me + 4. Juiz do Trabalho: Rodrigo Garcia Schwarz. Disponível em <<http://aplicacoes5.trtsp.jus.br/consultasphp/public/index.php/primeirainstancia>>. Acesso em 28 de maio de 2014.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). **Recurso Ordinário nº 01062.2013-315-02-00-9**. Recorrente: Marcelo Antonio Maniero – EPP. Recorrido: Cristiano Arruda da Silva. Relatora: Desembargador Douglas Alencar Rodrigues. Disponível em <<http://trt-10.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112813180/recurso-ordinario-ro-1062201310110001-df-01062-2013-101-10-00-1-ro/inteiro-teor-112813213>>. Acesso em 28 de maio de 2014.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). **Recurso Ordinário nº 0000256-84.2012.5.04.0001**. Recorrente: Net Serviços de Comunicação SA. Recorrido: Marcio André Almeida Ribeiro. Relatora: Desembargadora. Disponível em

<<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/68343606/trt-4-31-03-2014-pg-398>>. Acesso em 28 de maio de 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 133100-26.2006.5.02.0401**. Recorrente: Zélia Aparecida de Andrade. Recorrido: Marisa Lojas Varejistas Ltda. Relator: Ministro Flavio Portinho Sirangelo. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/34857216/tst-01-03-2012-pg-612>>. Acesso em 29 de maio de 2014.

CARNEIRO NETO, Durval. **Processo, jurisdição e ônus da prova no direito administrativo**: um estudo crítico sobre o dogma da presunção de legitimidade. Salvador, JusPodivm, 2008.

DIDIE JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 6. Ed. Salvador: JusPodivm, 2006.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2. ed, revista e ampliada, Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986.

KLIPPEL, Bruno. **Direito Sumular esquematizado – TST**. 2.ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra Leite. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 7.ed. São Paulo: LTr, 2009.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **Princípios Processuais Cíveis na Constituição**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2008.

MACHADO JUNIOR, César Pereira da Silva. **O ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001.

MALLET, Estêvão. Discriminação e processo do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Rio de Janeiro, v. 65, n. 65, out/dez. 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**: doutrina e prática forense. 32. ed. São Paulo, Atlas, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual do Trabalho: doutrina e prática forense**. 27.ed. São Paulo, Atlas, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito Processual do trabalho**. 18. ed. São Paulo, Saraiva, 1998.

NERY Jr. Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo, Ed. RT, 2004.

PACÍFICO, Luis Eduardo Boaventura. **O ônus da prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.ed., 2011.

PEGO, Rafael Foresti. **A inversão do ônus da prova no direito processual do trabalho**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

PIRES, Líbia da Graça. **Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho**. 2011. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-04052012-101854/>>. Acesso em: 2014-05-29

RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. Apontamentos sobre a distribuição do ônus da prova e a teoria das cargas probatórias dinâmicas. **Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes**, Rio de Janeiro, nº 12, 2007.

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

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **A prova no processo do trabalho**. 7.ed. São Paulo: LTr, 1997.

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