

ÔNUS DA PROVA: A DISTRIBUIÇÃO DO ENCARGO PROBATÓRIO NO PROCESSO DO TRABALHO

Tiago Rafael Vargas Santos¹

RESUMO

A prova, compreendida como direito fundamental, tem por objeto os fatos relevantes e controvertidos da demanda e por finalidade, a formação do convencimento do julgador a respeito desses fatos. O Estado-Juiz, quando provocado e por força do princípio da inafastabilidade, tem de se pronunciar até mesmo na ausência de provas suficientes ou quando estas se lhes apresentam divididas. Sendo assim, questão das mais relevantes no processo consiste na fixação de qual das partes possuiria o encargo de produzir as provas que se revelaram insuficientes ao esclarecimento dos fatos. A despeito do que prescreve positivamente a norma, em determinadas circunstâncias e balizadas na interpretação da lei segundo os princípios norteadores do Direito, as teorias modernas vêm sustentar a possibilidade de aplicação do que se denomina de inversão do ônus da prova e de distribuição dinâmica do ônus da prova. Por meio de ampla pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, o presente estudo buscou tratar das normas e dos diversos posicionamentos dos estudiosos e aplicadores do direito acerca desse ônus probatório, mais especificamente em matéria trabalhista, contextualizando historicamente o tema, discorrendo sobre os conceitos e princípios que o norteiam e procurando explicitar os fundamentos das mais recentes teorias desenvolvidas sobre a distribuição do encargo probatório no processo.

Palavras-chave: Prova. Ônus. Distribuição

1 Técnico Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 9 Região

INTRODUÇÃO

O direito à prova é tido hodiernamente como direito fundamental, vinculado aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do acesso à Justiça. Pode-se afirmar, assim, que para que o acesso à justiça esteja plenamente garantido, o direito à prova deve estar amplamente assegurado, já que são elas, as provas, o instrumento primordial de que dispõem as partes para salvaguardar juridicamente seus interesses.

Não se pode admitir, por prudência, que a verdade processual seja vista necessariamente como sinônimo da verdade real ou histórica. É certo, porém, que se almeja que um processo espelhe a realidade dos fatos tanto quanto seja possível, reconstruindo fatos pretéritos sobre os quais recaem as controvérsias com razoável exatidão, a fim de se promover a justiça nos julgamentos.

É nessa esteira que a prova, compreendida como direito fundamental, tem por finalidade formar o convencimento do juiz acerca dos fatos e por objeto, os próprios fatos relevantes e controvertidos de uma demanda.

Segundo as regras processuais postas, no ordenamento jurídico pátrio as provas devem ser requeridas pelas partes, submetidas ao juízo de admissão do julgador para, se admitidas, serem produzidas no processo.

Ainda segundo o ordenamento jurídico pátrio, o Estado-Juiz, quando invocado, jamais poderá furtar-se ao julgamento de uma demanda, por força do chamado princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário.

Neste contexto, exsurge a problemática da qual se propõe tratar no presente estudo: à qual das partes recairia o encargo de produzir a prova no processo, mais precisamente em matéria trabalhista. Por meio de ampla pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, se pretendeu delinear o que prescrevem as normas e os posicionamentos diversos dos estudiosos e aplicadores do direito a respeito do ônus probatório, contextualizando historicamente o tema, discutindo sobre alguns dos conceitos e princípios que o norteiam e buscando explicitar os fundamentos das mais recentes teorias desenvolvidas sobre o ônus da prova.

Quaisquer que sejam os aspectos a se analisar acerca de referidas teorias, é certo que o estudo do ônus da prova está intimamente relacionado

ao princípio dispositivo, segundo o qual o juiz deve permanecer adstrito aos elementos processuais para decidir, vinculando-se ao resultado da instrução processual – considerando que os fatos provados impõem-se ao julgador independentemente de quem tenha produzido a prova.

Em muitos casos, porém, pode ocorrer que todos os fatos não estejam suficientemente elucidados por ocasião do julgamento, seja por falta de provas ou mesmo porque estas se apresentam divididas ao julgador. Ainda assim, ao Estado-Juiz é dada a resolução da demanda, e neste momento é que a distribuição do ônus da prova ganha maior relevo, pois se há de fixar a quem a falta de determinada prova irá prejudicar ou beneficiar. Em outras palavras, a quem se há de atribuir os riscos inerentes à ausência daquela prova.

Apesar de conferirem tratamento distinto ao ônus probatório, tanto o Código de Processo Civil quanto a Consolidação das Leis do Trabalho pautam-se na distribuição estática desse ônus, de modo que, segundo a literalidade da lei, a posição assumida pelo réu na defesa é que atrairia o encargo probatório para si ou o afastaria para a parte contrária.

Nesta esteira, as teorias modernas vêm sustentar, em determinadas circunstâncias e balizadas na aplicação da lei segundo os princípios norteadores do Direito, o que se denomina de inversão do ônus da prova e de distribuição dinâmica do ônus da prova.

A inversão do encargo probatório seria uma das peculiaridades do processo do trabalho, comumente defendida mediante a aplicação analógica da regra contida no Código de Defesa do Consumidor.

Já a distribuição dinâmica do ônus da prova teria surgido como consequência de uma tendência mundial relativamente nova segundo a qual todos seriam obrigados, sempre que necessário, a dar sua contribuição ao descobrimento da verdade no processo, a fim de conferir efetividade aos julgamentos e não inviabilizar a tutela jurídica a quem não tem condições de produzir a prova.

O resultado do estudo realizado sobre os critérios de aplicação e os pilares de sustentação dessas teorias são o objeto maior deste artigo, o qual se passa a delinear mais robustamente a partir de então.

1. ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

1.1. BREVE HISTÓRICO

Na Antiguidade, sendo todas as provas igualmente convincentes, no mais das vezes a solução dos conflitos se dava no sentido de favorecer o litigante mais probo e, se se tratassem de demandantes com mesmo grau de honradez, muito provavelmente o resultado da demanda seria favorável ao réu (TEIXEIRA FILHO, 2010).

É herança do Direito Romano a máxima de que *semper onus probandi ei incumbit qui dicit*, ou seja, “o ônus da prova incumbe a quem afirma ou age”. Neste contexto, incumbia, no princípio, unicamente ao autor provar aquilo que alegava em juízo, independentemente da negativa do réu sobre os fatos – era o que também se denominava *actori incumbi onus probandi* (“ao autor incumbe o ônus da prova”) (TEIXEIRA FILHO, 2010).

Em nosso ordenamento jurídico contemporâneo, o objeto da prova se determina por fatos relevantes que podem ser constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos do direito, sendo os três últimos condicionantes do primeiro. Decorre, outrossim, do Direito Romano a possibilidade do réu ter em sua defesa o direito a uma afirmação, passando neste momento o ônus da prova a ser atribuído também ao réu, conforme aplicação da regra *reus in exceptione actor est* (“o réu, na contestação, é autor”).

Ainda no Direito medieval, a partir do manuseio dos textos romanos, os estudos também se voltaram à questão da prova sobre fatos negativos, prova esta que se sustentava ser impossível. O direito Português e, já a partir de 1939, o Direito Civil Brasileiro, passaram a incluir em seus cadernos normativos a questão da prova negativa, oportunizando ao réu a mera negação dos fatos delineados pelo autor, ocasião em que a este restaria atribuído o encargo probatório (TEIXEIRA FILHO, 2010, p. 90).

O professor Manoel Antonio Teixeira Filho (2010, p. 90), por sua vez, comunga do entendimento de que a máxima *negativa non sunt probanda* (“não se provam fatos negativos”) não deve ser considerada regra absoluta, como se demonstrará mais detalhadamente em tópico específico.

Pode-se dizer, assim, que a regra da doutrina clássica quanto ao ônus da prova manteve-se delineada da seguinte forma: “incumbe o ônus da prova àquela das partes que alega a existência ou inexistência de um fato do qual pretenda induzir uma relação de direito”². Pode-se dizer também que a corrente majoritária de nossa doutrina contemporânea, segundo Teixeira Filho (2010, p. 91), ainda mostra-se simpática à teoria proposta por Chiovenda, a qual parte da herança deixada pelo direito romano para atribuir ao autor o ônus da prova concernente aos fatos constitutivos de seu direito e ao réu aquele concernente aos fatos modificativos, extintivos ou impeditivos.

Neste contexto, verifica-se que de acordo com a posição assumida pelo réu é que ocorrerá a variação do ônus probatório.

Verifica-se, outrossim, que desde a sua origem, quaisquer que sejam os aspectos a se analisar acerca da teoria do ônus da prova, jamais se olvidou que seu estudo está intimamente relacionado ao princípio dispositivo, segundo o qual o juiz deve permanecer adstrito aos elementos processuais, ou seja, ao alegado e provado pelas partes no processo, não lhe cabendo requerer provas e determinar quem deverá produzi-las, como ocorre no Processo Penal. Nesta esteira, as lições de Chiovenda³:

A teoria do ônus da prova mantém íntima relação com a conservação do princípio dispositivo no processo, no que se refere à declaração dos fatos. Num sistema que admitisse a investigação de ofício da verdade dos fatos, a repartição do ônus da prova não teria razão de ser. Mas sucede que com a tendência contrária ao princípio dispositivo na declaração dos fatos, se manifesta uma tendência contrária à repartição legal do ônus da prova; e sobre isso já se descobrem manifestações na doutrina e também nos trabalhos legislativos mais recentes.

2 SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas...*, p. 305 *apud* TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A prova no processo do trabalho*. p 90.

3 CHIOVENDA, Giuseppe *apud* MORAES FILHO, Evaristo de. *Op. Cit.*, p. 261 *apud* PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*. p. 85.

Carlos Alberto Reis de Paula (2010, p. 85) esclarece que, no direito brasileiro, anteriormente “vigorava o sistema fundado no princípio da disposição das partes, pelo qual atribuiu-se às partes a iniciativa da escolha e da produção de provas”. Ainda assim, não havia sido eliminado o poder do juiz de determinar, de ofício, as diligências que considerasse esclarecedoras das provas produzidas pelas partes, a fim de solidificar sua convicção.

Atualmente, conclui o doutrinador (REIS DE PAULA, 2010, p. 87), denota-se a predominância do princípio da disposição das partes quando da indicação das provas, cabendo ao juiz função supletiva, “invertendo-se a situação quando se cuida da produção das provas, em que predomina o princípio inquisitivo, tocando às partes procedimento supletivo”.

1.2. CONCEITO DE ÔNUS DA PROVA – ENCARGO, OBRIGAÇÃO E DEVER

O termo ônus deriva do latim e significa carga, fardo, peso, gravame, de modo que Mauro Schiavi (2013, p. 69) assim o define:

um dever processual que incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito, e ao réu quanto aos fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor, que, uma vez não realizado, gera uma situação desfavorável à parte que detinha o ônus e favorável à parte contrária, na obtenção da pretensão posta em juízo.

O ato de provar determinado fato é, portanto, um ônus e não uma obrigação, sendo que esta difere daquele na seguinte medida:

a diferença entre ônus e obrigação se funda na sanção diversa a quem não cumpre determinado ato; existe obrigação quando a inatividade dá lugar a uma sanção jurídica (execução ou pena); se, ao contrário, a abstenção, em relação ao ato determinado, faz perder somente os

efeitos últimos desse mesmo ato, nos encontramos frente à figura do ônus.⁴

Nesta esteira, prossegue Carnelutti⁵:

Falamos de ônus quando o exercício de uma faculdade é posto como condição para obter certa vantagem. Por isso, ônus é uma faculdade, cujo exercício é necessário para a consecução de um interesse. Daí o parentesco entre os dois conceitos. Obrigação e ônus têm de comum o elemento formal, consistente no vínculo da vontade, mas diferem entre si quanto ao elemento substancial, porque o vínculo é imposto, quando há obrigação para a tutela de um interesse alheio, enquanto, havendo ônus, a tutela é um interesse próprio. Correlativa à ideia de ônus está, portanto, a ideia de risco, não a ideia de subordinação ou sujeição.

Da mesma forma, o ônus também não pode ser considerado um dever, senão vejamos:

a diferença entre dever e ônus está em que “(a) o dever é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade; há relação jurídica entre dois sujeitos, um dos quais é o que deve: a satisfação é do interesse do sujeitos; ao passo que (b) o ônus é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos: satisfazer é do interesse do próprio onerado. Não há sujeição do onerado; ele escolhe entre satisfazer, ou não ter a tutela do próprio interesse. Por onde se vê como a teoria do ônus da prova diz respeito, de perto, à pretensão à tutela jurídica”⁶.

4 CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. p. 94 e 95 *apud* TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A prova no processo do trabalho*. p 93.

5 Idem, *ibidem*, p. 55 e segs. *apud* PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*. p. 22.

6 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. p. 322 *apud* TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A prova no processo do trabalho*. p 94.

Observa-se, assim, que o ônus probatório, muito embora possa ser considerado uma necessidade, não deve ser interpretado como obrigação ou dever, uma vez que as partes interessadas terão seus direitos reconhecidos na exata medida em que conseguirem produzir suas respectivas provas em Juízo, mas não são obrigadas a produzi-las e nem têm propriamente o dever de fazê-lo.

Pode-se dizer que a melhor acepção de ônus seria no sentido de encargo. Sob este prisma, as palavras de João Humberto Cesário (2010, p. 43 e 44):

No campo jurídico, a primeira noção a se dominar no que diz respeito à palavra ônus, é a do seu significado de encargo e não propriamente de dever.

Assim, do mesmo modo que o réu não tem o dever de contestar a ação em face de si proposta, devendo assumir, no entanto, a consequência da sua revelia, a parte não possui qualquer obrigação de produzir provas, necessitando tolerar, entretantes, o resultado da sua omissão.

O entendimento de ônus como um encargo da parte também é compartilhado por Diddier Jr; Braga e Oliveira (2008, p. 72): “ônus é o encargo atribuído à parte e jamais uma obrigação”.

No Processo do Trabalho, tal qual no processo comum, os demandantes precisam comprovar suas alegações, sob pena de, não o fazendo, não terem reconhecidas suas pretensões, conforme prevê a própria Consolidação das Leis do Trabalho em seu art. 818 (“a prova das alegações incumbe à parte que as fizer”). Vislumbra-se, portanto, que o ônus se projeta em interesse próprio, diferentemente do que ocorre com a obrigação e com o dever, que devem ser cumpridas em interesse alheio.

Neste contexto, os ensinamentos de Rui Portanova⁷:

O ônus é em relação a si mesmo. Já na obrigação e no dever, há relação entre duas pessoas, pelo menos. O dever é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade. A obrigação implica o dever do sujeito passivo com o sujeito

7 PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. p. 213 *apud* PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*. p. 26.

ativo. A satisfação é do interesse do sujeito ativo. Descumprida a obrigação pelo sujeito passivo, o efeito deste descumprimento não é imediato, como no ônus, mas vai depender da atuação do sujeito ativo. Assim, “não se pode pensar em dever de provar, porque não existe tal dever, quer perante a outra pessoa, quer perante o juiz; o que incumbe ao que tem o ônus da prova é de ser exercido no seu próprio interesse”.

De todo modo, o ônus da prova impõe-se ao julgador e aos jurisdicionados de formas distintas, sendo subdividido pela doutrina em ônus subjetivo e ônus objetivo. O ônus subjetivo diz respeito às partes, enquanto o ônus objetivo respeita ao magistrado. O primeiro relaciona-se ao poder das partes de dispor das provas; o segundo, à necessidade do juiz de proferir a sentença.

Para Carlos Alberto Reis de Paula (2010, p. 99), sob o aspecto subjetivo, o ônus da prova se dá como “regra de conduta para as partes, na medida em que assinala os fatos que a cada um interessa provar, para que logre êxito em sua pretensão ou exceção”; já sob o aspecto objetivo, o ônus da prova se dá como “uma regra de julgamento, porque indica a ele como deve sentenciar quando não encontre a prova dos fatos”.

O magistério de Mauro Schiavi (2013, p. 69), entretanto, dá um sentido um pouco diverso a essa subdivisão do encargo probatório em subjetivo e objetivo:

A doutrina costuma classificar o ônus da prova em subjetivo e objetivo. O primeiro (subjetivo) pertine às partes, que têm o ônus de comprovar os fatos que alegam, segundo as regras de distribuição do ônus da prova. O segundo (objetivo) é dirigido ao Juiz, pois se reporta ao raciocínio lógico do julgador no ato de decidir, analisando e valorando as provas.

No nosso sentir, o ônus da prova no processo somente é dirigido às partes, uma vez que o julgador tem o dever constitucional de julgar e de fundamentar em compasso com os elementos dos autos. Portanto, o ônus da prova somente se dirige às partes e não à figura do julgador.

Já Manoel Antonio Teixeira Filho (2010, p. 95) considera que o ônus subjetivo assim seria denominado tão somente por estar relacionado às partes. Para ele, tratar-se-ia esse também de um ônus objetivo, em razão de lei a respeito, uma vez que o direito processual dá tratamento específico à matéria: “a objetividade, assim, se relaciona à distribuição da carga da prova, feita por lei, e não à pessoa do juiz: e conquanto essa participação legal do ônus tenha como destinatários os litigantes, nem por isso se pode afirmar que ele seja subjetivo”.

Tem-se, assim, que as partes necessitam provar suas alegações, os fatos constitutivos, modificativos, extintivos ou impeditivos de seus direitos, mas não são obrigadas a isso. Pelo contrário, o princípio da inafastabilidade impõe ao juiz o dever de julgar tanto na presença de elementos probatórios suficientemente convincentes quanto na ausência destes. Segundo Diddier Jr., Braga e Oliveira (2008, p. 74),

importante não é a conduta das partes na instrução (ônus subjetivo), mas o resultado da instrução e sua avaliação e julgamento pelo juiz (ônus objetivo). Não interessa quem produziu a prova, mas sim o quê se provou e sua análise pelo magistrado.

Assim, como “o resultado da atividade instrutória pode-se revelar insuficiente, por gerar contradições, obscuridades ou mesmo lacunas, impedindo que o julgador forme uma convicção segura sobre fatos relevantes”, os ordenamentos jurídicos atuais lançam mão das teorias do ônus da prova.

Pode-se dizer, então, que o juiz vincula-se ao resultado da instrução processual, uma vez que os fatos provados impõem-se independentemente de quem tenha produzido a prova. Importante para o julgador, salienta Reis de Paula (2010, p. 100), “é a distribuição de riscos quando há de fixar a quem se hão de atribuir as consequências da incerteza que a instrução probatória gerou”.

1.3 O TRATAMENTO DISPENSADO PELA CLT E PELO CPC

O capítulo VI do Título VIII do Código de Processo Civil é dedicado às provas. O art. 333 do CPC assim dispõe: “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”.

No âmbito processual trabalhista, a Consolidação das Leis do Trabalho trata das provas na Seção IX do Capítulo II, de forma estática, conforme se verifica da redação do art. 818: “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer”.

Mauro Schiavi (2013, p. 70) entende que o art. 818 da CLT é incompleto, por não vislumbrar a inexistência de provas ou mesmo o conflito entre elas. Sobre o tema, aponta o seguinte:

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

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

Como é cediço, o processo do trabalho pode se valer, subsidiariamente, da norma processual civil, segundo prescreve o próprio art. 769 da CLT. Entretanto, no tocante ao encargo probatório, o art. 333 do CPC, de acordo com Teixeira Filho (2010, p. 103), não deveria ser aplicado ao Direito Processual do Trabalho, mesmo que somente uma referência estática à prova seja feita na CLT:

Entendemos, ademais, que o ônus da prova se relaciona, diretamente, com a atividade do juiz, motivo por que não se deve consentir que manifestação de vontade das par-

tes possa influir sobre essa atividade, máxime quando se trata de juiz do trabalho, diante da disposição contida no art. 765 da CLT.

[...]

Se é certo afirmar-se que o direito material do trabalho é um direito inacabado (e, quiçá, seja essa a sua grande virtude), por estar em permanente transformação, não menos exato será declarar-se que o processo do trabalho está ainda na pré (ou proto)-história de sua autêntica elaboração científica - como tal entendida a criação de institutos próprios, que não apenas reflitam, de modo fiel, a especificidade desse processo e sejam aptos para resolver os problemas que lhe competem, mas, sobretudo, que possibilitem, em concreto, a atuação da vontade do direito material correspondente.

Já Carlos Alberto Reis de Paula⁸ entende não haver óbice à aplicação da regra do art. 333 do CPC ao processo do trabalho, por ausência de incompatibilidade ou mesmo de colisão frontal entre referido dispositivo e o art. 818 da CLT.

Afirma o doutrinador que, historicamente, restaria “evidenciado que quando se diz que a prova incumbe a quem alega está a se afirmar um princípio genérico, cuja explicitação pode ser como o fez o legislador do CPC de 1973”⁹. Leciona, neste contexto, que

quem pede ao juiz tem o ônus de afirmar fatos que autorizem o pedido, logo, tem o ônus de provar os fatos afirmados. Assim, tem o autor o ‘ônus da ação’. Igualmente, quem contesta, o réu, se não se limita a negar a existência dos fatos deduzidos como fundamento da ação, tem o ônus de afirmar outros fatos que, sem excluir a existência daqueles, elidam a sua eficácia jurídica, seja originária

8 PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*. p. 111.

9 Idem, *ibidem*, p. 111.

ou atual: ao ônus dessa afirmativa se subordina o ônus da respectiva prova, o ônus da ‘exceção’ (no sentido lato)”.¹⁰

Conclui o autor, ainda, afirmando que a regra disposta na CLT abrange toda a matéria concernente ao encargo probatório, permitindo as adaptações que se impõem pelas singularidades do processo do trabalho, de modo que não haveria de se impor obrigatoriamente a este a forma prescrita no art. 333 do CPC, fundada na igualdade das partes¹¹.

Embora não seja pacífico o entendimento doutrinário a respeito da aplicação da norma do art. 333 do CPC ao Processo do Trabalho, não se pode olvidar que dita regra, baseada na teoria de Chiovenda, tem ampla aplicação na seara trabalhista, como demonstra a prática processual cotidiana.

Neste contexto, parece mostrar-se adequado o entendimento que se firma no sentido da aplicabilidade da regra do art. 333 do CPC de forma complementar à do art. 818 da CLT, como bem ilustrado por Carlos Zangrando¹²:

(...) a única regra sobre ônus da prova prevista na CLT segue justamente aquela vetusta orientação individualista romana, determinando, pura e simplesmente, que o ônus da prova das alegações cabe à parte que as fizer (CLT, art. 818). Essa regra não é adequada ao Direito Processual moderno, devendo ser suplementada pelas modernas teorias e pela muito melhor elaborada regra presente no art. 333 do Código de Processo Civil.

Neste exato sentido, mais uma vez os ensinamentos de Carlos Alberto Reis de Paula (2010, p. 112):

Chega-se à conclusão de que o art. 333 não colide com o dispositivo do art. 818 da CLT. De outra sorte, não está contido obrigatoriamente no dispositivo consolidado, podendo ser aplicado subsidiariamente. Essa aplicação sub-

10 Idem, ibidem, p. 111.

11 Idem, ibidem, p. 112.

12 ZANGRANDO, Carlos. *Processo do trabalho: processo de conhecimento*. São Paulo: LTr, 2009. v. I, p. 735 *apud* SCHIAVI, Mauro. *Provas no processo do trabalho*. p. 71 e 72.

sidiária está condicionada ao ajuste às especificidades do direito processual do trabalho”.

Há que se ponderar, portanto, que a lei processual civil parte do pressuposto de que “a parte que afirma algo no processo é a que geralmente dispõe da prova: ou faz a afirmação depois de ter assegurado a prova ou porque conhece bem o fato que afirma, tem a seu alcance a prova do fato” (REIS DE PAULA, p. 96).

Posto isso, parece sensato concluir que a norma processual comum pode e deve servir de subsídio ao Direito Processual do Trabalho sempre que necessário (mormente diante da simplicidade com que a CLT aborda determinados temas de considerável relevância ao processo, tal qual o ônus da prova), porém não sem ressalvas e sem as necessárias adaptações, de maneira a adequar a norma comum às peculiaridades do processo do trabalho.

1.4. ÔNUS DA PROVA E FATO NEGATIVO

Na doutrina pátria, o fato negativo é tratado de forma diferenciada. Manoel Antonio Teixeira Filho (2010, p. 90) defende que tanto o fato positivo quanto o negativo podem ser provados, uma vez que art. 818 da CLT não indica as espécies de provas, apenas aduz que a parte deverá provar sua alegação. Segundo o jurista,

a afirmação, porém, de que o fato negativo não se prova é inexacta, ao menos como regra geral. Há hipóteses em que uma alegação negativa traz, inerente, uma afirmativa [...]. Antecipe-se, contudo, que o princípio de que a negativa não se prova só prospera quando se trata de **negativa indefinida**, exatamente porque a impraticabilidade da prova reside não na negatividade, mas, sim, na **indefinição** do que a parte alegou (grifado no original). (...) Desse modo, sempre que o empregador expender uma alegação oposta à do empregado e capaz de eliminá-la (de onde deriva o seu caráter substitutivo, em relação àquela), sobre ele recairá o ônus de demonstrar ser verdadeira,

ainda que se trate de negativa; não se desincumbindo, satisfatoriamente, desse encargo probatório, presumir-se-á autêntica a que foi formulada pelo empregado, na medida em que a objeção que se lhe fez restou ineficaz para elidi-la¹³.

Em seus apontamentos sobre o tema, Reis de Paula (2010, p. 79) assevera que, sob o aspecto filosófico, uma frase que tenha forma negativa não necessariamente terá conteúdo negativo, podendo se tratar de uma afirmação com aparência de negação. Neste contexto, dizer-se que o fundamento para não se provar a negativa reside no fato de ser impossível a prova das negativas corresponderia a afirmar, de igual modo, ser impossível a prova das afirmativas.

Segundo o doutrinador, ainda do ponto de vista filosófico, poderia haver negativas absolutas (ou indefinidas) e relativas, de modo que a impossibilidade de se provar as primeiras não residiria na circunstância de serem negativas, mas em seu caráter de indefinição, elucidando seu raciocínio com a citação da seguinte lição de Malatesta¹⁴:

Mas existe uma diferença entre a afirmação (que compreende a negação simplesmente formal) indefinida e a negativa substancial indefinida. A existência de um dado fato, em momentos diversos, autoriza a presumi-lo nos momentos intermédios. Por isso, da afirmativa indefinida, pode-se dar uma prova, que vem completada pelas presunções. Mas não se dá o mesmo com a negativa substancial indefinida. A inexistência de um fato em momentos diversos não autoriza presumir sua inexistência nos momentos intermédios, quando o fato podia realizar-se neles. De um estado positivo constatado em dois momentos sucessivos destacados é lógico supor a continuação nos momentos intermédios. O estado substan-

13 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A prova no processo do trabalho*. p. 106.

14 MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. São Paulo: Conan, 1995. v. I, p. 141 *apud* PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*. p. 80.

cialmente negativo, ao contrário, não tem continuidade, como não tem existência. Provando que, em múltiplos e diversos momentos de sua existência, Tício trouxera consigo um amuleto, será lícito supor que o tenha trazido nos momentos intermédios; mas por ter provado que Tício, mesmo em mil momentos da sua vida, não passou por um caminho, não será lícito supor que ele nunca por aí tivesse passado nos momentos intermédios, precedentes ou sucessivos.

A necessidade da prova é a regra, mesmo que o fato seja negativo – esse parece ser o entendimento solidificado pela doutrina pátria contemporânea.

Para Diddier Jr., Braga e Oliveira (2008, p. 85), o fato negativo também seria dividido em negativa absoluta e relativa. A primeira não seria passível de prova em razão da sua indefinição: “a negativa absoluta é a afirmação pura de um não fato, indefinida no tempo e/ou no espaço”. Já a negativa relativa admitiria prova, e poderia ser conceituada como a “afirmação de um não-fato, definida no tempo e/ou no espaço, justificada pela ocorrência de um fato positivo - fácil de perceber quando lembramos dos ‘álibis’”.

A esse respeito, a seguinte ementa¹⁵:

Tanto a doutrina como a jurisprudência superaram a complexa construção do direito antigo acerca da prova dos fatos negativos, razão pela qual a afirmação dogmática de que o fato negativo nunca se prova é inexata, pois, há hipóteses em que uma alegação negativa traz, inerente, uma afirmativa que pode ser provada. Desse modo, sempre que for possível provar uma afirmativa ou um fato contrário àquele deduzido pela outra parte, tem-se como superada a alegação de prova negativa, ou impossível (STJ e3. T, Resp 42.778, Min. Nancy Andrighi, j. 16.06.07, maioria, DJU 2.08.07).

Do exposto, depreende-se que a maior parte da doutrina e da jurisprudência contemporânea compartilha de entendimentos semelhantes sobre o

15 SCHIAVI, Mauro. *Provas no processo do trabalho*. p. 74.

fato negativo, o qual poderia, sim, ser objeto de prova em determinadas circunstâncias, a depender da ausência de indefinição da negativa.

2. DISTRIBUIÇÃO DO ENCARGO PROBATÓRIO NO PROCESSO DO TRABALHO

2.1. ACESSO À JUSTIÇA E DIREITO À PROVA

O acesso à justiça é tido como garantia constitucional, sendo vedado ao Poder Judiciário recusar a apreciação de uma demanda, conforme previsão do inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Mauro Schiavi (2013, p. 31), em seus ensinamentos sobre o acesso à Justiça, destaca a abrangência do referido preceito constitucional ao asseverar ser o início e a finalidade última de todos os princípios processuais, senão vejamos:

Atualmente, o acesso à justiça tem sido estudado pela doutrina como sendo o ponto de partida, e finalidade última de todos os princípios constitucionais do processo, uma vez que o acesso ao processo é um dos instrumentos democráticos mais relevantes de garantia dos direitos do cidadão e da proteção à dignidade da pessoa humana.

Ainda sobre o acesso à justiça, parece salutar destacar as lições de Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹⁶ (*apud* SCHIAVI, 2013, p. 31-32):

O enfoque sobre o acesso – o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos – também caracteriza crescentemente estudo do moderno processo civil. A discussão teórica, por exemplo, das várias regras do processo civil e de como elas podem ser manipuladas em várias situações

16 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002. p. 12 e 13 *apud* SCHIAVI, Mauro. *Provas no processo do trabalho*. p. 31 e 32.

hipotéticas pode ser instrutiva, mas, sob essas descrições neutras, costuma ocultar-se o modelo frequentemente irreal de duas (ou mais) partes em igualdade de condições perante a corte, limitadas apenas pelos argumentos jurídicos que os experientes advogados possam alinhar. O processo, no entanto, não deveria ser colocado no vácuo. Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formam um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e, ademais, aprender através de outras culturas. O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.

Para que o acesso à justiça esteja plenamente garantido, o direito à prova deve estar igualmente assegurado, uma vez que são as provas o instrumento primordial de que dispõem as partes para salvaguardar juridicamente seus interesses.

Nesta esteira, para Schiavi (2013, p. 31), “o direito à prova constitui garantia fundamental processual e também um direito fundamental da cidadania para efetividade do princípio do acesso à justiça e, acima de tudo, o acesso a uma ordem judicial justa”.

João Humberto Cesário (2010, p. 20), ao discorrer sobre o tema, também trata do direito à prova como direito fundamental, senão vejamos:

(...) assim é que o direito fundamental às provas deve ser extraído, primeiramente, da cláusula do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CRFB), e, num segundo momento, da garantia do contraditório e da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, da CRFB), dentre eles o direito à ampla produção probatória, imprescindível à materialização de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, que tenha como fundamento primordial a dignificação da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB).

Não obstante o direito à prova não esteja previsto de forma expressa na Constituição Federal como direito fundamental, pode-se dizer que deve ser assim considerado, dada a sua relevância em nosso ordenamento jurídico, que se insere num estado democrático de direito onde as provas do processo não interessam apenas às partes, mas à sociedade que anseia pela justiça na resolução de conflitos entre particulares, como forma de se promover a tão almejada pacificação social.

2.2. A INVERSÃO DO ENCARGO PROBATÓRIO

A inversão do encargo probatório é conceituada por Cândido Rangel Dinamarco da seguinte forma¹⁷: “inversão judicial do ônus da prova é a alteração do disposto em regras legais responsáveis pela distribuição deste, por decisão do juiz no momento de proferir a sentença de mérito”.

O art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, como já visto, prevê que “a prova das alegações incumbe à parte que as fizer”, sendo certo que a legislação processual trabalhista não trata expressamente a respeito da inversão do encargo probatório.

Não obstante a ausência de dispositivo legal específico, Carlos Alberto Reis de Paula (2010, p. 113) sustenta que a inversão do ônus da prova seria

17 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. III, p. 79 *apud* SCHIAVI, Mauro. *Provas no processo do trabalho*. p. 75.

uma das peculiaridades do processo do trabalho e seria justificável pela “instrumentalidade do direito processual, de forma genérica”, e pelas “particularidades do processo do trabalho, de forma específica”.

Há quem sustente a possibilidade de inversão do ônus probatório mediante a aplicação da distribuição da prova por convenção das partes, na forma prescrita no art. 333 do CPC:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

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

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

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

I - recair sobre direito indisponível da parte;

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

Mauro Schiavi (2013, p. 75), por sua vez, aponta que a convenção da inversão do ônus probatório pelas partes é de difícil aplicabilidade na seara trabalhista, lecionando que

a inversão convencional consiste na alteração das regras de distribuição do ônus da prova a cargo das partes. Esta regra praticamente não tem aplicação no Processo do Trabalho, em razão das peculiaridades do Processo do Trabalho e da dificuldade que apresenta o reclamante.

Para João Humberto Cesário (2010, p. 47), a aplicação de normas genuínas de outras áreas jurídicas ao Direito Processual do Trabalho estaria balizada, inclusive, pela Súmula nº 66 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça no Trabalho, qual seja:

diante do atual estágio de desenvolvimento do processo comum e da necessidade de se conferir aplicabilidade à garantia constitucional da duração razoável do processo, os arts. 769 e 889 da CLT comportam interpretação

conforme a Constituição Federal, permitindo a aplicação de normas processuais mais adequadas à efetivação do direito. Aplicação dos princípios da instrumentalidade, efetividade e não retrocesso social.

Nesta esteira, verifica-se que também se mostra frequente em nossos tribunais a aplicação analógica ao processo do trabalho da regra contida no Código de Defesa do Consumidor - CDC, mais precisamente em seu art. 6º, inciso VIII (“a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”).

Pode-se depreender do texto legal que a transferência do encargo probatório que pertencia a uma parte para a parte contrária, segundo o CDC, teria como requisitos a hipossuficiência do consumidor ou a verossimilhança de sua alegação, o que pode ser analisado pelo juiz de acordo com sua discricionariedade (faculdade do juiz).

Essa faculdade do juiz, segundo Schiavi (2013, p. 76), diria respeito à possibilidade do magistrado decretar, de ofício, a inversão do ônus da prova, independentemente de requerimento das partes e somente quando estas não se desincumbirem do encargo probatório que lhes competia.

Ensina o jurista, ainda, que “a hipossuficiência não é necessariamente a econômica, mas dificuldade excessiva de se produzir a prova” (2013, p. 76).

Acerca da aplicabilidade da teoria da inversão do encargo probatório nos tribunais pátrios, o julgado abaixo mostra-se bastante elucidativo:

TERCEIRIZAÇÃO. SÚMULA Nº 331/TST. ÔNUS DA PROVA. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO NA PROVA DA FISCALIZAÇÃO. PRINCÍPIO DA APTIDÃO DA PROVA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE REVELAM CULPA IN VIGILANDO, DIANTE DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS. Arrastamento da responsabilidade da administração pública direta, autárquica ou fundacional com base no artigo 37, XXI, CF e artigos 58, III, 67 caput e parágrafo 1º, e 82 da Lei nº 8666/93 c/c arts. 186, 927,

caput e 944 do CC. 1. No julgamento da adc 16, houve pronúncia pela constitucionalidade do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei nº 8666/93, mas nos debates restou consignado que a constitucionalidade não inibe o judiciário trabalhista, à luz das circunstâncias do caso concreto, à base de outras normas, reconhecer a responsabilidade subsidiária do poder público (notícias do STF, www. STF. Jus. BR, 26/11/2010). Nesse passo, a Lei nº 8.666/93, em seu artigo 71, parágrafo 1º, não traz o princípio da irresponsabilidade estatal, em termos absolutos, apenas alija o poder público da responsabilidade pelos danos a que não deu causa. Havendo inadimplência das obrigações trabalhistas que tenha como causa a falta de fiscalização pelo órgão público contratante, o poder público é responsável. Logo, a excludente de responsabilidade incide, apenas, na hipótese em que o poder público contratante demonstre ter, no curso da relação contratual, fiscalizado o adequado cumprimento das cláusulas e das garantias das obrigações trabalhistas pela fornecedora da mão-de-obra, o que lhe incumbe nos termos do artigo 37, inciso XXI, da CF e artigos 58, III, e 67, caput e parágrafo 1º, sob pena de responsabilidade civil prevista no artigo 82, ambos da Lei das licitações. Ressalte-se que nos termos do princípio da aptidão da prova, deve ser imputado o ônus de provar, à parte que possui maior capacidade para produzi-la, no caso, o poder público. **Resta clara sua aplicação no processo do trabalho, diante da teoria do diálogo das fontes com o sistema de defesa do consumidor, e que autoriza a inversão do ônus da prova, nos termos do artigo 6º, VIII do CDC, “(...) quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.** A ausência de prova da fiscalização por parte da administração pública (art. 818 CLT e 333 CPC) quanto ao correto cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa terceirizada licitada, devidas aos seus empregados, evidencia a omissão culposa da administração pública, o que atrai a sua res-

ponsabilidade, porque todo aquele que causa dano pratica ato ilícito e fica obrigado a reparar (art. 82, da Lei nº 8666/93 c/c arts. 186, 927 e 944 CC/02). (TRT 2ª R.; RO 0119900-47.2009.5.02.0303; Ac. 2013/0926498; Quarta Turma; Relª Desª Fed. Ivani Contini Bramante; DJESP 06/09/2013) (sem negrito no original).

Alegação verossímil, de acordo com Schiavi (2013, p. 77), “é a que tem aparência de verdade. Na avaliação da verossimilhança, deve o juiz sopesar se há mais motivos para crer do que para não crer na veracidade da afirmação do autor”.

Quanto aos requisitos necessários à aplicabilidade da teoria da inversão do encargo probatório segundo os ditames do Código de Defesa do Consumidor, veja-se o julgado abaixo:

CONFISSÃO FICTA DO AUTOR. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. INEXISTENTE. ACIDENTE DE TRABALHO. NÃO OCORRÊNCIA. A confissão ficta gera presunção apenas relativa, podendo ser ilidida por prova em contrário. Entretanto, as provas pré-constituídas não corroboram com a tese recursal do reclamante. **A inversão do ônus da prova só ocorrerá “quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”, nos termos do art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor.** Na espécie, não há prova inequívoca nem mesmo convincente de que o acidente de trabalho teria ocorrido. Portanto, não há que se falar em verossimilhança das alegações, nem em aplicação do princípio “in dubio pro operario”, muito menos inversão do ônus da prova. Assim, o autor não se desincumbiu do ônus processual que lhe cabia (art. 818 da CLT e art. 333, I, do CPC). Recurso ordinário a que se dá parcial provimento. (TRT 9ª R.; Proc. 00280-2011-068-09-00-2; Ac. 22229-2012; Primeira Turma; Rel. Des. Cássio Colombo Filho; DJPR 22/05/2012) (sem negrito no original).

É importante que se frise, ainda, que apesar de haver grande pertinência na aplicação da regra da inversão do ônus da prova no Processo do Trabalho¹⁸, este é um ramo autônomo do Direito, no entendimento da maioria dos doutrinadores pátrios e estrangeiros¹⁹, de modo que “não se pode confundir a unidade fundamental do direito processual com a identidade de seus ramos distintos, como nos ensina Antônio Carlos de Araújo Cintra”²⁰.

Doutra banda, parece ser igualmente relevante o fato de que o Direito do Trabalho pode ser considerado fruto de um processo socializador do direito em geral, cujo caráter protecionista transcende o direito substancial para atingir a esfera do direito processual, uma vez que o que se almeja é uma equiparação verdadeira e eficaz entre as partes.

Acerca desse caráter protecionista do Direito do Trabalho, as seguintes ponderações de Américo Plá Rodrigues²¹:

Se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador. Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes.

Neste contexto, Reis de Paula (2010, p. 20) explica que “o Direito do Trabalho surge como consequência de uma desigualdade, e as desigualdades somente se corrigem com desigualdades de sentido oposto”.

18 SCHIAVI, Mauro. Op. cit., p. 75.

19 PAULA, Carlos Alberto Reis de. Op. cit., p. 101.

20 Idem, ibidem, p. 102.

21 RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1978, p. 28 *apud* PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*. p. 19.

Mais adiante em sua obra, assim discorre o doutrinador acerca do que denomina de princípio do tratamento desigual²²:

Historicamente, sabemos que a intervenção do Estado nas relações jurídicas entre empregador e empregado se deveu à manifesta desigualdade dos contratantes, destacando-se, em relação ao empregado, a necessidade do trabalho como condição de sobrevivência. Por isso, o Estado se fez presente com objetivos tutelares, buscando a recomposição da igualdade real, na medida do possível.

Dessa forma, sempre que houver necessidade de aplicação subsidiária de norma alienígena ao processo do trabalho, há de ser observado o princípio da adequação, segundo o qual deve haver uma “comunhão de interesses entre o direito material e o direito instrumental” (REIS DE PAULA, p. 104). Há de se observar e de se resguardar, conseqüentemente, todas as especificidades advindas do direito material do trabalho, na medida em que parece haver essa necessária relação entre os dois ramos do direito (processual e material).

2.3. A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ENCARGO PROBATÓRIO

Como visto alhures, apesar de conferirem tratamento distinto ao encargo probatório, tanto o Código de Processo Civil quanto a Consolidação das Leis do Trabalho pautam-se na distribuição estática do ônus da prova.

No ordenamento jurídico pátrio, pode-se dizer, nas palavras de Carlos Alberto Reis de Paula (2010, p. 87), que

na indicação das provas predomina o princípio de disposição das partes, sendo reservado ao juiz um papel supletivo; já na produção das provas pode-se dizer, levando-se em conta o aspecto publicístico do processo, ao lado da atuação das partes presente se faz o Estado por intermédio do juiz, na direção do processo.

22 PAULA, Carlos Alberto Reis de. Op. cit. p. 106.

Segundo o autor, ainda, a crítica que cada vez mais se faz a essa distribuição estática do encargo probatório reside no fato de se atribuir sempre ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos e ao réu o de provar os fatos extintivos ou impeditivos, levando-se em consideração tão somente “a posição das partes no processo, sem se levar em conta a natureza dos fatos a serem provados. Mas não se pode perder de vista que se principia pela igualdade das partes, que deve ser respeitada no processo”²³.

“A ideia de processo”, aponta Reis de Paula (2010), “é necessariamente teleológica, ou seja, só se justifica por seu fim. O fim último do processo é dirimir conflito de interesses submetidos aos órgãos da jurisdição. O processo pelo processo não existe”.

A esse respeito, as lições de Diddier Jr., Braga e Oliveira (2008, p. 90):

Sucede que nem sempre autor e réu têm condições de atender a esse ônus probatório que lhes foi rigidamente atribuído – em muitos casos, por exemplo, vêm-se diante de *prova diabólica*. E, não havendo provas suficientes nos autos para evidenciar os fatos, o juiz terminará por proferir decisão desfavorável àquele que não se desincumbiu do seu encargo de provar (regra de julgamento). É por isso que se diz que essa distribuição rígida do ônus de prova atrofia nosso sistema, e sua aplicação inflexível pode conduzir a julgamentos injustos.

Destaca Cappelletti²⁴, por sua vez, que há “uma tendência comum evolutiva em todos os países e sistemas no sentido de incorporar certos elementos típicos de um processo moderno, entre os quais a observação direta dos fatos”. Dessa forma, competiria ao julgador a observação concreta e a análise crítica, impondo-se a “imedição direta das relações entre julgador e os elementos de convicção, como as partes e os peritos”.

23 Idem, *ibidem*. p. 91.

24 CAPPELLETTI, M. *La oralidade y das pruebas em el proceso de trabajo*. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-América, 1972. p. 79 *apud* PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*. p. 88.

Como consequência dessa tendência mundial evolutiva é que teria surgido dos ordenamentos nacionais o preceito relativamente novo pelo qual todos são obrigados, quando necessário, a dar sua contribuição para o descobrimento da verdade – tornando essa tarefa “comunitária, envolvendo juiz, partes e terceiros que forem chamados a atuar no processo”²⁵.

Assevera Reis de Paula, ainda, que “se o ordenamento jurídico não conta apenas com o trabalho das partes para que se estabeleça a verdade dos fatos, destacando-se a atuação do juiz, pode-se indagar da utilidade de se estabelecer uma distribuição do ônus da prova de uma forma rígida”²⁶.

Também de acordo com Mauro Schiavi (2013, p. 78 e 79), a doutrina moderna vem defendendo uma flexibilização na interpretação das regras de fixação do encargo probatório em relação à forma preconizada nos artigos 818 da CLT e 333 do CPC, a fim de conferir “efetividade ao acesso à ordem jurídica justa e não inviabilizar a tutela do direito à parte que tem razão, mas não apresenta condições favoráveis de produzir a prova do fato constitutivo do seu direito”.

Prossegue o autor, explicando o embasamento sustentado para a aplicação da chamada teoria da carga dinâmica do ônus da prova (SCHIAVI, 2013, p. 79):

A carga dinâmica do ônus da prova tem suporte nos princípios da aptidão para a prova, cooperação processual, boa-fé objetiva das partes no processo e também em critérios de justiça e razoabilidade. O Juiz do Trabalho, como reitor do processo (art. 765 da CLT), deve ter a sensibilidade, à luz das circunstâncias do caso concreto, de atribuir o encargo probatório ao litigante que possa desempenhá-lo com maior facilidade.

Segundo Diddier Jr., Braga e Oliveira (2008, p. 90 e 91), a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova surgiu na Argentina, “a partir da concepção do processo como situação jurídica de Goldschmidt”, baseada em princípios como veracidade, boa-fé, lealdade e solidariedade.

25 PAULA, Carlos Alberto Reis de. Op. cit. p. 88.

26 Idem, ibidem. p. 88.

De acordo com referidos autores, a distribuição dinâmica do ônus da prova seria a concepção mais acertada no que respeita à fixação do encargo probatório²⁷:

Parece-nos que a concepção mais acertada sobre a distribuição do ônus da prova é essa última: 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 (...).

Acerca da aptidão para a prova, veja-se novamente o magistério de Reis de Paula (2010, p. 122 e 123):

a aplicação no ônus da prova do princípio da aptidão atende ao escopo social do processo, que é eliminar conflitos mediante critérios justos. (...) O fundamento para a aplicação do princípio da aptidão está na justiça distributiva aliada ao princípio da igualdade, cabendo a cada parte aquilo que normalmente lhe resulta mais fácil. O critério será o da proximidade real e de facilidade do acesso às fontes de prova. Indiscutivelmente, o princípio será aplicado todas as vezes em que o empregado não puder fazer a prova a não ser através de documento ou coisa que a parte contrária detenha. 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 empregado colacioná-lo, sob pena de serem admitidas como verdadeiras as alegações feitas pelo empregador.

27 DIDIER JR., Fredie; PAULA, Sarno Braga; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit. p. 91.

Verifica-se, pois, que, segundo o princípio da aptidão para a prova, seria dado ao juiz dinamizar a repartição do ônus probatório, o qual poderia ser atribuído à parte que detivesse melhores condições de provar.

Neste sentido, os apontamentos de João Humberto Cesário (2010, p. 47):

É fundamental saber que relativamente à distribuição do ônus da prova a legislação de regência traça tão somente diretrizes gerais para a orientação básica dos atores processuais. Assim é que a atenuação dessas diretivas, fundada no princípio da aptidão para a prova, vem a cada dia ganhando destaque no foro trabalhista. Dito de outro modo, enquanto os arts. 818 da CLT e 333 do CPC disciplinam a distribuição estática do ônus da prova, a praxia forense preconiza a repartição dinâmica do encargo probatório, para que por via dela se evitem julgamentos injustos, nos quais uma parte, não obstante possuir razão em uma contenda, veja inviabilizada a obtenção do bem da vida perseguido judicialmente, em virtude da impossibilidade de produzir uma prova para ela difícil, improvável ou mesmo impossível (*prova diabólica*), enquanto a contraprova do seu adversário seria de tranquila veiculação.

De acordo com o art. 765 da Consolidação das Leis do Trabalho, “os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”. Baseado nesta disposição expressa do texto consolidado, para muitos a distribuição dinâmica do encargo probatório estaria legitimada, com ainda mais efeito, no âmbito processual trabalhista.

De toda sorte, a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do encargo probatório já pode ser verificada nos tribunais pátrios. Veja-se abaixo alguns dos recentes julgados que invocaram expressamente a teoria em questão:

21269858 - HORAS EXTRAS. ÔNUS DA PROVA. É do autor a prova dos fatos constitutivos do seu direito e

do réu aquelas que comprovem os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito obreiro. Inteligência dos artigos 818 da CLT e 333 do CPC. **Não obstante, modernamente a distribuição do ônus de prova é dinâmica, não fica limitado ao disposto no artigo 818 da CLT e o encargo recairá sobre aquele que tem melhores condições de produzi-la.** Não comprovadas pela reclamada alegações de validade dos espelhos de ponto, impugnados por desatenderem a normas coletivas, correta a condenação em horas extras. Recurso ordinário interposto pela reclamada ao qual se nega provimento. (TRT 2ª R.; RO 0000645-15.2012.5.02.0037; Ac. 2013/0892887; Décima Terceira Turma; Relª Desª Fed. Cintia Taffari; DJESP 27/08/2013) (sem negrito no original).

17257042 - ÔNUS DA PROVA. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA. O princípio *in dubio pro operario* ou *in dubio pro misero* não tem qualquer aplicação na seara do ônus da prova, restringindo-se à interpretação e à formulação do direito material do trabalho. **Quanto à questão probatória, existem presunções favoráveis ao trabalhador, que não decorrem, todavia, daquele princípio, mas sim da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual deve suportar o encargo aquele que possui melhores condições de produzir a prova.** (TRT 3ª R.; RO 381-68.2012.5.03.0037; Rel. Juiz Conv. Luiz Antonio de Paula Iennaco; DJEMG 07/02/2013; Pág. 175) (sem negrito no original).

A distribuição dinâmica do encargo probatório, como se verificou, busca conferir maior efetividade ao processo e justiça às decisões nele proferidas (o que só se pretende admitir mediante a observância dos princípios e garantias que norteiam o Direito Processual brasileiro), com o objetivo de, direcionando o encargo da prova à parte que detém melhores condições para produzi-la, garantir a tutela jurídica a todos os que dela necessitam.

2.4. MOMENTO PROCESSUAL DA FIXAÇÃO DO ENCARGO PROBATÓRIO

De acordo com Mauro Schiavi (2013, p. 78), o momento processual para a fixação do encargo probatório pode ser antes da audiência de instrução e julgamento ou na sentença, se assim for o entendimento do juiz.

Para Carlos Alberto Reis de Paula (2010, p. 100), o momento mais apropriado seria quando do julgamento do feito:

Chega-se à conclusão de que essa operação lógica se dá no juiz não durante a instrução da causa, mas após a colheita da prova, ou seja, no momento de decidir. Só então é que, avaliando a prova produzida ou que não se fez, é que colocará para si a questão do risco inerente à prova não levada a êxito, pelo que as regras sobre distribuição do ônus da prova são, na verdade, regras de julgamento, a serem aplicadas no momento em que o órgão judicial for julgar.

Nesse mesmo sentido, os esclarecimentos de Cândido Rangel Dinamarco²⁸:

Sabido que a cada um dos litigantes compete a prova dos fatos de seu interesse..., não precisará o juiz declinar expressamente a qual dos litigantes cabe demonstrar cada um dos pontos. Mas sabem todos que, no momento de julgar, para o juiz fato não provado é fato inexistente – tal é a regra do julgamento integrante da disciplina do ônus da prova. Assim, cada um entenderá facilmente desde logo quais dos fatos lhe convém provar e quais lhe convém que não fiquem provados.

28 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 1995. p 134 *apud* PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*. p. 132.

José Roberto dos Santos Bedaque (2013, p. 130) também compartilha do entendimento de que a análise das regras sobre a distribuição do ônus da prova deve ser feita apenas no momento de decidir, conforme segue:

As regras referentes à distribuição do ônus da prova devem ser levadas em conta pelo juiz apenas e tão somente no momento de decidir. São regras de julgamento, ou seja, destinam-se a fornecer ao julgador meios de proferir a decisão, quando os fatos não restaram suficientemente provados. Antes disso, não tem ele que se preocupar com as normas de distribuição do ônus da prova, podendo e devendo esgotar os meios possíveis, a fim de proferir julgamento que retrate a realidade fática e represente a atuação da norma à situação apresentada em juízo.

Por outro lado, a ementa abaixo exemplifica o entendimento segundo o qual o momento mais adequado para a distribuição do ônus seria o da instrução probatória, valendo-se do princípio do devido processo legal para justificá-lo:

considerando que as partes não podem ser surpreendidas no final, com um provimento desfavorável decorrente da inexistência ou da insuficiência da prova que, por força da inversão determinada na sentença, estaria a seu cargo, parece mais justa e condizente com as garantias do devido processo legal a orientação segundo a qual o juiz deve, ao avaliar a necessidade de provas e deferir a produção daquelas que entenda pertinentes, explicar quais serão objeto de inversão (TJSP, 6ª Câmara de Agravo, 108602-4/0-SP, Rel. Des. Antonio Carlos Marcato, v. u., j. 18.3.1999, Bol AASP n. 2.123/225-e)²⁹.

Em sentido semelhante, as lições de João Humberto Cesário (2010, p. 51):

29 SHIAVI, Mauro. Op. cit. p. 78.

Não há como negar que a distribuição do ônus da prova possui dúplice escopo. Ao mesmo tempo em que é uma regra de instrução, sendo, pois, um indicativo dos litigantes quanto às provas que devem produzir, é também um sistema de julgamento, servindo de ferramenta para que o magistrado possa decidir, principalmente naqueles contextos em que haja prova dividida.

(...) Penso, com efeito, que principalmente quando o juiz tomar a iniciativa de inverter o ônus da prova, deverá alertar as partes no ato da audiência sobre o fato, inclusive fundamentando, ainda que de modo conciso, o seu ponto de vista (art. 93, IX, da CRFB), de modo a eticamente prestigiar o mais amplo direito de defesa dos contendores.

Do exposto, tem-se que não há consenso quanto ao momento correto para a fixação do ônus da prova, principalmente em casos de inversão ou de distribuição dinâmica desse encargo. De todo modo, seja dada a sua fixação anteriormente à sentença ou como regra de julgamento, deverá sê-lo sempre de modo muito bem fundamentado, observando-se para que se mantenham preservadas as garantias fundamentais dos litigantes, tais quais o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

CONCLUSÃO

Tido como extensão dos princípios do contraditório e da ampla defesa e intimamente relacionado ao princípio do devido processo legal, o direito fundamental à prova tem sido objeto de estudo de alguns dos principais doutrinadores do Direito, que invariavelmente se debruçam, ao tratar do tema, sobre as peculiaridades inerentes ao encargo probatório no processo.

Compreendido num ordenamento jurídico que prima pelo princípio dispositivo no processo, que atribui às partes a iniciativa probatória sem eximir o julgador da responsabilidade pela direção do processo, o ônus da prova ganha contornos ainda mais interessantes à luz do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário. Referido princípio impõe ao juiz o dever de julgar indepen-

dentemente da presença de elementos probatórios suficientes ao seu convencimento, de modo que o resultado da atividade instrutória, cuja iniciativa probatória deve partir das partes, por vezes pode-se revelar insuficiente ou dividido.

Tanto o Código de Processo Civil brasileiro quanto a Consolidação das Leis do Trabalho pautam-se na distribuição estática desse encargo probatório inerente aos demandantes, de modo que, apesar de não ser pacífico o entendimento doutrinário a respeito da aplicação da regra do art. 333 do CPC ao Processo do Trabalho, é certo que dita regra, oriunda do Direito Romano e aperfeiçoada por Chiovenda, tem ampla aplicação subsidiária no âmbito trabalhista.

Assim, segundo a norma codificada no ordenamento jurídico pátrio, o objeto da prova se delimita por fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos de direitos, sendo os três últimos condicionantes do primeiro, o que implica dizer que o ônus da prova é definido de forma estática e abstrata, cuja fixação se determina pela postura adotada pelo réu no processo.

Neste contexto, apesar da ausência de previsão legal específica, tomam força no campo da produção doutrinária processual trabalhista as teorias que tratam da inversão desse encargo probatório e de sua distribuição dinâmica conforme as circunstâncias verificadas concretamente no processo.

Enquanto a teoria da inversão do ônus da prova é vista como uma das peculiaridades do processo do trabalho, justificável por sua instrumentalidade, pelo princípio da adequação do direito processual ao direito material e pela aplicação analógica de norma prescrita no Código de Defesa do Consumidor, devido ao semelhante caráter protecionista do Direito do Consumidor e do Direito do Trabalho, a teoria da distribuição dinâmica do encargo probatório exsurge como consequência de uma recente tendência de cooperação processual, boa-fé objetiva e equiparação efetiva das partes no processo, essencialmente balizada no princípio da aptidão para a prova.

A aplicação das referidas teorias, em posicionamentos ainda minoritários (é importante que se frise), já pode ser verificada nos tribunais pátrios, e sua aceitação ou não parece depender do prisma pelo qual se enxerga o Direito – se do viés da segurança jurídica mediante a necessária observância da norma positivada ou se do viés da interpretação flexível da norma segundo a sua finalidade, à luz dos princípios gerais do Direito.

De toda sorte, seja qual for o prisma sob o qual se enxergue o Direito, é fato que a própria norma prescrita no artigo 765 da CLT confere aos Juízos e Tribunais do Trabalho ampla liberdade na direção do processo, atribuindo-lhes poderes para determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento das causas, de modo que este parece ser mais um forte subsídio à efetiva aplicação das modernas teorias de distribuição do encargo probatório no Processo do Trabalho.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 3 ago. 13.
- BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 24 jul. 13.
- BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 21 jul. 13.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao/compilado.htm>. Acesso em 21 jul. 13.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.
- CESÁRIO, João Humberto. *Provas e recursos no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

COSTA, Daniel Franco da. O ônus da prova no processo trabalhista e os princípios do direito material do trabalho. 2009. Disponível em: <<http://inter-temas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/859/881>>. Acesso em 24 jul. 13.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, v. 2.

MAGISTER, Lex. Jurisprudências utilizadas. Disponíveis em: <<https://www.magisteronline.com.br/mgstrnet/lpext.dll?f=templates&fn=searchform.htm&2.0&id=Jurisprudencia&>> Último acesso em: 15 set. 13.

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

SCHIAVI, Mauro. Provas no processo do trabalho. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2013.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. A prova no processo do trabalho. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2010.