

A TEORIA DINÂMICA DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E A SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO TRABALHISTA BRASILEIRO

Juiz Gustavo Carvalho Chehab¹
TRT 10ª Região

RESUMO

A teoria dinâmica do ônus da prova está sendo utilizada no Brasil, apesar do silêncio dos diplomas processuais. Fundada em princípios constitucionais e processuais, a teoria dinâmica tem aplicação porque a regra geral e estática do encargo probatório é insuficiente para a solução de todos os casos judiciais, especialmente quando se está diante da chamada prova diabólica. O projeto de lei do novo Código de Processo Civil prevê sua aplicação, que tem lugar importante no Processo do Trabalho. Conhecer, compreender e es-

tudar essa teoria é cada vez mais necessário aos operadores do direito. Esse artigo procura contribuir ao debate da adoção da teoria dinâmica na seara processual trabalhista.

PALAVRAS-CHAVES: Ônus da Prova. Teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova. Prova diabólica. Aptidão para a prova. Princípio da paridade de armas.

THE DYNAMIC THEORY OF THE DISTRIBUTION OF BURDEN OF PROOF AND ITS APPLICATION IN THE BRAZILIAN LABOUR PROCESS

1. Mestre em Direito Constitucional pelo IDP/DF, especialista em Direito do Trabalho pelo UniCeub, Juiz do Trabalho substituto do TRT da 10ª Região e Secretário-geral da Amatra 10.

ABSTRACT

The dynamic theory of the burden of proof is being used in Brazil, despite the silence of the procedural legislation. Founded in constitutional and procedure principles, the dynamic theory has applications because the general and static rule is insufficient for the solution of all the court cases, especially when the proof is diabolic. The Bill of the new code of Civil Procedure provides for its application, which has important place in the Labour Process. Know, understand and study this theory is necessary to jurists. This article contributed to the debate on the adoption of dynamic theory in labour procedural.

KEYWORDS: *Burden of proof. Dynamic theory of the distribution of burden of proof. Diabolic proof. Ability to proof. Principle of parity of arms.*

INTRODUÇÃO

Nos processos judiciais, os fatos controversos, como regra, dependem de prova. Essa comprovação exige um esforço das partes em coletar dados suficientes para embasar o convencimento do Juiz. Comprovar é averiguar a verdade necessária para chegar a uma certeza sobre um fato. Muitas vezes, porém, os elementos constantes dos autos do processo não são suficientes para a formação da convicção da veracidade ou da certeza de um fenômeno ou de um acontecimento. Como a lide não pode ficar sem solução, a ciência jurídica propõe a adoção de regras atinentes ao ônus da prova.

No Brasil, o Processo Civil e o Trabalhista possuem regras sobre a distribuição do encargo da prova baseado na premissa da

igualdade formal das partes. Todavia, há outras soluções que atendem melhor as diretrizes da Constituição e os seus princípios. Elas têm especial aplicação nos casos de extrema dificuldade da prova, em que uma parte possui uma vantagem em relação à outra. Trata-se da teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova, que fornece resultados mais adequados à tutela dos direitos fundamentais.

É importante compreender a teoria dinâmica do ônus da prova, sua origem, conceito, finalidade, aplicação, características, princípio norteador e efeitos, a partir de um breve levantamento bibliográfico, jurisprudencial e legislativo. Trata-se de tema atual, que tem sido bastante discutido nos debates de uma nova legislação processual, e que tem amplo e relevante campo de aplicação no Processo do Trabalho, ante as dificuldades encontradas em muitos litígios. Por meio dessa teoria, é possível alcançar mais isonomia no tratamento das partes litigantes, melhor aplicar o Direito à espécie e realizar, de modo mais satisfatório, a Justiça em face das peculiaridades do caso concreto.

1 A PROVA E O SEU ÔNUS

A palavra “prova” tem muitos significados e conceitos, podendo se referir ao ato de provar, ao meio de prova ou ao resultado dos atos praticados para a formação da convicção do Juiz (VICENTINI, 2012, p. 1).

A prova serve para, de algum modo, mostrar a certeza de um fato ou a verdade de uma afirmação (COUTURE, 1993, p. 215), para demonstrar, em juízo, a certeza ou a falsidade do fato relacionado com a causa. Provar é um meio lícito e apto para firmar o convencimento do juiz (SANTOS, 2001, p.

198). Para Francesco Carnelutti (1950, p. 258), prova, em sentido estrito, é a que permite conhecer a existência material de um fato que o Juiz tem que valorá-lo juridicamente.

O objeto da prova é os fatos deduzidos pelas partes em juízo, seu destinatário é o Juiz e sua finalidade é a formação da convicção acerca da verdade dos fatos para que a lide seja solucionada (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 412).

O ônus da prova é uma regra que “se destina a iluminar o juiz que chega ao final do procedimento sem se convencer sobre como os fatos se passaram” (MARINONI, 2008, p. 325). A discussão sobre o ônus da prova só tem pertinência quando estão ausentes elementos sobre a ocorrência dos fatos aptos a embasar a convicção do juiz (PALACIO, 2003, p. 398).

Ônus da prova não é uma obrigação imposta às partes, mas um encargo, uma faculdade que a parte tem em apresentar as provas que apoiam os motivos por ela adotados (CARNELUTTI, 1950, p. 344), uma faculdade de executar um ato em seu próprio interesse (ECHANDIA, 1970, p. 427).

A doutrina costuma bipartir o ônus da prova em subjetivo e objetivo. “Ônus de prova subjetivo é o encargo atribuído à parte, enquanto ônus da prova objetivo é a regra de julgamento que dessume da falta de provas para se concluir tem razão e que não a tem” (VICENTINI, 2012, p. 1). Para Hernando Echan-

dia (1970, p. 427), o ônus da prova subjetivo compreende uma norma de conduta para as partes, em que pese preservar a liberdade em apresentar a prova em juízo.

Há várias teorias sobre o ônus da prova e a melhor técnica para solução da controvérsia acerca do fato litigioso. Dentre elas, destacam-se a teoria estática e a dinâmica.

Há várias teorias sobre o ônus da prova e a melhor técnica para solução da controvérsia acerca do fato litigioso.

2 A TEORIA ESTÁTICA DO ÔNUS DA PROVA

O sistema processual brasileiro adotou nos arts. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e 333 do Código de Processo Civil (CPC), a teoria estática do ônus da prova (teoria clássica), inspirada na doutrina italiana de Chiovenda, Carnelutti e Betti (PACÍFICO, 2001, p.

167), distribuindo-o de acordo com as alegações das partes e com a natureza dos fatos deduzidos em juízo.

Por essa regra, “aquele que alega possuir um direito deve, antes de mais nada, demonstrar a existência dos fatos em que tal direito se alicerça” (SILVA, 2003, p. 342). O autor deve demonstrar os fatos constitutivos do seu direito, aqueles que são suficientes para produzir um efeito jurídico (CHIOVENDA, 1925, p. 257) e que originaram a relação jurídica deduzida em juízo (res in iudicium deducta) (CÂMARA, 2008, p. 378). O réu incumbe comprovar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito, que demonstrem que das alegações do autor “não decorrem os efeitos por ele pretendidos” (DINIZ, 1998, p. 443).

Aperfeiçoando a doutrina italiana (PACÍFICO, 2001, pp. 168-169), Leo Rosenberg (2002, p. 131) afirma que o autor deve comprovar a ocorrência dos fatos, os pressupostos do direito em que se funda seu pedido, e o réu os requisitos da norma apta a repelir a demanda, os pressupostos de uma norma destrutiva, impeditiva ou excludente do pleito.

São princípios que servem de premissas para essa teoria o do dispositivo, que atribui a sorte dos rumos do processo à diligência e ao interesse da parte, e o da justiça distributiva, isto é, da igualdade das partes (CHIOVENDA, 1925, pp. 252-253). Não há um dever de provar, mas apenas um ônus, um encargo, pelo qual o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos necessários ao reconhecimento em juízo do direito subjetivo que alega ter (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 420).

A teoria estática não leva em consideração “o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva (art., 5º, XXXV, CF), além de partir da premissa de que ambos os litigantes estão em paridade de armas e, por isto, têm iguais condições de produzir a prova” (CAMBI, 2009, p. 353). Por isso, ela “atrofia nosso sistema, e sua aplicação inflexível pode conduzir a julgamentos injustos. ‘Não se nega a validade da teoria clássica como regra geral, mas não se pode admitir tal regra como inflexível e em condições de solucionar todos os casos que a vida apresenta’ ” (DIDIER JR et al., 2007, p. 62).

Há situações em que não incide a regra dos arts. 818 da CLT e 333 do CPC, mas, ao contrário, o encargo da prova será daquele que tem melhores condições em fazê-lo, independentemente da natureza ou de quem alega o fato controvertido.

3 A TEORIA DINÂMICA DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova (teoria dinâmica do ônus probatório ou carga dinâmica da prova) parte da premissa que “a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto. Em outras palavras: prova quem pode” (DIDIER JR et al., 2007, p. 62).

3.1 ORIGEM E CONCEITO

A teoria dinâmica teve origem na Argentina, tendo como principal precursor Jorge W. Peyrano (1992, p. 263, tradução nossa), que sobre ela assim discorreu:

Para identificar a categoria de “ônus probatório dinâmico”, temos visualizado – entre outros – como fazendo parte da mesma aquela segundo a qual cabe o ônus probatório para quem - pelas circunstâncias do caso e independentemente de agirem como demandante ou demandado - está em melhor posição para produzir a respectiva prova.

Essa teoria difundiu-se e passou a ser adotada em diversos países, normalmente de forma supletiva a outras teorias, como a estática, anteriormente exposta.

Teoria dinâmica do ônus da prova é a que distribui o encargo probatório à parte que, pelas circunstâncias do caso concreto, tem maiores condições para produzir a prova do fato controvertido.

Dessa definição, identificam-se os elementos caracterizadores da teoria dinâmica: a) distribuição do encargo probatório, na qual o encargo da prova é imputado a uma das partes; b) circunstâncias do caso concreto, que revela que sua incidência é excepcional considerando a dificuldade concreta na produção de uma prova; c) por quem tem maiores condições em produzir a prova, segundo a qual o encargo é imposto a quem se mostra mais apto a realizar a prova do fato controvertido.

A teoria dinâmica não é uma nova oportunidade a quem não provou um fato de virar o jogo em desfavor da outra. Ela não tem aplicação quando a parte simplesmente não demonstra o fato que aduziu em juízo. Trata-se de uma medida excepcional, incidente quando o sistema tradicional e estático do encargo probatório é insuficiente para permitir que uma das partes comprove o alegado.

Não se procura, com a teoria dinâmica, obrigar uma parte a fazer prova contra si. Apenas ela é chamada a colaborar na produção da prova na qual se mostra mais apta ou que tem melhores condições de realizá-la. Sua inércia em contribuir com a instrução processual não é ilícita, mas atrai as consequências de o ônus da prova sobre si recair.

3.2 FINALIDADE, APLICAÇÃO E CARACTERÍSTICAS

Um dos princípios da prova é o da igualdade de oportunidades para a prova, segundo a qual as partes têm igualdade de oportunidades para obter provas e contraprovas (ECHANDIA, 1970, p. 124). A teoria dinâmica tem a finalidade precípua de garantir, concretamente, essa igualdade, de permitir, no caso sob exame, a paridade de armas.

A teoria dinâmica ajuda a dirimir o problema da “prova diabólica”, que é “aquela que é impossível, senão muito difícil de ser produzida” (DIDIER JR et al., 2007, p. 60). Para Alexandre Câmara (2005, p. 15):

“Não se trata, porém, de se fixar outra regra estática de distribuição do ônus da prova, mas de criar-se um sistema excepcional, que só pode funcionar onde a regra geral opera mal, já que foi elaborada para casos normais e correntes, o que não corresponde ao caso concreto. O que se busca é, tão-somente, retirar de uma parte o ônus de produzir provas diabólicas.”

A aplicação da teoria dinâmica no Processo Civil e no Processo do Trabalho decorre da incidência dos seguintes princípios (DIDIER JR et al., 2007, p. 64): a) igualdade (arts. 5º, caput, da Constituição e 125, I, CPC) – deve haver uma paridade real de armas, e não apenas formal, promovendo-se o equilíbrio entre as partes com a atribuição do ônus da prova a quem tem meios para satisfazê-lo; b) lealdade, boa-fé e veracidade (arts. 14, 16 a 18, e 125, III, CPC) – a parte não pode agir ou se omitir de forma ardilosa para prejudicar o ex-adverso; c) colaboração com a Justiça (arts. 339, 340, 342, 345 e 355, CPC) – todos têm o dever de ajudar o magistrado a descobrir a verdade dos fatos; d) devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição) – o processo devido é que produz resultados justos e equânimes; e) acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, Constituição) – a distribuição do ônus da prova não pode ser impossível a uma das partes, sob pena de negar-lhe o acesso a tutela efetiva do Estado.

Para a aplicação dessa teoria dinâmica no Processo Civil e do Trabalho brasileiro, não há necessidade de integração ou de reforma legislativa, basta aplicar os princípios e os dispositivos acima referidos.

Eduardo Cambi (2009, p. 361) defende que, constatada a desigualdade real entre as partes e que uma delas tem melhores condições para produzir a prova do fato controvertido, o juiz “tem o dever de inverter o ônus da prova, sob pena de sua omissão ser inconstitucional, por deixar de tutelar o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e célere prevista no art. 5º, XXXV e LXXVIII, da CF”.

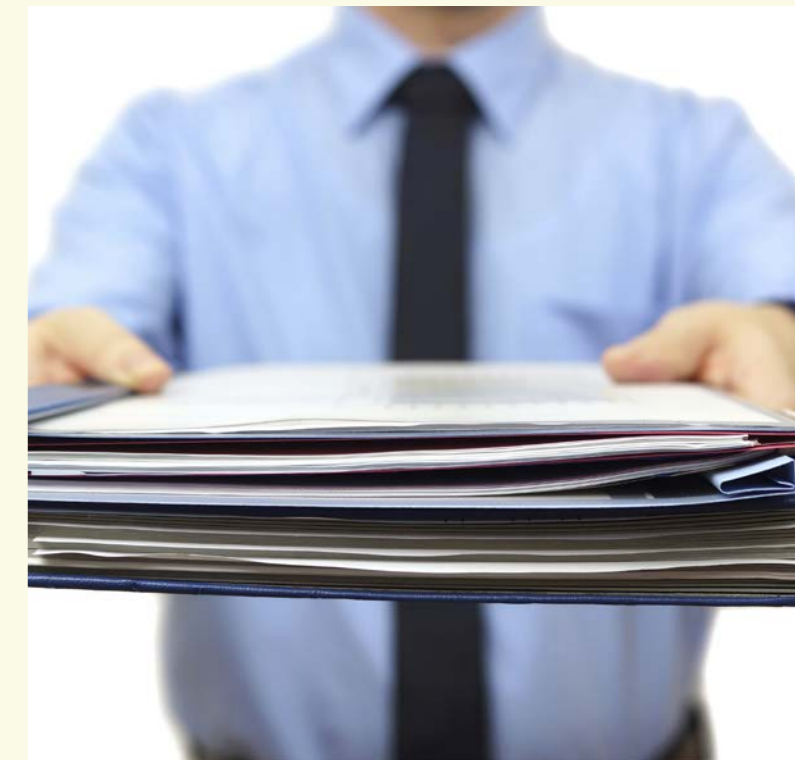
O Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2013) entendeu aplicável ao Processo Civil brasileiro a teoria dinâmica do ônus da prova no Recurso Especial nº 1.286.704/SP.

CIVIL E PROCESSO CIVIL. [...] PROVA. ÔNUS. DISTRIBUIÇÃO. [...]

... omissis ...

6. Nos termos do art. 333, II, do CPC, recai sobre o réu o ônus da prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

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



No mesmo sentido: Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 216.315/RS (BRASIL, STJ, 2012).

Ainda que a atual legislação processual civil (e trabalhista) não contemple expressamente a teoria dinâmica do ônus da prova, princípios constitucionais e de processo civil permitem sua aplicação a situações excepcionais quando a regra da distribuição estática mostrar-se insuficiente para o caso concreto.

Fredie Didier Jr. e outros (2007, p. 62) apontam as seguintes características da distribuição dinâmica do encargo probatório: a) o ônus da prova não é repartido prévia e abstratamente, como acontece na teoria estática, mas, sim, casuisticamente, em face das peculiaridades do caso concreto e/ou da aptidão para a prova; b) a distribuição não é estática e inflexível, mas dinâmica; c) não

importa a posição processual das partes, se estão no polo ativo ou passivo da demanda; e d) não é relevante a natureza do fato controvertido e sim quem tem maiores possibilidades de prová-lo, ou seja, não interessa para a teoria dinâmica se o fato aduzido em juízo é constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito.

3.3 PRINCÍPIO DA APTIDÃO PARA A PROVA

A teoria dinâmica consagra o princípio da aptidão para a prova, segundo o qual o ônus probandi pertence ao litigante que tem melhor condição para fazê-lo. O art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor (CDC, Lei 8.078/1990) adotou referido princípio ao facilitar a defesa do consumidor, “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”.

Fredie Didier Jr. e outros (2007, p. 58) defendem que essa inversão do ônus da prova é técnica que prestigia o princípio da igualdade e não pode ter sua utilização limitada às causas de consumo. Armando Porras López (1956, p. 251) sustenta que um dos princípios da prova no processo do trabalho é de que, independentemente de condição de autor ou réu, deve provar quem está apto a isso. Márcio Túlio Viana (1993-1994) argumenta que, quase sempre, deve-se inverter o ônus da prova em favor do empregado, pois é o empregador quem detém, em geral, os meios de prova. Carlos Alberto Reis de Paula (2010, p. 113), na mesma linha, afirma que a inversão do ônus da prova “é uma das peculiaridades do processo do trabalho”.

3.4 REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DA TEORIA DINÂMICA

Em sua origem, a teoria dinâmica parte de duas premissas: a desigualdade entre as partes em demonstrar o fato controvertido no caso concreto e a maior aptidão da uma delas em produzir a prova. O art. 6º, VIII, do CDC, por outro lado, aponta dois requisitos alternativos: a verossimilhança ou a hipossuficiência.



A hipossuficiência do CDC é de ordem probatória ou técnica, e não econômica como defendem alguns (RODRIGUES, 2003, pp. 210-211), e compreende os dois requisitos da teoria dinâmica: desigualdade de partes e aptidão para a prova. É hipossuficiente a parte que tem grande dificuldade para a produção da prova em relação à outra parte, que tem maiores meios de produzi-la.

A verossimilhança decorre de um juízo de probabilidade, em que os fatos deduzidos por uma das partes são provavelmente verdadeiros, se analisados com base em indícios e no que ordinariamente ocorre (máxima de experiência). A regra ou máxima de experiência “decorre do que normalmente acontece, fazendo parte da cultura normal do juiz” (MARTINS, 2003, p. 316). Ela gera uma “presunção natural que tem por fonte uma norma da experiência” (DAMASCENO, 1974, p. 35) e pode ser elidida com a prova em contrário.

Em sua origem, a verossimilhança não é requisito para aplicação da teoria dinâmica, “nem enseja a inversão do ônus da prova, na medida em que se situa na fase valorativa do juiz” (PACÍFICO, 2001, pp. 157-158). Todavia, o legislador do CDC quis dar a ela o mesmo tratamento da hipossuficiência probatória, mas permitindo contraprova. De qualquer sorte, também aqui a parte contra a qual incorre a presunção de veracidade do fato possui melhor aptidão para a produção da prova. A outra, por outro lado, encontra maior dificuldade em demonstrá-lo e, por isso, sua afirmação, ancorada no que ordinariamente acontece, ganha a presunção de veracidade. Se a prova fosse fácil, não haveria motivo para a “facilitação da defesa” na exata dicção do art. 6º, VIII, do CDC.

Logo, ambas as hipóteses do CDC (hipossuficiência e verossimilhança) pressupõem que uma das partes está mais apta do que a outra para a produção da prova, razão para a desigualdade concreta entre elas em comprovar o fato controvertido. Esses requisitos (aptidão para a prova e desigualdade real das partes) estão presentes nas situações que requerem prova diabólica.

Danilo Knijnik (2006, pp. 947, 950-951) descreve algumas situações em que incide a teoria dinâmica: a) um litigante detém o conhecimento especial sobre o fato objeto da prova (ex. eficiência do EPI); b) o papel que a parte desempenhou no fato gerador da controvérsia, por ser o único que está com a prova (ex. anotações em folha de ponto); c) conduta culposa que privilegia um demandante (ex. discriminação velada); d) por violação dos deveres de cooperação do demandante privilegiado (ex. esconder documentos).

3.5 EFEITOS

A aplicação da teoria dinâmica enseja, na prática, a inversão do ônus probatório, não por mero arbítrio do juiz, nem para “compensar a inércia ou a inatividade processual do litigante inicialmente onerado” (KNIJNIK, 2006, p. 947), mas em respeito aos princípios acima destacados. A parte que, pela teoria estática não tinha o encargo probatório, é chamada a colaborar com o juízo em face de sua maior aptidão em produzi-la. Nesse caso, o autor ou o réu são instados a produzirem provas, que podem ser contrárias a seus interesses.

A aptidão para a prova pode recair sobre fato negativo ou positivo. O réu, por exemplo, pode ser chamado a fazer prova negativa do fato constitutivo do direito do autor e este ter que demonstrar a ausência do fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito. A doutrina alerta para a dificuldade da prova do fato negativo. Não é crível exigir prova impossível do fato negativo, como no caso das negativas absolutas, de negativas de fatos indefinidos (LOPES, 2002, p. 34) ou diabólica reversa (KNIJNIK, 2006, p. 948). Isso inverte a lógica que justifica e embasa a teoria dinâmica. Ao contrário, a prova do fato

negativo ou positivo deve ser muito mais fácil de ser obtida do que o inverso.

3.6 O ANTEPROJETO DO NOVO CPC E A TEORIA DINÂMICA

O Senado Federal formou, em 2009, uma comissão de jurista para elaboração de um anteprojeto para um novo Código de Processo Civil. O texto original, apresentado em 2010, consagrava o princípio da aptidão para a prova como decorrência da isonomia processual e adotava a teoria dinâmica como exceção à teoria estática do ônus da prova.

Submetido à deliberação, o texto aprovado pelo Senado Federal (Projeto de Lei iniciado no Senado nº 166/2010) suprimiu a menção a esse princípio, mas manteve a igualdade de tratamento entre as partes, inclusive quanto ao ônus probatório, “competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório” (CHEHAB, 2011, p. 50). A regra geral chancelada era de aplicação da teoria estática do ônus da prova, possibilitando a incidência da teoria dinâmica (BRASIL, 2010, arts. 357 e 358).

A Câmara dos Deputados (Projeto de Lei nº 8.046/2010) manteve a previsão da aplicação da teoria dinâmica (BRASIL, 2014, pp. 434 e 485). A redação final do texto aprovado assegura “às partes paridade de tratamento no curso do processo, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório” (art. 7º). Nas disposições acerca do encargo probatório, a teoria estática continua como regra geral, mas a teoria dinâmica é aplicável (art. 380, §§ 1º e 2º) nos seguintes termos:

Art. 380. [...]

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa,

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

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

Como o texto foi modificado, o projeto de lei do novo CPC foi devolvido ao Senado Federal, devendo, ao que tudo indica, ser mantida a menção da teoria dinâmica para atenuar o rigor da teoria estática do ônus da prova, especialmente no caso de prova diabólica.

4 O PROCESSO DO TRABALHO E A TEORIA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

A teoria dinâmica do ônus da prova tem incidência no Processo do Trabalho, por imposição constitucional, em face de princípios comuns com o Processo Civil, ou pela aplicação analógica do art. 6º, VIII, do CDC.

O acesso à Justiça, a igualdade entre as partes, a ampla defesa e o contraditório, e o devido processo legal, princípios insertos na Constituição, dependem da plena e da igual oportunidade das partes em produzirem as provas dos fatos que aduzem em juízo. A paridade real de armas, a lealdade, a veracidade e a boa-fé processuais e a colaboração

com a Justiça também estão presentes no Processo do Trabalho.

O art. 818 da CLT apenas traz uma regra geral sobre o ônus da prova, sendo silente acerca de suas peculiaridades. É costume aplicar, de forma majoritária e complementar, o art. 333 do CPC no cotidiano das lides trabalhistas. Nesse contexto, a facilitação probatória do art. 6º, VIII, do CDC guarda consonância com os princípios do Processo do Trabalho e têm lugar nas situações de desigualdade de armas entre as partes e a dificuldade real de uma delas em demonstrar o fato, também presentes nessas demandas. A teor do art. 769 da CLT, é possível a aplicação analógica desse dispositivo do CDC, como defende boa parte da doutrina (ex: TEIXEIRA FILHO, 2009, pp. 974-978).

Guilherme Feliciano (2008, p. 111) afirma que a teoria dinâmica prevalece no processo do trabalho, devendo ser considerados aspectos como “a verossimilhança das alegações, as constelações de indícios, as funções do processo (instrumentalidade) e a ponderação harmônica dos direitos fundamentais em colisão”. Defende, ainda, sua “especial aplicação” nas ações trabalhistas que envolvam o meio ambiente, a discriminação, a intimidade e a privacidade e o assédio sexual ou moral (FELICIANO, 2008, pp. 105-106).

Raimundo Simão de Melo (2006, p. 30) argumenta pela aplicação do art. 6º, VIII, do CDC em ações que discutem acidentes do

trabalho, em face das estatísticas sobre a falta de prevenção e porque “é muito mais fácil para o empregador provar que cumpriu suas obrigações contratuais do que o empregado demonstrar o descumprimento das mesmas”.

Elaine Vasconcelos (2005, p. 104) considera que, pela interpretação judicial, o encargo de comprovar a ausência de conduta discriminatória é dos acusados, quando houver “elementos de presunção acerca da veracidade dos fatos narrados na petição inicial”. Em artigo publicado (CHEHAB, 2010, pp. 52-71), defendi a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova em processos de

O art. 818 da CLT apenas traz uma regra geral sobre o ônus da prova, sendo silente acerca de suas peculiaridades.

discriminação no emprego; examinei, em especial, a legislação da União Europeia (1997, art. 4º, p. 8), dos Estados Unidos (VALLEJO e MOURRAILLE, 2009, p. 14), da Espanha (1981) e de Portugal (2003); e destaquei a condenação imposta ao Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (2006) por, em processo judicial, exigir prova direta da discriminação em uma seleção de emprego de uma candidata afrodescendente.

Segundo publicação da OIT (2003, p. 70, § 196, tradução nossa):

Provar em um processo judicial que tem havido discriminação é difícil, ainda que não se pretenda demonstrar a intenção do imputado. Na maioria dos casos que versam sobre opções de contratação, demissão, remuneração e promoção, é o em-

pregador que tem a informação pertinente. Nos casos de assédio sexual não costuma haver testemunhas. Assim, a fim de ajudar aos demandantes e proporcionar a realização de justo juízo, cada vez são mais os países que transferem ao empregador o ônus da prova para refutar as alegações uma vez que o demandante apresentou os primeiros indícios de discriminação.

O Tribunal Superior do Trabalho (TST) cancelou a Orientação Jurisprudencial nº 215 da sua Subseção I de Dissídios Individuais, que tratava do encargo probatório da satisfação dos requisitos para recebimento do vale transporte, por aplicar a teoria dinâmica, conforme lição do precedente assim ementado (BRASIL, TST, 2011):

[...] 4. VALE-TRANSPORTE. INDENIZAÇÃO. ÔNUS DA PROVA. Este colendo Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Orientação Jurisprudencial nº 215 da SBDI - 1, entendia ser ônus do empregado provar o preenchimento dos requisitos indispensáveis à obtenção do vale-transporte. Contudo, revendo seu posicionamento, referida Orientação foi cancelada. Desse modo, pela própria teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, é notório que se apresenta mais propício ao empregador comprovar que o empregado não satisfaz os requisitos para a concessão do vale-transporte que ao trabalhador provar que o satisfaz. Nesse contexto, incumbe ao reclamado a prova de que o reclamante não satisfazia os requisitos para con-

cessão dos vales-transporte, ônus do qual não se desincumbiu. Recurso de revista não conhecido.

Há amplo campo para aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova no Processo do Trabalho, ante a dificuldade probatória que, normalmente, acomete uma das partes e a aptidão para a prova que a outra parte possui.

5 PROCEDIMENTO

A rigor, a aferição de quem pertence o ônus de comprovar determinado fato é realizada pelo magistrado no momento do julgamento quando, não havendo demonstração da circunstância fática aduzida por uma das partes, é preciso decidir a lide (ônus da prova objetivo). Não haveria, a princípio, espaço para, na instrução processual (ou antes), indicar a parte mais apta para provar o fato controvertido.

Todavia, cresce no meio jurídico a ideia de que o Juiz não pode surpreender as partes. O anteprojeto do novo CPC abriga essa noção, ao vedar decisão com base em fundamento do qual as partes não tiveram oportunidade de se manifestarem e ao estabelecer que o Juiz deve oportunizar que a parte se desonere do ônus que lhe foi atribuído (BRASIL, 2014, arts. 10 e 380, § 1º, in fine, pp. 96, 435 e 485). Carlos Barbosa Moreira (1997, p. 306) adverte que as normas sobre a repartição do ônus probatório abrigam regras de comportamento destinadas aos litigantes. Para Luiz Guilherme Marinoni (2009, pp. 328-329):

A inversão do ônus da prova, em princípio, deve dar à parte que originariamente não possui o ônus da

prova a oportunidade de produzi-la. Nessa lógica, quando se inverte o ônus é preciso supor que aquele que vai assumi-lo terá a possibilidade de cumpri-lo, sob pena de a inversão do ônus da prova significar a imposição de uma perda, e não apenas a transferência de um ônus. A inversão do ônus da prova, nessa linha, somente deve ocorrer quando o réu tem a possibilidade de demonstrar a não existência do fato constitutivo.



Em que pese a crítica de que a concessão dessa oportunidade pode indicar prejulgamento da lide, é aconselhável, no contexto atual da evolução do Direito, que o Juiz, diante da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, conceda a parte à possibilidade de produzir a prova. Para isso, há dois caminhos: uma advertência genérica, dirigida a ambas as partes, ou específica, considerando a particularidade da matéria em debate.

Na primeira hipótese, o Juiz, antes de iniciada a instrução processual, adverte as partes de que devem contribuir para a comprovação dos fatos controvertidos segundo a aptidão para a prova e/ou de que poderá ser aplicada a teoria dinâmica do ônus da prova (ou a inversão probatória) caso comprovada a dificuldade ou a impossibilidade na produção de determinada prova. Com isso, as partes têm ciência prévia de que a não apresentação de uma prova (não identificada) pode conduzir a uma eventual decisão contrária, segundo regras excepcionais de aferição do encargo probatório.

Na segunda situação, ante a peculiaridade do caso concreto, o Juiz noticia a outra parte de que ela é considerada apta a produzir a prova do fato determinado (de que incide a teoria dinâmica sobre ele ou de que há inversão probatória em seu desfavor), possibilitando, assim, que a apresente em juízo. O momento ideal para isso é antes da oitiva das testemunhas, podendo, a critério do Juiz, haver inversão na ordem dos depoimentos.

A lei ou a jurisprudência pacífica atribuem, em situações específicas, o meio de prova apto a demonstrar determinado fato, tais como: recibo de pagamento ou de depósito bancário, registro de horários para empregadores que possuem mais de dez empregados, termo de rescisão do contrato de trabalho (instrumento de rescisão ou recibo de quitação) homologado pelo sindicato profissional ou órgão do Ministério do Trabalho para empregado com mais de um ano de serviço e aviso de concessão de férias (arts. 74, § 2º, 135, 464 e 477, §§ 1º e 2º da CLT); determinação de exibição de prova documental no atual CPC (arts. 355 a 359) e acordo escrito para a compensação de horários na Súmula nº 85,

I, do TST. Nesses casos, é desnecessário haver prévia ciência de eventual aplicação da aptidão para a prova.

Algumas vezes, apenas durante os depoimentos ou no curso da instrução é que se percebe que se está diante de uma prova diabólica, que há indícios da verossimilhança da alegação de uma das partes ou que uma delas tem maior aptidão em apresentar uma prova em juízo. Mesmo aí, é conveniente oportunizar a produção da prova (documental ou oral), a partir de então, a quem estiver mais apto a fazê-la, ainda que não se mencione a inversão do onus probandi, o art. 6º do CDC ou expressões como “sob pena de confissão”.

CONCLUSÃO

O Juiz é o destinatário da prova, que serve para demonstrar a certeza de um fato ou a veracidade de uma afirmação. Não havendo prova, a solução do fato controvertido decorrerá da aplicação das regras pertinentes ao ônus da prova. O Processo Civil e o do Trabalho, porém, não estão presos às regras gerais e estáticas do ônus da prova inseridas nos arts. 333 do CPC e 818 da CLT. A moderna doutrina processual desenvolveu a teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova, que tem amparo constitucional, nos princípios do processo e na lei, e que considera a efetiva capacidade probatória das partes, especialmente nos casos de prova diabólica.

Como adverte Eduardo Cambi (2009, pp. 364-366):

O juiz não pode ser mero expectador do drama processual, mas [deve] assegurar concreta-

mente os direitos dos cidadãos, os quais não podem ficar entregues à sua própria sorte e risco. O magistrado não se pode contentar com uma igualdade puramente formal entre os litigantes, tendo o dever de, ao dirigir o processo, assegurar às partes igualdade de tratamento e prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça (art. 125, I e III, CPC). [...] Não se pode exigir de alguém provas além do que esteja ao seu alcance demonstrar, porque isso gera um ônus probatório diabólico. [...] Os direitos fundamentais, especialmente os de caráter social (art. 6º da CF), não podem ficar desprotegidos pela aplicação desmedida do art. 333 do Código de Processo Civil, a ponto de criar um ônus tão rigoroso ao demandante que torne impossível a tutela dos direitos materiais.

As regras de ônus da prova não podem servir de obstáculo processual a tutela de direito, devem sempre considerar as possibilidades reais e concretas de cada parte em demonstrar suas alegações, e recaírem não necessariamente sobre quem alega, “mas sobre a que se encontra em melhores condições de produzir a prova necessária à solução do litígio” (MALLÊT, 1999, p. 153).

A teoria dinâmica, que parte da premissa da desigualdade real de uma das partes e da maior aptidão de uma delas na produção da prova, tem especial aplicação no processo do trabalho. Ela prestigia a colaboração e a participação das partes, garante efetivo acesso à tutela jurisdicional adequada e efetiva; possibilita a igualdade de tratamento das partes não apenas formal, mas também real (pa-

ridade de armas), segundo as peculiaridades do caso concreto e em observância do devido processo legal.

A teoria dinâmica do ônus da prova tem aplicação quando a regra estática dos arts. 818 da CLT e 333 do CPC, estão em desconformidade com a Constituição Federal, acarretando “a inutilidade da ação judiciária e a vedação oculta de acesso efetivo ao Poder Judiciário” (KNIJNIK, 2006, p. 950). Por isso, sua incidência “atende ao escopo social do processo, que é eliminar conflitos mediante critérios justos” (PAULA, 2010, p. 122).

Aplicar a teoria dinâmica do ônus da prova no Processo do Trabalho, considerando a peculiaridade do caso concreto e a maior aptidão probandi de uma das partes, é medida de Justiça e que melhor atende ao Direito e aos direitos fundamentais insertos na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AROSHENA, José Fernando Lousada. **La prueba de la discriminación y del acoso sexual y moral en el proceso laboral**. Disponível em <<http://www.ccoo.es/comunes/temp/recursos/1/395219.pdf>>. Acesso: 23 ago. 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Redação final ao Projeto de Lei de nº 8.046, de 2010**. Brasília: Diário da Câmara dos Deputados. 27 mar. 2014.

_____. Senado Federal. Comissão Diretora. **Parecer nº 1.741, de 2010**. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85510&tp=1>>. Acesso: 25 ago. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no **Agravo em Recurso Especial nº 216.315/RS**. Segunda Turma. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Diário de Justiça eletrônico de 6 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.286.704/SP**. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Diário de Justiça eletrônico de 28 out. 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 82900-49.2007.5.03.0143**. Segunda Turma. Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 18 nov. 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Dialética, nº 31, 2005.

_____. **Lições de Direito Processual Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Neoconstitucionalismo e neo-processualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**. 4 ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1950, v. I.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. O princípio da não discriminação e o ônus da prova. **Revista do TST**. Brasília: Lex Magister, v. 76, nº 3, jul.-set/2010.

_____. Projeto do novo Código de Processo Civil: algumas novidades que já podem ser utilizadas. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília: Consulex, a. XV, nº 341, abr./2011.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Princípios de Direito Processal Civil**. Madrid: Editorial Reus, 1925, t. II.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso nº 12.001**. Simone André Diniz vs. Brasil. Informe nº 66/2006. 21 out./2006. Disponível em: <http://www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/docs/div_infintere-sante/informe%20n%2066-06.htm>. Acesso: 25 ago. 2014.

COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**, 3. ed. (póstuma). Buenos Aires: Depalma, 1993.

DAMASCENO, Fernando Américo Veiga. A prova pela verossimilhança e o direito do trabalho. **Revista do TRT da 3ª Região**. Belo Horizonte: TRT da 3ª Região, nº 22, 1974.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2007, v. 2.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 3.

ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoría General de la Prueba Judicial**. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia, 1970, t. 1.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Distribuição dinâmica do ônus da prova no Processo do Trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**. Campinas: nº 32, 2008.

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à Justiça e superar a propatio diabólica. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LÓPEZ, Armando Porras. **Derecho Procesal del Trabajo**. Puebla: José Cajica Jr, 1956.

LOPES, João Batista. **A prova no Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MALLET, Estêvão. Discriminação e processo do trabalho. **Revista do TST**. Brasília, v. 65, nº 1, out.-dez./1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, v. I.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 19. ed.. São Paulo: Atlas, 2003.

MELO, Raimundo Simão de. Responsabilidade objetiva e inversão da prova nos acidentes de trabalho. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, v. 70, nº 1, jan./2006.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do Consumidor. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 86 abr.-jun./1997.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **La hora de la igualdad en el traba-**

jo. Genebra: Oficina Internacional do Trabalho, 2003.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova do Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PALACIO, Lino Enrique. **Manual de Derecho Procesal Civil**. 17. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003.

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

PEYRANO, Jorge W.. Aspectos procesales de la responsabilidad profesional. In: MORELLO, Augusto M. (coord) e outros. **Lãs Responsabilidades Profesionales – Libro al Dr. Luis O. Andorno**. La Plata: LEP, 1992.

PORTUGAL. Ministério da Solidariedade e da Segurança Social. **Lei nº 99/2003**. Disponível em: <http://www.mtss.gov.pt/docs/Cod_Trabalho.pdf>. Acesso: 25 ago. 2014.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação civil pública e meio ambiente**. São Paulo: Forense Universitária, 2003.

ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. 2. ed. Montevideu-Buenos Aires: Editorial IbdeF, 2002.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. I.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. I.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho da União Europeia. **Diretiva nº 97/80/CE de 15/12/1997**. Official Journal of the European Communities. ed. em inglês. v. 41, legislação nº 14, 20/1/1998. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:014:0006:0008:EN:PDF>>. Acesso: 23 ago. 2014.

VALLEJO, María Laura Rojas; MOURRAILLE, Camila Soto. **La carga de la prueba en casos de discriminación**. Bogotá: Universidad de Los Andes, maio/2009.

VASCONCELOS, Elaine Machado. A discriminação nas relações de trabalho: a possibilidade de inversão do ônus da prova como meio eficaz de atingimento dos princípios constitucionais. **Revista do TST**. Brasília, v. 71, nº 2, maio-ago./2005.

VIANA, Márcio Túlio. Critério para a inversão do ônus da prova no processo do trabalho. **Revista do TRT da 3ª Região**. Belo Horizonte: TRT da 3ª Região, jul./1993-jun./1994, nº 53. 1 CD-ROM.

VICENTINI, Fernando Luiz. Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. **Jus Navegandi**. Teresina: jun. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24683/teoria-da-distribuicao-dinamica-do-onus-da-prova>>. Acesso em: 22 set. 2014.