



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**ALEXIA MARIANNA CELESTINO AMARAL**

**A APLICABILIDADE DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO  
ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO À LUZ  
DO ART. 373 DO CPC/2015**

Salvador  
2016

**ALEXIA MARIANNA CELESTINO AMARAL**

**A APLICABILIDADE DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO  
ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO À LUZ  
DO ART. 373 DO CPC/2015**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Josaphat Marinho

Salvador  
2016

**TERMO DE APROVAÇÃO**

**ALEXIA MARIANNA CELESTINO AMARAL**

**A APLICABILIDADE DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO  
ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO À LUZ  
DO ART. 373 DO CPC/2015**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2016

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente e sempre a Deus, pela força de vontade, paciência e dedicação concedidas e por me proporcionar essa intensa e gratificante experiência no meio acadêmico.

Aos meus pais, por todo o apoio incondicional e todos os incentivos durante minha jornada.

Ao meu irmão, por todo carinho e torcida para o meu sucesso profissional.

Agradeço imensamente ao Professor Josaphat Marinho, meu orientador, por toda paciência, disponibilidade, sugestões e orientações fornecidas, o seu auxílio foi fundamental. Muito obrigada por ter dividido comigo os seus conhecimentos e ter acreditado em mim e no meu projeto.

Ao Pessoa e Pessoa Advogados Associados onde tive a oportunidade de ter os meus primeiros contatos com o direito processual do trabalho, dentro de um modelo de advocacia de excelência.

Aos Professores, Juliane Facó e Roberto Dórea Pessoa, que mesmo sem saberem, tiveram uma imensa contribuição na escolha e delimitação do meu tema sobre a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho.

Por fim, o meu agradecimento a todos aqueles que estiveram ao meu lado durante todo esse tempo e que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação.

*“O êxito da vida não se mede pelo caminho que você conquistou, mas sim pelas dificuldades que superou no caminho.”*

Abraham Lincoln

## RESUMO

O presente trabalho estuda a aplicação da Teoria Dinâmica do Ônus da Prova disciplinada no art. 373, §1º do CPC/2015 no Direito Processual Trabalhista, analisando se, diante da possibilidade de aplicação supletiva e subsidiária do CPC em determinadas situações, caberia a aplicação dessa Teoria e, se assim entender, de que modo e com quais especificidades ela seria aplicada. Isso porque, foi desenvolvida uma teoria denominada de teoria da carga probatória dinâmica, em que se deve romper com a concepção estática da distribuição do ônus da prova, tendo em mente a igualdade material aplicada a relação processual, atribuindo-se o ônus da prova à parte que, devido as circunstâncias fáticas, possuir melhores condições de produzi-la, independentemente da posição ocupada no processo. Busca-se, inicialmente, demonstrar alguns conceitos introdutórios relacionados à Teoria Geral da Prova, com ênfase na análise do fato a ser provado e em alguns princípios fundamentais aplicáveis ao direito probatório. Sendo a prova um direito fundamental relacionado ao acesso à ordem jurídica justa, o trabalho aborda como se procede, de modo geral, o exercício do ônus da prova no processo, analisando os aspectos gerais referentes à Teoria de Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, estabelecendo conceitos e distinções entre distribuição estática, inversão judicial e distribuição dinâmica. Demonstra-se de que forma esse ônus é exercido no âmbito trabalhista e se a regra geral se mostra suficiente para dirimir as demandas nessa seara. Por fim, busca trazer fundamentos para aplicação dessa teoria no direito processual do trabalho, partindo dos fundamentos para a sua incidência, tratando do momento processual adequado para a dinamização e abordando critérios de aplicação assegurados diante do livre convencimento motivado do magistrado.

**Palavras-chave:** Ônus da prova; Distribuição Dinâmica; Distribuição estática Processo do Trabalho; livre convencimento motivado do juiz .

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANAMATRA Associação Nacional dos Magistrados Da Justiça do Trabalho

art. Artigo

CC Código Civil

CF/88 Constituição Federal da República

CPC Código de Processo Civil

NCPC Novo Código de Processo Civil

CDC Código de Defesa do Consumidor

CLT Consolidação das Leis do Trabalho

IN Instrução Normativa

TST Tribunal Superior do Trabalho

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>09</b>
<b>2 TEORIA GERAL DA PROVA.....</b>	<b>12</b>
2.1 CONCEITO E FINALIDADE DA PROVA .....	12
2.2 OBJETO DE PROVA.....	16
<b>2.2.1 A prova diabólica.....</b>	<b>17</b>
2.3 MEIOS DE PROVA .....	19
<b>2.3.1 Depoimento pessoal e interrogatório.....</b>	<b>19</b>
<b>2.3.2 Prova Testemunhal.....</b>	<b>21</b>
<b>2.3.3 Prova Documental.....</b>	<b>22</b>
<b>2.3.4 Prova Pericial.....</b>	<b>24</b>
<b>2.3.5 Inspeção Judicial.....</b>	<b>25</b>
2.4 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS.....	26
<b>2.4.1 Princípio do contraditório e da ampla defesa.....</b>	<b>26</b>
<b>2.4.2 Princípio do Acesso a Justiça.....</b>	<b>29</b>
<b>2.4.3 Princípio da Necessidade da Prova.....</b>	<b>31</b>
<b>2.4.4 Princípio da proibição da prova obtida ilicitamente.....</b>	<b>32</b>
<b>3 O ÔNUS DA PROVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....</b>	<b>34</b>
3.1 CONCEITO.....	35
<b>3.1.1 Diferenças entre ônus, obrigação e dever.....</b>	<b>36</b>
<b>3.1.2 O ônus da prova e o fato negativo.....</b>	<b>38</b>
3.2 A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	39
<b>3.2.1 A teoria Estática do ônus da Prova.....</b>	<b>39</b>
<b>3.2.2 A teoria dinâmica do ônus da prova.....</b>	<b>41</b>
<b>3.2.3 Distribuição convencionada pelas partes.....</b>	<b>43</b>
3.3 O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO - BREVE COMPARAÇÃO COM O CPC/73.....	46
3.4 O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO.....	52
<b>3.4.1 A distribuição do ônus da prova prevista na CLT e aplicação subsidiária e supletiva do CPC/15 no processo do trabalho.....</b>	<b>53</b>
<b>3.4.2 A Instrução normativa n.39 do TST.....</b>	<b>58</b>
3.5 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	61
<b>3.5.1 A inversão do ônus da prova no Processo do Trabalho.....</b>	<b>64</b>



<b>3.5.2 Diferença entre Inversão do ônus da prova e distribuição dinâmica do ônus da prova.....</b>	<b>68</b>
<b>4 APLICAÇÃO DA TEORIA DINAMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO.....</b>	<b>70</b>
4.1 TEORIA DINÂMICA X TEORIA ESTÁTICA.....	71
4.2 FUNDAMENTOS PARA APLICAÇÃO.....	72
<b>4.2.1 Princípio do Interesse X Princípio da aptidão das provas.....</b>	<b>74</b>
<b>4.2.2 Princípio do direito fundamental à prova.....</b>	<b>75</b>
<b>4.2.3 Princípio da igualdade material no processo.....</b>	<b>78</b>
<b>4.2.4 Princípio da cooperação.....</b>	<b>81</b>
<b>4.2.5 Princípio do Livre convencimento motivado.....</b>	<b>82</b>
<b>4.2.6 Meio para afastar a prova diabólica.....</b>	<b>87</b>
4.3 APLICAÇÃO JURISPRUDENCIAL.....	89
<b>4.3.1 Cancelamento da OJ 215 da SDI - 1 e edição da súmula 338 do TST.....</b>	<b>89</b>
4.4 MOMENTO PROCESSUAL.....	91
4.5 LIMITES DA APLICAÇÃO.....	94
4.6 APLICAÇÃO DA TEORIA DINAMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO À LUZ DO ART. 373 DO CPC/2015.....	96
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>103</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>110</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A temática da aplicabilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho à luz do art.373 do CPC/2015, se justifica pela importância da aceitação da estudada teoria no âmbito trabalhista a fim de facilitar a produção de prova, além de contribuir para o melhor deslinde do feito, cooperando para o alcance de uma tutela jurisdicional mais efetiva do direito lesado ou ameaçado de lesão.

Apesar da aplicação da defendida teoria não ser uma novidade no âmbito trabalhista, as implicações diante da previsão expressa trazida pelo novo CPC podem ser, daí a relevância justificada do seu estudo. Nesse sentido, com a entrada em vigor do novo código de processo civil, Lei 13.105 de 18 de março de 2015, a importância do seu estudo ficou ainda mais acentuada e a preocupação com a sua aplicação no processo do trabalho se tornou mais evidente.

Com base nisso, e a fim de conduzir o processo do trabalho à luz dos princípios constitucionais fundamentais, o estudo propõe a aplicação no âmbito do direito processual do trabalho da teoria de distribuição dinâmica do ônus da prova, ou teoria das cargas probatórias dinâmicas, cujo objetivo central é delegar a produção de prova à parte que possuir maior aptidão para produzi-la.

Nesse sentido, o presente trabalho denota na sua razão de ser uma importância social e jurídica, decorrente do seu conteúdo e dos efeitos que se propõe a aplicar, estimulando a produção de prova e o esclarecimento de todos os fatos do litígio, possibilitando a verdade real e evitando a ocorrência do *no liquet*, vedado no ordenamento jurídico.

O Processo Jurisdicional tem como uma das finalidades a obtenção de um resultado, visando garantir a tutela do direito de uma das partes que compõe a relação jurídica processual, ou seja, todo processo tem como objetivo o reconhecimento de uma prestação jurisdicional, a tutela de um direito e para se alcançar essa tutela de modo mais efetivo pelo juiz é preciso que ele forme o seu convencimento com base no que foi provado, não basta a simples análise de meras alegações das partes.

Então, para que o magistrado alcance essa finalidade se faz necessário a produção de provas a fim de embasar o convencimento do Juiz e elucidar a verdade dos fatos

Nesse diapasão, a produção de provas é um assunto de extrema importância quando se pensa em uma relação jurídica processual, pois será através dela que poderá o juiz apurar a veracidade das alegações formuladas pelas partes, possibilitando-o proferir uma decisão fundamentada e pautada no ideal de justiça.

A sociedade passa por um processo constante de mudanças e avanços, e o direito, dessa forma, tenta se adequar a essas mudanças sociais, a fim de regulamentar comportamentos. E é diante dessa dinâmica que se faz importante a aplicabilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho à luz do art.373 do CPC/2015, considerando o recente entendimento expressamente consignado no mais novo diploma processual civil que iniciou sua vigência no ano de 2016.

A modificação da lei demonstra uma evolução nos conceitos de distribuição do ônus da prova, não se limitando apenas a posição ocupada pelas partes no processo e, tampouco, a natureza do fato que deverá ser objeto da prova, tendo como foco a facilidade e a acessibilidade do litigante à prova, de forma a possibilitar que ela seja efetivamente produzida no autos e contribua para o esclarecimento dos fatos controvertidos e o alcance de uma solução justa para o litígio.

Nesse contexto, o presente trabalho se propõe ao reexame da matéria concernente a distribuição do ônus da prova no direito processual do trabalho, partindo da aplicação dos novos ditames previstos no novo código de processo civil.

A pesquisa está estruturada em introdução e mais três capítulos, a começar pelo capítulo que discorre sobre a teoria geral da prova, trazendo seu conceito e finalidade, posto que é necessário compreender os aspectos gerais da prova para se chegar ao ponto específico defendido na pesquisa. Ainda no primeiro capítulo, se fez essencial o entendimento dos fatos que não dependem de prova, bem como a chamada prova diabólica e os meios de provas previstos no ordenamento. E para fechar o raciocínio da teoria geral da prova recorreu-se aos princípios aplicáveis.

Após a exposição das provas como um todo, crucial se fez no segundo capítulo o estudo da matéria relacionada ao ônus da prova com a preocupação em conceituá-lo, diferenciá-lo das expressões : dever e obrigação, além de expor o ônus do fato negativo. Ainda neste capítulo, a pesquisa se ocupou da distribuição do ônus da prova trazendo as três teorias existentes no ordenamento jurídico, sendo elas: a teoria estática de distribuição do ônus da prova, a teoria dinâmica e a convencionada pelas

partes. Aprofundando o tema foram expostas as previsões e aplicações do ônus no âmbito processual civil e processual do trabalho. Na seara trabalhista, o foco do tema, apostou-se no estudo da distribuição do ônus da prova prevista na CLT e aplicação subsidiária e supletiva do CPC/15 no processo do trabalho, além da posição externada pelo Tribunal Superior do Trabalho sobre o tema.

Por fim, o terceiro capítulo ainda se ocupou da inversão do ônus da prova e a diferenciação deste com a distribuição dinâmica do ônus da prova.

Já o quarto e último capítulo assume uma feição mais crítica sobre o tema, discorrendo sobre a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho. Aqui o capítulo faz um contraponto das teorias estática e dinâmica de distribuição do ônus da prova. E para sustentar a sua conclusão, a pesquisa elenca os fundamentos para a aplicação da teoria protegida começando com a comparação dos princípios do interesse e aptidão da prova e discorrendo sobre os princípios: do direito fundamental a prova, igualdade material, cooperação, livre convencimento motivado. E para finalizar os fundamentos, comprova que a teoria escolhida é um meio para evitar a prova diabólica.

Por derradeiro, exhibe a aplicação jurisprudencial, o momento processual e limites para sua aplicação. E no último tópico, alcança sua finalidade demonstrando a correta aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho à luz do art. 373 do Novo CPC.

Assim, o intuito desse trabalho monográfico é propor o estudo profundo sobre a moderna teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova para chamar atenção para sua congruência com o processo do trabalho e a importância da sua aplicação no âmbito do processo laboral, servindo como um acréscimo para as discussões mais atuais que envolvem o tema objeto de debates após a previsão expressa trazida no corpo do novo código de processo civil.

## 2 TEORIA GERAL DA PROVA

Para poder declarar a procedência ou improcedência de um pedido, faz-se necessário a análise, pelo juiz, dos fatos e do direito. Significa dizer que o direito só poderá ser interpretado mediante análise de uma situação de fato trazida ao conhecimento do juiz. Diante disso, podemos afirmar que a prova será todo elemento que poderá levar o conhecimento de um fato a alguém, ou seja, ela é meio destinado a convencer o juiz a respeito da veracidade das alegações feitas pelas partes.<sup>1</sup>

### 2.1 CONCEITO E FINALIDADE DA PROVA

Em um processo jurisdicional, a produção de provas atua como mecanismo de formação do convencimento do magistrado, a fim de se alcançar um resultado, qual seja, a procedência ou improcedência do pedido formulado por uma das partes da demanda.

Nesse sentido: “as provas são instrumentos admitidos pelo direito como idôneos, a demonstrar um fato ou um acontecimento, ou excepcionalmente, o direito que interessa a parte no processo, destinados à formação da convicção do órgão julgador da demanda.”<sup>2</sup>

Em linhas gerais, a atividade probatória está intimamente relacionada ao contraditório, de modo que, poderá ser considerado um direito fundamental o direito de produzir provas.

O código de processo civil no seu artigo 369 não define o conceito de prova, apenas assevera que : “as partes têm direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda não especificados neste código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do

---

<sup>1</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro, volume 2**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 182.

<sup>2</sup> SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 10.ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 657.

juiz”.<sup>3</sup>

Ademais, a CLT no artigo 818 também não traz esse conceito se limitando a afirmar que : “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.”<sup>4</sup>

Desse modo, observa-se que há a admissão de meios de prova moralmente legítimos, revelando uma amplitude probatória e demonstrando a intenção de facilitar o acesso a justiça pelo cidadão.

O direito à prova transcende o aspecto individual para adquirir feição publicista, pois não interessa somente as partes do processo, mas também a toda a sociedade que os fatos discutidos em juízo sejam esclarecidos. Além disso, na fase probatória devem ser observados, com muita nitidez, os princípios do contraditório, da ampla defesa e do acesso a justiça.<sup>5</sup>

Pode-se então considerar a prova como uma garantia fundamental do processo, além de um direito fundamental da cidadania.

A visão de Alexandre Freitas Câmara<sup>6</sup>, denomina a prova como sendo todo elemento que contribui de alguma maneira para a formação da convicção do Juiz a respeito da existência de determinado fato.

É possível dizer que, prova nada mais é do que os elementos levados a juízo pelas partes com o intuito de contribuir para a convicção do magistrado, a fim de convencê-lo da veracidade das alegações feitas pelas partes sobre a ocorrência de determinado fato, de modo a garantir a efetivação da função jurisdicional.

De acordo com o entendimento de Cassio Scarpinella Bueno<sup>7</sup>, a prova poderá ser compreendida como sendo:

Tudo o que puder influenciar, de alguma maneira, na formação da convicção do magistrado para decidir de uma forma ou de outra, acolhendo, no todo ou em parte, ou rejeitando o pedido do autor e os eventuais demais pedidos de

---

<sup>3</sup> BRASIL. **Código de Processo Civil, Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>Acesso em:19.dez.2016.

<sup>4</sup> BRASIL. **Consolidação da Leis do Trabalho**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)>Acesso em:19.dez.2016.

<sup>5</sup> SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 10.ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 658.

<sup>6</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil, volume I**. 21, ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.389.

<sup>7</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: procedimento comum: ordinário e sumário, 2: tomo I**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.233.

prestação da tutela jurisdicional que lhe são submetidos para julgamento.

Importante ressaltar que direito fundamental à prova não é absoluto, possuindo caráter instrumental, tendo como finalidade precípua o alcance de uma tutela jurisdicional justa.<sup>8</sup>

Tal direito encontra na Constituição Federal e nas leis civil e processual civil as suas delimitações. Como é o caso da proibição constitucional de provas obtidas por meio ilícito.<sup>9</sup>

Nesse contexto, o direito fundamental à prova seria o instrumento processual que possibilitaria ao juiz a formação do seu convencimento sobre os fatos que envolvem a relação jurídica processual, tendo, em outras palavras, a finalidade de auxiliar o magistrado na formação do seu convencimento sobre as alegações de fatos que embasam a pretensão das partes.

É por isso que, João Batista Lopes<sup>10</sup> firma seu entendimento no sentido de que:

[...] não é suficiente garantir às partes o direito à produção das provas pertinentes. É de rigor que, concluída a instrução, o juiz forme seu convencimento segundo o princípio da persuasão racional, mencionando na sentença como se convenceu a respeito da existência ou inexistência dos fatos. Deverá, portanto indicar as razões que o levaram a decidir num ou noutro sentido, vale dizer, terá de indicar os fundamentos de sua decisão. E as partes têm o direito de exigir que o juiz se pronuncie sobre as provas produzidas, aceitando-as ou rejeitando-as.

Além disso, necessário se faz esclarecer a finalidade da prova.

Fredie Didier Jr.<sup>11</sup> afirma que o direito fundamental à prova compõe-se de diversas situações jurídicas, razão pela qual possui conteúdo complexo, existindo, basicamente, três teorias que buscam explicar qual a finalidade da prova: a primeira teoria, que, segundo o autor, não pode prevalecer, é a que entende que a prova tem como finalidade estabelecer a verdade; a segunda teoria, por sua vez, entende que a sua finalidade é fixar formalmente os fatos postos no processo; e a terceira preceitua

---

<sup>8</sup> CAMBÍ, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil v.3**. São Paulo: RT, 2001, p.170.

<sup>9</sup> GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Teoria Geral da Prova – Apontamentos**. Salvador: JusPodivm, 2005, p. 27.

<sup>10</sup> LOPES, João Batista. Direito à Prova, Discricionariedade Judicial e Fundamentação da Sentença. In: JOBIM, Marco Félix e FERREIRA, William Santos (Coord.). **Direito Probatório**. V.5. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 52.

<sup>11</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. Salvador: JusPodivm, 2015, p.41 *et seq.*

que a finalidade da prova é produzir o convencimento do juiz.

Para esse autor, a primeira e a segunda teoria não devem prevalecer, tendo em vista a impossibilidade de se alcançar uma verdade absoluta e, ao mesmo tempo, não se mostra satisfatório conformar a realidade do processo a uma possível realidade dos fatos.

Portanto, seria a terceira a teoria mais adequada, possuindo a prova a finalidade de formar a convicção do juiz quanto à existência dos fatos da causa.

Provar, então, significa demonstrar a verdade de uma proposição afirmada, sendo a “prova” um vocábulo plurissignificante, podendo se referir tanto ao fato representado, à atividade probatória, ao meio ou fonte de prova, ao procedimento pelo qual os sujeitos processuais obtêm o meio de prova ou, ainda, ao resultado do procedimento.

12

Para a autora Rogéria Dotti Doria<sup>13</sup>, “a prestação jurisdicional somente pode ser considerada adequada e efetiva caso tenha por escopo a satisfação do direito material”. Isso porque, na visão da autora, deve-se haver um comprometimento com a busca da verdade, onde essa busca é tão importante para o processo quanto a luta por uma prestação jurisdicional mais célere e eficaz, de modo que não se poderá falar em justiça baseada em prova falsa, bem como em verdade processual sem uma adequada prestação jurisdicional, e essa verdade, no processo civil, somente poderá ser acessada por intermédio dos meios de prova, pois são eles que permitem a demonstração da veracidade das alegações feitas pelas partes.

É nesse contexto, que as partes deverão demonstrar os fatos que alegam, diante do direito fundamental à prova sendo o mesmo um exercício dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

---

<sup>12</sup> CAMBÍ, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil v.3**. São Paulo: RT, 2001, p.47.

<sup>13</sup> DORIA, Rogéria Dotti. O direito à prova e a busca da verdade material. *In*: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). **Provas: aspectos atuais do direito probatório**. São Paulo: Método, 2009, p. 323 *et seq.*



## 2.2 OBJETO DA PROVA

O processo tem como principal objetivo a tutela jurisdicional de um determinado direito, com o intuito de assegurar um resultado prático que seja favorável a uma das partes. Para se chegar a esse resultado é necessário a produção de elementos probatórios a fim de contribuir para o convencimento do juiz.

No estudo da prova, se torna importante delimitar o que poderá ser seu objeto, ou seja, o que poderá ser provado. A prova tem como principal finalidade analisar as alegações de fato feitas pelas partes. Contudo, nem toda e qualquer alegação poderá ser objeto de prova, visto que, em algumas circunstâncias, haverá normas processuais que dispensam a prova.<sup>14</sup>

Nesse contexto, é incontestável que o objeto da prova são os fatos e não o direito, uma vez que este o juiz já conhece. Ocorre que, nem todos os fatos são objeto de prova, mas somente os quais se relacionam com a lide e sobre eles exista uma controvérsia. Deste modo, pode-se afirmar que os fatos objetos de prova precisam, necessariamente, serem controvertidos, relevantes e determinados, ou seja, passíveis de serem identificados no tempo e no espaço.

Há quem diga que o o objeto da prova é a alegação de fato, adotando a terminologia de *fato probando* para referir-se ao objeto da prova, ressaltando que o fato probando precisa ser controvertido, relevante e determinado.<sup>15</sup>

O artigo 374<sup>16</sup> do CPC, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho por força do art.769 da CLT face a falta de regramento próprio sobre o tema, traz expressamente o objeto da prova:

Art. 374. Não dependem de prova os fatos:  
I - notórios;  
II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;  
III - admitidos no processo como incontroversos;  
IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

---

<sup>14</sup> KLIPPEL, Rodrigo; BASTOS, Antônio Adonias. **Manual de Direito Processual Civil**, volume único. JusPodivm: Salvador, 2013, p. 365.

<sup>15</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. Salvador: JusPodivm, 2016, p.58

<sup>16</sup> BRASIL. **Código de Processo Civil, Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)> Acesso em: 19.dez.2016.

Diante da enumeração trazida pelo CPC destaca-se que os fatos notórios são os de conhecimento comum, de uma determinada comunidade ou de determinada região, num determinado lapso de tempo. Os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária significa dizer que o fato confessado passa a ser tido no processo como verdadeiro, entretanto somente a confissão expressa dispensa a prova do fato, posto que a confissão ficta, por ser relativa, pode ser elidida por prova em contrário.<sup>17</sup>

Seguindo a ordem do art.374 do CPC, O *fato probando* tem que ser controvertido, ou seja, afirmado por uma parte e contestado pela parte contrária. Os fatos não contestados, em regra, não são objeto de prova, pois presume-se admitidos como verdadeiros no processo.

Por fim, os fatos sobre os quais recaia presunção legal de existência ou veracidade. As presunções legais são regras judiciais que impõe que se leve em consideração a ocorrência de determinado fato. Há presunções legais absolutas, aquelas que não admitem prova em contrário e as presunções relativas são aquelas em que o fato é considerado como ocorrido, até que haja prova em sentido contrário.<sup>18</sup>

Ante o exposto, verifica-se que a prova tem como objeto os fatos controvertidos, pertinente e relevantes, não sendo objeto de prova os fatos notórios, confessados, incontroversos e sobre os quais milita presunção legal de existência ou de veracidade.

### **2.2.1 A prova diabólica**

Antes de debater sobre os meios de prova é de suma importância tecer um breve comentário sobre a prova diabólica.

A prova diabólica é aquela cuja produção é considerada como impossível ou muito difícil. Também pode ser entendida como uma expressão que se encontra na doutrina para fazer referência àqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil ou o caso em que nenhum meio de prova

---

<sup>17</sup> SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 10.ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 665

<sup>18</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. Salvador: JusPodivm, 2016, p.61 *et seq.*

é capaz de permitir tal demonstração.<sup>19</sup>

A prova crítica, impossível ou diabólica, como preferem alguns autores, está associada à excessiva dificuldade da parte em produzi-la em determinadas circunstâncias, por exemplo, quando for difícil ou impossível o acesso aos meios de prova (documentos sob custódia da parte contrária, que por lei tem a obrigação de produzi-los e conservá-los), podendo essa prova diabólica ser unilateral, quando inviável apenas para uma das partes, ou bilateral quando excessivamente difícil ou impossível para ambas<sup>20</sup>.

Pode ser, no entanto, que a prova seja insuscetível de ser produzida por aquele que deveria fazê-lo, de acordo com a lei, mas apta a ser realizada por outra parte na relação processual. Nessa hipótese, poderá o juiz distribuí-lo dinamicamente caso a caso, na fase de saneamento ou instrutória, em tempo de o onerado dele desincumbir-se, como se verá no último capítulo do presente trabalho.<sup>21</sup>

A situação supracitada, ilustra o caso de prova unilateralmente diabólica e traz como solução a distribuição dinâmica do ônus da prova atribuindo o ônus àquele que tem melhores condições de produzi-lo. Em situação diversa, incorrendo a chamada prova bilateralmente diabólica não cabe ao juiz alterar a distribuição do ônus para atribuí-lo ao seu adversário<sup>22</sup>.

Nesse sentido, conclui-se que a distribuição dinâmica no caso de prova diabólica tem que transferir o ônus de quem não pode provar para quem tem facilidade de fazer e não para onerar excessivamente a outra parte que em princípio não tinha ônus de provar, a dificuldade deve estar num pólo enquanto a facilidade no outro.

---

<sup>19</sup> CAMARA, Alexandre Freitas *apud* DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. JusPodivm: Salvador, 2016, p.118

<sup>20</sup> PESSOA, Roberto Dórea. **Aplicação da Teoria das “Cargas Probatórias Dinâmicas” nas Lides de Acidente de Trabalho – Uma Perspectiva Epistemológica**. Teses da Faculdade Baiana de Direito, v.3. Salvador, 2011, p. 398-399.

<sup>21</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. JusPodivm: Salvador, 2016, p.118

<sup>22</sup> *Ibidem*, p.119

## 2.3 MEIOS DE PROVA

Os meios de prova podem ser entendidos como mecanismos que podem ser utilizados para demonstração dos fatos ou investigação dos mesmos. Conhecidos também como os tipos de provas permitidos no processo.

A respeito do tema o artigo 369 do CPC deixa claro que o rol não é taxativo ao afirmar: “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.”<sup>23</sup>

O presente trabalho analisará os meios de prova mais utilizados no Processo do trabalho, quais sejam : o depoimento pessoal, a prova testemunhal, a prova documental , a prova pericial e a inspeção judicial.

### 2.3.1 Depoimento pessoal e interrogatório

O depoimento pessoal é um meio de prova pelo o qual a parte esclarece os fatos ao juiz através de perguntas elaboradas pelo magistrado ou a requerimento da parte adversária.

É uma espécie de prova oral, sendo conceituado como testemunho da parte sempre que requerido expressamente pela parte contrária ou pelo juiz. Importante o contato direto entre a parte e o juiz, sem o filtro criado pelos advogados quando elabora o conteúdo da petição inicial<sup>24</sup>

A finalidade do depoimento pessoal é provocar a confissão, fazendo com que a parte compareça e , pessoalmente, fale sobre os fatos da causa. Por isso, será ela intimada também pessoalmente, constando do mandado que se presumirão confessados os atos contra ela alegados caso não compareça, ou comparecendo se recuse a depor.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> BRASIL. **Código de Processo Civil, Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)> Acesso em: 19.dez.2016

<sup>24</sup> NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de direito processual civil**, Volume único, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1.475.

<sup>25</sup> SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 10.ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 720

Sobre a confissão é importante ressaltar que a mesma só será aplicada se a parte for intimada expressamente com advertência referente a aplicação da confissão no caso de ausência. É o entendimento do TST estampado na Súmula 74, inciso I: “Aplica-se a confissão à parte que, expressamente intimada com aquela cominação, não comparecer à audiência em prosseguimento, na qual deveria depor.”<sup>26</sup>

Já o interrogatório é um meio de prova no qual a parte esclarece os fatos da causa ao juiz, sendo o ato personalíssimo entre o juiz e a parte. Destina-se tão somente ao esclarecimento dos fatos e não tem como finalidade a confissão.

Sobre o interrogatório há previsão no art. 379 do CPC/2015<sup>27</sup>:

Art. 379. Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte:  
 I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado;  
 II - colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária;  
 III - praticar o ato que lhe for determinado.

Da redação supracitada observa-se que a parte tem obrigação de comparecer em juízo e responder sobre o que for perguntado, preservando o direito de não produzir prova contra si mesmo.

Nos termos do art. 820 da CLT <sup>28</sup> : “As partes e testemunhas serão inquiridas pelo juiz ou presidente, podendo ser reinquiridas, por seu intermédio, a requerimento dos vogais, das partes, seus representantes ou advogados”.

Em que pese meios de prova semelhantes, há diferenças entre o depoimento pessoal e interrogatório. O primeiro deve ser requerido pela parte, ocorre apenas uma vez e é de interesse da parte, já segundo pode ser determinado de ofício, em qualquer fase do processo e é de interesse do juiz. <sup>29</sup>

Na prática, no processo do trabalho, o depoimento pessoal e interrogatório se realizam num único ato. Tal ato é na audiência de instrução, na qual o juiz elabora perguntas para esclarecimento e , em seguida, as partes fazem suas perguntas objetivando a

<sup>26</sup> TST. **Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em : [http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_51\\_100.html#SUM-74](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-74) Acesso em: 20. dez.2016

<sup>27</sup> BRASIL. **Código de Processo Civil, Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)> Acesso em:19.dez.2016.

<sup>28</sup> BRASIL. **Consolidação da Leis do Trabalho**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)> Acesso em:19.dez.2016.

<sup>29</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2015, p.333.

confissão.

### 2.3.2 Prova Testemunhal

A prova testemunhal é o meio de prova que se materializa através da oitiva de testemunhas. É no processo do trabalho o meio mais utilizado para convencer o juiz dos fatos alegados.

A testemunha é pessoa física capaz, entranha e isenta com relação às partes, que vem a juízo trazer suas percepções sensoriais a respeito de um fato relevante para o processo do qual tem conhecimento próprio.<sup>30</sup>

Nesse sentido, pode ser testemunha toda pessoa natural que esteja no pleno exercício da sua capacidade civil e que, não sendo impedida ou suspeita, tenha conhecimento dos fatos relativos ao conflito de interesses veiculado no processo no qual irá depor<sup>31</sup>.

O código civil não admite como testemunha<sup>32</sup>:

Art. 228. Não podem ser admitidos como testemunhas:

I - os menores de dezesseis anos;

II - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

III - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

IV - o interessado no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes;

V - os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consangüinidade, ou afinidade.

§ 1º Para a prova de fatos que só elas conheçam, pode o juiz admitir o depoimento das pessoas a que se refere este artigo.

§ 2º A pessoa com deficiência poderá testemunhar em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo-lhe assegurados todos os recursos de tecnologia assistiva.

Observa-se que o artigo supramencionado excepciona para os fatos que só as pessoas enumeradas no artigo o conheçam.

Ainda sobre tal aspecto expõe o art.829 da CLT<sup>33</sup>: “A testemunha que for parente até

<sup>30</sup> SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 10.ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 746.

<sup>31</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. LTr: São Paulo, 2013.

<sup>32</sup> BRASIL, **Código Civil**, Disponível em : [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)  
Acesso em: 20.dez.2016

<sup>33</sup> BRASIL. **Consolidação da Leis do Trabalho**. Disponível em:  
[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)>Acesso em:19.dez.2016.

o terceiro grau civil, amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes, não prestará compromisso, e seu depoimento valerá como simples informação.”

Diante da previsão supracitada destaca-se que no caso da oitiva da testemunha como informante o juiz atribuirá o valor que julgar coerente com as peculiaridades do caso.

No que tange a situação na qual a testemunha litiga em face do mesmo empregador em processo diverso o TST já pacificou a questão através da súmula 357<sup>34</sup>, segundo o qual: “não torna suspeita a testemunha o simples fato de estar litigando ou de ter litigado contra o mesmo empregador.

O processo do trabalho, diferente do processo civil, admitindo a oitiva, em regra, de 03 testemunhas para cada parte no procedimento comum, permite 02 no procedimento sumaríssimo e 06 no inquérito judicial para apuração de falta grave.

Nesse sentido, é a previsão dos artigos 821 e 852-H, §2 da CLT<sup>35</sup>:

Art. 821 - Cada uma das partes não poderá indicar mais de 3 (três) testemunhas, salvo quando se tratar de inquérito, caso em que esse número poderá ser elevado a 6 (seis).

Art. 852-H. Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, ainda que não requeridas previamente. (Incluído pela Lei nº 9.957, de 2000)

§ 1º Sobre os documentos apresentados por uma das partes manifestar-se-á imediatamente a parte contrária, sem interrupção da audiência, salvo absoluta impossibilidade, a critério do juiz. (Incluído pela Lei nº 9.957, de 2000)

§ 2º As testemunhas, até o máximo de duas para cada parte, comparecerão à audiência de instrução e julgamento independentemente de intimação

Em suma, diante da importância da prova testemunhal para o processo do trabalho deve o juiz do trabalho dar atenção especial a oitiva das testemunhas, avaliando seus depoimentos no que tange as consistências, se não há contradições nos mesmos ou alguma inverdade no seu conteúdo.

### 2.3.3 Prova Documental

<sup>34</sup> TST. **Tribunal Superior do Trabalho.** Disponível em : [http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_51\\_100.html#SUM-74](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-74)> Acesso em: 20. dez.2016

<sup>35</sup> BRASIL. **Consolidação da Leis do Trabalho.** Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)> Acesso em: 19.dez.2016.

Documento é todo objeto que pode servir de prova. Não somente a prova escrita, mas também fotos, vídeos, desenhos etc.

O art. 830 da CLT<sup>36</sup> prevê que a prova documental pode ser juntada como cópia simples, cabendo ao advogado declarar autenticidade sob pena de sua responsabilidade pessoal. Na hipótese de impugnada a autenticidade, a parte que produziu a prova será intimada para apresentar original.

Art. 830. O documento em cópia oferecido para prova poderá ser declarado autêntico pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal. (Redação dada pela Lei no 11.925, de 2009). Parágrafo único. Impugnada a autenticidade da cópia, a parte que a produziu será intimada para apresentar cópias devidamente autenticadas ou o original, cabendo ao serventuário competente proceder à conferência e certificar a conformidade entre esses documentos. (Incluído pela Lei no 11.925, de 2009).

Em caso de incidente de falsidade documental, o mesmo tramitará no próprio processo, não sendo necessária a autuação em apartado. A prova documental pelo reclamante deve ser juntada com a inicial e pela reclamada com a defesa, entretanto, é permitida a qualquer tempo a juntada de documento novo, nesse sentido é o art. 435 do CPC<sup>37</sup>.

Art. 435. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos. Parágrafo único. Admite-se também a juntada posterior de documentos formados após a petição inicial ou a contestação, bem como dos que se tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis após esses atos, cabendo à parte que os produzir comprovar o motivo que a impediu de juntá-los anteriormente e incumbindo ao juiz, em qualquer caso, avaliar conduta da parte de acordo com o art. 5.

A CLT determina a obrigatoriedade da prova documental quando se tratar de pagamento de salário e de férias, conforme arts. 464, 135 e 145.

Art. 464 - O pagamento do salário deverá ser efetuado contra recibo, assinado pelo empregado; em se tratando de analfabeto, mediante sua impressão digital, ou, não sendo esta possível, a seu rogo. Parágrafo único. Terá força de recibo o comprovante de depósito em conta bancária, aberta para esse fim em nome de cada empregado, com o consentimento deste, em estabelecimento de crédito próximo ao local de trabalho. (Parágrafo incluído pela Lei no 9.528, de 10.12.1997)

---

<sup>36</sup> BRASIL. **Consolidação da Leis do Trabalho**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)>Acesso em: 19.dez.2016

<sup>37</sup> BRASIL. **Código de Processo Civil, Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>Acesso em: 19.dez.2016.



Art. 135 - A concessão das férias será participada, por escrito, ao empregado, com antecedência de, no mínimo, 30 (trinta) dias. Dessa participação o interessado dará recibo. (Redação dada pela Lei no 7.414, de 9.12.1985)

§ 1o - O empregado não poderá entrar no gozo das férias sem que apresente ao empregador sua Carteira de Trabalho e Previdência Social, para que nela seja anotada a respectiva concessão. (Incluído pelo Decreto-lei no 1.535, de 13.4.1977)

§ 2o - A concessão das férias será, igualmente, anotada no livro ou nas fichas de registro dos empregados. (Incluído pelo Decreto-lei no 1.535, de 13.4.1977)

Art. 145 - O pagamento da remuneração das férias e, se for o caso, o do abono referido no art. 143 serão efetuados até 2 (dois) dias antes do início do respectivo período. (Redação dada pelo Decreto-lei no 1.535, de 13.4.1977)

Parágrafo único - O empregado dará quitação do pagamento, com indicação do início e do termo das férias. (Incluído pelo Decreto-lei no 1.535, de 13.4.1977)

Sobre obrigatoriedade retromencionada, é importante chamar atenção para o fato de que são previstas para fins de proteção e da segurança dos pagamentos, o que não quer dizer que há uma hierarquia entre as provas, já que todos os meios de prova têm igual importância no processo.

Ante o exposto, conclui-se que a prova documental, assim como os outros tipos de provas devem ser valoradas no conjunto, não havendo hierarquia entre elas.

#### **2.3.4 Prova Pericial**

É possível que para comprovação de determinado fato seja necessário a aplicação de conhecimentos técnicos que fogem da esfera de domínio do juiz, sendo necessário a presença de um perito no assunto.

Nesse contexto, a prova pericial pode consistir em exame, vistoria ou avaliação, cabendo ao perito elaborar laudo pericial que conterá os dados técnicos necessários ao esclarecimento dos fatos e à formação da convicção do juiz. Em tal caso o perito será considerado um auxiliar da justiça.<sup>38</sup>

A necessidade do conhecimento técnico pode decorrer por força de lei como é o caso da questão da insalubridade ou quando a prova do fato exigir, como é a hipótese de alegação de doença do trabalho. Assim, o juiz vai nomear um perito e fixar o prazo

---

<sup>38</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. LTr: São Paulo, 2013, p.753.

para apresentação do laudo.

Importante ressaltar, que o juiz não está vinculado ao laudo, conforme art. 479 do CPC : “O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371<sup>39</sup>, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito.”

Deste feita, o juiz é livre para valorar a prova pericial e em todo os caso deve sempre fundamentar sua decisão indicando as razões que formaram seu entendimento.

### 2.3.5 Inspeção Judicial

A inspeção judicial é possível quando houver a necessidade do juiz se deslocar até o local onde se encontre a pessoa ou coisa, para pessoalmente averiguar as alegações trazidas pela parte que pretende provar.

Pode a inspeção ser feita na sede do juízo ou no local onde se encontra a pessoa ou coisa. O juiz irá ao local quando achar necessário para melhor verificação ou interpretação dos fatos que deve observar, quando a coisa não puder ser apresentada em juízo ou mesmo quando determinar a reconstituição dos fatos. <sup>40</sup>

Não existe previsão na CLT no que tange ao meio de prova ora tratado, assim aplica-se subsidiariamente o artigo 481 do CPC<sup>41</sup>, o qual contém a seguinte redação : “ O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa”.

Em suma, a inspeção pode ser determinada de ofício pelo Juiz do trabalho, quando entender pertinente a diligência ou a requerimento da parte do processo. Tal determinação é uma faculdade do juiz que deve analisar as especificidades do caso concreto.

---

<sup>39</sup> BRASIL. **Código de Processo Civil, Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)> Acesso em: 19.dez.2016

<sup>40</sup> SCHIAVI. Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 10.ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 786

<sup>41</sup> BRASIL. **Código de Processo Civil, Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)> Acesso em: 19.dez.2016

## 2.4 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À TEORIA GERAL DA PROVA

Os princípios são os responsáveis por fornecer ao ordenamento as diretrizes mínimas fundamentais que guiam a atuação do Estado-juiz e o exercício da função jurisdicional do Estado. Diante da sua importância, a exposição dos principais princípios atinentes a teoria geral da prova se faz necessária.

Não poderia o processo ser elaborado caso ele desprezasse os princípios, como é o caso do contraditório e da ampla defesa, do devido processo legal, do acesso à justiça, da isonomia, e assim por diante, de modo que eles atuam como verdadeiros “guias” para o aplicador o direito.<sup>42</sup>

Em outras palavras, os princípios constitucionais do processo civil são normas jurídicas fundamentais, ao passo que deverão ser realizadas concretamente pelo Estado, pois constituem a base do ordenamento jurídico, fornecendo coesão, lógica e unidade ao sistema.

### 2.4.1 Princípio do contraditório e da ampla defesa

O princípio do contraditório está disposto no art. 5º, LV da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

<sup>43</sup>

O contraditório significa a possibilidade de as partes agirem em juízo, ou seja, ele é sinônimo de participação processual, posto que se manifesta desde a fase inicial do procedimento se prolongando até a sentença proferida pelo juiz, devendo ser garantida às partes todas as possibilidades de participação da formação da decisão

---

<sup>42</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil**, I. São Paulo: Saraiva, 2010, p.124 *et seq.*

<sup>43</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 10.out.2016.

judicial, podendo influenciar no convencimento do juiz.<sup>44</sup>

Teria esse princípio, como principal ponto de exaltação, a vedação das chamadas decisões surpresas. Tal fundamento pode ser extraído do art. 10 do NCPC, que disciplina que nenhum juiz, independente do grau de jurisdição, poderá decidir com base em fundamento a respeito do qual não tenha dado às partes oportunidade de se manifestarem, mesmo que se trate de matéria que possa decidir de ofício.<sup>45</sup>

Nesse contexto, Eduardo Cambi afirma que a efetividade do contraditório possui relação com a necessidade de equilíbrio entre as partes, ou seja, necessidade de garantir a paridade de armas, oportunidades iguais e mesmos instrumentos processuais para ambos os litigantes. Igualdade aqui entendida em seu sentido substancial.<sup>46</sup>

Nas lições do autor, faz parte da essência do contraditório o fato de que “ninguém pode ser condenado sem ter a prévia oportunidade de ser escutado em juízo, embora a atuação da jurisdição deva existir mesmo na ausência do exercício da defesa”.<sup>47</sup>

Sob uma perspectiva processualista técnica, é o contraditório que coloca o juiz entre a tese do autor e a antítese do réu para dialeticamente obter uma decisão que levará em conta os argumentos de ambas as partes, ou seja, as contribuições trazidas por cada um dos litigantes.<sup>48</sup>

Esse princípio é uma representação da democracia participativa do processo, por isso que a possibilidade de participação deve ser real e não só formal, de modo a atender ao princípio da igualdade substancial e influenciar na formação do convencimento judicial.<sup>49</sup>

Deve ser o contraditório entendido como o direito de influenciar na formação da

---

<sup>44</sup> CAMBÍ, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil v.3**. São Paulo: RT, 2001, p.131.

<sup>45</sup> BEBBER, Júlio César. Normas Fundamentais enunciadas pelo Novo Código de Processo Civil e o Processo do Trabalho. In: REIS, Sérgio Cabral dos. **O Novo CPC e sua Repercussão no Processo do Trabalho – Encontros e Desencontros**. São Paulo, LTr, 2016, p. 101.

<sup>46</sup> CAMBÍ, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil v.3**. São Paulo: RT, 2001, p.132 *et seq.*

<sup>47</sup> *Ibidem*, p.125.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p.127.

<sup>49</sup> PIRES, Líbia da Graça. **Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Processo do Trabalho**. 2011. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: USP, 2011. p.50

convicção do magistrado, ficando o Estado-juiz, por força dos princípios processuais constitucionais, impossibilitado de decidir sem antes garantir a ampla e a real participação dos sujeitos processuais.

Ademais, deve o princípio do contraditório ser entendido em seu sentido mais amplo, correlacionando o mesmo ao também princípio constitucional da ampla defesa, que tem como premissa a garantia ampla de todo e qualquer réu ter condições efetivas e concretas de responder às imputações que lhe são dirigidas antes que seus efeitos decorrentes possam ser sentidos. Em suma, é o direito de se defender amplamente.

50

Para tanto, devem haver mecanismos, técnicas processuais para possibilitar o exercício desse direito. Cassio Scarpinella<sup>51</sup> elenca alguns exemplos, como é o caso da assistência jurídica integral e gratuita, a existência de uma Defensoria Pública, e a existência da própria concepção do “direito fundamental á prova”, funcionando como meio de se exercer amplamente a defesa.

A Constituição Federal de 1988 prevê o contraditório e a ampla defesa em um único dispositivo, sendo garantias não só do processo jurisdicional, como também do processo administrativo. Eles transmitem a necessidade de cada litigante ter ciência dos atos praticados pela parte contrária e pelo próprio juiz.<sup>52</sup>

Importante destacar que a citação, notificação e intimação constituem meios para o funcionamento do contraditório, visto que é através desses veículos que as partes tomam ciência da instauração do processo e da formação da relação jurídica processual, bem como dos atos processuais praticados. Contudo, mesmo que não tenha havido a prática efetiva desses meios, em se tratando de direitos disponíveis, o exercício do contraditório não estará prejudicado. Sendo indisponível o direito, o contraditório precisa ser efetivo e equilibrado.<sup>53</sup>

Ante o exposto, resta inegável a importância dos princípios do contraditório e ampla

---

<sup>50</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil**, I. São Paulo: Saraiva, 2010, p.145.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p.145.

<sup>52</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 64.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 65.

defesa para a matéria processual.

#### 2.4.2 Princípio do acesso à justiça

De início, nas lições de Mauro Cappelletti<sup>54</sup>, pode-se observar que o acesso à justiça é uma tradução do chamado *Welfare State*, ou seja, é um aspecto fundamental do Estado social de direito, exigindo uma atuação positiva desse Estado para que seja realizado.

O estudo do acesso à justiça está intimamente ligado ao modelo político adotado pelo Estado, ao passo que, o modelo do Estado Democrático de Direito, concede importância significativa ao Poder Judiciário na promoção das defesas dos direitos fundamentais e da inclusão social. Em suas palavras, “a luta não é mais criação de leis, e sim manutenção dos direitos. Na verdade, a luta é por democracia e direitos”.<sup>55</sup>

É a chamada constitucionalização do processo, onde o processo poderá ser definido como sendo um direito constitucional aplicado, e o acesso à justiça considerado ao mesmo tempo direito humano e fundamental.<sup>56</sup>

O acesso à justiça é, portanto, um movimento que visa a garantia da efetividade dos direitos sociais e, com isso, possibilitar o atendimento ao princípio da igualdade.

Não é por outra razão que Canotilho<sup>57</sup> afirma que o direito de acesso aos tribunais (direito à tutela jurisdicional efetiva) possibilita aos cidadãos a defesa de direitos e interesses legalmente protegidos através de solução jurídica de atos que se deve chegar em um prazo razoável e com garantias de imparcialidade e independência, de modo a possibilitar um correto funcionamento das regras do contraditório, onde cada uma das partes poderá deduzir suas razões de fato e de direito, oferecer provas e controlar as provas do adversário.

---

<sup>54</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. [Trad.] Tupinambá Pinto de Azevedo. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 1995, p. 48.

<sup>55</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. O acesso à justiça como Direito Humano e Fundamental. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região**: v. 41, n. 80. Belém, (jan/jun), 2008, p.91-97.

<sup>56</sup> *Ibidem*, *Loc cit.*, p.97.

<sup>57</sup> CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.433.

Verifica-se o entendimento de que a designação “acesso à justiça” não se limita apenas a mera possibilidade de ingresso em juízo, devendo ser interpretada em seu sentido mais amplo, trazendo a noção de acesso a uma ordem jurídica justa.<sup>58</sup>

Significa dizer que não se trata apenas da admissão em um processo, mas, sobretudo, na observância das garantias compreendidas no princípio geral do devido processo legal, englobando inclusive uma participação dialética consubstanciada no atendimento do princípio do contraditório e da cooperação, que irá possibilitar a análise das questões discutidas no processo, desencadeando na formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa.

Nesse sentido, afirma Eduardo Cambi<sup>59</sup> que: “uma lei processual que, por razões de fato ou de direito, inviabilize o acesso à ordem jurídica justa, graças a obstáculos desarrazoados e injustificados, deve ser considerada inconstitucional”.

Este princípio vem descrito no art. 5º, XXXV da Constituição Federal<sup>60</sup>. Entretanto, o acesso à justiça não se resume a essa previsão constitucional, devendo ser percebido em sua dimensão substancial, de modo a possibilitar o acesso a uma ordem jurídica justa. Ou seja, é o Estado fornecendo à sociedade uma prestação jurisdicional adequada, eficaz, que expresse o verdadeiro significado de justiça.

Não basta que o processo produza soluções justas, mas tardias, ou soluções rápidas, porém injustas. Segundo o Cândido Rangel Dinamarco<sup>61</sup>, para a plenitude do acesso à justiça, deve-se aperfeiçoar o sistema, de modo a garantir uma prestação jurisdicional rápida, mas capaz de oferecer soluções justas e efetivas:

Essas necessidades resolvem-se, resumidamente, em um binômio composto pelos elementos quantidade e qualidade. Não basta aumentar o universo dos conflitos que podem ser trazidos à Justiça, sem aprimorar a capacidade de produzir bons resultados. Nem basta produzir bons resultados em relação aos conflitos suscetíveis de serem trazidos à Justiça, deixando muitos outros fora do âmbito da tutela jurisdicional.

---

<sup>58</sup> CAMBÍ, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil v.3**. São Paulo: RT, 2001, p.104.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p.105.

<sup>60</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 5º, XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 13.out.2016.

<sup>61</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil: volume I**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 205 *et seq.*

A Constituição da República de 1988 garantiu o livre acesso à justiça a todos os cidadãos. E sob a ótica desse princípio, o poder judiciário se coloca como o órgão máximo de solução dos conflitos, no qual todos os cidadãos terão seus direitos individuais e sociais resguardados”<sup>62</sup>.

Sob esse prisma, podemos dizer que o princípio constitucional do acesso à justiça não se limita a mera possibilidade de ingressar em juízo, sendo indispensável a possibilidade de os litigantes poderem se defender adequadamente, garantindo a eles a observância das regras que consubstanciam o devido processo legal.<sup>63</sup>

Em suma, é possível afirmar que o referido princípio não se limita apenas na possibilidade de ajuizar ação perante algum órgão do Poder Judiciário, ou seja, não visa apenas o aspecto quantitativo das demandas ajuizadas, se preocupando com a qualidade dessa prestação jurisdicional. É a busca de uma solução útil e satisfatória, célere e efetiva, exigindo do Estado-juiz um exame substancial da causa.<sup>64</sup>

Nesse âmbito, a prova se revela de suma importância, posto que o convencimento do juiz é formado com base em prova e não em meras alegações como se verá, no presente trabalho, de forma detalhada.

### 2.4.3 Princípio da Necessidade da Prova

Resta claro que o conjunto probatório é responsável pela formação do convencimento do juiz. Além disso, as provas são tidas como meios para alcançar um resultado que decorre de uma procedência ou improcedência do pedido formulado pelo autor.

Nesse sentido, não basta fazer alegações em juízo. É preciso que a parte produza a prova de suas afirmações. Aquilo que não consta no processo não existe no mundo jurídico ( *quon non est in actis, no est in mundo* ). Entretanto ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo.<sup>65</sup>

---

<sup>62</sup> PIRES, Líbia da Graça. **Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Processo do Trabalho**. 2011. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: USP, 2011.p.37.

<sup>63</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2012, p.42.

<sup>64</sup> PIRES, Líbia da Graça. *Op cit.*, p.38.

<sup>65</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2015, p.155.



O referido princípio é de todo importante, porque informa que os fatos narrados devem ser comprovados para que o órgão jurisdicional possa admiti-los como verdadeiros.

Ante o exposto, considera-se o princípio da necessidade da prova um expoente da segurança jurídica e garantidor da imparcialidade do juiz que julgará com base em provas e não no senso comum ou considerando meras alegações aduzidas pelas partes.

#### **2.4.4 Princípio da proibição da prova obtida ilicitamente.**

Da simples leitura do art. 5º, LVI da constituição<sup>66</sup>, verifica-se a proibição constitucional da produção de provas oriundas de causas ilícitas. Assim é a redação: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

A proibição supracitada, serve não só para assegurar os direitos fundamentais do cidadão, mas também para garantir o devido processo legal e dignidade do processo. A doutrina costuma distinguir entre ilicitude formal e ilicitude material. Há ilicitude formal quando a prova violar regra de direito processual e ilicitude material, quando violar regra de direito material.<sup>67</sup>

Atualmente há três correntes sobre a proibição da prova ilícita. A vedação total da prova ilícita, a qual afirma que toda e qualquer prova obtida por meio ilícito não pode ser admitida no processo. A permissiva, a qual alega que desde que o conteúdo da prova seja lícito, ela pode ser utilizada, mesmo que tenha sido obtida por meio ilícito. E por fim, a teoria da proporcionalidade ou regra de ponderação, que defende que o juiz valorará, no caso concreto, segundo critérios axiológicos, qual princípio deverá ser prestigiado e qual deverá ser sacrificado em prol da justiça da decisão e efetividade do processo.<sup>68</sup>

Partilha-se do entendimento de que a regra da proporcionalidade é a melhor para se

---

<sup>66</sup> BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 10 de outubro de 2016,p.710.

<sup>67</sup> SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho:De acordo com o Novo CPC**. 10. Ed.. São Paulo: LTr, 2016,p.710.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p.713.

admitir a pertinência da prova obtida por meio ilícito no processo, pois nenhuma regra processual é absoluta, devendo ser sopesada em confronto com outro direito fundamental. Além disso, prestigia a justiça da decisão no caso concreto, possibilitando ao juiz, diante do conflito de princípios, escolher, entre dois males, o mal menor, ou escolher a melhor justiça.<sup>69</sup>

Por fim, destaca-se que para a aplicação do princípio da proporcionalidade, deve o juiz do trabalho se valer de subprincípios que envolvem o instituto, quais sejam: necessidade, que dita que o sacrifício do direito fundamental deve ser necessário, adequação que informa que a medida escolhida pelo juiz deve ser adequada à finalidade social do processo e proporcionalidade em sentido estrito que determina realizar o juízo de ponderação sopesando os valores envolvidos no caso concreto.<sup>70</sup>

---

<sup>69</sup> SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho: De acordo com o Novo CPC**. 10. Ed.. São Paulo: LTr, 2016, p.714.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p.713

### 3. O ÔNUS DA PROVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Como já explanado no presente trabalho, o conjunto probatório nada mais é do que os elementos levados a juízo pelas partes com o intuito de contribuir para a persuasão do magistrado, a fim de convencê-lo da veracidade das alegações feitas pelas partes sobre a ocorrência de determinado fato, de modo a garantir a efetivação da função jurisdicional.

O Processo Jurisdicional tem como uma das finalidades a obtenção de um resultado, visando garantir a tutela do direito de uma das partes que compõe a relação jurídica processual. Ou seja, todo processo tem como objetivo o reconhecimento de uma prestação jurisdicional, a tutela de um direito e para se alcançar essa tutela de modo mais efetivo pelo juiz é preciso que ele forme o seu convencimento com base no que foi provado, não basta a simples análise de meras alegações das partes.

Então, para que o magistrado alcance essa finalidade se faz necessário a produção de provas a fim de embasar o convencimento do Juiz e elucidar a verdade dos fatos.

A atividade de colheita de provas, é realizada no processo, via de regra, em um momento denominado de fase de instrução. O que não significa dizer que a produção de todas as provas se dará apenas nesse momento processual já que a produção de provas, muitas vezes, começa muito antes da fase especificada, de modo que logo com a petição inicial e até mesmo com a contestação, as partes já trazem ao processo as provas documentais.

Nesse mesmo sentido, afirma Alexandre Freitas Câmara<sup>71</sup> que: “a fase instrutória não recebe este nome porque é nela que se realiza toda a atividade de produção de provas no processo, mas simplesmente por ser este o momento preponderante para a realização desta atividade.”

Pode acontecer, no entanto, que na dinâmica processual as provas sejam insuficientes para formar o convencimento do juiz.

Ocorre que, mesmo sem provas impõe-se ao juiz o dever de julgar a demanda proposta, posto que no ordenamento é vedado o *non liquet*.

---

<sup>71</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, volume I. 21 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.369.

Além disso, não é permitido julgar o mérito da causa com base em meras impressões do juiz, ou levando em consideração simples alegações das partes. Da mesma forma, não é permitido que na insuficiência das provas o julgador deixe de decidir ou simplesmente extinga o processo sem julgamento do mérito.

Se assim fosse, a jurisdição não cumpriria sua elevada missão e haveria uma denegação de justiça violando o princípio da inafastabilidade da jurisdição previsto no âmbito constitucional ( art.5, XXXV)<sup>72</sup>

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito

Nesse sentido, faz-se necessário definir qual das partes tem o encargo de provar.

Sob tal ângulo, a relevância do ônus da prova pressupõe a insuficiência ou inexistência de provas nos autos, uma vez que, havendo prova no processo, não há que se falar em ônus da prova, pois, como base no princípio da comunhão da prova, a prova pertence ao processo e não às partes, sendo indiferente que as produziu. Assim, mesmo que a parte não tenha o ônus de provar uma alegação de fato, se o fizer, ela passa a pertencer ao processo, não importando quem as trouxe para o processo.<sup>73</sup>

Demonstrada sua necessidade e importância segue-se com o conceito do instituto.

### 3.1 CONCEITO

Ônus deriva do latim *onus*, que significa carga, peso. O chamado *onus probandi* tem como tradução o encargo de provar, no aspecto da necessidade de provar. Leia-se encargo no sentido de interesse de fornecer a prova destinada à formação da

---

<sup>72</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acessado em: 23.dez.2016

<sup>73</sup> MIESSA Elisson, CORREIA Henrique. **Súmulas e Ojs do TST Comentadas e organizadas por assunto**. Salvador: JusPodivm, 2016, p.1138.

convicção do magistrado, no que tange ao fatos alegados.<sup>74</sup>

Como visto, o ônus da prova advém da possibilidade do juiz ter fundamento para decidir em caso de incertezas, ou seja, para que possa julgar procedente ou improcedente em caso de dúvidas frente a insuficiência ou ausência de provas.

A doutrina costuma classificar o ônus da prova em subjetivo e objetivo. O primeiro permite às partes, que têm o ônus, comprovar os fatos que alegam, segundo regras de distribuição do ônus da prova. O segundo é dirigido ao juiz, pois se reporta ao raciocínio lógico do julgador no ato de decidir, analisando e valorando as provas.<sup>75</sup>

Em síntese, as regras processuais que disciplinam a distribuição do ônus da prova tanto são regras dirigidas as partes, na medida em que orientam sobre o que as mesmas precisam provar (ônus subjetivo), como também regras de julgamento dirigidas ao órgão jurisdicional, tendo em vista que o orientam sobre como decidir em caso de insuficiência das provas produzidas (ônus objetivo).<sup>76</sup>

### 3.1.1 Diferenças entre ônus, obrigação e dever.

Para um melhor entendimento sobre o tema é importante a diferenciação dos termos: ônus, obrigação e dever.

Obrigação está ligada ao direito material, requer uma conduta de adimplemento ou cumprimento, certo que a omissão do devedor poderá resultar na sua coerção para que cumpra a obrigação. Já o ônus, empregado na esfera do direito processual, é uma faculdade que a parte tem, logo, não estará sujeita à coerção, mas sim aos efeitos que da passividade ou inércia resultarão<sup>77</sup>

No mesmo sentido, ônus também não significa um dever, não podendo dessa forma ser exigido o seu cumprimento. Ônus da prova nada mais é do que um encargo

---

<sup>74</sup> SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. **A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p.23.

<sup>75</sup> SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho: De acordo com o Novo CPC**. 10. Ed.. São Paulo: LTr, 2016,p.683.

<sup>76</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. JusPodivm: Salvador, 2016,p.112.

<sup>77</sup> SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *Op Cit.*, p. 23.

atribuído a um determinado sujeito ao qual deverá fazer as demonstrações das alegações de fato, podendo esse encargo ser atribuído pelo legislador, por convenção das partes ou pelo próprio juiz.<sup>78</sup>

Deste modo, ao analisar o ônus da prova, podemos afirmar que ele não constitui sinônimo de obrigação ou dever, de modo que esses conceitos não podem ser confundidos. Isso porque a não observância de uma obrigação ou de um dever poderá acarretar a imposição de uma sanção, não havendo aqui a liberdade de escolha entre seu adimplemento ou não.<sup>79</sup>

O fato da parte não se desincumbir do ônus não acarreta um ilícito e nem mesmo gera uma sanção. A parte aqui tem como consequência apenas assumir os riscos da sua inércia, podendo ficar sujeita a uma decisão contrária na sua pretensão. Isso porque ela possui liberdade de escolha para cumprir ou não com o ônus estabelecido. A distinção entre esses institutos, portanto, consiste na sanção e na liberdade de escolha das partes.<sup>80</sup>

Na visão de Humberto Theodoro Júnior<sup>81</sup>:

Inexistindo obrigação ou dever de provar para a parte, o ônus da prova se torna, em última análise, um critério de julgamento para o juiz: sempre que, ao tempo da sentença, se deparar com falta ou insuficiência de prova para retratar a veracidade dos fatos controvertidos, o juiz decidirá a causa contra aquele a quem o sistema legal atribuir o ônus da prova, ou seja, contra o autor, se foi o fato constitutivo de seu direito o não provado, ou contra o réu, se o que faltou foi a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo invocado na defesa.

Sob esse ângulo, preceitua Fredie Didier Junior<sup>82</sup> que há sim relevância em analisar os autos e saber se a prova carreada foi produzida por quem, efetivamente, tinha o ônus de trazê-la, de modo que essa análise poderá contribuir para uma leitura do comportamento das partes, para uma avaliação do seu grau de empenho e comprometimento com o processo.

---

<sup>78</sup>SANTOS, Sandra aparecida Sá dos. **A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 107.

<sup>79</sup>BALDINI, Renato Ornellas. **Distribuição dinâmica do ônus da prova no direito processual do trabalho**. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: USP, 2013. p. 32 *et seq*

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>81</sup>THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v.1. Forense: Rio de Janeiro, 2012, p. 436.

<sup>82</sup>DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. JusPodivm: Salvador, 2016, p.113.

A relevância se encontra no fato de que a regra de ônus da prova se destina a iluminar o Juiz, como um indicativo, retirando-o do estado de incerteza, para que assim ele possa decidir o mérito da causa. Nesse sentido, afirma que se a dúvida paira sobre o fato constitutivo, essa deve ser suportada pelo autor da causa.<sup>83</sup>

A perspectiva de Humberto Theodoro Júnior<sup>84</sup> caminha no mesmo sentido, ao passo que ele afirma que não há uma obrigação ou um dever da parte de produzir provas, onde o ônus é na realidade um critério de julgamento para o Juiz, com o objetivo de retirar-lhe o estado de dúvida, e julgar a causa contra aquele a quem o sistema legal atribuir o ônus da prova, nos termos do art. 373 do Novo CPC.

### 3.1.2 O ônus da prova e o fato negativo.

Sustenta-se a ideia de que os fatos negativos não precisam ser provados . Ocorre que, há quem diga que ao negar surge um fato positivo.

Nesse âmbito, existem as negativas absolutas e relativas. Importante distingui-las.

A negativa absoluta é a afirmação pura de um não fato, indefinida no tempo e no espaço. Já a negativa relativa é a afirmação de um não fato, definida no tempo e/ou no espaço, justificada pela ocorrência de um fato positivo.<sup>85</sup>

Nesse contexto, atualmente somente os fatos absolutamente negativos oriundo de negativas absolutas/ indefinidas, são insuscetíveis de prova. Isto se dá não pela negativa, mas pela indefinição, já que é pacífico que o *fato probando* deve ser determinado, identificado no tempo e no espaço e desta regra que resulta não ser o fato indeterminado ou indefinido passível de prova.<sup>86</sup>

No caso das negativas absolutas o ônus da prova será de quem alegou o fato positivo.

---

<sup>83</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de Conhecimento**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2008, p.267.

<sup>84</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v.1. Forense: Rio de Janeiro, 2012, p. 436.

<sup>85</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. JusPodivm: Salvador, 2016, p.120

<sup>86</sup> *Ibidem*, p.120

## 3.2 A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

A distribuição do ônus da prova baseia-se em regras que indicam de quem é o encargo de provar as alegações expostas na Lide. Assim, existe a distribuição estática, a distribuição dinâmica e a distribuição convencionada pelas partes.

Nesse sentido, entende-se a distribuição estática como sendo a realizada por normas que repartem a carga probatória aprioristicamente, não se vinculando à situação fática na qual se encontram as partes. Por outro lado, a distribuição dinâmica é a maneira de repartir o *onus probandi* em consonância com a capacidade probatória dos litigantes.<sup>87</sup>

Sobre o assunto vale a análise pormenorizada de cada classificação.

### 3.2.1 A Teoria Estática do ônus da Prova.

A distribuição legal do ônus da prova, chamada também de distribuição estática, é uma distribuição feita previamente pelo legislador, onde este abstratamente determina de quem será o encargo de produzir determinada prova.

A teoria estática estabelece critérios para a divisão prévia do encargo probatório, considerando a posição das partes que podem ser : autor e réu e a natureza do fato controverso dispendo sobre os : constitutivos, impeditivos, extintivos ou modificativos.

O código de processo civil de 1973<sup>88</sup> adotava tal teoria no seu artigo 333. Era sua redação : 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.

Na época a intenção do legislador era priorizar a segurança jurídica e pela igualdade puramente formal das partes.

A antiga previsão ainda existe no Novo Código de Processo Civil no art. 373, *caput*,

---

<sup>87</sup>FERMANN. Rodrigo Papaléo. Teoria da distribuição Dinâmica do ônus da prova. In: MITIDIERO Daniel (coord.) **O processo civil no estado constitucional**, Salvador: Juspodivm, 2012, p.418.

<sup>88</sup>BRASIL. **Código de Processo Civil, Lei nº 5.869 de 05 de janeiro de 1973**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 20 de dezembro de 2016



afirmando que compete a cada uma das partes o ônus de fornecer os elementos que comprovem os fatos alegados na causa.

Nos termos do dispositivo, deverá o autor provar os fatos alegados na causa que sejam constitutivos do seu direito e ao réu provar os fatos que sejam impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor.

Esta opção está sintonia com a concepção individualista e liberal do processo que atribui as partes a responsabilidade pela realização ou não do direito objeto da demanda.

Nesse sentido, Fredie Didier Junior<sup>89</sup> preceitua que o CPC, ao distribuir o ônus da prova, levou em consideração três fatores: a) a posição da parte na causa (se autor, se réu); b) a natureza dos fatos em que funda sua pretensão/exceção (constitutivo, extintivo, impeditivo ou modificativo do direito deduzido); c) e o interesse em provar o fato. Assim, ao autor cabe o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo deste mesmo direito .

Diante da disposição, faz-se importante conceituar o fato constitutivo, extintivo, modificativo e impeditivo.

O fato constitutivo é aquele que dá origem à relação jurídica deduzida em juízo,. O fato extintivo é aquele que põe fim à relação jurídica deduzida em juízo, como um pagamento por exemplo. Já o fato impeditivo, por sua vez, consiste na alegação de fato que obsta a formação válida da relação jurídica deduzida em juízo, o tempo de função superior a 2 anos na equiparação salarial é um caso. E o fato modificativo visa alterar a relação deduzida, como se dá no pagamento parcial<sup>90</sup>.

No caso da teoria estática , em que pese clara rigidez existente na regra de distribuição estática do ônus da prova, que faz abstratamente uma previsão e imputa desde logo a quem deverá recair a incumbência de produzir determinada prova, fornecer estabilidade e segurança jurídica ao processo, não se mostra suficiente para resolver todos os conflitos processuais existentes.

Esse critério estático prende o Juiz ao formalismo das provas e o impede de fazer

---

<sup>89</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. JusPodivm: Salvador, 2015, p. 111.

<sup>90</sup> MIESSA E CORREIA, Elisson e Henrique. **Súmulas e Ojs do TST Comentadas e organizadas por assunto**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1148.

uma análise subjetiva à luz do caso concreto, ao passo que estabelece de maneira inalterável e absoluta de produção de provas, o que não se coaduna mais com a modernidade do direito processual brasileiro.

É possível dizer que a regra de distribuição estática do ônus da prova considera apenas o interesse em provar o fato, como se os litigantes possuíssem plenas condições de produzirem provas daquilo que lhes foram incumbidos, não se atentando para a posição da parte na causa ou mesmo a natureza dos fatores em que funda a pretensão.

Além disso, tal regra se mostra insuficiente em alguns casos, porque ela não leva em consideração o fato de que em determinadas demandas os sujeitos processuais não detêm as mesmas condições de igualdade.

Ocorre que, mesmo com tantas deficiências, essa ainda é, a regra geral que estrutura a distribuição do ônus da prova no processo.

Identificada as carências da mencionada teoria, o Novo Código de Processo Civil no decorrer dos parágrafos do art. 373, já citado, traz a previsão da moderna teoria distribuição dinâmica do ônus da prova, à luz das circunstâncias do caso concreto, que será melhor estudada no próximo tópico.

### **3.2.2 A teoria dinâmica do ônus da prova.**

Inegável afirmar, que embora seja a regra, a teoria estática de distribuição do ônus da prova não leva em consideração a necessidade de cada caso concreto, bem como não considera as particularidades e especificidades da situação real.

Por conta da forma estática e rígida da supracitada teoria que, por vezes, a mesma revela falhas na sua aplicação ou até mesmo se mostra insuficiente, inadequada, inapta a produção da prova.

Ainda sobre o motivo da referida doutrina ter surgindo, destaca-se que a aplicação tão somente da fórmula estática pode conduzir à negativa de direito assegurado pela ordem jurídica em razão da impossibilidade ou excessiva dificuldade de a parte

produzir a prova dos fatos de que decorre o direito.<sup>91</sup>

Diante do cenário estático, no final do século XX juristas argentinos, sob a coordenação de Jorge W. Peyando, valendo-se da teoria de James Goldschmidt acerca da situação jurídica processual delinearam e sistematizaram, de forma clara e precisa, os contornos da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, batizada por eles de: *Teoría de las cargas probatorias dinámicas*.<sup>92</sup>

Contra-pondo-se ao fundamento das teorias clássicas, abstração e predeterminação, a teoria da carga dinâmica preocupa-se com a realidade concreta de cada processo que é posto à apreciação do poder judiciário. Adapta a casos particulares, para, atendendo às circunstâncias de cada qual, impor o ônus da prova à parte se encontre em melhores condições de produzir a respectiva prova. Despreza-se regras estáticas para dar espaço as técnicas dinâmicas.<sup>93</sup>

A presente teoria não leva em consideração, para a fixação de encargos probatórios, a posição ocupada pelas partes no processo e, tampouco, a natureza do fato que deverá ser objeto da prova. O foco é a facilidade e a acessibilidade do litigante à prova, de forma a possibilitar que ela seja efetivamente produzida no autos e contribua para o esclarecimento dos fatos controvertidos e o alcance de uma solução justa para o litígio. Parte - se do pressuposto de quem deve provar é quem tem melhores condições para comprovar cada um dos fatos controvertidos, impondo-lhe ônus respectivo e, por consequência, riscos do seu eventual descumprimento.<sup>94</sup>

Desta feita, é a partir da realidade de cada caso concreto que o magistrado define qual dos litigantes tem melhores condições para comprovar cada um dos fatos controvertidos. Aqui a preocupação gira em torno com a tutela final que será outorgada com efetividade e justiça.

Trata-se de uma proposta condizente com a natureza instrumental do processo e dos seus institutos relacionados. Estimula a produção de prova e esclarecimento de todos os fatos do litígio, possibilitando a verdade real e evitando a ocorrência do *no liquet* ,

---

<sup>91</sup> ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêlo. A teoria dinâmica do ônus da prova. In. MIESSA, Elisson (coord.). **O novo código de processo civil e seus reflexos no processo do trabalho**. Salvador: Juspodivm, 2016, p.692.

<sup>92</sup> CREMASCO, Suzana Santi. **A distribuição do ônus da prova**. Rio de Janeiro: GZ.2009, p. 71

<sup>93</sup> *Ibidem*, p.72.

<sup>94</sup> CREMASCO, Suzana Santo. *Op Cit*, 2009 p. 73.

vedado no ordenamento jurídico.

Importante sobre a dinâmica salientar, que a nova e moderna teoria não elimina a técnica tradicional que prevê a disposição estática do ônus da prova, posto que esta continua sendo a regra no ordenamento. A discutida teoria representa algo a mais para acrescer e aprimorar o sistema.

Além de tudo, a teoria trazida não se confunde com a inversão do ônus da prova, embora com ela tenha contatos, pois a inversão pressupõe a presença dos critérios previstos na lei, e que exista uma regra pré-fixada para o ônus da prova. De outro lado a carga dinâmica se assenta no princípio da aptidão para a prova, não necessitando a presença de verossimilhança da alegação do autor.

Ante o exposto, considera-se a teoria estática do ônus da prova a regra e a teoria dinâmica a exceção.

O tema ora explanado será profundamente tratado no capítulo conclusivo, neste constou apenas aspectos gerais da teoria.

### 3.2.3 Distribuição convencionalizada pelas partes

A distribuição convencionalizada pelas partes pode ser entendida como o acordo extrajudicial, no qual os contratantes estabelecem os critérios a serem observados, quando uma das partes vier a ingressar em juízo contra a outra, com o propósito de solução de um conflito de interesses originário do negócio jurídico que as vincula.<sup>95</sup>

O art. 373 do Novo Código de Processo Civil<sup>96</sup>, em seu parágrafo 3º, prevê expressamente a possibilidade das próprias partes distribuírem o ônus da prova mediante convenção, o que pode ser firmado antes ou até mesmo no curso do processo, como prevê o parágrafo 4º do mesmo artigo:

Art. 373. [...]

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

---

<sup>95</sup> CAVALCANTE, Jouberto de quadros Pessoa e JORGE NETO, Francisco Ferreira. As provas e ônus dinâmico no NCPC e seus desdobramentos para o processo do trabalho. In.DALLEGRAVE NETO, José Affonso e GOULART, Rodrigo Fortunato (Coord.) **Novo CPC e o processo do trabalho**. São Paulo: LTR.2016,p.130.

<sup>96</sup> BRASIL. **Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 21.out.2016.

- I - recair sobre direito indisponível da parte;
  - II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.
- § 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Essa hipótese carreada no §3º do art. 373 do NCPC, trata-se na realidade dos chamados negócios probatórios, e, por se tratar de negócio jurídico processual, deverá respeitar as disposições gerais acerca dos negócios jurídicos, ou seja, respeitar os pressupostos de existência e validade.

Significa dizer, de forma geral, que é necessário ser o sujeito capaz de direitos, ter a presença do objeto lícito e a manifestação de vontade livre e a forma prevista ou não defesa em lei.

Por negócio jurídico processual, entendemos como sendo um fato jurídico que garante ao sujeito o poder de escolher o regramento jurídico para uma determinada situação, respeitando os limites fixados no próprio ordenamento jurídico.<sup>97</sup>

Importante mencionar que a inversão do ônus da prova convencionalizada pelas partes não poderá recair sobre direitos considerados indisponíveis, sendo impedido também de tornar excessivamente difícil para uma das partes da produção de determinada prova, chamada doutrinariamente de prova diabólica.<sup>98</sup>

Na visão de Robson Renault Godinho<sup>99</sup>, tenta o Novo CPC trazer um verdadeiro equilíbrio entre o publicismo, que em suas palavras significa um movimento de verdadeira exclusão a autonomia das partes no processo, e o privatismo, que contrapõe aquele movimento na medida que tenta amenizar o protagonismo do Estado e aumentar a participação dos sujeitos na relação processual. A esse respeito, afirma que:

Nessa medida, o déficit democrático que se vê no processo civil não será sequer amenizado se o discurso persistir unicamente no protagonismo jurisdicional, assim como será agravado se houver uma exclusividade privatista dos rumos dos processos. Ou seja: nem uma exclusão das partes que pareça um autoritarismo estatal, nem uma exclusividade da vontade que se confunda com indiferença estatal.

---

<sup>97</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os Acordos de Procedimento no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. V.1. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 84.

<sup>98</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: procedimento comum: ordinário e sumário**, 2: tomo I. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 247.

<sup>99</sup> GODINHO, Robson Renault. A Possibilidade De Negócios Jurídicos Processuais Atípicos Em Matéria Probatória. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n.56 abr./jun. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2015, p.193.

O autor defende que o CPC/2015, ao autorizar expressamente a formação dos negócios jurídicos processuais, está promovendo mudanças processuais significativas e, em decorrência, trazendo equilíbrio a relação ao possibilitar as partes regerem consensualmente o processo que protagonizam.

Conforme expresso no §4º, o negócio jurídico processual poderá ser celebrado extrajudicialmente, em contrato particular, ou incidentalmente ao processo.<sup>100</sup>

Essa convenção poderá recair sobre qualquer fato, e que, uma vez firmada e validada, torna-se imediatamente eficaz. Didier defende, inclusive, que a homologação pelo Juiz é desnecessária para o negócio se tornar plenamente eficaz.<sup>101</sup>

Contudo, existe entendimento doutrinário diverso, contrário a inversão convencional do ônus da prova por entender que se interferiria na atividade própria do juiz, que defende a necessidade de homologação judicial, de modo que deverá ser respeitado o comando judicial em prol do desenvolvimento válido e regular do processo.

É o caso, por exemplo, do autor Cândido Rangel Dinamarco<sup>102</sup>, que afirma não ser possível considerar a existência de negócios jurídicos processuais, visto que os atos processuais das partes possuem exatamente aqueles efeitos que as próprias partes querem, pois são derivados do princípio da autonomia da vontade, o que não ocorre no processo, ou porque os efeitos decorrem da lei, ou porque seria necessário homologação judicial para que se produzam, já que o juiz pratica no processo atos com fundamento no poder estatal de que é investido.

De acordo com o quanto previsto nos parágrafos do art.373, quando se tratar de direitos disponíveis que não acarretem a nenhuma das partes ônus excessivo em sua prova, poderão as mesmas, a qualquer tempo e de acordo com suas vontades, utilizar dos meios previsto na legislação a fim de resolver a demanda, podendo elas renunciarem, transigirem ou disporem dos seus direitos<sup>103</sup>.

Por esse motivo, a distribuição do ônus da prova por convenção das partes não é

---

<sup>100</sup> BOCALON, João Paulo. **Os Negócios Jurídicos Processuais no Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: PUC-SP, 2016, p. 164.

<sup>101</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. JusPodivm: Salvador, 2016, p.120 *et seq.*

<sup>102</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil: volume II**. São Paulo, Malheiros, 2009, p. 484.

<sup>103</sup> BOCALON, João Paulo. *Op Cit*, p.165.

aplicável ao Processo do trabalho, posto que tal ramo regular direitos indisponíveis do trabalhador.

Tal entendimento encontra-se pacificado através da Instrução normativa 39/2016, que dispõe sobre as normas do CPC aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do trabalho, que no artigo 2, VII, expressamente declarou que não se aplica ao processo do trabalho a distribuição diversa do ônus da prova por convenção das partes.

Nesse sentido, é a redação da IN39/2016<sup>104</sup>:

Art. 2º Sem prejuízo de outros, não se aplicam ao Processo do Trabalho, em razão de inexistência de omissão ou por incompatibilidade, os seguintes preceitos do Código de Processo Civil:  
VII - art. 373, §§ 3o e 4o (distribuição diversa do onus da prova por convenção das partes);

Ante o exposto, não restam dúvidas que a distribuição do ônus da prova por convenção das provas não é aplicável ao processo do trabalho.

### 3.3 O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO - BREVE COMPARAÇÃO COM O CPC/73.

O novo Código de processo civil consagrou expressamente a aplicação da teoria da carga dinâmica do ônus da prova, diferente do CPC de 1973 que se limitava a previsão distribuição estática.

A regra geral de distribuição do ônus da prova estava prevista no art. 333 do CPC<sup>105</sup> de 1973, com a redação: “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.”

Já a nova redação se revela com o seguinte conteúdo<sup>106</sup>.

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

---

<sup>104</sup> BRASIL. **Instrução Normativa nº 39, resolução nº 203, de 15 de março de 2016**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>. Acesso em: 23.dez.2016

<sup>105</sup> BRASIL. **Código de Processo Civil, Lei nº 5.869 de 05 de janeiro de 1973**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)> Acesso em: 18.out.2016.

<sup>106</sup> BRASIL. **Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 21 de dezembro de 2016.

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

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que 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.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

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

Do artigo retromencionado infere-se que o CPC continua consagrando a regra clássica fundada na posição das partes e a natureza do fato controvertido. Compreende ainda o que novo CPC, além da regra clássica, autoriza também a distribuição diversa pelo legislador e pelo juiz.

Diante da nova redação o juiz poderá flexibilizar a regra clássica, mas deverá fundamentar na impossibilidade ou excessiva dificuldade de a parte cumprir o encargo estabelecido a partir da natureza do fato controverso ou na maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.

Assim, atende-se ao critério da capacidade probatório observando aquele que tem mais aptidão para produção do conjunto probatório.

Esclarecido o novo artigo, cumpre-se mencionar a explicação detalhado

Como esclarecido, quando a atribuição do ônus da prova é feita pelo legislador, tal distribuição é considerada estática e prévia, ou seja, não varia de acordo com as peculiaridades da causa. Ao contrário, há previsão da distribuição feita pelo Juiz, considerada dinâmica, feita à luz de uma situação concreta, levando em consideração as peculiaridades de cada situação.<sup>107</sup>

É entendido o ônus da prova como regra destinada a viabilizar a decisão do juiz em caso de dúvida ou, em outros termos, a dar ao juiz não convencido a possibilidade de decidir.<sup>108</sup>

Pode-se, portanto, afirmar que o ônus não está diretamente relacionado a um

<sup>107</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. JusPodivm: Salvador, 2016, p.110.

<sup>108</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de Conhecimento**. Revista dos Tribunais, 2008, p. 270.



resultado prático-favorável da ação como era visto anteriormente na vigência do antigo código, ou seja, não tem o ônus da prova o condão de ligar a produção de prova a um resultado que seja favorável a parte que a produziu, trata-se somente de uma relação entre a produção da prova e uma maior chance de convencimento do magistrado.

A distribuição estática carregada no art. 373, *caput*, do CPC de 2015 e também no art. 333 do CPC de 1973, é regra que tem como ideia central disciplinar quem deve sofrer os efeitos da não demonstração dos fatos que foram alegados no processo. Tal modelo é pautado no interesse da parte, ao passo que ela terá interesse em comprovar os fatos que lhe garantem um resultado prático-favorável da ação. E esse interesse servirá de norte ao juiz no momento em que ele deverá julgar a causa, isso porque sua decisão poderá ser influenciada caso o sujeito não tenha produzido prova cujo ônus lhe incumbia.

Nas palavras do mestre Giuseppe Chiovenda<sup>109</sup>, “quem reclama a execução de uma obrigação deve prová-la, e quem pretende libertar-se dela deve, por seu lado, provar o pagamento ou o fato que produziu a extinção de sua obrigação”.

De acordo com esse pensamento, o interesse do réu em produzir prova é inexistente caso o autor não prove os fatos por ele alegados, podendo, nesse caso, o réu se abster de produzir prova, limitando-se apenas em negar os fatos (“*actore non probante réus absolvitur*”).<sup>110</sup>

A falta ou insuficiência de prova, que impossibilita o julgador de alcançar a veracidade dos fatos e proferir a decisão, autoriza o magistrado utilizar o ônus da prova como instrumento processual, como forma de evitar o *non liquet*. Isso porque o referido instrumento servirá como guia para encontrar quem deveria provar o quê (ônus da prova subjetivo) e o que necessariamente deveria ser provado (ônus da prova objetivo).<sup>111</sup>

Com efeito, interpretando o *caput* do artigo 373, percebe-se que essa teoria estática privilegia a igualdade formal entre as partes, sendo baseada na posição processual

---

<sup>109</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil, volume 2**. Trad. Por Paolo Capitanio. Bookseller: Campinas, São Paulo, 2ª edição, 1998, p.444.

<sup>110</sup> *Ibidem*, p.448 *et seq.*

<sup>111</sup> ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras sobre o ônus da prova**. Malheiros: São Paulo, 2011, p. 89.

dos sujeitos do processo, ou seja, se é autor ou réu, e na natureza dos fatos objetos de prova, ou seja, se são eles constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos.

Para essa teoria, interessa ao autor a produção das provas que constituem aquilo alegado em sede de inicial, enquanto que ao réu interessa a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Ocorre que essa regra não se mostra suficiente para satisfazer as exigências de um Estado Democrático de Direito, sustentado pelos princípios da igualdade material e do acesso a ordem jurídica justa.<sup>112</sup>

Conforme visto, a regra estática e rígida de distribuição do ônus da prova prevista no CPC de 1973 desprezou as especificidades do caso concreto, se mostrando insatisfatória. Em outras palavras, “o encargo probatório estático clássico não é hábil o suficiente para produzir um julgamento justo ou permitir a flexibilização que os casos concretos exigem”.<sup>113</sup>

Esse modelo sofreu severas críticas, seja pela dificuldade de se estabelecer a natureza dos fatos a serem provados no caso concreto - qualifica-los como constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos – ou seja pelo fato de, em certos casos, o autor ou o réu não terem condições de atender a esse ônus probatório que lhes foram rígida e previamente atribuídos, provocando situações em que a produção de prova seja extremamente difícil, como ocorre, por exemplo, no caso da prova diabólica.<sup>114</sup>

O modelo anteriormente adotado não leva em consideração o dever mútuo de cooperação entres as partes que compõe a relação jurídica processual visando o desenvolvimento justo do processo, o objetivo aqui é evitar que uma determinada causa não receba uma solução jurídica proferida por um juiz competente, deixando de levar em consideração se essa decisão irá realmente colocar um fim na demanda, ao passo que faz prevalecer o aspecto objetivo do ônus da prova como forma de evitar o *non liquet*. Nesse sentido, declara Marcassa Filho<sup>115</sup>:

A fim de superar o estado de incerteza quanto aos fatos trazidos aos autos, o sistema processual brasileiro determina ao magistrado a possibilidade de

---

<sup>112</sup> PALMITESTA, Mariana Aravechia. *Op Cit.*, 2015, p. 28 *et seq.*

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 151.

<sup>114</sup> *Ibidem*, p. 152.

<sup>115</sup> MARCASSA FILHO, André Luiz. **Técnica da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova e a Efetividade no Processo Civil**. Dissertação de Mestrado. Orientador: Prof. Ricardo de Barros Leonel – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 63.

juízo segundo as regras do ônus da prova, proporcionando-lhe um instrumento eficaz para obstar um *non liquet* e, por conseguinte, solucionar o litígio levado à sua apreciação pelas partes. Por isso, conforme Paulo Rogério Zanetti, a regra do ônus da prova é instrumento de natureza substitutiva, posto que substitui a prova no momento da decisão, sendo que a sua aplicação pelo juiz é uma consequência da falta da prova ou de sua insuficiência.

Uma outra crítica apontada à distribuição rígida e estática do ônus da prova se relaciona ao fato de que essa regra não se preocupa com eventuais desigualdades materiais que podem existir entre as partes, podendo acarretar em uma maior dificuldade para que uma delas produza a prova necessária para fazer valer o seu direito. Em outras palavras, essa regra de repartição dos encargos probatórios não se preocupa em verificar se os princípios constitucionais foram efetivados ao longo da relação processual.<sup>116</sup>

Desse modo, os diversos problemas e limitações da teoria estática do ônus da prova levaram ao desenvolvimento de uma nova teoria, que fora positivada com a vigência do Novo Código de Processo Civil.

Esta é a visão do jurista argentino Jorge Walter Peyrano<sup>117</sup>, considerado idealizador da teoria da carga dinâmica da prova, segundo o qual defende que a carga deverá recair naquela parte que se encontre em melhores condições pessoais, técnicas ou fáticas para a produção da respectiva prova: “[...]se traduce em que frente a situaciones excepcionales que dificultan la tarea probatoria de una de las partes, se debe desplegar el esfuerzo probatorio respectivo hacia la contraria, por encontrarse ésta em mejores condiciones de acreditar algún hecho o circunstancia relevante para la causa”.

A partir de então, a distribuição estática continua sendo ainda a regra geral, assim como era no art.333 incisos I e II do CPC/1973. Contudo, considerando as peculiaridades do caso concreto, havendo uma impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo probatório, poderá o juiz, mediante decisão fundamentada, distribuir de maneira diversa o ônus da prova.

Em outras palavras, podemos afirmar que a regra geral de distribuição estática do

---

<sup>116</sup> PALMITESTA, Mariana Aravechia. **Análise Crítica da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova**. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: USP, 2015.p. 30.

<sup>117</sup> PEYRANO, Jorge Walter. Sobre el proyecto em curso de reformas al Código Procesal Civil de Brasil. In: RIBEIRO, Darci Guimarães e JOBIM, Marco Félix (organizadores). **Desvendando o Novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015, p. 87 *et seq.*

ônus da prova será mantida, já que ela se mostra suficiente para regular a grande maioria dos casos levados a juízo. Contudo, como exceção à regra geral, irá se admitir a distribuição do ônus da prova de maneira diversa, sempre que as peculiaridades do caso concreto revelarem que esta solução se mostra mais adequada para a situação discutida no processo.<sup>118</sup>

Essa nova teoria se preocupa com a busca da justiça no caso concreto, constituindo um importante mecanismo de preservação dos princípios e garantias fundamentais no âmbito da relação jurídica processual. Em momento algum ela afasta a aplicação das regras clássicas.

Como já exposto, foi mantida a redação do art. 333 do CPC de 1973, contudo ela aperfeiçoa e flexibiliza essa aplicação, evitando resultados injustos ou imposição de produção de prova considerada diabólica.

Além de tudo, essa nova regra estabelece importantes critérios que visam impedir que o direito de defesa do onerado se torne prejudicado, como é o caso da necessidade de fundamentação da decisão do magistrado, ou até mesmo o respeito ao princípio do contraditório, ao prever que deverá o juiz dar as partes a oportunidade de se desincumbirem do ônus que lhe fora atribuído, devendo ser respeitado o seu direito de manifestação no processo, caso contrário resultaria em cerceamento do direito de defesa da parte onerada pela aplicação da distribuição dinâmica.<sup>119</sup>

Pode-se perceber claramente que a regra da distribuição dinâmica foi fixada de maneira cuidadosa visando impedir que essa distribuição ocorra sem antes ter dado à parte onerada a possibilidade de se desincumbir do encargo. A esse respeito, Peyrano<sup>120</sup> afirma que:

Trata-se, pois, não de propiciar outra regra rígida de distribuição do ônus da prova que concorre em pé de igualdade com os parâmetros legalmente regulados, senão de formular uma pauta 'excepcional' que somente pode funcionar ali quando aquelas manifestamente operam mal porque foram elaboradas para suposições 'normais e correntes', que não são as correspondentes ao caso.

---

<sup>118</sup> PALMITESTA, Mariana Aravechia. **Análise Crítica da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova**. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: USP, 2015. p. 52.

<sup>119</sup> *Ibidem*, p. 53 et seq.

<sup>120</sup> PEYRANO, Jorge Walter *apud* ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras sobre o ônus da prova**. Malheiros: São Paulo, 2011, p. 117.

Zaneti<sup>121</sup> esclarece em sua obra que o autor Peyrano idealiza sua teoria como sendo regra de aplicação subsidiária e complementar, só podendo ocorrer a flexibilização do ônus da prova em situações consideradas excepcionais, onde não possa haver aplicação da regra clássica de distribuição estática.

Em suma, entendemos que, de acordo com a teoria dinâmica, o ônus da prova deverá recair sobre aquele que tem melhores condições de produzir a prova, pouco importando a posição que o sujeito ocupa no processo (se autor ou réu), ou a natureza dos fatos alegados objetos de prova.

Apenas a título de complementação, o mencionada artigo também prevê a distribuição convencionalizada pelas partes. Ocorre que, a mesma não se aplica ao âmbito trabalhista, fugindo da temática da presente pesquisa.

Por derradeiro, defende-se que as mudanças decorreram do desenvolvimento social e com o decorrer do tempo as lides se tornaram mais complexas necessitando de um equilíbrio entre o poder e a capacidade das partes.

### 3.4 O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

A Consolidação das leis trabalhistas disciplina a regra de distribuição do ônus da prova no seu artigo 818<sup>122</sup>, afirmando de forma simplória que : “ A provas das alegações incumbe à parte que as fizer.”

Ocorre que, a maioria da doutrina conclui, com razão, que o supracitado artigo não é completo, e por si só é de difícil interpretação e também aplicabilidade prática, pois, como cada parte tem de comprovar o que alegou, ambas as partes têm o encargo probatório de todos os fatos que declinaram, tanto na inicial, como na contestação<sup>123</sup>.

Desta feita, sempre se admitiu a aplicação do já revogado artigo 333 do CPC de 73, já citado, posto que o artigo 818 da CLT revela-se incompleto.

---

<sup>121</sup> ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras sobre o ônus da prova**. Malheiros: São Paulo, 2011, p. 119 *et seq.*

<sup>122</sup> BRASIL. **Consolidação da Leis do Trabalho**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)>Acesso em:26.dez.2016

<sup>123</sup> SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 10. Ed. De acordo com o Novo CPC. São Paulo: LTr, 2016.p.684

Da mesma forma, como será demonstrado, o TST já se manifestou de forma favorável a aplicação, em parte, do artigo 373 do CPC de 2015

### **3.4.1 A distribuição do ônus da prova prevista na CLT e aplicação subsidiária e supletiva do CPC/15 no processo do trabalho**

Não é de hoje que na Justiça especializada do trabalho há aplicação subsidiária de outros ramos do direito e leis esparsas no direito do trabalho.

A própria CLT<sup>124</sup> no seu art. 769 permite que: “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.”

Nesse contexto, frente ao artigo supra extrai-se duas premissas para aplicação subsidiária: Quando houver omissão quanto ao procedimento tratado e quando houver compatibilidade entre a CLT e a norma emprestada, requisitos postos de forma cumulativa.

Ocorre que, no ano de 2016 com a vigência no novo CPC, consagrou-se a possibilidade da sua aplicação supletiva e subsidiária.

A previsão da aplicação supletiva nasce, teoricamente, como uma novidade no ordenamento, considerando que havia previsão apenas da aplicação subsidiária, como demonstra a citação do art. 769 da CLT.

A aplicação subsidiária remete a possibilidade de utilização de regras e conceitos quando houver omissões e lacunas de lei processual trabalhista. Já a aplicação supletiva se dá de forma complementar, ou seja, é mais autônoma do que a aplicação subsidiária e visa aprimorar e suprir as falhas existentes no processo.<sup>125</sup>

Curiosamente, ressalta-se que mesmo tendo o art. 15 do NCPC revelado uma novidade ao prevê a aplicação supletiva, acredita-se que na prática a mesma já era possível, mesmo antes da previsão expressa. Isto porque, partilha-se do

---

<sup>124</sup> BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho, decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943.** Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 21.mai.2016.

<sup>125</sup>VEIGA, Mauricio Corrêa. A Aplicação subsidiária e supletiva das novas regras do CPC no Processo do Trabalho. **Revista LTR**, São Paulo: ano 80(Jan.2016) p.40.

entendimento que sempre se admitiu aplicação supletiva do dispositivo de distribuição do ônus de prova, posto que a CLT no art. 818 disciplina expressamente a matéria, mas de forma incompleta, sendo a aplicação do antigo artigo 333, I do CPC/73 um tipo de aplicação supletiva e não subsidiária.

Feita as devidas diferenciações e considerações, faz-se necessário analisar a maneira como se dá a distribuição do ônus da prova no Processo do Trabalho. Desse modo, tem-se como regra geral o que está preceituado no art. 818 da CLT<sup>126</sup>: “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer”.

Essa regra estabelece como sendo da parte que alegar determinado fato o ônus de prova-lo. Em outras palavras, é de cada parte a incumbência de comprovar as alegações que formulam, o que é, notadamente, uma regra muito simples, de conceito muito aberto, que possibilita, para boa parte da doutrina, aplicação no Direito Processual do Trabalho, do art. 373, *caput*, §§ 1º e 2º do Código de Processo Civil.

Podemos acrescentar o entendimento do autor Sergio Pinto Martins<sup>127</sup>, o qual afirma que, caso esse art. 818 da CLT fosse interpretado literalmente, haveria no processo do trabalho algumas situações consideradas por ele como inusitadas. O autor exemplifica da seguinte forma: caso o reclamante alegasse em sua inicial uma determinada jornada de trabalho, seria dele o ônus de prová-la, ao passo que, se na contestação a reclamada alegasse horário contrário, ela então deveria produzir a prova, contudo, fazendo o reclamante outra alegação, o ônus ainda retornaria para ele.

Alguns doutrinadores defendem a aplicação sistemática do Código de Processo Civil no seara trabalhista no que tange a regra de distribuição do ônus da prova, em que pese não haver omissão legislativa, mas em razão dessa excessiva simplicidade a qual foi regulado esse instituto na CLT.

Isso poderá ocorrer por força do quanto disposto no parágrafo único do art. 8º da CLT<sup>128</sup> que dispõe : “O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho,

---

<sup>126</sup> BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho, decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943.** Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 21.mai.2016.

<sup>127</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho.** São Paulo: Atlas, 2015, p. 329.

<sup>128</sup> BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho.** Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm) > Acesso em: 21.out.2016.

naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.”

O referido dispositivo determina que poderá o direito comum servir de fonte subsidiária do direito do trabalho, desde que haja compatibilidade entre os princípios fundamentais.

Ante o exposto, a integração do sistema nada mais é que uma autorização dada ao próprio interprete do direito com o objetivo de solucionar as lacunas jurídicas. Pois, em que pese já haver na CLT norma disciplinando a distribuição do ônus da prova, qual seja, o art. 818, tal norma, como já demonstrado, se mostra insuficiente para regular as lides trabalhistas, o que denota a necessidade de integração.

Na visão de Carlos Henrique Bezerra Leite<sup>129</sup>, “a integração é o fenômeno que mantém a plenitude da ordem jurídica, ainda que inexistente norma jurídica específica a ser utilizada diante de determinado caso concreto a ser decidido”.

Ainda sobre o tema, vale ressaltar que não é possível falar em revogação da regra disposta no artigo 769 da CLT por força do art. 15 do Novo CPC, isso porque, o que ocorreu foi uma ampliação, que serviu para complementar a disciplina da situação processual tratada de maneira suficiente pelo dispositivo trabalhista. Enfatiza o Jorge Pinheiro Castelo que:

Por exemplo, a questão do ônus da prova fixada pelo art. 818 da CLT, embora existisse regramento próprio e específico da CLT, sempre foi admitida a complementação da sua disciplina, de forma supletiva (e não subsidiária, já que havia regramento pelo art. 818 Consolidado – embora se possa admitir que a disciplina não era completa) pelos incisos 333 do CPC/1973 e, agora, pelo art. 373 do novo CPC.<sup>130</sup>

Essa também é a opinião de Salvador Franco de Lima Laurino<sup>131</sup>, que defende a inexistência de contradição entre o recente art. 15 do Novo CPC e o art. 769 da Consolidação e, portanto, não há que se falar em revogação. O recente art.15 possui natureza de “regra geral” e por isso não revoga a “regra especial” anterior. Desse

---

<sup>129</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p.100.

<sup>130</sup> CASTELO, Jorge Pinheiro. Da Aplicação Subsidiária e Supletiva do Novo CPC ao Processo do Trabalho (art. 15) – Exemplos de Institutos, Estruturas, Conceitos, Esquemas Lógicos, Técnicas e Procedimentos Incidentes sobre o Processo do Trabalho decorrentes da Aplicação Subsidiária e Supletiva de Procedimentos do Novo CPC. ano 79 (ago). **Revista LTR**, São Paulo: LTr, 2015,p. 984.

<sup>131</sup> LAURINO, Salvador Franco de Lima. O art. 15 do Novo Código de Processo Civil e os Limites da Autonomia do Processo do Trabalho. *In*: BRANDÃO, Cláudio e MALLETT, Estevão. **Processo do Trabalho**, v.4, Salvador: JusPodvm, 2016, p. 125.



modo, segundo o autor, a alteração trazida pelo referido diploma legal, se resume ao acréscimo do vocábulo “supletivo”, já que, embora os termos “supletivo” e “subsidiário” serem usados constantemente como sinônimos, na verdade não os são.

O referido autor sublinha que a distinção entre esses termos se faz necessária, já que enquanto a aplicação supletiva se destina a suprir algo que não existe em uma determinada legislação, a aplicação subsidiária serve apenas de auxílio e subsídio de interpretação<sup>132</sup>:

A primeira hipótese visa à integração de “lacuna” em matérias essenciais ao exercício da jurisdição, como o regime de coisa julgada, em que a aplicação do processo civil sempre foi obrigatória. Na segunda, embora não haja “lacuna”, a aplicação do processo civil passa a ser obrigatória se existir compatibilidade com a lógica formal dos procedimentos do processo do trabalho, o que exclui o escrutínio de compatibilidade com “objetivos” ou “princípios” do processo do trabalho.

Embora já esclarecido as diferenças, vale a pena reforça-las.

Edilton Meireles<sup>133</sup> traz em sua obra a resposta para esse tema dada pelo próprio Deputado Efraim Filho, o sub-relator da proposta legislativa que incluiu no CPC/2015 a expressão “supletiva”. Segundo o deputado, “aplicação subsidiária visa ao preenchimento de lacuna; aplicação supletiva, à complementação normativa”.

José Carlos Manhabusco<sup>134</sup> afirma, então, que serão duas as condições básicas para que haja a aplicação subsidiária de outros ramos do direito no Processo do Trabalho: a) Quando a própria CLT for omissa; b) Quando for compatível a norma emprestada e a CLT.

A partir da leitura desses dispositivos, depreende-se que o Direito Processual Civil só poderá ser utilizado como fonte subsidiária do Direito do Trabalho nos casos em que houver omissão legislativa, e desde que haja compatibilidade entre as normas.

Em outras palavras, caberia a aplicação subsidiária do Código Processual Civil quando estivermos diante de uma lacuna ou omissão absoluta, ou seja, quando o

---

<sup>132</sup> LAURINO, Salvador Franco de Lima. O art. 15 do Novo Código de Processo Civil e os Limites da Autonomia do Processo do Trabalho. *In*: BRANDÃO, Cláudio e MALLETT, Estevão. **Processo do Trabalho**, v.4, Salvador: JusPodvm, 2016, p. 128.

<sup>133</sup> MEIRELES, Edilton. O Novo CPC e sua Aplicação Supletiva e Subsidiária no Processo do Trabalho. *In*: BRANDÃO, Cláudio e MALLETT, Estevão. **Processo do Trabalho**, v.4, Salvador: JusPodvm, 2016, p. 96.

<sup>134</sup> MANHABUSCO, José Carlos. A Inversão do Ônus da Prova no Novo CPC – Ênfase no Processo do Trabalho – Aspectos Práticos. *In*: DALLEGRAVE NETO, José Affonso e GOULART, Rodrigo Fortunato (Coord.). **Novo CPC e o Processo do Trabalho**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 132.

sistema normativo que regula determinada matéria for completamente omissa a esse respeito, de modo que a regra subsidiária teria como objetivo o preenchimento desse vazio deixado pelo sistema (serve para suprir a ausência de regra). No que tange a regra supletiva, para fins de direito processual, essa regra visaria complementar uma norma tida como principal, ou seja, não há que se falar aqui em lacuna absoluta, pois existe norma regulando uma dada situação, porém sua disciplina não se revela completa, pois trata-se de uma omissão parcial, o que se exige a aplicação supletiva de outras normas (serve para complementar regra que não esgota a matéria).<sup>135</sup>

Para melhor compreensão do tema, registra-se o exemplo apontado pelo mesmo autor supracitado, em que ele referencia as hipóteses de impedimento e suspeição das testemunhas. Segundo o autor A CLT, em seu art. 829, laconicamente, estabelece que a testemunha que for parente até o terceiro grau civil, amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes, não prestará compromisso, e seu depoimento valerá como simples informação. Aqui a CLT cuidou de uma hipótese de impedimento (parente até o terceiro grau civil) e outras duas de suspeição (amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes). A partir de tal norma não se pode, então, afirmar que a CLT seja omissa a respeito desse tema. Mas por óbvio que esse regramento é incompleto. Basta lembrar que a CLT sequer inclui o cônjuge (que não é parente) como pessoa impedida para depor como testemunha ou ainda o juiz que anteriormente atuou no feito como advogado da parte. Daí, então, é possível afirmar que, neste caso, a regra do CPC que trata dos impedimentos e suspeições das testemunhas visa a complementar o que já está disciplinado na CLT. Ao que já dispõe a CLT, soma-se a regra supletiva. Da mesma forma, a CLT não contém regra sobre as testemunhas incapazes de depor, Logo, há uma lacuna existente no sistema normativo, já que falta a disciplina legal no processo do trabalho a este respeito. Aplica-se, então, neste caso, a regra subsidiária diante da lacuna absoluta sobre essa questão de incapacidade da testemunha<sup>136</sup>.

Em suma, podemos concluir que a regra subsidiária visa preencher uma omissão integral. Já a regra supletiva possui objetivo de complementar norma regulada de maneira incompleta, ou seja, uma omissão parcial.

---

<sup>135</sup> MEIRELES, Edilton. O Novo CPC e sua Aplicação Supletiva e Subsidiária no Processo do Trabalho. In: BRANDÃO, Cláudio e MALLET, Estevão. **Processo do Trabalho**, v.4, Salvador: JusPodvm, 2016, p. 96.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 97

A grande questão, contudo, é saber identificar quando se está realmente diante de uma omissão parcial, já que não existem grandes problemas em identificar uma omissão integral, isso porque ela se caracteriza pela ausência de norma.

Toda vez que uma legislação processual especial regular determinada matéria de uma forma menos abrangente do que o CPC, estaríamos diante de uma omissão parcial, e as regras desse diploma processual deverão incidir de forma supletiva no procedimento especial para tentar sanar essa omissão.

Diante do exposto, conclui-se que é inegável a necessidade de aplicação no NCPC ao processo do trabalho, sobretudo na distribuição do ônus da prova, isto porque o intuito é que ao trazer os mandamentos para o processo trabalhista a fim de sanar falhas existentes e complementar o sistema, sempre observando a compatibilidade com os ditames trabalhistas.

### **3.4.2 A Instrução normativa n.39 do TST**

Se existia alguma dúvida sobre aplicação do artigo 373 do NCPC, exceto os §§ 3º e 4º, ao processo do trabalho, acredita-se que não subsiste mais após a edição da Instrução normativa 39 de 2016.

O Tribunal Superior do Trabalho objetivando a redução de polêmicas sobre a aplicação do CPC de 2015 na seara trabalhista editou a IN n.39, elencando quais os dispositivos do mais novo código seriam aplicáveis ao processo do trabalho e quais não teria aplicabilidade por incompatibilidade. Além de enumerar, de forma exemplificativa, quais seriam aplicáveis em termos.

A instrução estudada tem por objetivo adequar os artigos 769 e 889 com o comando do art.15 do NCPC e informar de forma exemplificativa quais as normas do novo regramento que serão aplicadas subsidiariamente e aquelas que não serão aplicadas. Certamente, a instrução não esgota a matéria, pois somente a judicatura diária, principalmente dos juízes primários, poderá fornecer uma visão clara sobre a

matéria.<sup>137</sup>

Assim, vale lembrar que o art. 769 da CLT<sup>138</sup> trata : “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.”

Já o art. 889 ,do mesmo regramento, não faz parte do objeto de estudo , mas também trata da subsidiariedade, ao ditar: “Aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal.”

E o já mencionado art. 15 do NCPD<sup>139</sup> que afirma: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”

A mencionada Instrução normativa foi composta por dezoito preceitos e identifica 03 categorias de normas, são elas: As não aplicáveis, as aplicáveis e as aplicáveis em termos.

Sobre a temática do ônus da prova assim destaca<sup>140</sup>:

Art. 3º Sem prejuízo de outros, aplicam-se ao Processo do Trabalho, em face de omissão e compatibilidade, os preceitos do Código de Processo Civil que regulam os seguintes temas:

VII - art. 373, §§ 1o e 2o (distribuição dinâmica do onus da prova);

Da leitura do artigo 3º verifica-se, como já destacado, que aplicação do artigo 373, §§ 1º e 2º, depende da omissão e compatibilidade, sendo ambos requisitos cumulativos.

Por outro lado, destaca-se a não aplicação dos §§ 3º e 4º<sup>141</sup>:

<sup>137</sup> OLIVEIRA, Francisco Antonio, Comentários sobre a Instrução normativa n.39 ( resolução do TST n.203, de 15.03.2016) que dispõe sobre as normas do novo código de processo civil, instituído pela lei. 13.105, de 15 de março de 2015. **Revista LTR**, São Paulo: ano 80 ( Julho. 2016) p.796.

<sup>138</sup> BRASIL. **Consolidação da Leis do Trabalho**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)>Acesso em:27.dez.2016

<sup>139</sup> BRASIL, **Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 21 de maio de 2016

<sup>140</sup> BRASIL. **Instrução Normativa nº 39, resolução nº 203, de 15 de março de 2016**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>. Acesso em: 26.dez.2016

<sup>141</sup> *ibidem*

Art. 2º Sem prejuízo de outros, não se aplicam ao Processo do Trabalho, em razão de inexistência de omissão ou por incompatibilidade, os seguintes preceitos do Código de Processo Civil:

VII - art. 373, §§ 3º e 4º (distribuição diversa do onus da prova por convensão das partes);

Nesse contexto, é inaplicável ao processo do trabalho face às peculiaridades da relação de direito material, na qual o empregado está em uma posição de vulnerabilidade no contrato de trabalho.<sup>142</sup>

Sobre a instrução normativa cumpre chamar atenção para o fato de que a mesma é considerada inconstitucional por alguns autores. Cassio Mesquita de Barros<sup>143</sup> partilha da inconstitucionalidade como entendimento:

A Instrução normativa n.39 fere o art.22, I, da Constituição, pois nesse preceito constitucional se estabelece a competência privativa da União federal para legislar sobre o processo judicial e permite indicação da súmula vinculante n.46 do STF. Vale, portanto, dizer que comete invasão da competência privativa da união para legislar sobre direito processual, objeto da Lei n. 13.105/2015.

Ademais, a associação nacional dos magistrados da justiça do trabalho interpôs ação direta de inconstitucionalidade alegando violação constitucional.

A ADI ainda não foi julgada, mas o Procurador Geral da República<sup>144</sup> se manifestou na defesa da instrução com algumas ressalvas, conforme transcrição de parte da sua manifestação:

[...] Desse modo, importa conferir à IN 39/2016 interpretação conforme a Constituição, sem redução de texto, com efeito *ex nunc*, para reconhecer-lhe função exclusivamente orientadora, afastando-lhe função normativa e suprimindo, por conseguinte, efeito vinculante sobre a atividade jurisdicional. Essa solução acarreta impossibilidade de invocação pura e simples de dispositivos da instrução normativa como razão de decidir, mas possibilitando adoção de suas soluções normativas, de forma fundamentada, conforme o convencimento racional do magistrado. Simples invalidação do ato implicaria desprestígio aos princípios constitucionais da segurança jurídica, do amplo acesso à justiça e da razoável duração do processo. Certamente o respeito dos juízes à posição interpretativa aprovada pelo órgão do TST, ainda que despida de efeito vinculante, pode conduzir a resultado próximo ao do acatamento jurisprudencial, até por economia e

<sup>142</sup> CAVALCANTE, Jouberto de quadros Pessoa Cavalcante e JORGE NETO, Francisco Ferreira. As provas e ônus dinâmico no NCPC e seus desdobramentos para o processo do trabalho. In. DALLEGRAVE NETO, José Affonso e GOULART, Rodrigo Fortunato (Coord.) **Novo CPC e o processo do trabalho**. São Paulo: LTR.2016 p.131

<sup>143</sup> BARROS, Cassio Mesquita. Repercussões no novo CPC na Justiça do Trabalho. **Revista LTR**. Ano 80 (junho,2016) p.647

<sup>144</sup> STF, ADI 5516 - Ação direta de inconstitucionalidade. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5516&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> Acesso em 27.dez.2016.

racionalidade processuais. Ainda assim, proclamada a ausência de vinculação normativa por essa Corte, preserva-se o espaço processual democrático para formulações hermenêuticas alternativas nas demais instâncias da Justiça do Trabalho e fomenta-se debate judicial produtivo ao avanço da jurisprudência, em lugar de se pretender cristalizá-la em dado momento histórico.

Com esses fundamentos, é caso de parcial procedência do pedido, de modo a conceder medida cautelar para conferir à IN 39/2016 do TST interpretação conforme a Constituição, nos termos descritos [...].

Acredita-se que é possível sua aplicação de forma a orientar o julgador diante de tantas inovações, mas respeitando o convencimento do magistrado e sempre derivando sua interpretação da constituição.

Ademais, a aplicação da IN 39 é de grande importância em prol da segurança jurídica e valorização das regras próprias do direito processual do trabalho.

### 3.5 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

São inversões do ônus da prova as alterações de regras legais sobre a distribuição destes, impostas ou autorizadas por Lei. O mesmo poder que legitima a edição de normas destinadas à distribuição do ônus da prova legitima também as exceções queridas ou permitidas pelo legislador. Segundo provenham estas da própria lei, ou da vontade das partes ou decisão do juiz por autorização legal. Tais inversões podem ser: Legais, convencionais ou judiciais.<sup>145</sup>

Em outras palavras, trata-se de técnica que visa alcançar um reequilíbrio na relação jurídica processual no que tange a posição dos litigantes, em observância ao princípio constitucional processual da igualdade material no processo e o princípio do direito fundamental à prova, como alternativa à distribuição estática e abstrata do ônus da prova determinada pelo artigo 373, *caput*, do Novo Código de Processo Civil.<sup>146</sup>

Como dito acima, tal técnica de inversão do ônus da prova poderá ser dividida em três espécies: inversão convencional, quando decorrer da vontade das partes; inversão judicial (*ope judicis*), quando decorrer da autorização do juiz; ou inversão legal (*ope*

---

<sup>145</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil: volume III**. São Paulo, Malheiros, 2009, p.76

<sup>146</sup> BALDINI, Renato Ornellas. **Distribuição dinâmica do ônus da prova no direito processual do trabalho**. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: USP, 2013, p.51.

*legis*), quando for determinada pelas presunções instituídas na própria lei.

É admitido pelo Processo Civil brasileiro o instituto da inversão do ônus da prova como meio de proteção à parte considerada mais vulnerável processualmente, isso porque é uma alteração do disposto nas regras gerais de distribuição.

Conforme já demonstrado, a regra processual do ônus da prova prevista no ordenamento brasileiro é a de que caberá ao autor provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, como bem salienta o *caput* do art. 373 do NCPC.

Contudo, com a vigência do Código de Defesa do Consumidor, permitiu-se a possibilidade de inverter esse ônus, como forma de proteção à parte mais vulnerável da relação de consumo, qual seja, o próprio consumidor, na tentativa de reequilibrar as forças entre os litigantes do processo.

No que tange a inversão *ope legis* do ônus da prova, essa foi aprioristicamente fixada para determinadas situações, como é o caso do art. 38 do CDC<sup>147</sup>: “art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

Não podemos deixar de destacar o entendimento de alguns autores em não considerar como sendo hipótese de inversão *ope legis* as previsões contidas nos art. 12, §3º e art. 14, §3º, ambos do CDC. Isso porque, segundo Cíntia Rosa Pereira de Lima e Lívia Carvalho da Silva Faneco, tais previsões reforçam a ideia de distribuição tradicional e estática do ônus da prova, já que essas excludentes da responsabilidade civil são na verdade os fatos impeditivos do direito do autor (consumidor), o que serviria para encaixar esses artigos na hipótese do inciso II do art. 373 do CPC/2015, de modo que não poderá os mesmos serem caracterizados como inversão *ope legis* do ônus da prova.<sup>148</sup>

Entendimento parecido possui Roberto Dórea Pessoa<sup>149</sup>, que não considera a

---

<sup>147</sup> BRASIL. **Código de Defesa do consumidor, lei 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acessado em: 24.out.2016.

<sup>148</sup> LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; FÂNECO, Lívia Carvalho da Silva. Inversão do Ônus Da Prova no CDC e a Inversão Procedimental no Projeto de Novo CPC: Distinção entre Institutos afins. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 23, n.91, jan.-fev./2014: São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais LTDA, 2014. p. 312.

<sup>149</sup> PESSOA, Roberto Dórea. **Aplicação da Teoria das “Cargas Probatórias Dinâmicas” nas Lides de Acidente de Trabalho – Uma Perspectiva Epistemológica**. Teses da Faculdade Baiana de Direito, v.3. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 399.

inversão legal como hipótese propriamente dita, mas sim um caso de exceção à regra geral. O autor afirma que o legislador quando firma a presunção, distribui aprioristicamente de forma diversa o ônus da prova, o que constitui exceção normativa à regra genérica:

Essa distinção não é inútil, como pode parecer aos menos avisados. Muito pelo contrário. É relevante porque, não sendo o caso de inversão, mas de *exceção à regra geral*, o juiz não está obrigado a declarar a inversão em decisão fundamentada antes da instrução da causa. Trata-se, aqui, de típica *regra de julgamento* a se aplicar na sentença, consideradas, obviamente, as provas eventualmente produzidas quando a presunção é apenas *relativa* (ou *iuris tantum*).

O instituto da inversão *ope iudicis*, por sua vez, encontra-se disposto no art. 6º, VIII do CDC<sup>150</sup>.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Essa é a inversão judicial do ônus da prova porque ela é feita pelo juiz, de maneira fundamentada, como garantia do princípio da igualdade material entre consumidor e fornecedor, quando presentes os requisitos formais, para evitar o *non liquet*, de modo que o magistrado deverá sempre levar em consideração as peculiaridades do caso concreto.

Constatando-se que a regra de distribuição estática não se mostrou suficiente para resolver as controvérsias na defesa dos interesses do consumidor, tem esse art. 6º, VIII do CDC uma grande importância, na medida que flexibiliza as regras de distribuição do ônus, possibilitando ao juiz invertê-lo quando encontrar no processo os requisitos da verossimilhança da alegação ou da hipossuficiência do consumidor.

Essa inversão do ônus da prova presente no inciso VIII do art. 6º do CDC não acontece de forma automática por se tratar pura e simplesmente de uma demanda consumerista, de modo que fica condicionada a ocorrência de verossimilhança das alegações contidas na inicial e a existência de hipossuficiência do consumidor, de modo que essa inversão do ônus da prova ficará condicionada, na realidade, ao juízo

---

<sup>150</sup> BRASIL. **Código de Defesa do consumidor, lei 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 21.maio.2016.



do magistrado, ao seu convencimento pessoal<sup>151</sup>.

Percebe-se que o magistrado só poderá inverter o ônus da prova nos litígios relacionados as relações de consumo, quando ele presumir verdadeiras as alegações do consumidor impondo dessa forma ao fornecedor o encargo de prova contrária, ou quando for constatada a hipossuficiência desse consumidor<sup>152</sup>.

Salienta Scarpinella<sup>153</sup> que a inversão deverá ser sempre previamente comunicada as partes para que elas possam desincumbir-se do seu ônus, a fim de se garantir a efetivação de um processo civil constitucional, com o atendimento ao princípio do contraditório.

Esse também é o entendimento de Roberto Dórea Pessoa<sup>154</sup>, o qual defende que a inversão do ônus da prova deverá ser promovida antes da fase instrutória, de modo a propiciar à parte onerada a oportunidade de se desincumbir do encargo.

Pelo tudo exposto, conclui-se que o CDC vale-se da regra geral de distribuição do ônus da prova prevista no *caput* do art. 373 do CPC/2015, existindo possibilidade do juiz inverter esse ônus (*inversão ope judicis*), quando presentes a hipossuficiência e verossimilhança das alegações.

### 3.5.1 Inversão do ônus da prova no processo do trabalho

A CLT não prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova, tendo como único artigo que trata sobre ônus da prova o art. 818, já citado.

Não obstante, no processo do trabalho, tem grande pertinência a regra de inversão do ônus da prova, pois, muitas vezes o estado de hipossuficiência do empregado

---

<sup>151</sup> FRIEDRICH, Izabella Naccaratti André. **A aplicação da Teoria da Carga Dinâmica das provas no Processo Civil Brasileiro**. 2013. Artigo Científico. Orientadores: Mônica Areal, Néli Luiza C. Fetzner, Nelson C. Tavares Junior, Guilherme Sandoval, e Rafael Iorio. (Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*) - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

<sup>152</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. JusPodivm: Salvador, 2015, p. 129.

<sup>153</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: procedimento comum: ordinário e sumário, 2: tomo I**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 248.

<sup>154</sup> PESSOA, Roberto Dórea. **Aplicação da Teoria das “Cargas Probatórias Dinâmicas” nas Lides de Acidente de Trabalho – Uma Perspectiva Epistemológica**. Teses da Faculdade Baiana de Direito, v.3. Salvador, 2011, p. 399.

reclamante o impede de produzir comprovação de suas alegações em juízo, ou essa prova se torna excessivamente onerosa, podendo inviabilizar a efetividade do próprio direito postulado.<sup>155</sup>

Nesse contexto, aplica-se perfeitamente ao Processo do Trabalho a regra de inversão do ônus da prova constante no código de defesa do consumidor, em razão da omissão da CLT e da compatibilidade com os princípios que regem o processo do trabalho, máxime do princípio do acesso ao trabalhador a justiça.<sup>156</sup>

Ainda assim, há expressivo debate acadêmico sobre a conveniência e a oportunidade de ser invertido o ônus da prova em alguns casos, em que o peso se mostra particularmente excessivo para um lado e relativamente suave para o outro lado. Em geral, as hipóteses dizem respeito à maior facilidade da produção da prova documental, que se encontra em poder de uma das partes, a qual, em tese, não era detentora do ônus primário da produção daquela prova.<sup>157</sup>

Ao se atribuir a outra parte o ônus da prova, o objetivo não é prejudicá-la ou colocá-la numa situação capciosa, mas, ao revés, agilizar a entrega da prestação jurisdicional, com maior qualidade e menor número de incidentes. Pode até ser que a parte contrária conseguisse chegar aos mesmos resultados constantes dos documentos, mas a um custo operacional muito maior, com qualidade mais baixa e com chances reais de fracasso na produção das provas paralelas.<sup>158</sup>

É inegável, portanto, a insuficiência do art. 818 em estabelecer as regras de distribuição do ônus da prova no Processo do Trabalho, sendo necessário uma utilização subsidiária tanto do Código de Processo Civil, tanto do Código de Defesa do Consumidor, por força do art. 769 da CLT.

Não há como negar o caráter aberto do sistema processual trabalhista e com expressa previsão de possibilidade de integração com outros sistemas, como aponta o art. 769

---

<sup>155</sup> SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 10. Ed. De acordo com o Novo CPC. São Paulo: LTr, 2016.p.689

<sup>156</sup> *Ibidem*, p.689

<sup>157</sup> SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho Aplicado**.2 Ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2015.p.161

<sup>158</sup> *Ibidem* , p.162.

da CLT<sup>159</sup>: “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”.

Bezerra Leite<sup>160</sup> propõe uma interpretação evolutiva do art. 769 da CLT. Ao seu ver, quando a norma do processo trabalhista apresentar manifesto envelhecimento que, na prática, impeça ou dificulte a prestação jurisdicional justa e efetiva deste processo especializado, seria permitida, então, uma aplicação subsidiária do CPC para além das hipóteses tradicionais de lacuna normativa do processo do trabalho.

Salienta José Roberto dos Santos Bedaque<sup>161</sup> que: “a efetividade da tutela jurisdicional depende muito da sensibilidade do jurista, principalmente do estudioso do direito processual, que deve criar soluções visando a tornar o instrumento adequado à realidade social a que ele será aplicado”.

Um dos argumentos utilizados é o de que a hipossuficiência do consumidor, que autoriza esse tratamento diferenciado, é semelhante a hipossuficiência do trabalhador, pois presume-se que esse é economicamente dependente, já que necessita do emprego para a sobrevivência sua e de sua família, ficando explícita a manifesta situação de desigualdade econômica e jurídica entre empregado e empregador<sup>162</sup>:

A inversão do ônus da prova surge, pois, como meio de afastar essa regra genérica que, na relação jurídica em tela, traria apenas desigualdade entre as partes em razão da disparidade entre trabalhador e empregador, sendo que o citado tratamento diferenciado deriva, inclusive, do próprio princípio da igualdade.

Tanto a regra sobre o ônus da prova prevista na Consolidação Trabalhista, quanto a regra geral prevista no Novo CPC, nem sempre se mostram suficientes para permitir, no caso concreto, um julgamento justo. Isso poderá acontecer em razão da dificuldade que encontra o trabalhador na produção das provas necessárias para comprovar os

---

<sup>159</sup> MANHABUSCO, José Carlos. A Inversão do Ônus da Prova no Novo CPC – Ênfase no Processo do Trabalho – Aspectos Práticos. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso e GOULART, Rodrigo Fortunato (Coord.). **Novo CPC e o Processo do Trabalho**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 134.

<sup>160</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo, LTr, 2013, p. 103.

<sup>161</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos *apud* LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo, LTr, 2013, p. 107.

<sup>162</sup> NOVAES, Isabella Saraceni. A Inversão do Ônus da Prova no Processo do Trabalho. **Revista Fórum Trabalhista**. ano 1. n.3, (nov./dez.2012), Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 136.

fatos por ele alegados. É por isso que a jurisprudência trabalhista mitiga as tais regras para permitir a aplicação do quanto disposto no art. 6º, VIII do CDC em relação a inversão do ônus da prova em algumas hipóteses, como por exemplo a do registro de horário para fins de comprovação de horas extras, conforme Súmula 338 do TST, *in verbis*:

JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA

I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário.

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

III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir.

A condição de hipossuficiência do empregado em relação ao empregador, podendo ser tanto econômica quanto jurídica (já que é reduzida a capacidade do trabalhador de produzir provas de suas alegações) é que permite a aplicação na seara trabalhista do princípio da inversão do ônus da prova.<sup>163</sup>

Em resumo, o estado de hipossuficiência do empregado reclamante o impossibilita de comprovar suas alegações, tornando-se a prova excessivamente onerosa. Desse modo, mesmo não havendo na CLT previsão expressa admitindo a aplicação da inversão do ônus da prova no processo do trabalho, aplica-se esse instituto em razão da omissão da CLT, já que há apenas um dispositivo simplório que trata sobre as regras de distribuição, e em razão também da compatibilidade entre os princípios desses dois ramos do direito.<sup>164</sup>

A técnica de inversão do ônus da prova pode ser considerada como sendo uma peculiaridade do processo do trabalho, isso porque, o direito processual pode servir de instrumento ao processo do trabalho a fim de integrar o sistema. A inversão é meio para se obter a igualdade de condições entre as partes, já que é inspirada em

<sup>163</sup> ROMAR, Carla Teresa Martins. Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Direito Processual do Trabalho. *In*: JOBIM, Marco Félix e FERREIRA, William Santos (Coord.). **Direito Probatório**. V.5. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1010.

<sup>164</sup> BALDINI, Renato Ornellas. **Distribuição dinâmica do ônus da prova no direito processual do trabalho**. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: USP, 2013, p.73.

princípios de interesse social.<sup>165</sup>

Por fim, importante chamar atenção para o fato de que tal técnica possui caráter excepcional e supletivo, somente podendo ser aplicada após uma análise criteriosa do caso concreto.

### **3.5.2 Diferença entre Inversão do ônus da prova e distribuição dinâmica do ônus da prova**

A teoria da carga dinâmica do ônus da prova não se confunde com técnica de inversão do ônus da prova.

Nesse sentido, não pode o instituto da inversão do ônus da prova ser caracterizado como uma forma de adoção da teoria dinâmica, isso porque, essa teoria seria complementar à regra geral do *caput* do art. 373, enquanto que a própria regra geral é que serviria como complemento para a inversão do ônus da prova nas demandas consumeristas, de modo que deverá o juiz analisar, em primeiro lugar, se seria aplicada a regra do art. 6º, VIII, do CDC e apenas se não couber, tendo em vista o não cumprimento dos requisitos, poderá aplicar a regra prevista no *caput* do referido artigo.<sup>166</sup>

Enquanto o CPC prevê a possibilidade de distribuição do ônus da prova independentemente das partes do processo, o CDC também o faz para as causas de consumo, porém sempre em favor do consumidor. Ou seja, não faz o CPC nenhuma distinção, podendo ser tanto o autor quanto o réu o beneficiário da inversão, desde que preenchidos os pressupostos.<sup>167</sup>

Em outras palavras, a inversão do ônus da prova é estipulada com base em critérios

---

<sup>165</sup> MANHABUSCO, José Carlos. A Inversão do Ônus da Prova no Novo CPC – Ênfase no Processo do Trabalho – Aspectos Práticos. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso e GOULART, Rodrigo Fortunato (Coord.). **Novo CPC e o Processo do Trabalho**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 134.

<sup>166</sup> LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; FANECO, Lívia Carvalho da Silva. Inversão do Ônus Da Prova no CDC e a Inversão Procedimental no Projeto de Novo CPC: Distinção entre Institutos afins. **Revista de Direito do Consumidor**.ano 23.n.91.(jan./fev.).São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais LTDA, 2014. p. 329.

<sup>167</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. JusPodivm: Salvador, 2015, p. 123, *et seq.*

objetivos: quando houver verossimilhança da alegação do consumidor, ou quando houver hipossuficiência técnica ou econômica do consumidor. A presença dos requisitos legais é imprescindível para a inversão do ônus pelo juiz. Já para a teoria da carga dinâmica os critérios para a flexibilização do ônus são subjetivos e além de ser irrelevante perquirir acerca da relação material de fundo, a dinamização pode-se operar em favor de ambas as partes, independente da qualidade de cada uma.<sup>168</sup>

Ademais, na visão de Fredie Didier Jr.<sup>169</sup>, são três os pressupostos formais exigidos para que haja a distribuição dinâmica do ônus da prova pelo magistrado: (1) exigência de motivação para as decisões; (2) não implicância em prova diabólica reversa, ou seja, não implicar encargo excessivo à parte que passou a ter o ônus; (3) e a redistribuição do ônus ocorrer antes de se proferida a decisão, de modo a possibilitar à parte se desincumbir do novo encargo, não sendo possível, dessa forma, a inversão judicial do ônus da prova feita na sentença.

Em síntese, os fundamentos e a forma de operacionalização dos quais mecanismos processuais são distintos. Enquanto a inversão do ônus da prova ocorre em virtude do direito material envolvido, a dinamização do encargo probatório tem escopo nas garantias constitucionais, na colaboração processual e na impossibilidade de creditar-se a uma parte o ônus de carregar aos autos a uma *probatio diabolica*.

---

<sup>168</sup> RODRIGUES, Daniel calnago e MONTEIRO NETO, João Pereira Monteiro. Reflexões sobre a distribuição dinâmica do ônus probatório. In: DIDIER JR. Fredie (coord.) **Provas**. Salvador: JusPodivm. 2016.p. 528

<sup>169</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. JusPodivm: Salvador, 2015, p. 123, *et seq.*

#### 4 APLICAÇÃO DA TEORIA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO.

No modelo atual de Estado Democrático de Direito, os sistemas processuais devem atuar de maneira a tentar alcançar a justiça das decisões judiciais e uma maior eficácia dessas decisões. A distribuição dinâmica do ônus da prova se revela importante para se atingir esse objetivo, já que ela possibilita o equilíbrio processual entre as partes, atingido pela redução das diferenças existentes entre elas no que tange a capacidade de produção de provas.

Isso porque, na referida teoria, os encargos processuais não serão previamente arbitrados, como acontece na regra clássica de distribuição. Aqui, a lei delega ao juiz para que ele determine o ônus probatório, devendo analisar qual parte possui melhores condições de produzir prova de suas alegações, independentemente da posição que ela ocupa na relação ou da natureza dos fatos alegados.<sup>170</sup>

A referida teoria se torna importante ao passo que ela contribui para evitar a ocorrência de situações em que, por exemplo, uma decisão favorável dada a uma das partes não tenha sido fruto da impossibilidade de produção de prova da outra parte, de acordo com a regra estática de produção probatória.<sup>171</sup>

Nesse contexto, a sua aplicação é essencial no Processo do Trabalho, principalmente porque na seara trabalhista existe uma grande diferença entre empregado e empregador no que se refere a produção probatória, de modo que acabam existindo situações em que somente será possível essa produção por meio do empregador, que, via de regra, não possui tanto interesse assim na produção.<sup>172</sup>

Diante de todo exposto, faz-se necessário passarmos para a análise dos fundamentos da teoria dinâmica, bem como para os seus critérios de aplicação, momento de aplicação, limites e adequação ao âmbito trabalhista, o que será tratado nos tópicos

---

<sup>170</sup> BALDINI, Renato Ornellas. **Distribuição dinâmica do ônus da prova no direito processual do trabalho**. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo, USP, 2013, p. 89.

<sup>171</sup> ROMAR, Carla Teresa Martins. **Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Direito Processual do Trabalho**. In: JOBIM, Marco Félix e FERREIRA, William Santos (Coord.). **Direito Probatório**. V.5. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1013.

<sup>172</sup> OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. **Distribuição do Ônus da Prova no Processo do Trabalho e o Novo Código de Processo Civil**. In: MARTINS, Sérgio Pinto (Coord.). **O Novo CPC e o Processo do Trabalho - Estudos em homenagem ao Ministro Waldir Oliveira da Costa**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 301.

a seguir.

#### 4.1 TEORIA ESTÁTICA X TEORIA DINÂMICA

Como esclarecido em capítulo próprio, a distribuição legal do ônus da prova, chamada também de distribuição estática, é uma distribuição feita previamente pelo legislador, onde este abstratamente determina de quem será o encargo de produzir determinada prova.

A teoria estática estabelece critérios para a divisão prévia do encargo probatório, considerando a posição das partes que podem ser : autor e réu e a natureza do fato controverso dispendo sobre os : constitutivos, impeditivos, extintivos ou modificativos.

No caso da teoria estática ,a mesma fornece estabilidade e segurança jurídica ao processo, mas não se mostra suficiente para resolver todos os conflitos processuais existentes. Além disso, o critério estático prende o Juiz ao formalismo das provas e o impede de fazer uma análise subjetiva à luz do caso concreto.

Ademais, tal distribuição considera apenas o interesse em provar o fato, como se os litigantes possuíssem plenas condições de produzirem provas daquilo que lhes foram incumbidos, não se atentando para a posição da parte na causa ou mesmo a natureza dos fatores em que funda a pretensão.

Já a teoria dinâmica do ônus da prova trata-se, na verdade, de uma exceção à regra geral adotada pelo sistema probatório. Isso porque, de acordo com os ensinamentos do autor Peyrano, responsável pelo desenvolvimento da referida teoria, a aplicação da mesma não afasta a incidência da regra clássica, visto o seu caráter residual e dependente da existência das condições necessárias para autorizar sua adoção no caso concreto.

Desta feita, a teoria dinâmica não se baseia na posição que a parte adota no processo ou mesmo na natureza do fato alegado. O que interessa aqui é saber qual das partes possui melhores condições de obter a prova, com o objetivo de estabelecer um equilíbrio processual a fim de se alcançar a verdade dos fatos da maneira mais justa



possível.<sup>173</sup>

Assim, do mesmo modo que é importante o estudo dos fundamentos de aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho, também se faz importante o estudo dos critérios para a sua aplicação, isso porque, como não é uma regra que visa substituir a teoria geral prevista no *caput* no art. 373 do CPC/2015, ela só poderá incidir em alguns casos concretos e específicos, quando se verificar, por exemplo, que a parte contrária daquela que originariamente tinha o ônus de comprovar suas alegações possuir melhores condições técnicas, materiais, financeiras de produzir a prova, isto porque, a distribuição dinâmica dos encargos probatórios funciona como um instrumento de aperfeiçoamento da disciplina legal de distribuição do ônus probatório.

Ante o exposto, ambas as técnicas (estática e dinâmica) subsistem no sistema processual, contudo, a distribuição dinâmica se mostra subsidiária e excepcional.

Por se tratar de uma medida subsidiária, mas ao mesmo tempo extremamente efetiva, cabe agora elencar os fundamentos para aplicação da teoria estudada e defendida no presente trabalho.

#### 4.2 FUNDAMENTOS PARA APLICAÇÃO

Os encargos probatórios jamais devem ser tão pesados para uma das partes ou até mesmo impossíveis de serem cumpridos por umas delas. O ônus é cumprido quando se chega ao convencimento do juiz, convencimento este que deve se dá de forma razoável, ou seja, sem extremos.

Assim, o principal critério para aplicação da fundamentada teoria é facilitar a produção da prova e o melhor deslinde do feito, contribuindo para o alcance de uma tutela jurisdicional mais efetiva do direito lesado ou ameaçado de lesão.

Desta feita, um dos critérios que justificam a aplicação dessa vertente no caso concreto é a dificuldade ou a impossibilidade de o litigante a quem, pelas regras de

---

<sup>173</sup> ROMAR, Carla Teresa Martins. Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Direito Processual do Trabalho. In: JOBIM, Marco Félix e FERREIRA, William Santos (Coord.). **Direito Probatório**. V.5. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1012.

repartição clássicas seria dono do encargo de produzir a prova. A dificuldade ou impossibilidade de cumprimento do encargo probatório pode se dá por diversas razões tais como: econômica, social, cultural, acesso, informação, hierárquica, técnica.

Diante do aspecto supra, vale ressaltar que a dificuldade ou impossibilidade de produção probatória por parte de um litigante deve encontrar, necessariamente, contrapartida na maior facilidade ou na melhor condição do outro litigante para sua realização. Deve estar o litigante em condições reais de trazer aos autos a prova do fato controvertido. A maior facilidade na produção não se confunde com a maior comodidade de um dos litigantes para cumprimento do encargo em relação ao outro.<sup>174</sup>

Os parâmetros racionalmente possíveis da prova suficiente encontram-se na teoria dinâmica do ônus da prova

Analisando sob a ótica dos direitos trabalhistas, considerando a sua natureza de direito fundamental, as normas processuais trabalhistas que regulam a distribuição do ônus da prova não poderão ser interpretadas sem a observância dos princípios constitucionais, sob pena de restringir o direito fundamental à prova. Assim, se faz necessária, a conformação das regras da distribuição dinâmica do ônus da prova com o escopo de resguardar às garantias constitucionais.

Dito isso, defende-se, que o encargo probatório não poderá ser atribuído à parte que possui excessiva dificuldade em produzi-la, sob pena de tornar a produção da prova um ônus excessivo, em regra, para a parte mais frágil da relação processual.

Por essa razão, é correta aplicação da dinamização da carga probatória no processo do trabalho, em prol da efetivação do acesso à ordem jurídica justa quando a distribuição estática tornar a prova diabólica.<sup>175</sup>

Para fundamentar a alteração da distribuição do ônus probatório, pode-se, também, recorrer a argumentos que conduzem ao escopo maior de assegurar a justiça da decisão. Podemos mencionar a visão “solidarista” do encargo probatório, ao passo

---

<sup>174</sup> CREMASCO, Suzana Santi. **A distribuição do ônus da prova**. Rio de Janeiro: GZ.2009, p.87

<sup>175</sup> PESSOA, Roberto Dórea. **Aplicação da Teoria das “Cargas Probatórias Dinâmicas” nas Lides de Acidente de Trabalho – Uma Perspectiva Epistemológica**. Teses da Faculdade Baiana de Direito, v.3. Salvador, 2011, p. 394.

que entende que as partes (qualquer uma delas) não poderia aguardar o adversário conseguir ou não produzir a prova para somente depois tomar alguma iniciativa. Deve-se invocar o dever de cooperação para que ambas as partes se esforcem para trazer ao processo, dentro do que for possível, todas as provas relevantes para o julgamento da causa.<sup>176</sup>

Ademais, podemos dizer ainda que a dinamização do ônus da prova tem como fundamento, além de todos aqueles princípios gerais aplicáveis à teoria geral da prova, também os princípios do direito fundamental à prova, da igualdade material no processo, paridade de armas, cooperação que serão tratados nos tópicos seguintes.

#### **4.2.1 Princípio do Interesse X Princípio da aptidão das provas**

A distribuição estática do ônus da prova baseia-se no princípio do interesse, o qual impõe o ônus aquele que se beneficiará com o reconhecimento do fato a ser provado.

A distribuição do ônus prevista no art. 373 *caput*, do CPC dirige-se aquele que se beneficia desse reconhecimento. Essa fórmula coloca adequadamente o tema do *ônus probandi* no quadro do interesse como mola propulsora da efetiva participação dos litigantes, segundo o empenho de cada um em obter a vitória. O princípio do interesse é que leva a lei a distribuir o ônus da prova pelo modo que está no mencionado artigo, porque o reconhecimento dos fatos constitutivos aproveitará o autor e o dos demais, ao réu; sem provas daqueles, a demanda inicial é julgada improcedente e, sem prova dos fatos impeditivos, modificativos os extintivos, provavelmente a defesa do réu não obterá sucesso.<sup>177</sup>

Já a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova não considera, para a alicerçar os encargos probatórios, a posição ocupada pelas partes no processo ou a natureza do fato que deverá ser objeto da prova.

A presente teoria mira na facilidade e a acessibilidade do litigante à prova, de forma a

---

<sup>176</sup> YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Provas**, 2ª ed., Salvador: JusPodvm, 2016, p. 571.

<sup>177</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil: volume III**. São Paulo, Malheiros, 2009, p.72

possibilitar que ela seja efetivamente produzida no autos e contribua para o esclarecimento dos fatos controvertidos e o alcance de uma solução justa para o litígio.

Desta feita, conclui-se que a teoria da distribuição da prova baseia-se no princípio da aptidão da prova. Tal princípio elucida que o juiz, deve atribuir, em cada caso concreto, o ônus da prova à parte que apresentar melhor aptidão para a prova, ou seja, melhores condições de produzi-la em juízo.<sup>178</sup>

Parte-se do pressuposto de quem deve provar é quem tem melhores condições para comprovar cada um dos fatos controvertidos, impondo-lhe ônus respectivo e, por consequência, riscos do seu eventual descumprimento.

Sob tal ângulo, não se deve estabelecer regras rígidas de distribuição do ônus de provar, sob pena de incorrer em injustiças, pois em certas situações pode ocorrer que a parte detentora do ônus subjetivo não tenha condições de desvencilhar-se dele, o que pode inviabilizar a produção da prova.

Desta feita, nem sempre há coincidência em quem tem o ônus de produzir a prova diante da regra estática e a parte que tem melhores condições de produzi-la. Daí a importância de voltar-se para a parte que tem acesso a prova com mais facilidade a, ou seja, maior aptidão para produção da mesma.

#### **4.2.2 Princípio do direito fundamental à prova**

O princípio do direito fundamental à prova, é na verdade elemento essencial para a formação de um processo justo, pois possibilita as partes produzirem todos os meios legais e legítimos de prova, até mesmo aqueles não especificados pelo Código de Processo Civil, a fim de possibilitar a comprovação dos fatos alegados e de auxiliar na formação da convicção do magistrado.<sup>179</sup>

Tal direito é inerente ao processo, de modo que a fase de instrução constitui etapa

---

<sup>178</sup> SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho: De acordo com o Novo CPC**. 10. Ed.. São Paulo: LTr, 2016, p.674.

<sup>179</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil**, v.1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 507.

fundamental para formação da convicção do magistrado, pois só será admitida a decisão da demanda se o juiz estiver amparado pelos elementos de convicção constantes nos autos.<sup>180</sup>

É fundamental a participação das partes na formação da decisão, já que elas serão atingidas pelos seus efeitos. Sem a efetividade do direito de defesa, portanto, o exercício do poder jurisdicional estaria comprometido. Nessa perspectiva, não há como deixar de perceber que o direito de defesa poderá influir diretamente sobre o convencimento do juiz. A prova seria inerente ao próprio direito ao processo, utilizada como expressão do princípio do acesso à ordem jurídica justa, até porque a formação adequada do juízo de fato depende do acesso à tutela jurisdicional efetiva.<sup>181</sup>

A adequada distribuição do ônus da prova no processo compõe o perfil constitucional do direito fundamental à prova. Isso porque, como um autêntico direito fundamental, o direito à prova determina que o encargo probatório recaia sobre aquela parte que possui melhores condições de produzir a prova, independentemente da sua posição no processo ou da natureza do fato por ela alegado. Por isso é que se é permitido ao julgador distribuir dinamicamente esse ônus probatório, desde que em decisão fundamentada é permitindo aos sujeitos o exercício do contraditório:

As normas sobre o ônus da prova possuem dupla função: em primeiro lugar, são regras de instrução, na medida em que visam a informar as partes quem suporta o risco de ausência de esclarecimento das alegações de fato no processo. Em segundo lugar, são regras de julgamento, já que visam a possibilitar ao juiz decidir quando em estado de dúvida quanto à veracidade das alegações fáticas.<sup>182</sup>

Sendo reconhecido o direito fundamental à prova, em decorrência da sua natureza constitucional, as normas processuais não poderão ser aplicadas de modo a inviabilizar o seu exercício, sob pena de se configurar uma inconstitucionalidade. “Assim, as regras processuais devem ser adequadas ao postulado constitucional do

---

<sup>180</sup> THAMAY, Rennan Faria Kruger; RODRIGUES, Rafael Ribeiro. Primeiras Impressões sobre o Direito Probatório no CPC/2015. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Provas**, 2ª ed., Salvador: JusPodvm, 2016, p. 236 *et seq.*

<sup>181</sup>BALDINI, Renato Ornellas. **Distribuição dinâmica do ônus da prova no direito processual do trabalho**. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo, USP, 2013, p.100.

<sup>182</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil**, v.1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 509.

direito à prova".<sup>183</sup>

Desse modo, as regras processuais que regulam a distribuição do ônus da prova não poderão ser aplicadas de modo a violar esse direito fundamental, por isso até que esse ônus não poderá recair sobre aquela parte que não possui condições de se desincumbir dele.

Nas lições de Cândido Rangel Dinamarco<sup>184</sup>, direito à prova é a possibilidade que as partes possuem de demonstrarem no processo a veracidade dos fatos relevantes para o julgamento da causa, oportunidade essa oferecida pela própria Constituição Federal e pela lei, que garante a liberdade de acesso às fontes e meios de provas sem restrições que descaracterizem o justo processo.

Podemos afirmar ainda que esse direito fundamental está intimamente relacionado à prestação efetiva da tutela jurisdicional, já que deve auxiliar o juiz a produzir decisões sustentáveis e conforme o direito, assegurando a produção de todas as provas cabíveis e necessárias para influenciar na decisão do juiz.<sup>185</sup>

Nesse sentido, como sendo o direito à prova um direito fundamental relacionado à prestação justa da tutela jurisdicional, para que ele seja efetivamente assegurado, entende-se que deverá consubstanciar uma relação entre prova e verdade, bem como uma adequada distribuição do ônus da prova, admitindo não só que as partes lancem mão dos meios de provas necessários como assegurando um juízo de admissibilidade sempre motivado e valorado pelo julgador.<sup>186</sup>

Com efeito, a distribuição dinâmica do encargo probatório apenas poderá ser atribuída àquela parte que detenha as condições de produção da prova, pois caso a parte onerada pela dinamização não possua tais condições, estará configurada o que a doutrina costuma chamar de prova diabólica.

Dessa forma, não basta apenas o sujeito não ter condições de produzir provas

---

<sup>183</sup> BALDINI, Renato Ornellas. **Distribuição dinâmica do ônus da prova no direito processual do trabalho**. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo, USP, 2013, p.102.

<sup>184</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil: volume III**. São Paulo, Malheiros, 2009 p. 46.

<sup>185</sup> CALDAS, Adriano Ribeiro e JOBIM, Marco Félix. A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Sistema Processual Brasileiro e o Projeto de Novo Código de Processo Civil. **Revista AJURIS**, v.42, n.137, 2015, p. 17. Disponível em:

<<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/375>>. Acesso em: 27.out.2016.

<sup>186</sup> *Ibidem*, p.19. Disponível em:

<<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/375>>. Acesso em: 27.2016.

relevantes à demonstração de suas alegações, ao passo que é fundamental a parte adversa possuir tais condições, sob pena de configurar prova diabólica, o que é vedado pelo sistema processual. É necessário, então, estar configurado o binômio: excessiva dificuldade do empregado na produção da prova e maior facilidade na produção pelo empregador.

#### **4.2.3 Princípio da igualdade material no processo**

Como já exaustivamente mencionado, os critérios que justificam a aplicação da vertente ora estudada no caso concreto é a dificuldade ou a impossibilidade de o litigante a quem, pelas regras de repartição teria o encargo de produzir a prova.

Ocorre que, a dificuldade mencionada deve ser observada de ambos os lados, ou seja, não pode transferir o encargo de uma parte que tem uma dificuldade ou impossibilidade na produção e transferir para outra que tenha as mesmas ou outras dificuldades e que ao final resulte na impossibilidade de produção da prova da mesma forma, infringindo o princípio da igualdade entre as partes ao beneficiar uma em detrimento da outra, sem qualquer justificativa plausível.

O Princípio da igualdade material do processo é um princípio basilar do Estado Moderno, que não deve ser visto somente pelo prisma da aplicação, pois não significa que os indivíduos devem ser tratados de maneira idêntica. Seria absurdo impor a todos eles as mesmas obrigações ou lhes conferir os mesmos direitos.

Nessa diapasão, cabe informar que o princípio da igualdade envolve uma igualdade formal e uma igualdade material. Enquanto a igualdade formal abrange a criação do direito, podendo significar tanto a igualdade na lei – inexistência de distinções nas normas não autorizadas pela Constituição Federal – quanto a igualdade perante a lei – dirigida aos aplicadores do direito, no qual devem aplicar igualmente a lei sem criar critérios que provoquem tratamento seletivo, a igualdade material ou substancial não exige que todos sejam tratados exatamente da mesma forma ou que todos devam ser iguais em todos os aspectos, nesse ponto, o conceito substancial está atrelado a efetiva erradicação da desigualdade entre os homens. Significa, portanto, tratamento idêntico a todos, mas com a concessão de oportunidades que ensejam uma devida

equalização.<sup>187</sup>

Devido a sua natureza constitucional, o princípio da igualdade abrange todo o ordenamento jurídico, sobretudo o direito processual. Desse modo, deverão também as normas processuais serem interpretadas e aplicadas de acordo com o referido preceito fundamental, cabendo ao julgador se utilizar de mecanismos processuais que reduzam as diferenças existentes entre as partes, buscando um equilíbrio entre elas, sob pena de inviabilizar o próprio exercício do direito fundamental de acesso à justiça.<sup>188</sup>

É por isso que, em determinadas situações, a regra estática de distribuição do ônus probatório viola o princípio da igualdade material no processo, e acaba por inviabilizar uma prestação adequada da tutela jurisdicional. Isso porque, como já mencionado no presente trabalho, poderá essa regra atribuir o ônus da prova aquela parte que não possui condições adequadas de produzir prova que lhe favoreça, ao passo que a regra dinâmica de distribuição do encargo probatório traz justamente a correção dessas distorções, estabelecendo uma paridade de armas entre os sujeitos processuais, apresentando como fundamento o princípio da igualdade material no processo.

Segundo Fredie Didier Junior<sup>189</sup>, a distribuição dinâmica do ônus da prova - regra excepcional que ocorre se preenchido alguns pressupostos - é técnica de consagração do princípio da igualdade, previsto no art. 5º da Constituição federal, que visa um equilíbrio entre as partes, estabelecendo o ônus da prova para aquela parte que possuir maiores condições de suportá-lo.

Apesar do princípio da igualdade previsto na Constituição Federal ter sido mencionado apenas em seu sentido formal, vale dizer que é preciso dar uma interpretação ampla a essa norma à luz dos princípios constitucionais fundamentais, dentre eles o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, a igualdade consagrada na teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova é na verdade uma igualdade material, que

---

<sup>187</sup> SOUZA, Déborah Barreto de. **Ética constitucional e o justo em Paul Ricoeur: A aplicação da concepção de igualdade material como reflexo do conceito e da visão do Estado na Constituição Federal de 1988.** Repositório Institucional UFBA. Disponível em: <[https://www.repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15280/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o\\_UFBA\\_Deborah\\_BarretodeSouza.pdf](https://www.repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15280/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o_UFBA_Deborah_BarretodeSouza.pdf)>. Acesso em: 27.out.2016.

<sup>188</sup> BALDINI, Renato Ornellas. **Distribuição dinâmica do ônus da prova no direito processual do trabalho.** Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo, USP, 2013, p.104.

<sup>189</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória.** JusPodivm: Salvador, 2015, p. 123.



consiste em uma discriminação legítima.

Nos termos da Teoria de Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, a preocupação em atribuir o ônus recai sobre cada processo, especificamente, quando posto a julgamento pelo Poder Judiciário. A avaliação é feita casuisticamente, impondo o ônus da prova àquela parte que possui melhores condições de produzi-la, independentemente da posição que ela ocupe na demanda (seja no polo ativo ou passivo da relação).

A referida Teoria Dinâmica possui uma fundamentação eminentemente Constitucional, ao passo que se mostra como um meio de concretização dos princípios processuais constitucionais de acesso à justiça, ampla defesa e contraditório, bem como do devido processo legal.

Nesses termos, se o ônus da prova incumbido a parte se der de uma forma a qual seja impossível ela se desincumbir, se mostrando de fato como verdadeira prova diabólica, estará, na realidade, negando-lhe o acesso à tutela jurisdicional. E sendo reconhecido o direito fundamental a prova como sendo um direito constitucional, é vedada a interpretação e aplicação das normas processuais infraconstitucionais de modo a inviabilizar o exercício do direito probatório.

A distribuição do ônus da prova deve ser analisada exatamente nesse contexto, não podendo a lei processual atribuir carga probatória a parte que não poderá se desincumbir desse ônus, sob pena de violar preceitos fundamentais. Portanto, entende-se que um dos fundamentos para a aplicação de teoria dinâmica do ônus da prova no direito processual civil brasileiro, seja justamente o princípio constitucional da igualdade material das partes na relação jurídica processual.<sup>190</sup>

Em suma, busca-se com a teoria conceder às partes a paridade de armas no processo, o que significa a aplicação do princípio da igualdade. Ademais, afasta-se da ideia individual e patrimonialista do processo, consolidando uma visão solidária do ônus da prova impondo que as partes colaborem na produção da prova, para que o juiz alcance a verdade ( princípio da cooperação).

---

<sup>190</sup> BALDINI, Renato Ornellas. **Distribuição dinâmica do ônus da prova no direito processual do trabalho**. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo, USP, 2013, p.102.

#### 4.2.4 Princípio da cooperação

Indubitavelmente atualmente o processo deixou de ser visto como um mero instrumento de realização da vontade posta na lei em favor dos litigantes exclusivamente e passou a ser um instrumento de pacificação social apto a realização da justiça.

Nesse contexto, as partes e o estado juiz adquiriram papéis importantes na seara processual. O juiz adquiriu poderes especiais para possibilitar uma atuação mais ativa no procedimento e autor e réu passaram a ser vistos como agentes colaboradores da justiça.

A realidade descrita se funda no fato do processo abarcar o interesse do juiz, das partes e da sociedade, revelando uma cooperação entre os atores envolvidos objetivando uma melhor atuação jurisdicional, atuação esta efetiva quem reflete na pacificação social.

Nesse sentido, vislumbra-se o princípio da cooperação no fato de que a prova apresentada ao processo não é da parte, mas do processo, o que pode inclusive beneficiar a parte contrária e prejudicar a parte que apresentou a prova, como por exemplo uma testemunha indicada pelo autor que confirma a tese do réu.

Desta feita, pouco importa a origem da prova, ou que a produziu, as provas são valoradas em um conjunto unitário.

Cada qual deve agir com probidade e boa fé, posto que o desejo de um provimento jurisdicional adequado é de interesse de todos no processo. Da mesma forma, o magistrado deve conduzir o feito da forma mais clara possível, esclarecendo as dúvidas quanto ao ônus da prova e as implicações do seu cumprimento, estabelecendo um diálogo entre as partes e zelando pelo seu equilíbrio.

Nesse diapasão, a distribuição dinâmica funda-se no princípio da colaboração, na medida em que ao repartir os encargos processuais tendo por base as condições das partes em produzir a prova respectiva, o magistrado coopera com a instrução, pois toca o encargo a quem pode efetivamente fazê-lo, mesmo que, por vezes, culmine

por impor a um litigante que inicialmente não tenha ônus do seu cumprimento.<sup>191</sup>

Em melhores condições de produzir a prova, mesmo sem ter o encargo desde o início, o litigante igualmente coopera para com o processo, porque pode fazer com que a prova venha, de fato, aos autos, contribuindo para a efetividade, justiça e adequação da solução final que será exarada, que poderá até mesmo ser contrária até mesmo aos seus próprios interesses, não obstante condizente com a verdade e, como tal, passível de reestabelecer a ordem e conduzir as partes à pacificação social.

#### 4.2.5 Princípio do Livre convencimento motivado

Ao proferir uma sentença o magistrado deve fundamentar a sua decisão e a fundamentação está diretamente ligada a prova, pois é diante da sua valoração e avaliação que o estado juiz forma as razões do seu convencimento.

Antes de adentrar ao tema propriamente dito é necessário uma retrospectiva sobre os sistemas de valoração da prova.

Historicamente o primeiro sistema de valoração probatória foi o das ordálias, no qual o direito era reconhecido à parte que fosse protegida pelos deuses, o julgador não possuía qualquer poder direto de decisão. Nessa situação, a acusação não era demonstrada por testemunhas, documentos, mas de acordo com as consequências do ato que deveria executar, como por exemplo: pular no rio para saber se era culpado ou não.<sup>192</sup>

Em substituição ao sistema das ordálias surgiu o da prova tarifada, o qual consistia na valoração e hierarquização das provas por meio das normas jurídicas. Aqui não havia espaço para valoração da prova pelo juiz, mas somente a verificação na produção ou não da prova exigida por lei e diante da fixação prévia do valor de cada prova. A motivação da decisão era externalizada como uma estrita aplicação da regra legal posta pelo legislador e não como derivada da atividade intelectual do julgador.

---

<sup>191</sup> CREMASCO, Suzana Santi. **A distribuição do ônus da prova**. Rio de Janeiro: GZ.2009, p.84.

<sup>192</sup> CARDOSO, OSCAR VALENTE. A valoração judicial das provas no novo código de processo civil. In. DIDIER JUNIOR, Fredie. (coord.). **Provas**. Salvador: Juspodivm, 2016.p.390.

193

O aumento da importância do judiciário trouxe o fortalecimento do poder dos juízes no âmbito processual, surgindo o sistema do livre convencimento, no qual o julgador poderia atribuir às provas o valor que entender mais adequado para resolução das controvérsias, sem limitação legal, obrigação de justificar suas opções ou vinculação às provas produzidas no processo. Aqui há a substituição da vontade anterior do legislador pela vontade posterior do juiz.<sup>194</sup>

Por fim, estabelecendo limites ao modelo anterior, surgiu o livre convencimento motivado ou persuasão racional, que confere ao juiz o poder de tarifação das provas, mas impõe como contrapeso o dever de justificar suas escolhas por determinadas provas em detrimento de outras. A partir de então, a decisão judicial deixou de ser um ato de autoridade e passou a ser um ato democrático de autoridade.<sup>195</sup>

Da análise histórica verifica-se que partiu-se de uma total ausência de poder na prova tarifada, para ,posteriormente, um poder livre e irrestrito passível de arbitrariedades e abuso por parte do julgador e por fim resultou num poder amplo, mas com restrições exigindo a motivação para sua correta aplicação, ou seja, há uma liberdade limitada.

Assim, pode-se afirmar que o livre convencimento motivado surgiu de uma evolução, tornando o último sistema o mais razoável e seguro para valoração da prova.

Importante ter em mente que a fundamentação das decisões judiciais é, ao mesmo tempo: um princípio constitucional expresso no artigo 93, IX da CF, que compõe uma norma de caráter geral e abstrato incidente sobre os processos judiciais, e legitima o exercício do poder pelo Judiciário. Um dever, que condiciona a prestação da tutela jurisdicional à explicação das razões do julgado. Um direito, que impede abusos e arbítrios na condução e julgamento dos processos, respeitando-se os direitos materiais e processuais das partes no Estado de direito. E uma garantia, que , no mínimo, promete que a constituição e as normas jurídicas infraconstitucionais serão

---

<sup>193</sup> CARDOSO, OSCAR VALENTE. A valoração judicial das provas no novo código de processo civil. In. DIDIER JUNIOR, Fredie. (coord.). **Provas**. Salvador: Juspodivm, 2016.p.391.

<sup>194</sup> *Ibidem*, p.394

<sup>195</sup> *Ibidem* , p.395

aplicadas, se e quando forem descumpridas.<sup>196</sup>

O principal fundamento do livre convencimento motivado encontra-se, sem dúvidas, no art.93, IX da CF<sup>197</sup>, conforme se depreende da simples leitura do dispositivo:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:  
IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

O CPC de 73 consagrava expressamente no art. 131<sup>198</sup>, na antiga redação: “ O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e as circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o entendimento.

Já o novo CPC gerou polêmica diante da exclusão do termo , livremente, da redação final do seu artigo 371<sup>199</sup>, que agora apenas prevê: “o juiz apreciará a prova constante nos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará a decisão as razões da formação do seu convencimento”.

Em que pese ausência da expressão livre ou livremente no CPC, não significa dizer que o ordenamento pretendeu afastar o livre convencimento motivado no direito processual pátrio.

Isto porque, a razão de existir do princípio do livre convencimento motivado teve sua origem exatamente no fato de libertar os juízes das amarras pós revolução francesa, possibilitando assim decisões mais justas. Além disso, todo o sistema legal deve ser interpretado no seu conjunto e , por conseguinte, sua interpretação e aplicação precisam manter um coerência sistêmica, uma lógica e a luz do art.372 do CPC está

<sup>196</sup>CARDOSO, OSCAR VALENTE. A valoração judicial das provas no novo código de processo civil. In. DIDIER JUNIOR, Fredie. (coord.). **Provas**. Salvador: Juspodivm, 2016, p.409.

<sup>197</sup> BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acessado em: 22 de dezembro de 2016

<sup>198</sup> BRASIL. **Código de Processo Civil, Lei nº 5.869 de 05 de janeiro de 1973**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 23 de dezembro de 2016

<sup>199</sup> BRASIL. **Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 22 de dezembro de 2016.

autorizado ao julgador atribuir a prova emprestada o valor que considera adequado.<sup>200</sup>

Nesse sentido, é a redação do art. 372 do CPC<sup>201</sup>: “O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.”

Admitir a alegada exclusão seria concordar com um retrocesso no sistema, já que a adoção do princípio do livre convencimento motivado revela uma evolução no ordenamento jurídico.

Em sentido convergente, o artigo 489 do CPC<sup>202</sup> enumera um conteúdo mínimo de fundamentação:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Diante da redação supra, conclui-se que não houve uma limitação ao poder para valoração da prova, mas apenas previsão de exigências mínimas em prol da segurança jurídica, posto que é um dever constitucional do magistrado justificar as suas escolhas.

<sup>200</sup> SCHIAVI, **O princípio do livre convencimento motivado e o novo código de processo civil: reflexos no processo do trabalho**. Revista LTR, São Paulo: ano 79 (dez,2015).p.1463

<sup>201</sup> BRASIL, **Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 22 de dezembro de 2016.

<sup>202</sup> BRASIL, **Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 22 de dezembro de 2016.

Assim, a exigência de fundamentação deixa claro que a liberdade que goza o juiz não pode ser interpretada como arbítrio, há um dever de motivar seu raciocínio. O livre convencimento motivado não é um subterfúgio para que o juiz ignore os acontecimentos probatórios, mas ao contrário, as provas apresentadas devem ser consideradas e analisadas. Sua liberdade tem limites.

Defende-se aqui a aplicação do livre convencimento motivado, pois sua adoção faz com que o julgador assuma sua responsabilidade política.

A jurisdição visa resolver conflitos conforme o direito, interpretação das leis, bem como a luz da carta magna e seus princípios, o que se faz necessário a confiança no julgador para decidir conforme pensa e segundo a prova que melhor se amolde ao seu pensamento, desde que diante de uma motivação, uma justificativa.

Nesse contexto, a teoria da carga dinâmica do ônus da prova se complementa com a adoção do livre convencimento motivado, pois permite que o juiz decida com base na prova que melhor solucione o controvérsia instaurada no processo, atribuindo o ônus a quem tem mais aptidão para provar e valorando a prova conforme seu convencimento motivado, o que possibilita uma celeridade ao rito, além de uma decisão mais razoável e justa, sempre afastando o *non liquet* vedado pelo ordenamento pátrio. Definitivamente, possibilita a efetiva prestação jurisdicional.

Ademais, é de suma importância ressaltar que a CLT contempla o mandamento principiológico implicitamente no art. 765 que confere ao juiz ampla liberdade na condução do processo. E no art.832, que determina constarem na sentença a apreciação das provas e os fundamentos da decisão.

Confirma, a afirmação supra, a redação total do Art. 765<sup>203</sup>: “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.”

Assim como a redação do art. 832 da CLT<sup>204</sup>:

---

<sup>203</sup> BRASIL. **Consolidação da Leis do Trabalho**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)>Acesso em:23.dez.2016

<sup>204</sup> BRASIL. **Consolidação da Leis do Trabalho**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)>Acesso em:23.dez.2016

Art. 832 - Da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão.

§ 1º - Quando a decisão concluir pela procedência do pedido, determinará o prazo e as condições para o seu cumprimento.

§ 2º - A decisão mencionará sempre as custas que devam ser pagas pela parte vencida.

§ 3º As decisões cognitivas ou homologatórias deverão sempre indicar a natureza jurídica das parcelas constantes da condenação ou do acordo homologado, inclusive o limite de responsabilidade de cada parte pelo recolhimento da contribuição previdenciária, se for o caso. (Incluído pela Lei nº 10.035, de 2000)

§ 4º A União será intimada das decisões homologatórias de acordos que contenham parcela indenizatória, na forma do art. 20 da Lei nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004, facultada a interposição de recurso relativo aos tributos que lhe forem devidos. (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 2007) (Vigência)

§ 5º Intimada da sentença, a União poderá interpor recurso relativo à discriminação de que trata o § 3º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.457, de 2007) (Vigência)

§ 6º O acordo celebrado após o trânsito em julgado da sentença ou após a elaboração dos cálculos de liquidação de sentença não prejudicará os créditos da União. (Incluído pela Lei nº 11.457, de 2007) (Vigência)

§ 7º O Ministro de Estado da Fazenda poderá, mediante ato fundamentado, dispensar a manifestação da União nas decisões homologatórias de acordos em que o montante da parcela indenizatória envolvida ocasionar perda de escala decorrente da atuação do órgão jurídico.

Por todo exposto, conclui-se que a construção exposta tem plena aplicabilidade no processo do trabalho que, de ordinário, outorga ao juiz do trabalho mais poderes na condução processual do que o código de processo civil transfere para o juiz ordinário. Por conseguinte, a valoração da prova, dentro do princípio do livre convencimento motivado ainda subsiste nos domínios do processo do trabalho.<sup>205</sup>

#### 4.2.6 Meio para afastar a prova diabólica

Como conceituada em tópico próprio, a prova diabólica ou também conhecida como prova impossível é aquela em que a parte, por força de uma lei concebida de forma genérica, acaba se encontrando sem condições de fazer valer o direito material, pois não tem como realizar a prova do fato que alicerça o pedido. Como por exemplo, pode-se pensar num trabalhador que recebe salário clandestino através de depósitos não identificados em conta corrente e se exige dele, justamente, a identificação do

<sup>205</sup> SCHIAVI. O princípio do livre convencimento motivado e o novo código de processo civil: reflexos no processo do trabalho. **Revista LTR**, São Paulo: ano 79 ( dez,2015), p.1463.



depositante.<sup>206</sup>

São situações nas quais as partes são submetidas a um ônus probatório extremamente difícil ou até mesmo impossível. Tal situação pode ocorrer, dentre outros fatores, da repartição apriorística do encargo de provar que, desatenta à situação fática em que se encontra as partes, impõe a demonstração àquela que está em situação desprivilegiada para produzi-la.<sup>207</sup>

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova afasta a prova diabólica na medida em que foca na facilidade e a acessibilidade do litigante à prova, de forma a possibilitar que ela seja efetivamente produzida no autos e contribua para o esclarecimento dos fatos controvertidos e o alcance de uma solução justa para o litígio.

Afastando mais ainda a impossibilidade da prova, a teoria estudada está sempre atenta ao caso concreto no qual se encontram as partes, para que a luz deste identifique qual das partes tem a excessiva dificuldade probatória e quem possui a maior facilidade na sua produção.

Importante ter em mente, que a imposição de *probatio diabólica* a uma parte está aliada à perspectiva de hipossuficiência em razão das peculiaridades que cercam o feito, o que jamais poderá ser aferido previamente pelo legislador.<sup>208</sup>

Pelo motivo supra, que por vezes a distribuição estática do ônus da prova pode resultar na impossibilidade de produção da prova, posto que embora confira segurança jurídica, a distribuição inerte não se mostra suficiente para resolver todos os conflitos processuais existentes. Além disso, o critério estático prende o Juiz ao formalismo das provas e o impede de fazer uma análise subjetiva à luz do caso concreto.

Pelas razões ora expostas, é correta aplicação da dinamização da carga probatória no processo do trabalho, em prol da efetivação do acesso à ordem jurídica justa quando a distribuição estática tornar a prova diabólica.

---

<sup>206</sup> JAKUTIS, Paulo Sergio. A influência do novo CPC no ônus da prova trabalhista. In: MIESSA, Elisson (coord.). **O novo código de processo civil e seus reflexos no processo do trabalho**. Salvador: Juspodivm, 2016, p.679.

<sup>207</sup> FERMANN, Rodrigo Papaléo. Teoria da distribuição Dinâmica do ônus da prova. In: MITIDIERO Daniel (cood.) **O processo civil no estado constitucional**. Salvador: Juspodivm. 2012, p.429.

<sup>208</sup> *Ibidem*, p. 429.

### 4.3 APLICAÇÃO JURISPRUDENCIAL

O TST já demonstrou em vários posicionamentos sua aceitação a teoria dinâmica do ônus da prova.

Como já reportado em tópico específico, o Tribunal Superior do Trabalho objetivando a redução de polêmicas sobre a aplicação do CPC de 2015 na seara trabalhista editou e IN n.39, elencando quais os dispositivos do mais novo código seriam aplicáveis ao processo do trabalho e quais não teria aplicabilidade por incompatibilidade. Além de enumerar, de forma exemplificativa, quais seriam aplicáveis em termos.

E nessa eleição, o Tribunal deixou expressamente consignado a aplicação do art. 373, §§ 1º e 2º do CPC atual, não restando dúvidas sobre a aplicação da teoria objeto desse trabalho.

Além da Instrução n.39, o TST também deixou claro a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova em outras manifestações como no momento em que cancelou a OJ 215 da SDI-1 e quando editou a súmula 338, particularidades que serão tratadas no tópico que segue.

#### **4.3.1 Edição da Súmula 338 e o cancelamento da OJ 215 da SDI - 1 do TST.**

Conforme apontando, o foco da distribuição dinâmica do ônus da prova é a facilidade e a acessibilidade do litigante à prova, de forma a possibilitar que ela seja efetivamente produzida no autos e contribua para o esclarecimento dos fatos controvertidos e o alcance de uma solução justa para o litígio.

Parte-se do pressuposto de quem deve provar é quem tem melhores condições para comprovar cada um dos fatos controvertidos, impondo-lhe ônus respectivo e, por consequência, riscos do seu eventual descumprimento.

Atento a esta teoria o TST impôs ao empregador, que tenha mais de 10 empregados o dever de documentação da jornada de trabalho, exigindo anotação da entrada e saída, de forma manual, mecânica ou eletrônica, excetuando as pequenas e

microempresas.<sup>209</sup>

Assim é a redação da súmula 338 do TST<sup>210</sup>.

JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 234 e 306 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula nº 338 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex-OJ nº 234 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir. (ex-OJ nº 306 da SBDI-1- DJ 11.08.2003)

Desta feita, como tais empresas têm a obrigação de anotação do horário de entrada e de saída, elas têm melhores condições de provar o horário de trabalho do reclamante, vez que lidam com a fiscalização de entrada e saída dos trabalhadores, não tendo o empregado, em regra, sequer acesso a esses documentos.<sup>211</sup>

Vale ressaltar, que no texto sumulado já há definição de quem será o ônus da prova, o que significa que o contraditório já está preservado, não havendo nenhuma surpresa para o reclamante.<sup>212</sup>

Além disso, a controvérsia relativa ao ônus da prova quanto à comprovação do direito à percepção do vale-transporte também foi objeto revisão no âmbito da Corte uniformizadora.

Concluiu o Tribunal Superior do Trabalho, em sua composição plena, que, em face do princípio da aptidão para a prova, incumbe ao empregador comprovar a eventual desnecessidade da concessão do referido benefício ao trabalhador. Por esse motivo,

---

<sup>209</sup> MIESSA, Elisson, **Impactos do Novo CPC nas súmulas e orientações jurisprudenciais do TST**. Salvador: Juspodivm. 2016. p.290

<sup>210</sup> TST, Súmulas, acesso em >  
[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_301\\_350.html#SUM-338](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-338).  
 27.dez.2016

<sup>211</sup> MIESSA Elisson E CORREIA Henrique. **Súmulas e Ojs do TST Comentadas e organizadas por assunto**. Salvador: JusPodivm, 2016,p.1143.

<sup>212</sup> *Ibidem*, p. 1144.

foi cancelada a Orientação Jurisprudencial .<sup>213</sup>

215. VALE-TRANSPORTE. ÔNUS DA PROVA. (cancelada) – Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011  
É do empregado o ônus de comprovar que satisfaz os requisitos indispensáveis à obtenção do vale-transporte.

A ementa do Recurso de Revista nº TST-RR-24308-54.2013.5.24.006691<sup>214</sup>, deixa claro o entendimento da corte sobre o tema.

RECURSO DE REVISTA. VALE-TRANSPORTE. ÔNUS DA PROVA. 1. O Tribunal Regional consignou, em ementa do voto, que -a ausência de comprovação da utilização de transporte público coletivo no trajeto casa-trabalho-casa, pelo autor, afasta o direito à percepção da indenização referente ao vale-transporte, benefício instituído pela Lei nº 7.418/85, que se limita ao trabalhador que se utiliza desse transporte para seu deslocamento diário-. 2. A partir do cancelamento da OJ 215 da SDI-I/TST, esta Corte passou a adotar o entendimento de que ao empregador cabe o ônus de comprovar que o obreiro não preenche os requisitos necessários à obtenção do vale-transporte. Aplicação do princípio da melhor aptidão para a produção da prova. Precedentes da SDI-I/TST e desta Turma. Recurso de revista conhecido e provido.

Ante o exposto, não restam dúvidas da adoção pelo Tribunal Superior do trabalho da Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e valorização do princípio da aptidão da prova, reforçando sua aplicação no âmbito trabalhista.

#### 4.4 MOMENTO PROCESSUAL

Existe ainda grande discussão sobre o momento que serão aplicados os critérios necessários à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Frente a tal discussão, indaga-se se o momento ideal seria antes da instrução? Ou seria no instante da elaboração da sentença, como regra de julgamento?

A matéria é de veras controvertida e tem como pano de fundo o debate acerca da natureza jurídica do ônus da prova, ou seja, se deve ser compreendido como regra de julgamento para o juiz ou regra de conduta para as partes.

Para os defensores da dinamização como regra de julgamento, não é necessário que

<sup>213</sup> Disponível em: > <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/143456552/recurso-de-revista-rr-243085420135240066/inteiro-teor-143456572>> Acesso em: 28.dez.2016.

<sup>214</sup> Disponível em: > <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/143456552/recurso-de-revista-rr-243085420135240066/inteiro-teor-143456572>> Acesso em: 28.dez.2016.

as partes saibam previamente, por decisão judicial, quais são os encargos probatórios que sobre elas recaem porque, afinal, o escopo da teoria é focar o dever de cooperação entre as partes. Segundo esse pensamento, não seria razoável imaginar que a parte com maior facilidade à produção desconhecesse sua própria condição favorável<sup>215</sup>

Contudo, defende-se que tal entendimento não se mostra correto, pois somente após a instrução que o juiz poderá afirmar se houve *non liquet*. Daí porque a oportunidade propícia para que se distribua diversamente os encargos probatórios é em momento anterior à fase instrutória, ficando as partes cientes da postura processual que deverão adotar.<sup>216</sup>

Ressalte-se, ainda, que como regra de julgamento a distribuição dinâmica violaria a ampla defesa e o contraditório e prejudicaria a vedação a decisões surpresas. A problemática não diz respeito apenas ao interesse das partes, mas ao próprio interesse do Estado na prestação jurisdicional adequada.<sup>217</sup>

A regra de distribuição dinâmica do ônus da prova deve ser encarada como regra de conduta, de modo que deverá ocorrer antes da sentença, em tempo do sujeito onerado se desincumbir do encargo probatório. Caso contrário, se assim não fosse, feriria os princípios processuais constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, pois não iria possibilitar às partes o direito de se desonerar desse ônus.

Entende-se que seria insensato (ou até mesmo antijurídico) distribuir o encargo probatório na sentença, sob pena de se configurar prova diabólica à parte que foi onerada. Além disso, essa medida não se coaduna com a concepção atual de processo cooperativo aberto ao diálogo entre as partes e o juiz.

Em outras palavras, afirma Roberto Dórea Pessoa<sup>218</sup> que:

---

<sup>215</sup> RODRIGUES, Daniel Calnago e MONTEIRO NETO, João Pereira Monteiro. Reflexões sobre a distribuição dinâmica do ônus probatório. In: DIDIER JR. Fredie (coord.) **Provas**. Salvador: Juspodivm. 2016 p.523.

<sup>216</sup> SILVEIRA, Bruna Braga da. A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no CPC-2015. In: JOBIM, Marco Félix e FERREIRA, William Santos (Coord.). **Direito Probatório**. V.5. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 171.

<sup>217</sup> *Ibidem*, p. 175.

<sup>218</sup> PESSOA, Roberto Dórea. **Aplicação da Teoria das “Cargas Probatórias Dinâmicas” nas Lides de Acidente de Trabalho – Uma Perspectiva Epistemológica**. Teses da Faculdade Baiana de Direito, v.3. Salvador, 2011, p. 398.

O juiz não deve promover a inversão se “implicar prova diabólica para a parte que agora tem o ônus” ou quando a *prova diabólica* for *reversa*, isto é, quando se transfere para a parte contrária prova impossível ou excessivamente difícil de produzir. O mesmo vale para a prova diabólica *bilateral* (“situação de inesclarecibilidade”).

Justamente por isso que tem-se como o momento adequado para a modificação do ônus probatório o instante durante ou mesmo anterior a fase de instrução, para possibilitar à parte se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Nas lições de Eduardo Cambi<sup>219</sup>, tanto a distribuição judicial do ônus da prova prevista no §1º do art. 373 do CPC/2015 quanto a técnica de inversão desse ônus devem ser anterior à sentença, pois a garantia constitucional do contraditório deverá ser plenamente observada, evitando decisões surpresas. Logo, a organização da atividade probatória deverá ser realizada em audiência preliminar ou em decisão saneadora anterior à fase instrutória. E essa foi a opção adotada pelo legislador ao disciplinar no art. 357, III do CPC/2015 que a distribuição do ônus da prova deve se dar na decisão de saneamento e organização do processo.

Veja-se: “Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373”.

Frisa-se, contudo, que não há despacho saneador no processo trabalhista, em razão do informalismo e da celeridade dessas ações, de modo que fixou o legislador trabalhista procedimento mais simplificado do que o procedimento do processo civil. Entretanto, a ausência de saneamento não se mostra como um entrave.

Assim, deverá o magistrado trabalhista aplicar a regra dinâmica de distribuição durante a audiência de instrução, pouco importando se for no seu início ou próximo ao seu término, estimulando a conduta processual das partes quanto a produção das provas necessárias ao deslinde do feito.

Dito isso, partilha-se do entendimento de que a aplicação dessa teoria deve ocorrer na fase de instrução do processo e não na fase de julgamento, pois trata-se de regra de atividade do juiz. Nesse ponto, deverá o magistrado trabalhista distribuir diversamente o ônus na audiência de instrução e julgamento da causa,

---

<sup>219</sup> CAMBI, Eduardo. Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas (Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova) – Exegese do Artigo 373, §§ 1º e 2º do NCPC. In: JOBIM, Marco Félix e FERREIRA, William Santos (Coord.). **Direito Probatório**. V.5. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 198.

possibilitando a produção de provas e contraprovas de acordo com a atribuição do ônus probatório conferida pela distribuição dinâmica, dando as partes prévia ciência acerca da sua excepcional incidência.<sup>220</sup>

Assim, conclui-se que a transparência das condutas judiciais é uma inafastável consequência do devido processo legal e da exigência da garantia do contraditório.

#### 4.5 LIMITES DA APLICAÇÃO

A aplicação da regra dinâmica de distribuição do ônus probatório não é irrestrita, como já mencionado, e só poderá ocorrer se a parte adversa possuir melhores condições de produzir a prova. Nota-se que estar em melhores condições não se confunde com possuir uma maior comodidade na produção de terminada prova. Para que se justifique a modificação do ônus probatório, a dificuldade da parte na sua produção deverá ser real e importante.<sup>221</sup>

A parte que foi onerada pela regra dinâmica deve, necessariamente, se encontrar em posição privilegiada para revelar a verdade. Consequentemente, não poderá o ônus dinâmico ser aplicado para compensar a inércia da parte que foi inicialmente onerada, mas tão somente para evitar a formação de prova diabólica diante da impossibilidade de uma das partes de produzir a prova, desde que, com a dinamização do ônus, não haja o que se chama de prova diabólica reversa.<sup>222</sup>

Não pode a dinamização ser pensada apenas sob a ótica da parte que foi inicialmente onerada, esquecendo de se pensar na posição que a parte que está supostamente em melhores condições ocupa com relação ao fato, de modo que não poderá ser possível alterar a distribuição do ônus quando tal medida implicar em um encargo

---

<sup>220</sup> BALDINI, Renato Ornellas. **Distribuição dinâmica do ônus da prova no direito processual do trabalho**. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo, USP, 2013, p.134.

<sup>221</sup> SILVEIRA, Bruna Braga da. A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no CPC-2015. In: JOBIM, Marco Félix e FERREIRA, William Santos (Coord.). **Direito Probatório**. V.5. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 182.

<sup>222</sup> CAMBI, Eduardo. Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas (Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova) – Exegese do Artigo 373, §§ 1º e 2º do NCPC. In: JOBIM, Marco Félix e FERREIRA, William Santos (Coord.). **Direito Probatório**. V.5. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 202.

extremamente difícil para a parte onerada posteriormente.<sup>223</sup>

Nesse ponto, compreende-se que a excessiva dificuldade da parte que não foi onerada pela regra geral se impõe como limite para a aplicação da dinamização, posto que é vedado, por meio da distribuição dinâmica, alcançar prova diabólica reversa, visto que comprometeria o princípio da igualdade<sup>224</sup>.

Ademais, é imprescindível a intimação prévia das partes, possibilitando o exercício do direito fundamental ao contraditório e ampla defesa, bem como a fundamentação da decisão que aplicar a regra dinâmica do §1º, art. 373 do CPC/2015. Eduardo Cambi<sup>225</sup> trata esse entendimento como uma limitação formal para a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Importante raciocinar que, a rigidez na distribuição do ônus da prova não pode ser afastada em prejuízo do direito de participar de forma útil do processo, o que exige respeito ao direito ao contraditório e à ampla defesa, ao passo que, assegurar à parte oportunidade para produção da prova cujo ônus não lhe competia segundo a regra geral também atende à necessidade de segurança e previsibilidade.<sup>226</sup>

Ademais, a liberdade conferida ao juiz para distribuir de forma dinâmica o ônus da prova não é absoluto, tendo como pressupostos a impossibilidade ou a excessiva dificuldade de uma parte cumprir seu ônus probatório ou a maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário ao que foi alegado por aquela parte. O poder de flexibilização concedido ao juiz não implica reconhecimento da possibilidade do agir arbitrário, o que exige a distribuição diversa do ônus da prova seja, não apenas fundamentada, mas pautada em critérios objetivos, sendo certo que a aplicação indiscriminada poderia levar a soluções injustas.<sup>227</sup>

Por fim, conforme defesa da teoria dinâmica como regra de conduta das partes, a

---

<sup>223</sup> PALMITESTA, Mariana Aravechia. **Análise Crítica da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova**. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: UPS, 2015, p. 81.

<sup>224</sup> SILVEIRA, Bruna Braga da. A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no CPC-2015. In: JOBIM, Marco Félix e FERREIRA, William Santos (Coord.). **Direito Probatório**. V.5. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 182.

<sup>225</sup> CAMBI, Eduardo. Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas (Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova) – Exegese do Artigo 373, §§ 1º e 2º do NCPC. In: JOBIM, Marco Félix e FERREIRA, William Santos (Coord.). **Direito Probatório**. V.5. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 202.

<sup>226</sup> ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêlo. A teoria dinâmica do ônus da prova. In: MIESSA, Elisson (coord.). **O novo código de processo civil e seus reflexos no processo do trabalho**. Salvador: Juspodivm, 2016, p.698.

<sup>227</sup> *Ibidem*, p. 699.



decisão que aplica o art.373,§1º, deve ser fundamentada e não pode ocorrer no momento da elaboração da sentença, para não violar o princípio do contraditório e ampla defesa, garantidos em âmbito constitucional.

#### 4.6 APLICAÇÃO DA TEORIA DINAMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO À LUZ DO ART. 373 DO CPC/2015

Como esclarecido, a Teoria Dinâmica do Ônus da Prova se desenvolveu na Argentina através dos estudos realizados pelo autor Jorge W. Peyrano. Por essa teoria, a prova deverá ser produzida pela parte que possuir maiores condições de obtê-la, diante das circunstâncias fáticas no caso concreto.

Em muitas situações a teoria de distribuição estática do ônus da prova se torna insuficiente no processo, violando direito fundamental à prova, por atribuir carga probatória à parte que possui menores condições de produzi-la. Sob esse aspecto, se pode justificar a viabilidade da aplicação da teoria de distribuição dinâmica do ônus da prova, pautada em postulados constitucionais.

Ao onerar a parte com melhores condições de produção dessa prova, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova torna mais viável para que as alegações imprescindíveis à demanda sejam esclarecidas, fomentando o direito fundamental à prova.<sup>228</sup>

Assim, o principal critério para aplicação da fundamentada teoria é facilitar a produção da prova e o melhor deslinde do feito, contribuindo para o alcance de uma tutela jurisdicional mais efetiva do direito lesado ou ameaçado de lesão.

Desta feita, um dos critérios que justificam a aplicação dessa vertente no caso concreto é a dificuldade ou a impossibilidade de o litigante a quem, pelas regras de repartição clássicas seria dono do encargo de produzir a prova. A dificuldade ou impossibilidade de cumprimento do encargo probatório pode se dá por diversas razões tais como: econômica, social, cultural, acesso, informação, hierárquica, técnica.

---

<sup>228</sup> BALDINI, Renato Ornellas. **Distribuição dinâmica do ônus da prova no direito processual do trabalho**. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: USP, 2013, p.103.

Com base nisso, e a fim de conduzir o processo do trabalho à luz dos princípios constitucionais fundamentais, surgiu discussão a respeito da aplicação no âmbito do direito processual do trabalho da teoria de distribuição dinâmica do ônus da prova, ou teoria das cargas probatórias dinâmicas, cujo objetivo central é delegar a produção de prova à parte que possuir maior aptidão para produzi-la.

Nesse sentido, leciona Rodolfo Pamplona Filho<sup>229</sup> que: “deve suportar o encargo de provar aquele que estiver em melhores condições fáticas, técnicas, econômicas e jurídicas de produzi-la à luz das circunstâncias do caso concreto”.

Conforme demonstrado, admitindo a aplicação subsidiária e supletiva do Código de Processo Civil no âmbito trabalhista, como meio de integrar o sistema por força de uma interpretação conjunta dos artigos 769 da CLT e 15 do CPC/2015, com o objetivo de garantir uma prestação jurisdicional justa e efetiva, entende-se que a teoria dinâmica do ônus da prova prevista no §1º do art. 373 do CPC se encaixa perfeitamente aos preceitos trabalhistas.

Ademais, em que pese a presença do art.818 da CLT, que expressamente regula o ônus da prova, no universo trabalhista, há ampla possibilidade de aplicação, pelos operadores do direito trabalhista, das disposições do novo CPC às causas envolvendo as relações de trabalho. Isso ocorre, fundamentalmente, porque o sistema processual trabalhista se diferencia do processo comum, porquanto visa se tornar instrumento de aplicação plena do direito material do trabalho. Nessa intenção, o artigo 769 da CLT deve ser interpretado como uma válvula de proteção ao processo do trabalho e não como obstáculo.<sup>230</sup>

Mauro Schiavi<sup>231</sup> destaca ainda que:

Diante da necessidade de se dar 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, é possível ao Juiz do Trabalho atribuir o encargo probatório à parte que tem melhores condições de produzir a prova. É o que a doutrina tem denominado de carga dinâmica de produção do ônus da prova.

---

<sup>229</sup> PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 387.

<sup>230</sup> JAKUTIS, Paulo Sergio. A influência do novo CPC no ônus da prova trabalhista. In: MIESSA, Elisson (coord.). **O novo código de processo civil e seus reflexos no processo do trabalho**. Salvador: Juspodivm, 2016,p.688.

<sup>231</sup> SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 10. Ed. De acordo com o Novo CPC. São Paulo: LTr, 2016, p. 691 *et seq.*

Na visão do autor, é o Juiz do Trabalho que deverá possuir a sensibilidade para atribuir o encargo probatório aquela parte que apresentar melhores condições de produzi-la.

O argumento supra, se baseia no fato de que o juiz está autorizado a fixar o ônus da prova respeitando as peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou a excessiva dificuldade de cumprir o encargo estabelecido, na medida que ao juiz é imposto o dever de proferir decisão justa e equânime ( art. 852-I, § 1º, da CLT), o que conduz à exigência de justiça no processo e na decisão.<sup>232</sup>

Reforçando a aplicação da teoria, o Tribunal Superior do Trabalho já demonstrou em vários posicionamentos sua aceitação a teoria dinâmica do ônus da prova.

Como já reportado em tópico anterior, o TST objetivando a redução de polêmicas sobre a aplicação do CPC de 2015 na seara trabalhista editou o IN n.39, elencando quais os dispositivos do mais novo código seriam aplicáveis ao processo do trabalho e quais não teria aplicabilidade por incompatibilidade. E nessa eleição, o Tribunal deixou expressamente consignado a aplicação do art. 373, §§ 1º e 2º do CPC atual, não restando dúvidas sobre a aplicação da teoria objeto desse trabalho.

Além da Instrução n.39, o TST também deixou claro a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova em outras manifestações como no momento em que cancelou a OJ 215 da SDI-1 e quando editou a súmula 338, particularidades que serão tratadas no tópico que segue.

Outra vantagem, é a responsabilidade conferida a todos no processo, pela satisfação dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana decorrentes da relação de emprego. Assim, é de todos o dever de cooperar entre si visando a justiça no caso concreto, princípio expressamente consagrado no art.378 do CPC. <sup>233</sup>

Cada qual deve agir com probidade e boa fé, posto que o desejo de um provimento jurisdicional adequado é de interesse de todos no processo. Da mesma forma, o magistrado deve conduzir o feito da forma mais clara possível, esclarecendo as dúvidas quanto ao ônus da prova e as implicações do seu cumprimento, estabelecendo um diálogo entre as partes e zelando pelo seu equilíbrio

---

<sup>232</sup> ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêlo. A teoria dinâmica do ônus da prova. In. MIESSA, Elisson (coord.). **O novo código de processo civil e seus reflexos no processo do trabalho**. Salvador: Juspodivm, 2016, p.700

<sup>233</sup> *Ibidem*, p.701.

A majoração dos poderes do Juiz, conferida inclusive pela possibilidade de atribuição do ônus da prova a uma das partes, é na realidade uma sinalização da tendência contemporânea que vem sofrendo o processo civil. Trata-se na realidade de uma tendência cujo objetivo seja garantir aos litigantes um tratamento isonômico pautado na igualdade substancial/material, para que a justiça seja implantada com maior efetividade.<sup>234</sup>

Nesse contexto, a sua aplicação é essencial no Processo do Trabalho, principalmente porque na seara trabalhista existe uma grande diferença entre empregado e empregador no que se refere a produção probatória, de modo que acabam existindo situações em que somente será possível essa produção por meio do empregador, que, via de regra, não possui tanto interesse assim na produção.

Desta feita, busca-se com a teoria conceder às partes a paridade de armas no processo, o que significa a aplicação do princípio da igualdade. Ademais, afasta-se da ideia individual e patrimonialista do processo, consolidando uma visão solidária do ônus da prova impondo que as partes colaborem na produção da prova, para que o juiz alcance a verdade ( princípio da cooperação).

A desigualdade econômica e social das partes exige, em nome da igualdade substancial, uma distribuição do ônus da prova que atenda a esta desigualdade. Destaca Barbosa Moreira neste sentido<sup>235</sup>:

[...] no propósito de contribuir para a mitigação das desigualdades substanciais entre as partes, tem-se cogitado de conferir ao juiz a faculdade ( o mesmo dever ) de prestar-lhes informações sobre o ônus que lhes incumbem, convidando-as, por exemplo, a esclarecer e a complementar suas declarações acerca dos fatos, ou chamando-lhes a atenção para a necessidade de comprovação das alegações.

Ademais, os princípios constitucionais da isonomia e do acesso à justiça a qual ele está submetido, impõe ao magistrado uma postura destinada a assegurar o equilíbrio processual.

Como bem destacou Mauro Schiavi<sup>236</sup>, “não se trata de arbítrio do juiz, pois terá que

---

<sup>234</sup> SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 10. Ed. De acordo com o Novo CPC. São Paulo: LTr, 2016, p. 693.

<sup>235</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa, *apud* ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêlo. A teoria dinâmica do ônus da prova. In. MIESSA, Elisson (coord.). **O novo código de processo civil e seus reflexos no processo do trabalho**. Salvador: Juspodivm, 2016, p.697.

<sup>236</sup> *Ibidem*. *Loc cit*.

justificar, com argumentos jurídicos, sob o crivo do contraditório, diante das circunstâncias do caso concreto, a aplicação da carga dinâmica da produção da prova”.

Essa discricionariedade do Juiz na avaliação das regras de distribuição do ônus da prova não tem a mesma amplitude que a discricionariedade do administrador, por exemplo. Ao passo que toda atuação do magistrado deve ser pautada nos princípios processuais basilares como, por exemplo, legalidade, motivação, equidade, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, cooperação, adequação, flexibilização e efetividade.<sup>237</sup>

Nesse contexto, a teoria da carga dinâmica do ônus da prova se complementa com a adoção do livre convencimento motivado, pois permite que o juiz decida com base na prova que melhor solucione o controvérsia instaurada no processo, atribuindo o ônus a quem tem mais aptidão para provar e valorando a prova conforme seu convencimento motivado, o que possibilita uma celeridade ao rito, além de uma decisão mais razoável e justa, sempre afastando o *non liquet* vedado pelo ordenamento pátrio. Definitivamente, possibilita a efetiva prestação jurisdicional.

A realização concreta do direitos trabalhistas não poder ser impedida pela impossibilidade ou até mesmo dificuldade da parte em produzir as provas necessárias para a resolução da Lide e o devido convencimento do Juiz.

A distribuição dinâmica do ônus da prova é compatível com o direito processual do trabalho, que adota várias medidas voltadas a facilitar a plena satisfação dos direitos assegurados pela ordem jurídica.

Neste compasso, com esteio nos arts. 15 do CPC e 769 da CLT, deve ser aplicado no processo do trabalho o disposto no art.373, §§ 1º e 2º do novo CPC. Devem ser observadas também as exigências de fundamentação da distribuição dinâmica do ônus da prova e de garantia da oportunidade de a parte se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído, bem como que a distribuição dinâmica não pode gerar situações em que a descumbrência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente

---

<sup>237</sup> MOURA DE AZEVEDO, Antonio Danilo. **A consolidação da Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova no Novo CPC.** Jus Brasil. Disponível em: <<http://daniloazevedo.jusbrasil.com.br/artigos/222531136/a-consolidacao-da-teoria-dinamica-de-distribuicao-do-onus-da-prova-no-novo-cpc>>. Acesso em: 21.mai.2016.

difícil.<sup>238</sup>

Dito isso, partilha-se do entendimento de que a aplicação dessa teoria deve ocorrer na fase de instrução do processo e não na fase de julgamento, pois trata-se de regra de atividade do juiz. Nesse ponto, deverá o magistrado trabalhista distribuir diversamente o ônus na audiência de instrução e julgamento da causa, possibilitando a produção de provas e contraprovas de acordo com a atribuição do ônus probatório conferida pela distribuição dinâmica, dando as partes prévia ciência acerca da sua excepcional incidência

Não pode ser esquecido que o processo do trabalho tem como diretriz fundamental a facilitação do acesso à justiça e à defesa em juízo dos direitos decorrentes da relação de emprego, o que favorece a incidência do art.373 e seus parágrafos 1º e 2º do novo CPC ao processo do trabalho.<sup>239</sup>

É o momento, também, de destacar mais uma vez que a teoria não pretende extinguir a distribuição apriorística pautada na concepção clássica de distribuição do ônus probatório. A aferição judicial ocorre em hipóteses específicas, pautadas no caso concreto, sempre que a distribuição prévia (clássica) do *onus probandi* não se compatibilizar com a realidade dos autos, em razão do fato de uma das partes ter posição privilegiada em relação às provas.<sup>240</sup>

Também no âmbito trabalhista, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova afasta a prova diabólica na medida em que foca na facilidade e a acessibilidade do litigante à prova, de forma a possibilitar que ela seja efetivamente produzida no autos e contribua para o esclarecimento dos fatos controvertidos e o alcance de uma solução justa para o litígio

Por fim, importante não confundir os institutos, posto que como esclarecido em tópico próprio, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova não se trata de inversão do ônus da prova, mas da atribuição da produção da prova, no caso concreto, a quem

---

<sup>238</sup> ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêlo. A teoria dinâmica do ônus da prova. In.MIESSA, Elisson (coord.). **O novo código de processo civil e seus reflexos no processo do trabalho**. Salvador: Juspodivm, 2016,p.705.

<sup>239</sup>*Ibidem*,p.703.

<sup>240</sup> RODRIGUES, Daniel calnago e MONTEIRO NETO, João Pereira Monteiro. Reflexões sobre a distribuição dinâmica do ônus probatório. In: DIDIER JR. Fredie (coord.)**Provas** Salvador: Juspodivm. 2016,p.528.

se encontra em melhores condições de produzi-la, por razões profissionais, técnicas ou qualquer outra circunstância do fato.<sup>241</sup>

Consoante exposto, fixa-se o entendimento de que cabe no Processo do Trabalho a aplicação da Teoria Dinâmica do Ônus da Prova, quando o Juiz verificar no caso concreto uma excessiva dificuldade de produção da prova da parte que possui o ônus, e, conseqüentemente, uma maior facilidade de produzi-la da outra parte que não detém esse ônus, devendo o magistrado sempre fundamentar a decisão que proferir o ônus de forma diversa da regra geral prevista no *caput* do art. 373 do CPC

---

<sup>241</sup> ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêlo. A teoria dinâmica do ônus da prova. In. MIESSA, Elisson (coord.). **O novo código de processo civil e seus reflexos no processo do trabalho**. Salvador: Juspodivm, 2016, p.694

## 5 CONCLUSÃO

Devidamente estabelecidas as premissas indispensáveis à conclusão do trabalho monográfico, cumpre asseverar diante de todo disposto o seguinte.

A presente pesquisa objetivou aprofundar o tema concernente a moderna teoria de distribuição dinâmica do ônus da prova, abarcando um conjunto de assuntos que a cercam. E diante da previsão de aplicação subsidiária/supletiva do CPC no Processo Trabalhista propôs a aplicação da discorrida teoria.

O processo judicial tem como principal objetivo a tutela jurisdicional de um determinado direito, além de assegurar um resultado prático que seja favorável a uma das partes, e para se chegar ao almejado resultado, se faz necessária a produção de elementos probatórios. A prova, portanto, poderá ser entendida como sendo esse elemento hábil à construção do convencimento do juiz, que não pode julgar considerando meras alegações, funcionando como instrumento para se chegar a finalidade do processo, ou seja, a solução do litígio. Nesse sentido, estabelece-se que o direito fundamental à prova seria o instrumento processual que possibilitaria ao juiz a formação do seu convencimento sobre os fatos que envolvem a relação jurídica processual, de modo que a atividade probatória está diretamente relacionada ao princípio do contraditório.

Pode-se então considerar a prova como uma garantia fundamental do processo, além de um direito fundamental à cidadania.

A prova tem como principal finalidade analisar as alegações de fato feitas pelas partes. E pode-se afirmar que o objeto da prova é a alegação de fato, adotando a terminologia de *fato probando* para referir-se ao objeto da prova, ressaltando que tal *fato probando* precisa ser controvertido, relevante e determinado.

Nesse contexto, os tipos de provas permitidos no processo são os mecanismos que podem ser utilizados para demonstração dos fatos e investigação dos mesmos, podendo ser externados por qualquer meio moralmente legítimos, sendo os mais comuns: o depoimento pessoal, a prova testemunhal, a prova documental, a prova pericial e a inspeção judicial.



Nesse âmbito, surge a necessidade de expor os princípios constitucionais do processo, posto que são os responsáveis por fornecer ao ordenamento as diretrizes mínimas fundamentais que guiam a atuação do Estado-juiz e o exercício da função jurisdicional do Estado. Não poderia o processo ser elaborado caso ele desprezasse os princípios aplicáveis a teoria geral da prova, que atuam como verdadeiros “guias” para o aplicador o direito. A partir daí, estabelece-se que deverá o princípio do contraditório ser entendido em seu sentido mais amplo, correlacionando o mesmo ao princípio constitucional da ampla defesa.

Pode acontecer, no entanto, que na dinâmica processual as provas sejam insuficientes para formar o convencimento do juiz. Ocorre que, mesmo sem provas impõe-se ao juiz o dever de julgar a demanda proposta, posto que no ordenamento é vedado o *non liquet*.

Além disso, não é permitido julgar o mérito da causa com base em meras impressões do juiz, ou levando em consideração simples alegações das partes. Da mesma forma, não é permitido que na insuficiência das provas o julgador deixe de decidir ou simplesmente extinga o processo sem julgamento do mérito.

Logo, do supracitado, determina-se que faz-se necessário definir qual das partes tem o encargo de provar, conhecido como ônus da prova, que não se confunde com obrigação ou dever

O ônus da prova nada mais é do que um encargo atribuído a um determinado sujeito ao qual deverá fazer as demonstrações das alegações de fato, podendo esse encargo ser atribuído pelo legislador, por convenção das partes ou pelo próprio juiz. Percebe-se, então, que há relevância em analisar os autos e saber se a prova carreada foi produzida por quem, efetivamente, tinha o ônus de trazê-la, de modo que essa análise poderá contribuir para uma leitura do comportamento das partes, para uma avaliação do seu grau de empenho e comprometimento com o processo.

No que tange a distribuição do ônus da prova, inferiu-se que a mesma baseia-se em regras que indicam de quem é o encargo de provar as alegações expostas na Lide. Assim, existe a distribuição estática, a distribuição dinâmica e a distribuição convencionalizada pelas partes, esta última não aplicável ao processo do trabalho.

A teoria estática estabelece critérios para a divisão prévia do encargo probatório, considerando a posição das partes que podem ser : autor e réu e a natureza do fato

controverso dispondo sobre os : constitutivos, impeditivos, extintivos ou modificativos.

Essa regra não se mostra suficiente para satisfazer as exigências de um Estado Democrático de Direito, sustentado pelos princípios da igualdade material e do acesso à ordem jurídica justa. Desse modo, os diversos problemas e limitações da teoria estática do ônus da prova levaram ao desenvolvimento de uma nova teoria, que fora expressamente positivada com a vigência do Novo Código de Processo Civil. É a chamada de Teoria Dinâmica do Ônus da Prova, que possibilita a alteração da regra geral de distribuição do encargo probatório, atendendo as peculiaridades do caso concreto, transferindo esse encargo àquela parte que possui melhores condições de produzi-lo.

Dispõe-se, então, que a distribuição estática do ônus da prova continua sendo a regra, já que ela se mostra suficiente para regular muitos casos levados a juízo. Contudo, como exceção à regra geral, irá se admitir a distribuição do ônus da prova de maneira diversa, sempre que as peculiaridades do caso concreto revelarem que esta solução se mostra mais adequada para a situação discutida no processo.

Como visto, não há dúvidas que o novo CPC continua consagrando a regra clássica fundada na posição das partes e a natureza do fato controvertido, contudo Compreende-se que o diploma ,além da regra clássica, autoriza também a distribuição diversa pelo legislador e pelo juiz.

Diante da nova redação o juiz poderá flexibilizar a regra clássica, mas deverá fundamentar na impossibilidade ou excessiva dificuldade de a parte cumprir o encargo estabelecido a partir da natureza do fato controverso ou na maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário. Assim, atende-se ao critério da capacidade probatória observando aquele que tem mais aptidão para produção do conjunto probatório.

No que tange o ônus da prova no processo do trabalho, segundo disciplina a consolidação das Leis do trabalho caberá ao autor comprovar as alegações que fizer, revelando uma disciplina um tanto simplória, sendo inegável a necessidade de uma utilização subsidiária tanto do Código de Processo Civil, quanto do Código de Defesa do Consumidor, por força dos artigos 15 do CPC/2015 e 769 da CLT.

Baseado nessa premissa, e a fim de conduzir o processo do trabalho à luz dos princípios constitucionais fundamentais, defende-se a aplicação no âmbito do direito

processual do trabalho da teoria de distribuição dinâmica do ônus da prova, ou teoria das cargas probatórias dinâmicas, cujo objetivo central é delegar a produção de prova à parte que possuir maior aptidão para produzi-la.

Nesse passo, o art. 3º, VII da Instrução Normativa nº 39 do TST já deixou clara posição favorável a aplicação da teoria no âmbito trabalhista pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Diante do exposto, completa-se que é inegável a necessidade de aplicação no NCPD ao processo do trabalho, sobretudo na distribuição do ônus da prova, isto porque o intuito é trazer os mandamentos para o processo trabalhista a fim de sanar omissões existentes e complementar o sistema, sempre observando a compatibilidade com os ditames trabalhistas

Nesse contexto, arremata-se que os encargos probatórios jamais deverão ser tão pesados para uma das partes ou até mesmo impossíveis de serem cumpridos por umas delas. O ônus é cumprido quando se chega ao convencimento do juiz, convencimento este que deve se dar de forma razoável, ou seja, sem extremos. Assim, o principal critério para aplicação da fundamentada teoria é facilitar a produção da prova e o melhor deslinde do feito, contribuindo para o alcance de uma tutela jurisdicional mais efetiva do direito lesado ou ameaçado de lesão.

Dito isso, defende-se, que o encargo probatório não poderá ser atribuído à parte que possui excessiva dificuldade em produzi-la, sob pena de tornar a produção da prova um ônus excessivo, em regra, para a parte mais frágil da relação processual.

Sendo reconhecido o direito fundamental à prova, em decorrência da sua natureza constitucional, as normas processuais não poderão ser aplicadas de modo a inviabilizar o seu exercício, sob pena de se configurar uma inconstitucionalidade

Ocorre que, a dificuldade mencionada deve ser observada de ambos os lados, ou seja, não pode transferir o encargo de uma parte que tem uma dificuldade ou impossibilidade na produção e transferir para outra que tenha as mesmas ou outras dificuldades e que ao final resulte na impossibilidade de produção da prova da mesma forma, infringindo o princípio da igualdade entre as partes ao beneficiar uma em detrimento da outra, sem qualquer justificativa plausível.

O princípio da igualdade material do processo é um princípio basilar do Estado Moderno, que não deve ser visto somente pelo prisma da aplicação, pois não significa

que os indivíduos devem ser tratados de maneira idêntica. Seria absurdo impor a todos eles as mesmas obrigações ou lhes conferir os mesmos direitos.

Além de tudo, cada qual deve agir com probidade e boa fé, posto que o desejo de um provimento jurisdicional adequado é de interesse de todos no processo. Da mesma forma, o magistrado deve conduzir o feito da forma mais clara possível, esclarecendo as dúvidas quanto ao ônus da prova e as implicações do seu cumprimento, estabelecendo um diálogo entre as partes e zelando pelo seu equilíbrio.

Nesse diapasão, a distribuição dinâmica funda-se no princípio da cooperação.

Importante ainda ressaltar, que a teoria da carga dinâmica do ônus da prova se complementa com a adoção do livre convencimento motivado, pois permite que o juiz decida com base na prova que melhor solucione o controvérsia instaurada no processo, atribuindo o ônus a quem tem mais aptidão para provar e valorando a prova conforme seu convencimento motivado, o que possibilita uma celeridade ao rito, além de uma decisão mais razoável e justa, sempre afastando o *non liquet* vedado pelo ordenamento pátrio. Definitivamente, possibilita a efetiva prestação jurisdicional.

Além de todos os fundamentos, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova afasta a prova diabólica na medida em que foca na facilidade e a acessibilidade do litigante à prova, de forma a possibilitar que ela seja efetivamente produzida no autos e contribua para o esclarecimento dos fatos controvertidos e o alcance de uma solução justa para o litígio.

Finda-se ainda entendimento, que a regra de distribuição dinâmica do ônus da prova deve ser encarada como regra de conduta, de modo que deverá ocorrer antes da sentença, em tempo do sujeito onerado se desincumbir do encargo probatório. Caso contrário, se assim não fosse, feriria os princípios processuais constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, pois não iria possibilitar às partes o direito de se desonerar desse ônus.

Importante raciocinar que, a rigidez na distribuição do ônus da prova não pode ser afastada em prejuízo do direito de participar de forma útil do processo, o que exige respeito ao direito ao contraditório e à ampla defesa, ao passo que, assegurar à parte oportunidade para produção da prova cujo ônus não lhe competia segundo a regra geral também atende à necessidade de segurança e previsibilidade.

Desta feita, busca-se com a teoria conceder às partes a paridade de armas no

processo, o que significa a aplicação do princípio da igualdade. Ademais, afasta-se da ideia individual e patrimonialista do processo, consolidando uma visão solidária do ônus da prova impondo que as partes colaborem na produção da prova, para que o juiz alcance a verdade ( princípio da cooperação).

A realização concreta do direitos trabalhistas não pode ser impedida pela impossibilidade ou até mesmo dificuldade da parte em produzir as provas necessárias para a resolução da lide e o devido convencimento do Juiz.

O foco é a facilidade e a acessibilidade do litigante à prova, de forma a possibilitar que ela seja efetivamente produzida no autos e contribua para o esclarecimento dos fatos controvertidos e o alcance de uma solução justa para o litígio. Parte-se do pressuposto de que quem deve provar é quem tem melhores condições para comprovar cada um dos fatos controvertidos, impondo-lhe ônus respectivo e, por consequência, riscos do seu eventual descumprimento.

Nesse contexto, a sua aplicação é essencial no Processo do Trabalho, principalmente porque na seara trabalhista existe uma grande diferença entre empregado e empregador no que se refere a produção probatória, de modo que acabam existindo situações em que somente será possível essa produção por meio do empregador, que, via de regra, não possui tanto interesse assim na produção.

Desta feita, é a partir da realidade de cada caso concreto que o magistrado define qual dos litigantes tem melhores condições para comprovar cada um dos fatos controvertidos. Aqui a preocupação gira em torno da tutela final que deverá ser outorgada com efetividade e justiça.

Trata-se de uma proposta condizente com a natureza instrumental do processo e dos seus institutos relacionados. Estimula a produção de prova e esclarecimento de todos os fatos do litígio, possibilitando a verdade real e evitando a ocorrência do *no liquet*, vedado no ordenamento jurídico.

Além de tudo, a teoria trazida não se confunde com a inversão do ônus da prova, embora com ela tenha contatos, pois a inversão pressupõe a presença dos critérios previstos na lei, e que exista uma regra pré-fixada para o ônus da prova. De outro lado a carga dinâmica se assenta no princípio da aptidão para a prova, não necessitando a presença de verossimilhança da alegação do autor.

Em resumo, a distribuição dinâmica do ônus da prova é compatível com o direito

processual do trabalho, que adota várias medidas voltadas a facilitar a plena satisfação dos direitos assegurados pela ordem jurídica.

Neste compasso, com esteio nos arts. 15 do CPC e 769 da CLT, deve ser aplicado no processo do trabalho o disposto no art.373, §§ 1º e 2º do novo CPC. Devem ser observadas também as exigências de fundamentação da distribuição dinâmica do ônus da prova e de garantia da oportunidade de a parte se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído, bem como que a distribuição dinâmica não pode gerar situações em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. Firma-se, portanto, o entendimento de que é cabível a aplicação supletiva do CPC/2015 no Processo Trabalhista, pois apesar de existir na CLT norma regulando a distribuição do ônus da prova (art. 818 da CLT), sua disciplina não se revela completa, pois trata-se de uma omissão parcial, o que acaba exigindo a aplicação supletiva de outras normas, por força do art. 769 da CLT e art. 15 do CPC/2015.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêlo. A teoria dinâmica do ônus da prova. In: MIESSA, Elisson (coord.). **O novo código de processo civil e seus reflexos no processo do trabalho**. Salvador: Juspodivm, 2016.

BALDINI, Renato Ornellas. **Distribuição dinâmica do ônus da prova no direito processual do trabalho**. 2013. Dissertação de Mestrado. Orientador: Prof. Doutor Ari Possidonio Beltran. (Curso de Mestrado. Pós-Graduação *Strictu Sensu*). – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo

BARROS, Cassio Mesquita. Repercussões no novo CPC na Justiça do Trabalho. **Revista LTR**. Ano 80 ( junho,2016).

BEBBER, Júlio César. **Normas Fundamentais enunciadas pelo Novo Código de Processo Civil e o Processo do Trabalho**. In: REIS, Sérgio Cabral dos. O Novo CPC e sua Repercussão no Processo do Trabalho – Encontros e Desencontros. São Paulo, LTr, 2016.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos *apud* LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. LTr: São Paulo, 2013.

BOCALON, João Paulo. **Os Negócios Jurídicos Processuais no Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. 2016. Dissertação de Mestrado. Orientador: Prof. Doutor Anselmo Pietro Alvarez. – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

BRASIL, **Código Civil**, Disponível em : [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 20.dez.2016

\_\_\_\_\_. **Código de Defesa do consumidor, lei 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 24 de outubro de 2016.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil, Lei nº 5.869 de 05 de janeiro de 1973**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 18 de outubro de 2016.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

\_\_\_\_\_. **Consolidação da Leis do Trabalho.** Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)> Acesso em: 19.dez.2016.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 10 de outubro de 2016.

\_\_\_\_\_. **Instrução Normativa nº 39, resolução nº 203, de 15 de março de 2016.** Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: procedimento comum: ordinário e sumário, 2: tomo I.** São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, I.** São Paulo: Saraiva, 2010.

CALDAS, Adriano Ribeiro e JOBIM, Marco Félix. A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Sistema Processual Brasileiro e o Projeto de Novo Código de Processo Civil. **Revista AJURIS**, v.42, n.137, 2015, p. 17. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/375>>. Acesso em: 27 de outubro de 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil, volume I.** 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_, *apud* DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória.** JusPodivm: Salvador, 2016

CAMBÍ, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil v.3.** São Paulo: RT, 2001.

\_\_\_\_\_, Eduardo. Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas (Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova) – Exegese do Artigo 373, §§ 1º e 2º do NCPC. *In:* JOBIM, Marco Félix e FERREIRA, William Santos (Coord.). **Direito Probatório.** V.5. Salvador: JusPodivm, 2016.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.



CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. [Trad. ] Tupinambá Pinto de Azevedo. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 1995.

CARDOSO, Oscar Valente. A valoração judicial das provas no novo código de processo civil. In. DIDIER JUNIOR, Fredie. (coord.). **Provas**. Salvador: Juspodivm, 2016.

CASTELO, Jorge Pinheiro. Da Aplicação Subsidiária e Supletiva do Novo CPC ao Processo do Trabalho (art. 15) – Exemplos de Institutos, Estruturas, Conceitos, Esquemas Lógicos, Técnicas e Procedimentos Incidentes sobre o Processo do Trabalho decorrentes da Aplicação Subsidiária e Supletiva de Procedimentos do Novo CPC. **Revista LTR**, São Paulo: ano 79 (ago. 2015)

CAVALCANTE, Jouberto de quadros Pessoa Cavalcante e JORGE NETO, Francisco Ferreira. As provas e ônus dinâmico no NCPC e seus desdobramentos para o processo do trabalho. In. DALLEGRAVE NETO, José Affonso e GOULART, Rodrigo Fortunato (Coord.) **Novo CPC e o processo do trabalho**. São Paulo: LTR.2016

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil, volume 2**. Trad. Por Paolo Capitanio. Bookseller: Campinas, São Paulo, 2ª edição, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. Malheiros, 2012.

CREMASCO, Suzana Santi. **A distribuição do ônus da prova**. Rio de Janeiro: GZ.2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. JusPodivm: Salvador, 2016.

\_\_\_\_\_. **Os Três Modelos de Direito Processual: Inquisitivo, Dispositivo e Cooperativo**. Teses da Faculdade Baiana de Direito, v.3. Salvador, 2011.

\_\_\_\_\_. Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil. In: CABRAL, Antonio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. V.1. Salvador: JusPodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil: volume I.** São Paulo, Malheiros, 2016.

\_\_\_\_\_, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil: volume II.** São Paulo, Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil: volume III.** São Paulo, Malheiros, 2009.

DORIA, Rogéria Dotti. O direito à prova e a busca da verdade material. *In*: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). **Provas: aspectos atuais do direito probatório.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

FERMANN, Rodrigo Papaléo. Teoria da distribuição Dinâmica do ônus da prova. *In*: MITIDIERO Daniel (coord.) **O processo civil no estado constitucional.** Salvador: Juspodivm.2012.

GODINHO, Robson Renault. **A Possibilidade De Negócios Jurídicos Processuais Atípicos Em Matéria Probatória.** Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n.56 abr./jun. 2015: Rio de Janeiro.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro, volume 2.** São Paulo: Saraiva, 2009.

JAKUTIS, Paulo Sergio. A influência do novo CPC no ônus da prova trabalhista. *In*: MIESSA, Elisson (coord.). **O novo código de processo civil e seus reflexos no processo do trabalho.** Salvador: Juspodivm, 2016.

JORGE NETO, Francisco Ferreira e CAVALCANTE, Jouberto de Quadro Pessoa. **Direito Processual do Trabalho.** São Paulo: Atlas, 2015,

KLIPPEL, Rodrigo; BASTOS, Antônio Adonias. **Manual de Direito Processual Civil,** volume único. JusPodivm: Salvador, 2013.

LAURINO, Salvador Franco de Lima. O art. 15 do Novo Código de Processo Civil e os Limites da Autonomia do Processo do Trabalho. **Revista LTR,** São Paulo: ano 79 (ago. 2015).

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **O acesso à justiça como Direito Humano e Fundamental.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região: v. 41, n. 80. Belém, janeiro/junho-2008, p.91-97.

\_\_\_\_\_, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. LTr: São Paulo, 2015.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; FANECO, Livia Carvalho da Silva. **Inversão do Ônus Da Prova no CDC e a Inversão Procedimental no Projeto de Novo CPC: Distinção entre Institutos afins**. Revista de Direito do Consumidor, ano 23, n.91, jan.-fev./2014: São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais LTDA, 2014.

LOPES, João Batista. Direito à Prova, Discrecionalidade Judicial e Fundamentação da Sentença. In: JOBIM, Marco Félix e FERREIRA, William Santos (Coord.). **Direito Probatório**. V.5. Salvador: JusPodivm, 2016.

MANHABUSCO, José Carlos. A Inversão do Ônus da Prova no Novo CPC – Ênfase no Processo do Trabalho – Aspectos Práticos. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso e GOULART, Rodrigo Fortunato (Coord.). **Novo CPC e o Processo do Trabalho**. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2016.

MARCASSA FILHO, André Luiz. **Técnica da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova e a Efetividade no Processo Civil**. Dissertação de Mestrado. Orientador: Prof. Ricardo de Barros Leonel – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de Conhecimento**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2008.

\_\_\_\_\_, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil**, v.1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS, José Celso. Direitos Fundamentais – Acesso à Justiça e Duração Razoável do Processo. **Revista do Curso de Direito**, Universidade Metodista de São Paulo, v.12, n.12, 2015, p. 79. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-metodista/index.php/RFD/article/view/6610>>. Acesso em: 27 de outubro de 2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2015.

MEIRELES, Edilton. O Novo CPC e sua Aplicação Supletiva e Subsidiária no Processo do Trabalho. In: BRANDÃO, Cláudio e MALLETT, Estevão. **Processo do Trabalho**, v.4, Salvador: JusPodivm, 2016.

MIESSA Elisson E CORREIA Henrique. **Súmulas e Ojs do TST Comentadas e organizadas por assunto**. Salvador: JusPodivm, 2016.

\_\_\_\_\_, Elisson, **Impactos do Novo CPC nas súmulas e orientações jurisprudenciais do TST**. Salvador: Juspodivm. 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa, *apud* ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêlo. A teoria dinâmica do ônus da prova. In: MIESSA, Elisson (coord.). **O novo código de processo civil e seus reflexos no processo do trabalho**. Salvador: Juspodivm, 2016

MOURA DE AZEVEDO, Antonio Danilo. **A consolidação da Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova no Novo CPC**. Jus Brasil. Disponível em: <<http://daniloazevedo.jusbrasil.com.br/artigos/222531136/a-consolidacao-da-teoria-dinamica-de-distribuicao-do-onus-da-prova-no-novo-cpc>>. Acesso em: 21 de maio de 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de direito processual civil**, Volume único, Salvador: Juspodivm, 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os Acordos de Procedimento no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. V.1. Salvador: JusPodivm, 2015.

NOVAES, Isabella Saraceni. A Inversão do Ônus da Prova no Processo do Trabalho. **Revista Fórum Trabalhista**, ano 1, n.3, (nov./dez.2012), Belo Horizonte: Fórum, 2012.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. Distribuição do Ônus da Prova no Processo do Trabalho e o Novo Código de Processo Civil. *In*: MARTINS, Sérgio Pinto (Coord.). **O Novo CPC e o Processo do Trabalho - Estudos em homenagem ao Ministro Walmir Oliveira da Costa**. São Paulo: Atlas, 2016.

OLIVEIRA, Francisco Antonio, Comentários sobre a Instrução normativa n.39 ( resolução do TST n.203, de 15.03.2016) que dispõe sobre as normas do novo código de processo civil, instituído pela lei. 13.105, de 15 de março de 2015. **Revista LTR**, São Paulo: ano 80 ( Julho. 2016).

PALMITESTA, Mariana Aravechia. **Análise Crítica da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova**. 2015. Dissertação de Mestrado. Orientador: Prof. Doutor Rodolfo de Camargo Mancuso. – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

PESSOA, Roberto Dórea. **Aplicação da Teoria das “Cargas Probatórias Dinâmicas” nas Lides de Acidente de Trabalho – Uma Perspectiva Epistemológica**. Teses da Faculdade Baiana de Direito, v.3. Salvador, 2011.

PEYRANO, Jorge Walter. Sobre el proyecto em curso de reformas al Código Procesal Civil de Brasil. *In*: RIBEIRO, Darci Guimarães e JOBIM, Marco Félix (organizadores). **Desvendando o Novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.

\_\_\_\_\_, Jorge Walter *apud* ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras sobre o ônus da prova**. Malheiros: São Paulo, 2011.

PIRES, Líbia da Graça. **Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Processo do Trabalho**. 2011. Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Orientador: Prof. Doutor Sérgio Pinto Martins. (Curso de Mestrado. Pós-Graduação *Strictu Sensu*). – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

RODRIGUES, Daniel calnago e MONTEIRO NETO, João Pereira Monteiro. Reflexões sobre a distribuição dinâmica do ônus probatório. *In*: DIDIER JR. Fredie (coord.) *Provas*. Salvador: Juspodivm. 2016.

ROMAR, Carla Teresa Martins. Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Direito Processual do Trabalho. *In*: JOBIM, Marco Félix e FERREIRA, William Santos (Coord.). **Direito Probatório**. V.5. Salvador: JusPodivm, 2016.

SANTOS, Sandra aparecida Sá dos. **A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho: De acordo com o Novo CPC**. 10. Ed.. São Paulo: LTr, 2016.

\_\_\_\_\_, O princípio do livre convencimento motivado e o novo código de processo civil: reflexos no processo do trabalho. *Revista LTR*, São Paulo: ano 79 ( dez,2015).

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho Aplicado**. 2 Ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2015.

SILVEIRA, Bruna Bradga da. A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no CPC-2015. *In*: JOBIM, Marco Félix e FERREIRA, William Santos (Coord.). **Direito Probatório**. V.5. Salvador: JusPodivm, 2016.

SOUZA, Déborah Barreto de. Ética constitucional e o justo em Paul Ricoeur: A aplicação da concepção de igualdade material como reflexo do conceito e da visão do Estado na Constituição Federal de 1988. Repositório Institucional UFBA.

Disponível em:

<[https://www.repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15280/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o\\_UFBA\\_DeborahBarretodeSouza.pdf](https://www.repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15280/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o_UFBA_DeborahBarretodeSouza.pdf)>. Acesso em: 27 de outubro de 2016.

STF, **ADI 5516 - Ação direta de inconstitucionalidade**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5516&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> Acesso em 27.dez.2016.

THAMAY, Rennan Faria Kruger; RODRIGUES, Rafael Ribeiro. Primeiras Impressões sobre o Direito Probatório no CPC/2015. *In*: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Provas**, 2ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016.

THAMAY, Rennan Faria Kruger; LIMA, Marcelo Chiavassa de Mello Paula. Primeiras Reflexões sobre a Atuação Ativa do Juiz no Direito Probatório. *In*: JOBIM, Marco Félix e FERREIRA, William Santos (Coord.). **Direito Probatório**, v.5, Salvador: JusPodivm, 2016.

TST, Súmulas, acesso em >  
[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_301\\_350.html#SUM-338](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-338). 27.dez.2016

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Forense: Rio de Janeiro, volume I, Forense: Rio de Janeiro, 2012.

VEIGA, Mauricio Corrêa. A Aplicação subsidiária e supletiva das novas regras do CPC no Processo do Trabalho. **Revista LTR**, São Paulo: ano 80(Jan.2016).

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *In*: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Provas**, 2ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016.

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