

A TEORIA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

THE DYNAMIC THEORY OF PROOF

Ricardo Souza Calcini*

RESUMO: O presente artigo trata do estudo da própria teoria geral da prova. Faz importantes considerações sobre ônus da prova, em especial sobre a regra geral de distribuição do ônus da prova e sua inversão. Discorre acerca do liame existente entre os poderes instrutórios do juiz e o momento da aplicação das regras de distribuição do ônus da prova. Analisa a teoria da carga dinâmica do ônus da prova, partindo-se de sua origem e definição. Aborda o direito fundamental do acesso à justiça. Faz referência à recepção da teoria da carga dinâmica pelo ordenamento jurídico brasileiro. Conclui com a abordagem da Reforma Trabalhista no tocante à carga dinâmica do ônus probatório.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria da Carga Dinâmica do Ônus Probatório. Devido Processo Legal. Novo CPC de 2015. Reforma Trabalhista.

ABSTRACT: *The present article deals with the study of the general theory of proof itself. It makes important considerations about the burden of proof, especially on the general rule of distribution of the burden of proof and its inversion. It discusses the link between the investigating powers of the judge and the moment of application of the rules of distribution of the burden of proof. It analyzes the theory of the dynamic load of the burden of proof, starting from its origin and definition. It addresses the fundamental right of access to justice. It refers to the reception of the dynamic load theory by the Brazilian legal system. It concludes with the Labor Reform approach to the dynamic burden of evidentiary burden.*

KEYWORDS: *Theory of the Dynamic Load of the Burden of Proof. Access to Justice. New CPC 2015. Labor Reform.*

1 – Introdução

Do ponto de vista etimológico do termo, “ônus” significa obrigação, dever, encargo de alguém ou de uma das partes. Assim, ônus da prova significa o dever da parte de fazer prova de suas alegações.

A prova consiste em todo meio idôneo e moralmente legítimo de comprovar e demonstrar a existência de um fato¹. Assim, inexistente rol taxativo dos

* *Professor de pós-graduação e de cursos jurídicos; instrutor de treinamentos “In Company”; palestrante em eventos corporativos; mestrando em Direito do Trabalho pela PUC-SP; pós-graduado em Direito Processual Civil pela EPM do TJ/SP; especialista em Direito Social pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; assessor de desembargador e professor da Escola Judicial no TRT/SP da 2ª Região; membro do IBDSJC, da ABDPC, do CEAPRO, da ABDPro, da ABDConst, do IDA e do IBDD.*

1 CPC: “Art. 369. 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”.

DOCTRINA

meios de prova, a qual visa formar o convencimento do Magistrado, afetando sua forma de julgar. Possui íntimo liame com as garantias constitucionais do acesso à Justiça, do devido processo legal e do contraditório (art. 5º, XXXV, LIV e LV, da CF)².

A doutrina pátria define a prova em dois aspectos, sendo o primeiro de cunho objetivo, e o segundo de caráter subjetivo.

Sobre tal distinção, leciona Humberto Theodoro Júnior:

“Há, por isso, dois sentidos em que se pode conceituar a prova no processo: (a) objetivo, isto é, como instrumento ou meio hábil para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia, etc.); (b) e outro subjetivo, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado.”³

Quanto ao objetivo da prova, frisa-se que, em regra, essa se refere a fatos pertinentes e controvertidos do processo. Porém, salienta-se que algumas questões fáticas prescindem de prova, tais quais aquelas indicadas no art. 74 do CPC de 2015⁴. Ainda, com fulcro no axioma do *iuri novit curia*, a prova da existência de direito é excepcional, exigindo determinação do Juiz nesse sentido, como ocorre, por força da lei, nos casos de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário⁵.

Ademais, é possível pontuar a existência de fases na questão probatória. A primeira consiste no pedido para sua produção; a segunda refere-se ao juízo de admissibilidade pelo Magistrado, que avaliará a pertinência desta; a terceira

2 CRFB: “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; (...) LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV – 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”.

3 THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1. p. 456.

4 CPC: “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 incontrovertidos; IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”.

5 CPC: “Art. 376. A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar”.

é a colheita da prova, que, em regra, ocorre na audiência (CPC, art. 449⁶ c/c o art. 852-H da CLT⁷); e, a quarta, se traduz na própria valoração probatória pelo Juiz ao decidir.

Fato é que o Julgador não pode se esquivar de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade em lei. Com isso, na falta de normas jurídicas particulares, o Magistrado aplicará as regras da experiência comum e da técnica, recorrendo à analogia, costumes e princípios gerais do direito (CPC, arts. 140⁸ e 375⁹).

Com efeito, é certo que em nosso ordenamento jurídico vigora a teoria do livre convencimento motivado, também denominada de persuasão racional, a qual se encontra prevista no art. 371 do CPC¹⁰. Entende-se ser a melhor teoria que concretiza os valores do devido processo legal e da ampla defesa, uma vez que o jurisdicionado deve conhecer os motivos determinantes da decisão.

Segundo tal sistemática, caberá ao Juiz dizer as razões pelas quais decidiu determinado litígio a ele submetido, em atenção ao comando do art. 93, IX, da CRFB¹¹. Assim, como não há hierarquia entre as provas, pode o Juiz dar preferência a uma prova em detrimento da outra, julgando de acordo com as provas constantes do processo, motivando, para tanto, a sua decisão.

Importante salientar que o CPC de 2015, no § 1º do seu art. 489, traz novas obrigações quanto à fundamentação da sentença, impondo ao Magistrado

6 CPC: “Art. 449. Salvo disposição especial em contrário, as testemunhas devem ser ouvidas na sede do juízo. Parágrafo único. Quando a parte ou a testemunha, por enfermidade ou por outro motivo relevante, estiver impossibilitada de comparecer, mas não de prestar depoimento, o juiz designará, conforme as circunstâncias, dia, hora e lugar para inquiri-la”.

7 CLT: “Art. 852-H. Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, ainda que não requeridas previamente”.

8 CPC: “Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”.

9 CPC: “Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial”.

10 CPC: “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

11 CRFB: “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”.

que aprecie – tópico por tópico – todos os argumentos levantados pelas partes, ainda que absolutamente impertinentes, sob pena de nulidade¹².

Bem por isso, para o atingimento da verdade, necessário se faz que o Julgador, dentre outras questões, se atenha aos elementos de prova, a qual é verdadeiro instituto de natureza processual, e que tem por escopo formar a sua própria convicção no ato de julgar.

2 – Ônus da Prova Estático e o Novo CPC de 2015

No Código de Processo Civil de 1973, a incumbência do ônus da prova encontra-se delineada no art. 333, segundo o qual o ônus probatório era do autor em relação aos fatos constitutivos de seu direito; ao passo que o ônus se direcionava ao réu quanto à prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da pretensão do autor.

Note-se que esse parâmetro do CPC/73, que instituiu o chamado “ônus de prova estático”, foi mantido nos incisos do atual art. 373 do CPC/2015:

“Art. 373. O ônus da prova incumbe:

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.”

A tal respeito, José Roberto dos Santos Bedaque traz as suas conceituações:

“*Fato constitutivo* é aquele que dá vida a uma vontade concreta da lei, que tem essa função específica e que normalmente produz esse efeito. *Extinto*, porque faz cessar essa vontade. *Impeditivo* é inexistência do fato que deve concorrer com o constitutivo, a fim de que ele produza normalmente seus efeitos; enquanto o fato constitutivo é a causa eficiente, o impeditivo é a ausência de uma causa concorrente.”¹³

12 CPC: “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...) § 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”.

13 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 124.

Entrementes, o juiz, de ofício, poderá determinar a realização de provas que julgar necessárias à instrução do processo (CLT, art. 765¹⁴ c/c o art. 370¹⁵ do CPC). Essa permissão legal não deve suprir o ônus da prova das partes, mas, tão-somente, viabilizar a produção de novas provas a fim de auxiliar o Julgador na avaliação das provas que já se encontram nos autos.

E por decorrência direta dos seus poderes instrutórios, o Magistrado há de ter uma atuação intensa na produção das provas, as quais irão embasar, no momento adequado, a formação da sua convicção na prolação da prestação jurisdicional. Para tanto, quando for necessário, pode e deve o Magistrado inverter a sequência originária do encargo probatório, mantendo, assim, a efetiva justiça na distribuição do ônus da prova.

Importante salientar que, na avaliação da prova, o Juiz não deve aplicar o princípio *in dubio pro operario* (desdobramento do princípio protetor)¹⁶. Isso porque o direito processual do trabalho é um dos ramos do Direito Público, onde se tem a extrema aplicação do princípio da legalidade. As regras processuais informadoras do ônus probatório devem ser observadas pelo Juiz, sob pena de violação do devido processo legal. Na dúvida, o Julgador deve decidir de acordo com o ônus probatório e, na avaliação da prova, pelo princípio da persuasão racional.

3 – Teoria Dinâmica do Ônus Probatório

Nada obstante a regra estática do ônus de prova, e sem que haja o comprometimento de sua imparcialidade, o Magistrado, nos dias atuais, não mais deve ser espectador do processo, passando a ter uma conduta mais ativa. Deixa-se de lado a verdade formal dos autos em busca da efetiva verdade substancial, material e real dos fatos. Concretizam-se, assim, os primados da efetiva paci-

14 CLT: “Art. 765. Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”.

15 CPC: “Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

16 A correta compreensão da índole do Direito do Trabalho mostra-nos que não tem a finalidade de realizar uma justiça comutativa, mas sim uma justiça distributiva. Para tanto se impõe o combate à desigualdade real, quer se manifeste no campo político, econômico ou social. (PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001. p. 125)

ficação social e da efetividade processual (CRFB, art. 5º, LXXXVIII¹⁷ c/c o Pacto de São José da Costa Rica/69, art. 8º, item I¹⁸).

Sustentar que, agindo deste modo, o Juiz estaria perdendo sua imparcialidade, configuraria, no mínimo, um despautério. Podem muito bem ocorrer, e, de fato, ocorrem situações fáticas onde aspectos relevantes não são trazidos ao processo em decorrência de uma menor sorte econômica de uma das partes, ou mesmo por astúcia de uma delas, que omite ou mascara os fatos conforme a sua conveniência e a seu bel-prazer. Nesses casos, o cruzar de braços do Juiz é que caracterizaria uma parcialidade.

Poderosas e irrefragáveis são as palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier firmando seu entendimento, cujo enxerto abaixo trasladado arremata perfeitamente o posicionamento aqui defendido:

“O juiz, nesse contexto, seria parcial se assistisse inerte, como espectador de um duelo, ao massacre de uma das partes, ou seja, de deixasse de interferir *para tornar iguais partes que são desiguais*. A interferência do juiz na fase probatória, vista sob este ângulo, não o torna parcial. Ao contrário, pois tem ele a função de impedir que uma das partes se torne vencedora na ação, não por causa do direito que assevera ter, mas porque, por exemplo, é economicamente mais favorecida que a outra. A circunstância de uma delas ser hipossuficiente pode fazer com que não consiga demonstrar e provar o direito que efetivamente tem. O processo foi concebido para declarar *lato sensu* o direito da parte que a ela faz jus e não para dela retirá-lo, dando-o a quem não o possuía. Em função desse parâmetro, pois, devem ser concebidas todas as regras do processo, inclusive e principalmente as que dizem respeito ao ônus da prova.”¹⁹

Não por outra razão que se fala hoje na denominada “Teoria da Carga Dinâmica do Ônus da Prova”, cuja ideia síntese – nascida na Argentina, por

17 CRFB: “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: (...) LXXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

18 CADH: “Artigo 8. Garantias judiciais. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

19 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O ônus da prova. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, Consulex, n. 200, p. 40, maio 2005.

Jorge W. Peyrano²⁰ – é pautada na aptidão do ônus de provar. O novo Código de Processo Civil, inclusive, traz em seu corpo referido instituto, fazendo ressalva, apenas, ao dever do Juiz de infirmar às partes que, em determinado caso a ele submetido, inverterá o ônus de prova, forte do princípio do contraditório substancial.

Para tanto, de se citar o novo § 1º acrescido ao art. 373 do CPC:

“Art. 373. O ônus da prova incumbe:

(...)

§ 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.”

Antonio Janyr Dall’Agnol, em obra específica referente ao assunto à baila, pontifica como premissas decorrentes da “Teoria da Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios”:

“a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; b) ignorável é a posição da parte no processo; e c) desconsiderável se exhibe a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos, etc. Releva, isto sim: a) a caso em sua concretude e b) a ‘natureza’ do fato a provar – imputando-se o encargo àquela das partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra em melhor condição de fazê-lo.”²¹

E, neste cenário, relevante apontar qual deve ser o critério adotado pelo Magistrado para justificar, no caso concreto, a inversão do ônus da prova.

Teoricamente, é possível identificar três correntes no campo doutrinário: (i) a existência de uma presunção em favor de quem, originariamente, teria o encargo; (ii) a aplicação subsidiária do art. 6º, VIII, do CDC²², dada verossimi-

20 “En tren de identificar la categoría de las ‘cargas probatorias dinámicas’, hemos visualizado – entre otras – como formando parte de la misma a aquélla según la cual se incumbe la carga probatoria a quien – por las circunstancias del caso y sin que interese que se desempeñe como actora o demandada – se encuentre en mejores condiciones para producir la probanza respectiva.” (PEYRANO, Jorge W. Aspectos procesales de la responsabilidad profesional. In: *Las responsabilidades profesionales* – Libro al Dr. Luis O. Andorno. Coord. Augusto M. Morello e outros. La Plata: LEP, 1992. p. 263)

21 DALL’AGNOL Jr., Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez/Fonte do Direito, n. 280, p. 11, fev. 2001.

22 CDC: “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”.

lhança da alegação do trabalhador ou a sua hipossuficiência; e (iii) quem seja a parte mais apta, no caso concreto, a se desincumbir do encargo probatório (carga dinâmica quanto ao ônus da prova).

O legislador ordinário, por sua vez, optou pela adoção da distribuição dinâmica do ônus da prova, seja para os casos previstos em lei, seja diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.

Nos dizeres de Kfoury Neto:

“(...) as regras que determinam a posição da parte litigante – autor ou réu – nos processos, quanto à prova, em geral são imutáveis, ao longo da demanda. No entanto, por decisão do juiz, tais posições podem variar – e o sistema deixa de ser pétreo, para se tornar dinâmico.”²³

Nesse prumo, identificadas uma das hipóteses acima referidas, poderá o Juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso em despacho saneador (CPC, art. 357, III²⁴), desde que o faça por decisão fundamentada²⁵. Em assim procedendo, o Juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído, ressaltando-se que a decisão não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Com isso, a partir do caso concreto, o ônus de provar pode ser atribuído de maneira dinâmica. E, segundo a doutrina, com o objetivo de:

“(...) atender a paridade de armas entre os litigantes e às especificidades do direito material afirmado em juiz (...). À vista de determinados casos concretos, pode-se afigurar insuficiente, para promover o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, uma regulação fixa

23 KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 127.

24 CPC: “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”.

25 **Tanto a publicidade, como a fundamentação das decisões judiciais desempenham papéis que são essenciais à transparência do Poder Judiciário. A fundamentação, para que haja possibilidade de controle e de recurso relativamente à decisão. A publicidade, para que se possa conhecer o debate que levou à decisão, inclusive no que se refere aos seus fundamentos. Portanto, publicidade e fundamentação são as duas faces de uma mesma moeda. Complementam-se na busca de algo indispensável em um regime democrático: dar a devida satisfação acerca das decisões do poder público – inclusive em juízo – aos seus destinatários, os cidadãos.**

DOCTRINA

do ônus da prova, em que se reparte prévia, abstrata e aprioristicamente o encargo de provar.”²⁶

Questão que imediatamente surge diante da possibilidade da atribuição dinâmica do ônus da prova é a relativa à obrigatoriedade do Magistrado de comunicar previamente às partes se o procedimento processual será regido com a atribuição dinâmica do ônus da prova, com relativização da regra geral prevista nos incisos I e II do art. 373 do NCPC.

A posição que parece mais adequada é a de que as partes sejam previamente comunicadas pelo Juiz, em decisão adequadamente motivada, acerca da decretação da atribuição dinâmica do ônus da prova.

E isso porque o ônus da prova é regra de instrução e/ou procedimento, sendo fundamental, até mesmo diante de uma leitura constitucional do processo e de um adequado respeito ao princípio do contraditório – aqui visto como ampla participação e diálogo entre os sujeitos processuais –, que o Magistrado estabeleça com clareza, em momento processual próprio, quais serão as regras do ônus da prova que deverão ser observadas no caso concreto.

Note-se que tal visão de se observar não apenas o dever de fundamentação, e, sobretudo, o contraditório substancial que veda a prolação de decisão surpresa, é enfatizada por relevante parcela da doutrina, aqui representada pelo professor Cássio Scarpinella Bueno, que, antes mesmo do surgimento do Novo CPC de 2015, já defendia a regra de instrução e/ou procedimento ao ônus de prova:

“Toda temática relativa ao ônus da prova, inclusive as hipóteses de sua inversão, deve ser entendida como regra de procedimento e não como regra de julgamento. Como é o magistrado o destinatário da prova, é importante que ele verifique com cada uma das partes as reais possibilidades da produção das provas de suas alegações em casos em que haja possibilidade de variação das regras gerais (...) Mais ainda quando há, nos diversos procedimentos, um específico momento ou, quando menos, um instante procedimental mais oportuno, para que o magistrado se volte precipuamente à análise dos pontos controvertidos e sobre a necessidade da produção de sua prova correlata. Não há como, na atualidade do pensamento do direito processual civil, entender diferentemente. Tratar o ônus da prova como mera regra de julgamento, de juízo, acaba reve-

26 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2015. p. 395.

lando uma visão privatista que desloca o magistrado dos fins – que são invariavelmente públicos – do processo.”²⁷

Da mesma opinião também já compartilhava o professor Luiz Guilherme Marinoni:

“Ninguém duvida que o juiz pode julgar favoravelmente à parte que não cumpriu o ônus da prova, uma vez que o julgamento pode se basear em provas produzidas de ofício ou mesmo em provas produzidas pela parte contrária. Mas isso não retira a importância de que as partes saibam, de forma prévia, a quem incumbe o ônus da prova, pois, se esse ônus não precisa ser necessariamente observado para que a parte obtenha um resultado favorável – e nesse sentido seria correto sustentar que o ônus da prova não é um verdadeiro ônus –, não há como negar que a parte deve ter ciência prévia do que deve fazer para ter um julgamento favorável independentemente de outras provas, produzidas de ofício ou pela parte contrária.”²⁸

Logo, claro está que as partes precisam saber qual é a regra do ônus da prova que será considerada no procedimento, notadamente porque elas necessitam ter conhecimento de como podem contribuir, com a devida participação no processo, e com base no direito constitucional à prova, para a obtenção de uma sentença de mérito favorável à sua pretensão.

Parece evidente, pois, que esclarecer previamente quais serão as regras do procedimento que regerão o trâmite processual, dentre elas a do ônus da prova, está dentro das diretrizes do princípio da cooperação²⁹ e do dever de o Magistrado aplicá-lo em sua dinâmica relação com os demais sujeitos processuais. Afinal, o princípio da cooperação este que está hoje previsto no art. 6º do NCPC: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

27 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2. t. 1. p. 290.

28 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 177.

29 No processo cooperativo, modelo de processo civil característico do atual Estado Constitucional, não se pode conceber um procedimento que não seja estruturado senão a partir de um diálogo constante entre o juiz e as partes ao longo de todas as fases procedimentais, inclusive a respeito daquelas questões cognoscíveis de ofício. Quanto maior for esse diálogo, com maior facilidade as partes aceitarão o comando contido no elemento imperativo da decisão a elas destinado e mais consistente será a justificativa que o elemento lógico conferirá ao elemento imperativo da decisão. Evitar o processo de surpresas ou o processo de armadilhas deve ser uma premissa a ser respeitada por todos os sujeitos do processo, mais particularmente pelo julgador que, afinal, produz as decisões a repercutir na vida dos sujeitos parciais do processo.

DOCTRINA

E no tocante à conduta do juiz no curso do processo, Miguel Teixeira de Sousa ensina que o magistrado tem os seguintes deveres decorrentes da cooperação: (i) dever de esclarecimento (o juiz deve solicitar às partes explicações sobre o alcance de suas postulações e manifestações); (ii) dever de prevenção (as partes devem ser alertadas do uso inadequado do processo e da inviabilidade do julgamento do mérito); (iii) dever de consulta (o juiz deve colher manifestação das partes, preparatória de sua própria manifestação ou decisão); (iv) dever de auxílio (incentivar as partes no sentido de superar dificuldades relativas ao cumprimento adequado de seus direito, ônus, faculdades ou deveres processuais)³⁰.

Destarte, do ponto de vista normativo, claro está que o Magistrado, caso venha a alterar a distribuição do ônus da prova, deve alertar as partes, em decisão motivada, e, preferencialmente, em momento prévio ao início da fase de instrução – tudo de modo a permitir que os sujeitos processuais possam estar conscientes da regência probatória que será adotada no trâmite do procedimento.

Não por outra razão que o Novo CPC de 2015, exatamente neste mesmo sentido, chancelando a perspectiva do ônus da prova como regra de instrução, prevê, no inciso III do seu art. 357, que, na decisão de saneamento e de organização do processo, o Julgador deve definir a distribuição dinâmica do ônus da prova, desde que observados os requisitos do art. 373 do NCPC.

Portanto, de acordo com o próprio NCPC, a decisão de saneamento do processo seria o momento adequado para a definição da distribuição do ônus da prova, embora não haja vedação à adoção de tal prática em momento anterior ou posterior ao saneamento, afinal, não há que se falar em preclusão contra o Magistrado.

Assim, caso o juiz, por exemplo, após a leitura da petição inicial e da contestação, já tenha condições de aferir se estão presentes as condições legais para a atribuição dinâmica do ônus da prova, parece plausível que ele deve, desde logo, já decidir se aplicará o § 1º do art. 373 do NCPC, não precisando, pois, aguardar a fase de saneamento do processo.

Lado outro, caso, no decorrer da instrução, pareça mais clara ao Magistrado a presença dos requisitos da atribuição dinâmica do ônus da prova, mostra-se plausível, desde que observadas as normas fundamentais do Novo CPC de 2015, que seja determinada a dinamização do ônus da prova.

O mais importante é que o julgador não venha a permitir que a fase de instrução do processo ocorra e finalize sem que as partes estejam claramente

30 SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, n. 86, p. 174-184, 1997.

conscientes se houve – ou não – a atribuição dinâmica do ônus da prova, de modo a se evitar que apenas sejam comunicadas da dinamização do ônus da prova na sentença, o que, por evidente, é absolutamente vedado pelo devido processo legal e pelo atual Caderno Processual Civil, o qual não permite o modelo das “decisões surpresa”.

De se ver a opinião do professor André Pagani de Souza que, nesse caso específico, é cristalina ao afirmar o seguinte:

“É importante ressaltar que a flexibilização das regras sobre o ônus da prova pode gerar uma decisão surpresa, na hipótese de o magistrado não informar as partes previamente que não observará a distribuição do ônus, tal qual disciplinada pelo art. 333 do Código de Processo Civil. Em outras palavras, o órgão judicial não pode informar as partes que flexibilizou as regras sobre o ônus da prova somente no momento do julgamento. É de rigor que ele, observando o seu dever de prevenção decorrente do princípio do contraditório, advirta as partes sobre o ônus da prova no caso concreto, para que as partes possam atuar de modo a influenciar na preparação do julgamento.”³¹

Na mesma linha, Daniel Penteado de Castro enfatiza que:

“Filiamo-nos ao entendimento de que o magistrado deverá alertar as partes sobre a possibilidade de inversão, o que implica numa dilação probatória mais densa e garantidora da defesa de ambas as partes litigantes na demanda. Aliás, sob esse enfoque, assegurar aos litigantes a produção das provas que se fizerem necessárias (principalmente ao réu, já ciente da possibilidade da inversão), certamente conduzirá a um julgamento mais seguro e equânime, à medida que cada parte produzirá a prova que entender necessária e estará ciente do ônus que lhe compete, deixando, portanto, de se surpreender com a regra da inversão de imediato na sentença.”³²

Destarte, é possível a dinamização do ônus da prova em momento posterior à fase de saneamento, sempre com a ressalva de que tal atribuição dinâmica se deu antes do encerramento da fase de instrução e com observância das normas fundamentais que hoje regem o CPC de 2015. Tudo de modo a se

31 SOUZA, André Pagani. *Vedação das decisões: surpresa no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 178.

32 CASTRO, Daniel Penteado de. *Poderes instrutórios do juiz no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 161.

permitir, de fato, que haja tempo processual hábil para a produção da prova determinada pelo Magistrado.

4 – Prova negativa (“diabólica”)

Do ponto de vista processual, dois elementos são necessários na inversão do ônus da prova, quais sejam, a decisão motivada e a oportunidade de provar, sem que a decisão possa ensejar uma *probatio diabolica reversa*.

Essa diretriz, inclusive, está prevista hoje no § 2º do art. 373 do Novo CPC, que expressamente referenda a proibição da “prova negativa”, a saber:

“Art. 373. O ônus da prova incumbe:

(...)

§ 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.”

A partir da leitura de citado preceito legal, infere-se, pois, que o ordenamento jurídico pátrio preconiza, como regra, a distribuição sem dinamismo do *onus probandi*. E isso porque, em grande parte dos casos, tal inversão causaria extrema dificuldade de produção da prova, podendo acarretar a denominada “prova diabólica”.

Essa situação, portanto, representa a prova do fato negativo, que é aquela modalidade de prova impossível, ou excessivamente difícil de ser produzida no processo. É a hipótese de se provar algo que não ocorreu.

Nesse sentido, exemplos práticos da prova do fato negativo são os consubstanciados na prova, pelo réu, de sua inocência; da prova, pelo demandado, de inexistência de sua citação para responder ao processo; da prova de direitos indisponíveis ou intergeracionais; entre outras.

5 – Reforma Trabalhista e a Jurisprudência do TST

Já foi dito aqui neste estudo que a finalidade da prova é formar a convicção do Juiz a respeito dos fatos da causa, sendo o Magistrado o destinatário da prova.

Assim sendo, a regra do ônus de prova não se traduz em instituto peculiar e inerente apenas ao ramo do Direito Processual Civil; ao revés, sua aplicabilidade encontra grande incidência na seara trabalhista, sendo certo que a legislação celetária já previa uma norma específica sobre o assunto, em seu

DOCTRINA

art. 818, que, dada sua incompletude, sempre atraiu a aplicação supletiva das normas do Código de Processo Civil.

Para tanto, de se citar a redação originária do art. 818 da CLT: “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer”. E, note-se, que o uso da palavra “originária” foi proposital, na medida em que a Lei nº 13.467/2017, que instituiu a chamada Reforma Trabalhista, passou a regular o instituto do ônus da prova de forma totalmente distinta na legislação celetista e, mais, aproximou o processo do trabalho ao processo civil, ao incorporar, basicamente, as regras do art. 373 do CPC de 2015, a saber:

“Art. 818. O ônus da prova incumbe: (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

I – ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito; (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

II – ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 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 deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo 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. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 2º A decisão referida no § 1º deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 3º A decisão referida no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)”

Impende salientar que, antes mesmo da edição da Lei da Reforma Trabalhista, o colendo Tribunal Superior do Trabalho, com fulcro na redação primitiva do art. 818 da CLT, já estabelecia diretrizes de aplicabilidade prática acerca do ônus de prova nos processos trabalhista, em situações pontuais descritas por sua jurisprudência consolidada, sem ter a pretensão, por óbvio, de esgotar a temática.

DOCTRINA

Nesse diapasão, é salutar a transcrição dos verbetes sumulares que, editados antes da Lei nº 13.467/2017, traziam o delineamento do ônus de prova em questões mais recorrentes e discutidas no âmbito dos processos laborais, a saber:

“SÚM-6 EQUIPARAÇÃO SALARIAL. ART. 461 DA CLT (redação do item VI alterada) – Res. 198/2015, republicada em razão de erro material – DEJT divulgado em 12, 15 e 16/06/2015. (...) VIII – É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial.”

“SÚM-16 NOTIFICAÇÃO (nova redação) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21/11/2003. Presume-se recebida a notificação 48 (quarenta e oito) horas depois de sua postagem. O seu não recebimento ou a entrega após o decurso desse prazo constitui ônus de prova do destinatário.”

“SÚM-212 DESPEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA (mantida) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21/11/2003. O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.”

“SÚM-338 JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 234 e 306 da SBDI-I) – 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. 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.”

“SÚM-460 VALE-TRANSPORTE. ÔNUS DA PROVA – Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03/06/2016. É do empregador o ônus de comprovar que o empregado não satisfaz os requisitos indispensáveis para a concessão do vale-transporte ou não pretenda fazer uso do benefício.”

“SÚM-461 FGTS. DIFERENÇAS. RECOLHIMENTO. ÔNUS DA PROVA – Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03/06/2016. É

do empregador o ônus da prova em relação à regularidade dos depósitos do FGTS, pois o pagamento é fato extintivo do direito do autor (art. 373, II, do CPC de 2015).”

Assim sendo, o atual art. 818 da CLT, como dito alhures, incorporou os regramentos do citado art. 373 do CPC, notadamente porque foram repetidas, basicamente, as redações dos incisos I e II, além dos §§ 1º e 2º, do art. 373 do CPC, para os incisos I e II, além dos §§ 1º e 3º, do art. 818 da CLT.

Bem por isso, reiterem-se aqui os comentários já feitos aos dispositivos do Código de Processo Civil, e que foram discorridos alhures neste presente estudo, até porque a lógica constante do CPC é exatamente idêntica àquela adotada na CLT. Afinal, o legislador reformista se limitou a transcrever, para o interior da Consolidação das Leis do Trabalho, as normas basilares do CPC de 2015, colocando-se um ponto final na incompletude da legislação celetista acerca da adoção da “teoria dinâmica do ônus probatório”.

Acontece, porém, que duas foram as novidades que chamaram a atenção quando do advento da Lei nº 13.467/2017, sendo a primeira aquela relativa à atual previsão da regra do § 2º do art. 818, e, a segunda, quanto à não incorporação dos §§ 3º e 4º do art. 373 do CPC.

No tocante à regra do § 2º do art. 818 da CLT, note-se que essa não estava contida no Caderno Processual Civil. E isso se deu porque no processo do trabalho não há a figura do chamado “despacho saneador”, delineado no art. 357, III, do CPC, de modo que primeiro contato do Magistrado Trabalhista com a ação ocorre, via de regra, em audiência, na qual se concentra a prática de todos os atos processuais.

Essa é a razão pela qual, se houver a prolação de decisão que aplicar a “Teoria da Carga Dinâmica do Ônus da Prova”, esse comando judicial deverá ser feito antes mesmo da abertura da instrução processual. A lógica, neste caso, é para justamente evitar a prolação de decisão “surpresa”³³, prestigiando-se o devido processo legal constitucional, que prioriza o contraditório substancial e a ampla defesa³⁴.

Interessante pontuar que a inversão do ônus de prova pelo Julgador não acarretará, automaticamente, o adiamento da audiência trabalhista. Isso por-

33 CPC: “Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”.

34 CPC: “Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

que, segundo o art. 849 da CLT, a audiência na Justiça do Trabalho é UNA³⁵, o que representa dizer que nela são realizadas as tentativas de conciliação, a apresentação de defesa e o oferecimento de réplica, a colheita dos depoimentos das partes e testemunhas, e, mais, nela são ofertadas eventuais razões finais, com a consequente prolação da sentença judicial.

Deste modo, quando a lei menciona “a requerimento da parte”, em realidade, a intenção do legislador foi permitir que a parte prejudicada, caso seja proferida decisão com a inversão do ônus probatório, se manifeste na primeira vez em que tiver de falar nos autos³⁶.

Bem por isso, o adiamento da audiência não será ato automático a ser proferido pelo Juiz Trabalhista, pois, como dito, dependerá de prévio requerimento da parte. E para que isso aconteça, o correto é que os pontos controvertidos do processo sejam delimitados na própria audiência, após a reclamada oferecer sua contestação aos termos da petição inicial.

Com o oferecimento da peça defensiva, o Magistrado passa a ter plenas condições, em conjunto com as partes e seus advogados, de fixar as matérias efetivamente controversas, e que exijam a produção de outras provas que não aquelas já constantes dos autos – em regra, de natureza documental.

E justamente no ambiente de audiência é que reside a principal discussão em torno do adiamento da instrução para a oitiva de testemunhas. E isso ocorre porque, como é cediço, as partes devem trazer suas respectivas testemunhas, com vistas a produzir as provas dos fatos por elas alegados em petição inicial e contestação³⁷.

Dessarte, se as partes litigantes, que estão presentes em audiência, já estão acompanhadas de suas testemunhas, parece não existir prejuízo de ordem processual quando o Magistrado Trabalhista decide por inverter o ônus probatório, notadamente porque o alcance da prova está circunscrito às matérias expostas nas peças inicial e de defesa.

35 CLT: “Art. 849. A audiência de julgamento será contínua; mas, se não for possível, por motivo de força maior, concluí-la no mesmo dia, o juiz ou presidente marcará a sua continuação para a primeira desimpedida, independentemente de nova notificação”.

36 CLT: “Art. 795. As nulidades não serão declaradas senão mediante provocação das partes, as quais deverão argui-las à primeira vez em que tiverem de falar em audiência ou nos autos”.

37 CLT: “**Art. 845. O reclamante e o reclamado comparecerão à audiência acompanhados das suas testemunhas, apresentando, nessa ocasião, as demais provas**”.

Neste ponto, acertado o artigo celetista ao prever que o adiamento da audiência se dará, apenas e tão-somente, a requerimento da parte prejudicada³⁸. E isso, claro, após terem sido fixados os pontos controvertidos pelo Julgador, com a prolação de decisão que acolhe a sistemática do ônus dinâmico da prova, antes mesmo que seja iniciada a abertura da instrução processual.

E aqui, exatamente no momento em que há o pedido de adiamento da audiência, competirá à parte demonstrar, cabalmente, o prejuízo suportado com a inversão do ônus de prova³⁹. Deverá, pois, esclarecer as razões pelas quais há efetiva impossibilidade de continuidade da audiência, uma vez que, por força do § 1º do art. 818 da CLT, tem ela a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído pelo Magistrado.

Assim sendo, caso sejam insuficientes os documentos colecionados com sua peça defensiva e, mais, se as testemunhas eventualmente presentes igualmente não tiverem reais condições de testemunhar sobre os fatos controvertidos – que, por decisão judicial, inverteu do ônus de prova –, a reclamada ostentará o direito de requerer o adiamento da audiência. Note-se que idêntico procedimento poderá ser aplicado à pessoa do reclamante.

A redesignação, em tal hipótese, deve ser obrigatoriamente acolhida e deferida pelo Julgador, como medida a evitar futura nulidade do julgado, por cerceamento de defesa, afinal, se o juízo atribuiu o ônus de prova de modo diverso, a concessão de oportunidade à parte de desincumbir de tal ônus que foi imposto pelo Julgador é medida que se impõe!

De resto, o legislador reformador não encampou as regras do Novo CPC que possibilitam a distribuição diversa do ônus da parte por convenção entre as partes. Tal hipótese, consoante os §§ 3º e 4º do art. 373 do CPC, poderá ser celebrada antes ou durante o processo, não podendo ser aplicada, contudo, quando recair sobre direito indisponível da parte ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Essas são as exatas dicções dos §§ 3º e 4º do art. 373 do CPC:

“Art. 373. O ônus da prova incumbe:

(...)

38 CLT: “Art. 794. Nos processos sujeitos à apreciação da Justiça do Trabalho só haverá nulidade quando resultar dos atos inquinados manifesto prejuízo às partes litigantes”.

39 Segundo o princípio da Transcendência ou prejuízo (*pas de nullite sans grief*), só haverá nulidade dos atos se houver manifesto prejuízo à parte que o argui, salvo nas nulidades absolutas.

DOCTRINA

§ 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.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.”

Entretanto, a não recepção de aludidos dispositivos processuais ao texto celetista, à época da vigência do Novo CPC de 2015, já encontrava óbice na Instrução Normativa nº 39/2016, editada pelo Tribunal Superior do Trabalho, a qual teve por finalidade regulamentar as normas do NCPD aplicáveis, não aplicáveis, e com aplicabilidade em termos ao Processo do Trabalho.

Para tanto, de se citar o art. 2º, VII, da IN nº 39/2016 do c. TST:

“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 ônus da prova por convenção das partes).”

6 – Conclusão

A garantia de acesso à Justiça (CF/88, art. 5º, XXXV), modernamente interpretada como acesso à ordem jurídica justa⁴⁰, é princípio constitucional que reflete sobre o processo como um todo, inclusive com relação ao instituto da prova, e, em especial, sobre a questão do ônus da prova.

É certo que a CLT, em seu art. 818, após a Lei da Reforma Trabalhista, adotou, a um só tempo, a teoria estática do ônus da prova, ao fazer a diferenciação entre os fatos constitutivos – de prova do reclamante; e os fatos obstativo em geral – de prova do reclamado; como também encampou a teoria da carga dinâmica do ônus probatório, com limite aos casos em que é vedada a prolação de prova negativa (“diabólica”).

40 Expressão utilizada pelos autores Cappelletti e Garth, para designar essa atual fase do direito processual civil, comprometida com o oferecimento de resultados práticos para o jurisdicionado, por intermédio da jurisdição pública (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988. p. 8).

DOCTRINA

Assim, como medida a relativizar o então sistema estratificado, previsto que era no art. 333 do CPC/73 e na redação original do art. 818 da CLT, é que o legislador reformista abarcou a moderna teoria da “carga dinâmica do ônus da prova”, cuja ideia síntese – nascida na Argentina, por Jorge W. Peyrano – é pautada na aptidão do ônus de provar. Trata-se, em realidade, do desdobramento do devido processo legal⁴¹, da garantia da ação e da ampla defesa, além da efetiva concretização do direito material a partir da garantia de igualdade substancial das partes no processo.

Nesse viés, o legislador, ao conferir livre efeito ao poder instrutório ao Magistrado, trouxe evidente compatibilização com o instituto da prova, a qual, inclusive, pode ter sua realização determinada de ofício, por aplicação do princípio da verdade real.

Sobreleva anotar, ainda, que, conquanto haja certa discussão doutrinária, atualmente o ônus de prova é regra de procedimento, e não mais de julgamento. Isso porque, consoante previsões dos art. 373, § 1º, do CPC c/c o art. 818, § 2º, da CLT, é necessário que o Magistrado, antes de iniciar a fase instrutória, cientifique às partes sobre o ônus processual de cada uma delas, em respeito ao princípio da segurança jurídica.

Deste modo, em homenagem ao contraditório substancial, deve o Magistrado fixar o ônus da prova ao delimitar os objetos controvertidos da demanda, para se evitar a prolação das chamadas “decisões surpresas”.

Neste viés, com o crescente ativismo judicial dos Tribunais – o qual, segundo o Ministro Luis Roberto Barroso, não é um fato, mas sim uma atitude – o Magistrado não se limita mais e, unicamente, à vontade da lei. Possui, em realidade, certo poder criativo que decorre da própria Lei Maior, e não de suas vontades políticas.

Em conclusão, o Juiz deixa de ser mera “boca da lei”, e passa a ser “boca da justiça” (Montesquieu). E, para cumprir tal propósito, o processo deve servir ao direito material, ao mesmo tempo em que aquele é servido por este. Esta relação simbiótica, de complementariedade cíclica, foi denominada de “teoria circular dos planos do direito material e do direito processual” (Carnelutti).

Referências bibliográficas

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 5. ed. São Paulo: RT, 2011.

41 Nesse sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 1. p. 40.

DOCTRINA

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2. t. I.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 1.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

CASTRO, Daniel Penteado de. *Poderes instrutórios do juiz no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

DALL'AGNOL Jr., Antonio Janyr. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez/Fonte do Direito, n. 280, fev. 2001. KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

_____; _____. MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2015.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.

PEYRANO, Jorge W. *Aspectos procesales de la responsabilidad profesional*. Las responsabilidades profesionales – libro al Dr. Luis O. Andorno. Coord. Augusto M. Morello e outros. La Plata: LEP, 1992.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. *Revista de Processo*, n. 86. São Paulo, RT, 1997.

THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O ônus da prova*. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, Consulex, n. 200, maio 2005.

Recebido em: 16/05/2018

Aprovado em: 14/06/2018