

4. Artigo

A distribuição dinâmica do ônus da prova e sua aplicabilidade prática no processo do trabalho à luz do que consta do projeto do novo CPC

George Falcão Coelho Paiva*

1 Introdução

Com o desafio de resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta, célere, ainda mais instrumental e mais rente às necessidades sociais, o novo código de processo civil vem sendo pensado por juristas de renome nacional e sendo trabalhado para entrar em vigor no ano de 2014, possivelmente.

Como a parte processual da CLT é insuficiente e lacunosa, esse novo processo civil ainda pendente de confirmação e vigência, considerando a leitura do art. 769 da CLT¹, alterará sobremaneira o processo trabalhista. Não custa lembrar, todavia, que algumas das novas regras previstas no anteprojeto original do novo *codex* processual civil foram inspiradas em normas aplicadas no processo laboral. A título de exemplo, podemos elencar a diminuição do número de recursos; a previsão, como regra, de comparecimento de testemunhas para depor independentemente de intimação; a unificação dos prazos recursais, à exceção dos embargos declaratórios e; o desaparecimento da figura do agravo retido, o que denota a irrecorribilidade imediata em relação às decisões proferidas antes da sentença, ficando essa possibilidade de discussão postergada para quando da interposição do recurso de apelação (no processo do trabalho, vale registrar, as decisões interlocutórias são irrecorríveis, somente podendo ser discutidas quando da interposição do recurso ordinário).

O presente ensaio possui, todavia, objeto mais específico. Com efeito, uma das questões que mereceram atenção por parte dos elaboradores da nova ordem jurídico-processual civil está relacionada ao ônus da prova e à busca, através dos novos paradigmas propostos, por uma verdade ainda mais próxima possível da real. Por via oblíqua, tais paradigmas também proporcionarão alterações substanciais nas regras aplicadas no processo do trabalho no que diz respeito ao referido tema, não restando dúvidas de que a rotina das audiências e decisões prolatadas no âmbito judicial do trabalho poderá se alterar ainda mais, caso o projeto original do novo CPC prevaleça. E é justamente sobre esse tema e suas nuances que nos debruçaremos aqui.

2 Dos objetivos que orientaram a elaboração de um novo código de processo civil

De acordo com o consta da exposição de motivos do anteprojeto do novo código de processo civil, cinco objetivos orientaram, de forma precípua, a sua elaboração, quais sejam: "1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente

* Especialista em Direito Processual Civil pelo Unipê. Juiz Federal do Trabalho da 21ª Região.

¹ Art. 769. 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.

à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão”².

Destes, ao menos o de número 2 (“criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa”) tem ligação direta com a mudança empreendida na questão do ônus da prova.

3 Relembrando algumas informações preliminares acerca da prova

Com fins apenas didáticos, se faz necessário, mesmo que de forma breve, trazer aqui alguns conceitos importantes e prejudiciais ao estudo e entendimento das questões relacionadas ao ônus da prova e suas nuances.

Juridicamente falando, o vocábulo “prova” pode ser enquadrado como ato de provar (àquele que alega um fato cabe fazer sua prova); meio de prova (prova testemunhal, pericial, documental, confissão etc) e; resultado dos atos ou meios de prova produzidos (efetivamente fazer prova dos fatos alegados)³.

Prova, segundo ensinamentos de Carlos Henrique Bezerra Leite, é, nos domínios do direito processual civil, “o meio lícito para demonstrar a veracidade ou não de determinado fato com a finalidade de convencer o juiz de convencer o juiz acerca da sua existência ou inexistência”⁴.

Constituem, por outro lado, objeto da prova os fatos relevantes (que tenham relação ou conexão com a ação ajuizada), controvertidos (sobre os quais não parem controvérsias) e determinados (apresentados com características suficientes à distinção de outros assemelhados). E, na dicção do que consta do artigo 334 do CPC vigente, independem de prova os fatos notórios; afirmados por uma das partes e confessados pela outra; incontroversos e; em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade⁵.

Por fim, incumbe conceituar, ainda de forma meramente preliminar e igualmente sucinta, os sentidos subjetivo e objetivo do ônus da prova, senão vejamos:

a) subjetivamente, ônus da prova é uma regra dirigida às partes e que lhes dá acesso à orientação em relação às suas respectivas atividades e responsabilidades probatórias no processo de formação da convicção judicial. Sob este viés, o ônus da prova deve ser tido como regra de instrução (de procedimento; de atividade). Simplificando, nas lições de Alexandre Freitas Câmara, sob o aspecto subjetivo do ônus, busca-se responder à seguinte pergunta: “quem deve provar o quê?”⁶;

² Exposição de motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>.

³ DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Salvador: Editora Juspodium, 2012, Volume 2, 7ª Edição, pág. 43.

⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2008, 6ª edição, pág. 554.

⁵ Há previsão correspondente no projeto do novo CPC no art. 264, inalterada, inclusive, em relação ao código atual.

⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008, 18ª edição, pág. 378.

b) objetivamente, ônus da prova é uma regra dirigida ao julgador da causa - aplicável tão somente quando nos autos não existirem provas suficientes ao seu regular julgamento - e apta à orientação deste, quando da prolação da sentença, em relação a quem deverá suportar os riscos decorrentes do seu sucesso ou não na atividade probatória. Já sob este prisma, o ônus da prova é técnica de julgamento, sendo certo ainda que, aqui, a pergunta a ser respondida é: quem deve, quando do julgamento, arcar com as conseqüências da falta ou insuficiência de provas produzidas no decorrer da instrução?

A prevalência (ou não), todavia, de um ou outro dos sentidos acima elencados para ônus probatório será mais adiante analisada.

3 Da distribuição do ônus da prova

3.1 Da teoria estática para a teoria dinâmica do ônus da prova no processo civil – bases legais e doutrinárias

3.1.1. Como funciona hoje?

Atualmente, nosso processo civil, em relação ao tema “ônus da prova”, é disciplinado pelas regras constantes do art. 333 do CPC e seus incisos I e II. Segundo eles: ao autor incumbe a prova dos fatos constitutivos de seus direitos e ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos dos direitos do autor⁷. Essa é uma regra que já se faz presente em nosso ordenamento desde o código de processo de 1939, sendo mantida, embora com outros termos tecnicamente mais adequados, no código vigente. Consagra-se, pois, o que a doutrina chama de distribuição estática do ônus da prova, onde o ônus da prova é distribuído previa e abstratamente, sem observância às peculiares do caso concreto.

Simplificando: se o réu, ao se defender, nega o fato alegado pelo autor, pondo em prática o que a doutrina chama de defesa direta, se exime do qualquer encargo probatório; se este mesmo réu, entretanto, realiza defesa indireta, suscitando fatos novos de natureza impeditiva, modificativa ou extintiva, passa a atrair para si o ônus probatório.

A professora Suzana Santi Cremasco posiciona a previsão de ser possível às partes - por meio de convenção firmada antes ou no curso do processo - distribuir o ônus da prova de forma diversa da prevista em lei (parágrafo único do art. 333 do CPC), como um indicativo de que, pelo sistema processual vigente, o encargo probatório não se mostra totalmente imutável e inflexível⁸.

E apesar da vigente legislação processual civil não conter regra expressa adotando a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, a doutrina e a jurisprudência já vêm - embora timidamente, se considerarmos a totalidade de decisões proferidas na comunidade jurídica - a acolhendo e aplicando. E o fazem através de uma interpretação sistemática de nossa legislação processual.

⁷ Fatos constitutivos são aqueles que fazem nascer o direito afirmado pelo autor em juízo (noutros dizeres, são fatos que, enquadrados na lei, constituem as relações jurídicas de que o autor asseverar ser titular); fatos impeditivos, por outro lado, são aqueles que obstam que os fatos constitutivos produzam efeitos e, por via de consequência, a existência do pretendo direito; fatos modificativos são aqueles que, a despeito de reconhecer a existência da relação jurídica discutida em juízo, buscam alterá-la e; fatos extintivos são aqueles que retiram a eficácia do fato constitutivo, pondo fim à relação jurídica deduzida no processo.

⁸ CREMASCO. Suzana Santi. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009, pág. 63.

Mas, o que significa essa distribuição dinâmica do ônus da prova (também chamado de aptidão para a prova)? Significa a atração do ônus da prova àquela parte que detém melhores condições de produzi-la, sopesadas as peculiaridades do caso concreto⁹. Como bem simplificam Fred Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, “prova quem pode”. Para eles, ainda: “Esse posicionamento justifica-se nos princípios da adaptabilidade do procedimento às peculiaridades do caso concreto, da cooperação e da igualdade”¹⁰.

Eis, ainda, alguns outros entendimentos e argumentos defendidos pela doutrina e jurisprudência - que guardam, inclusive, semelhanças entre si - a fim de embasar a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova:

- a) A distribuição do ônus da prova é uma questão diretamente vinculada ao exercício dos direitos fundamentais e à Constituição, sequer necessitando de integração legislativa para ser flexibilizada¹¹;
- b) Há de existir um equilíbrio substancial entre as partes (decorrência do princípio da igualdade, insculpido no art. 5º, *caput*, da CF/88), devendo estas atuar em paridade de armas, o que somente se mostra possível com a adoção da já referida teoria dinâmica;
- c) A adoção da teoria dinâmica do ônus da prova proporciona um processo com resultados mais justos e equânimes e materializa, de forma mais eficaz, os princípios do devido processo legal e do acesso à justiça;
- d) A distribuição dinâmica do ônus probatório é também decorrência dos princípios da lealdade, boa-fé e veracidade, pois as partes não podem deixar de se valer de alegações de fato e de prova esclarecedores, de forma proposital e artificiosa, com o objetivo deliberado de prejudicar seus oponentes;
- e) As partes têm o dever de, em matéria de prova, colaborar com o juiz na busca por uma verdade o mais próxima possível da real, consolidando, assim, o que a doutrina chama de

⁹ A professora Suzana Santi Cremasco, nas páginas 69 e 71 da obra indicada na nota de rodapé anterior, destaca o nascedouro da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova como sendo na Alemanha, pelo BGB, quando, já no início do século passado, passou a utilizar expressamente a nomenclatura *beweisumkehr* que, por sua vez, significa trânsito cambiante (ou em sentido contrário) da prova. Igualmente registra que a sistematização dessa teoria ocorreu no final do século XX, na Argentina, e acrescenta haver notícias da aplicação da dinamização do ônus probante no ordenamento espanhol há considerável tempo. Cita também alguns exemplos práticos de aplicação dessa teoria, senão vejamos: em 1957, na Argentina, o Tribunal impôs a um funcionário público a prova da ilegitimidade de seu enriquecimento, “por entender que ele estaria em melhores condições que o Estado de produzir a prova respectiva”; em 1997, também na Argentina, em um caso envolvendo responsabilidade civil por erro médico, “impôs o ônus da prova quanto à adequação e correção dos procedimentos utilizados durante a cirurgia ao cirurgião e ao hospital no qual ela se realizou, por entender que teriam melhores condições de produzir a prova quanto a este aspecto”. Assevera, todavia, que, a despeito da ampla aceitabilidade de aplicação da *teoria de las cargas probatorias dinámicas*, não há previsão expressa sobre a teoria no *Código Argentino de Procedimiento Civil y Comercial para la Nación*. A mesma professora, citando o jurista argentino Jorge W. Peyrano e traduzindo seus ensinamentos, bem coloca, ainda: “A chamada doutrina das cargas probatorias dinâmicas pode e deve ser utilizada pelos órgãos jurisdicionais em determinadas situações, nas quais não funcionem adequada e valiosamente as previsões legais que, como norma, repartem os esforços probatórios. A mesma importa em um deslocamento do *onus probandi*, segundo forem as circunstâncias do caso, em cujo mérito aquele pode recair, *verbi gratia*, na cabeça de quem está em melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas para produzi-las, para além de seu posicionamento como autor ou réu, ou tratar-se de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos”.

¹⁰ DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Salvador: Editora Juspodium, 2012, Volume 2, 7ª Edição, pág. 96.

¹¹ É uma das ideias defendidas pelo Promotor de Justiça Robson Renault Godinho em artigo intitulado “A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais”. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/26760/distribuicao_onus_prova_perspectiva.pdf?sequence=1. Acesso em 05/11/2012, 18h00.

“visão solidarista do ônus da prova” em superação aos paradigmas individualistas e patrimonialistas¹².

3.1.2. Como será?

A previsão expressa na legislação vindoura representa todo o esforço integrativo e interpretativo acima delineado.

Nesse sentido, o projeto do novo código processual civil, logo em seu art. 7º, prevê:

“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 velar pelo efetivo contraditório” (grifamos).

O comando acima transcrito já evidencia, dentre outras situações jurídicas, a vontade legislativa de priorizar, às partes, um tratamento igualitário no que concerne aos seus ônus dentro do processo, inclusive os ônus probatórios. E para que essa igualdade se mostre possível é imprescindível a utilização de normas mais flexíveis em relação aos ônus probatórios, tratando-se os iguais de forma desigual na medida de suas desigualdades e, por consequência, atribuindo, em cada caso concreto, o ônus probatório a quem detém melhores condições de suportá-lo.

Já nos arts. 357 e 358 encontramos as seguintes disposições¹³:

“Art. 357. O ônus da prova, ressalvados os poderes do juiz, 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.

Art. 358. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

§ 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 357, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção”.

É de ver-se, portanto, que as regras tradicionais em relação ao ônus da prova, previstas no art. 357 acima transcrito, ainda prevalecem na ordem jurídico processual e probatória, sendo igualmente correto interpretar as regras dispostas no art. 358 como excetivas, aplicáveis a depender das circunstâncias da causa e das peculiaridades do fato a ser provado. Haverá, assim,

¹² DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Salvador: Editora Juspodium, 2012, Volume 2, 7ª Edição, pág. 99.

¹³ O Senador Adelmir Santana, através da emenda 31, propôs, quando da discussão do projeto do novo CPC no Senado, a supressão do comando que prevê a aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas por considerar que o dispositivo respectivo utiliza expressões genéricas, criando benefícios excessivos sob o pretexto de eliminar desigualdades e transferindo ao magistrado um poder que tem sido prudentemente reservado ao legislador. Sustentou a violação dos princípios da legalidade e da segurança jurídica, sendo que, na sua ótica, o atual sistema de distribuição do ônus da prova é mais consentâneo com as garantias do contraditório e da ampla defesa. A emenda, todavia, foi rejeitada ao argumento de que a proposta do projeto coaduna-se com a vanguarda do processo civil, sendo certo que as regras sobre a inversão do ônus da prova, transferido à parte que se encontra em melhores condições de produzi-la, de acordo com as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, por meio de decisão fundamentada e com respeito ao contraditório, constituem um inegável avanço no direito processual brasileiro, e seria um retrocesso retirá-las do projeto.

uma verdadeira coexistência entre os dois sistemas de aplicação do ônus probatório: o estático e o dinâmico.

Portanto, a regra geral será a aplicação da concepção estática do ônus da prova, nos moldes previstos no código processual hodierno, e a exceção a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova, sendo, todavia, imprescindível para a utilização desta o preenchimento de certos requisitos, quais sejam:

- a) o caso concreto em que se aplicará a concepção dinâmica do ônus da prova deve ser peculiar, ou seja, deve conter especificidades que o distanciem e diferenciem das situações habituais postas ao crivo judicial (requisito da peculiaridade);
- b) o juiz, a fim de observar o princípio do contraditório, quando optar por aplicar a teoria dinâmica, deverá fundamentar sua decisão, o que possibilitará à parte onerada com a decisão judicial conhecer as razões que levaram o juiz à sua decisão e, oportunamente (em sede recursal) e se for de seu interesse, discuti-la (requisito da fundamentação);
- c) a decisão que aplica a teoria dinâmica e seus fundamentos devem ocorrer durante a instrução, a fim de que a parte sobre a qual recairá o ônus probatório possa produzir suas provas (requisito do procedimento prévio).

Sistematizando, vê-se, pois, que a nova ordem jurídico processual probatória, através da vontade legislativa, passará a conviver com as concepções objetiva e subjetiva do ônus da prova. A regra, assim, será a aplicação da concepção objetiva (como regra de julgamento) e a exceção a da concepção subjetiva (como técnica de instrução ou procedimento).

4 Da plena aplicabilidade e compatibilidade das novas regras ao processo do trabalho

No tocante às provas, é entendimento majoritário o de que a aplicação pura do art. 818 da CLT não satisfaz às necessidades das demandas postas ao crivo do judiciário trabalhista, necessitando este da aplicação subsidiária das regras previstas no CPC em relação à prova (hoje, como já visto, constantes do art. 333, incisos I e II, do CPC e, amanhã, as constantes dos arts. 357 e 358 do novo CPC)¹⁴.

A CLT, todavia, possui regra que, embora conste da sessão intitulada "Do procedimento sumaríssimo", autoriza o juiz a dirigir o processo "com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica" (art. 852-D da CLT). Essa mesma regra, segundo pensamos, não se limita, todavia, ao processo sumaríssimo, devendo ser aplicada

¹⁴ No entanto, segundo a juíza do trabalho Daniela Monteiro Santos, em artigo publicado na Revista Eletrônica da Escola Judicial do TRT da 1ª Região, intitulado "*Distribuição e inversão do ônus da prova no processo do trabalho*": "há outra corrente doutrinária menos expressiva, apoiada por juristas de renome, como Manoel Antônio Teixeira Filho, que desautoriza a aplicação subsidiária das normas processuais civis ao Processo Laboral, no tocante às provas, por inexistir lacuna normativa (artigo 769 da CLT) e ainda, por considerar haver colisão nas regras expostas nos artigos 333 do CPC e 818 da CLT. Explicamos: a negativa pelo réu de fato alegado pelo autor, diferentemente do direito processual comum que imputaria o ônus probatório ao reclamante (artigo 333, I do CPC), importa em atribuir ao reclamado/réu o encargo de provar a "alegação relevante" e "substitutiva" da afirmativa do autor, vez que, determina o mencionado artigo celetista que "A prova das alegações incumbe à parte que as fizer". Não se trata aqui de inversão do ônus da prova, tampouco de oposição de fato impeditivo ou extintivo do direito do autor e sim, de mera adoção do dispositivo celetista supracitado. Tampouco há falar em imputar ao réu o ônus de produção de prova negativa, ao invés disso, caberia ao reclamado demonstrar a observância dos limites legais no trato com o trabalhador".

também nos processos que correm sob os ritos sumário (causas de até 2 salários mínimos) e ordinário (causas superiores a 40 salários mínimos). E o motivo é simples: os valores dados às causas não alteram, por si sós, a complexidade destas e as eventuais dificuldades encontradas por uma das partes em relação à produção de provas. Há, ainda, a previsão do art. 765 da CLT no sentido de que “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”.

Tanto o art. 852-D quanto o 765 da CLT, somados às novas regras procedimentais constantes do novo CPC em relação ao ônus da prova (arts. 357 e 358 do NCPC), constituem fontes legais a dar suporte à aplicação do princípio da aptidão para a prova (ou distribuição dinâmica do ônus da prova) no processo do trabalho.

Justifica-se ainda mais a aplicabilidade das novas regras sobre ônus da prova no processo do trabalho porque, como regra (que, obviamente, comporta exceções), é o empregador quem dispõe de maior facilidade probatória, já que detentor natural das provas a serem apresentadas, mormente as documentais, o que revela uma desigualdade substancial na relação processual entre empregado e empregador, perfeita à aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova¹⁵.

Perguntamo-nos, todavia: qual será o momento ideal para que o juiz, preenchidos os requisitos legais, aplique o princípio da aptidão para a prova?

Em consonância com as previsões constantes do novo CPC, que trata a regra da distribuição dinâmica do ônus da prova como técnica de instrução ou procedimental, e feitas as devidas adequações procedimentais em relação ao processo do trabalho, entendemos que o momento exato para que juiz indique quem detém determinado ônus probatório é, considerando a inexistência de despacho saneador no processo trabalhista, na audiência, mais especificamente no seu início, após a colheita da defesa e quando da fixação dos pontos controvertidos para a produção da prova oral¹⁶.

5 Da aplicação prática da distribuição dinâmica do ônus da prova na jurisprudência trabalhista – alguns exemplos elucidativos

Mesmo que ainda não exista previsão legal expressa autorizando a aplicação do princípio da aptidão para a prova, são inúmeras as decisões que fazem uso e menção a este princípio. O avanço é, sem sombra de dúvidas, notório e contemporiza com o processo de constitucionalização do processo.

Vejamos, pois, alguns exemplos práticos em que se aplicou, por fundamentos variados, o princípio da aptidão para a prova em processos trabalhistas:

¹⁵ Comungamos do entendimento de que o art. 6º, VIII, do CDC não pode ser tido como base jurídica a fundamentar a aplicação do princípio da aptidão para a prova no processo do trabalho, seja porque o simples fato de constatar-se ser o trabalhador a parte hipossuficiente da relação jurídica não legitima a aplicação da inversão do ônus da prova se não há verossimilhança em suas alegações; seja porque nem sempre o trabalhador é a parte hipossuficiente da relação travada (embora na esmagadora maioria dos casos o seja); seja porque há casos em que é justamente a parte hipossuficiente quem detém melhores condições de produzir determinada prova.

¹⁶ Segundo a aqui já citada professora Suzana Santi Cremasco (páginas 89 e 90 da obra indicada na nota de rodapé de número 8), considerando que o ônus da prova tem por escopo também orientar e embasar a atividade das partes no curso da instrução e que sua distribuição dinâmica constitui medida excetiva, a intenção de repartição dos encargos deve ser claramente enunciada e expressamente definida antes do início da fase probatória, no despacho saneador e quando da fixação dos pontos controvertidos e determinação das provas a serem produzidas, de forma a possibilitar o seu conhecimento e, sobretudo, o seu cumprimento por parte dos litigantes.

Exemplo 1:

Em sentença proferida pelo juiz do trabalho Luciano Athayde Chaves (processo 65500-60.2011.5.21.0020), colega atuante no TRT do Rio Grande do Norte, assim restou decidido:

“É princípio elementar em Direito Processual do Trabalho que o ônus da prova incumbe à parte que fizer as alegações em Juízo, tanto assim que a CLT, em dispositivo específico, agasalhou tal norma, no art. 818. Por certo que se trata de uma abordagem dinâmica, que pode receber cores diferentes de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Disso se ocupa o denominado princípio da aptidão da prova”.

Na decisão acima indicada, nos parece bem delineado que, na ótica de quem a proferiu, o art. 818 da CLT é aberto e permite uma variabilidade interpretativa que se amolda à noção dinâmica do ônus da prova, dispensando, até mesmo, a utilização subsidiária dos dispositivos constantes do CPC vigente.

Exemplo 2:

Já em decisão de minha lavra (processo 00075-2011-025-03-00-1), prolatada quando ainda atuava no TRT Mineiro, tive a oportunidade de apreciar situação peculiar em que se fez necessária a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova, todavia em desfavor do empregado, autor da ação e parte hipossuficiente do processo. Sucintamente, passo a relatar o interessante caso:

O autor da ação requereu rescisão indireta de seu contrato de trabalho alegando que, após o surgimento de determinada doença, vinha sendo impedido de trabalhar, mesmo estando apto para tanto, conforme atestara o INSS.

A ré, por sua vez, asseverou que em nenhum momento o reclamante foi impedido de assumir suas funções, nem pela empresa, nem pelo serviço médico da empresa; que um mês após a admissão, o reclamante passou a apresentar vários atestados médicos e passou a faltar ao serviço em decorrência de uma doença hemorroidária”; que diante dessa situação resolveu encaminhar o reclamante ao INSS (o que se mostrou incontroverso); que, no entanto, o INSS negou o pedido de auxílio doença ao autor por este não possuir o período de carência exigido pela lei; que os relatórios elaborados pelos médicos do SUS e o agendamento de avaliação do Sistema Central de Internação deram conta de que o reclamante possuía doença hemorroidária **grau III**; que o reclamante afirmou, perante médico trabalho, não ter a menor condição de exercer qualquer atividade e; que o serviço médico da empresa, fundamentado nas declarações do autor, não teve outra alternativa senão devolvê-lo ao INSS.

Das alegações apresentadas pela defesa, apenas as duas últimas não restaram, de plano, provadas.

A ré, então, trouxe a juízo um dos médicos que atendeu o reclamante (e que faz parte do serviço médico que a atende). Este, por sua vez, disse que chegou a atender o reclamante por duas vezes. Igualmente disse, embasado no art. 73 do Código de Ética Médica, que não poderia dizer se o reclamante tinha ou não condições de trabalho quando o atendeu, por questões de sigilo médico.

Esse comando legal, em contrapartida, possibilita ao médico prestar informações em juízo. Isso, todavia, só se tornaria possível se o reclamante tivesse o autorizado a prestá-las.

O autor, indagado pelo juiz, não autorizou que o médico prestasse as necessárias informações.

Assim, chegamos ao entendimento que o caso requeria a aplicação do princípio da aptidão para a prova, mormente levando em conta que a produção de prova, por parte da ré, com relação às informações do médico que atendeu o reclamante, se mostrou impossível (prova diabólica). Ponderamos que só o reclamante poderia obter do médico, que lhe atendeu por duas vezes, informações necessárias para que o juízo pudesse ter conhecimento de seu quadro clínico específico. Portanto, deveria ter aproveitado a oportunidade e produzido contraprova da alegação defensiva no sentido de que sempre teria afirmado ao serviço médico da empresa que não tinha condições físicas de exercer qualquer atividade.

Ora, não tendo o autor aproveitado a oportunidade que lhe foi dada, tomamos por verdadeiras as alegações defensivas no sentido de que o reclamante afirmou, perante médico do trabalho, não ter a menor condição de exercer qualquer atividade e de que o serviço médico da empresa, fundamentado nas declarações do autor, não teve outra alternativa senão devolvê-lo ao INSS.

Por fim, não reconhecemos a pretendida rescisão indireta do contrato de trabalho por ausência de falta grave praticada pelo empregador suficiente o bastante a gerar a impossibilidade da permanência do vínculo laborativo celebrado.

Exemplo 3:

No processo AIRR - 51200-45.2006.5.05.0463, julgado em 17/10/2012 e que teve como relator o Ministro Emmanoel Pereira, da 5ª Turma do TST, há menção à decisão do TRT de origem, que, por sua vez, aplicou a teoria da aptidão para a prova, nos seguintes termos:

"A demonstração da falta de observância, in locu, das normas de ergonomia e de saúde ocupacional, ou seja, da culpabilidade do empregador no caso, pode ser resolvida pela teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e do princípio da aptidão para a prova, que impõe ao reclamado o dever de comprovar a total obediência as normas de ergonomia e segurança do trabalho, máxime no período em que o reclamante laborou como motorista de ônibus intermunicipal. Nesse passo, considerando que o autor sempre trabalhou nesta função e que o expert constatou que o trabalho contribuiu para o surgimento precoce das lesões degenerativas na coluna, forçoso presumir-se que o ambiente de trabalho não foi adequadamente preparado, admitindo-se, portanto, a inversão do ônus probatório" (grifamos).

Exemplo 4:

Já no processo AIRR - 145340-88.2000.5.01.0044, julgado em 28/04/2010, e que teve como Relator o Ministro Renato de Lacerda Paiva, da 2ª Turma do TST, igualmente se fez referência à decisão regional que modificou, no caso concreto, as regras tradicionais em relação ao ônus da prova:

"Frise-se que era do réu e não do autor o ônus da prova, no particular. É que a aplicação do princípio da aptidão para a prova, em determinadas circunstâncias, é essencial para se chegar à justa composição da lide. O I. Juiz José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva, em trabalho publicado na Revista LTR, de junho de 2004, pág. 692, citando Carnelutti, ressalta a necessidade de se verificar a 'conveniência de atribuir a prova à parte que esteja mais provavelmente em situação de dá-la, e assim, com base numa regra de experiência, a qual estabelece qual das duas partes esteja em condições melhores para fornecer a prova do fato...Unicamente assim o ônus da prova constitui um instrumento para alcançar o escopo do processo, que é, não a simples composição, mas a justa composição da lide. No caso vertente, somente o réu dispõe dos relatórios gerenciais mensais que possivelmente justificariam as diferenças das importâncias recebidas pelo autor e paradigmas" (grifamos).

Exemplo 5:

No processo RR - 16840-59.2007.5.23.0007, cujo Relator foi o Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, da 7ª Turma do TST, e julgado em 12/05/2010, assim consta:

“Quanto à lucratividade, por ser fato constitutivo do direito da reclamante, caber-lhe-ia, em tese, comprová-la, nos termos do disposto nos arts. 333, I do CPC e 818 da CLT, não fossem, no entanto, as peculiares circunstâncias da hipótese vivenciada nestes autos.

Convém ressaltar que tais normas cuidam da distribuição do *us probandi* em situações onde os litigantes atuam em igualdade de condições no que concerne à produção de provas. Essa igualdade, porém, não é verificada no caso ora trazido a juízo, mormente quanto à comprovação dos lucros atingidos pela empresa e avaliação de que tais lucros são suficientes para o deferimento dos benefícios, pois somente a empresa poderia ter acesso a informações como o número de funcionários que fazem jus às progressões e o montante necessário para o adimplemento das diferenças salariais decorrentes do deferimento de tais benefícios.

O caso pede, portanto, a aplicação do princípio da aptidão para a prova, segundo o qual o ônus probante deve recair sobre a parte que tenha mais condições de provar o fato controvertido.

(...)

Caberia à reclamada, portanto, comprovar que o lucro porventura atingido era insuficiente para o deferimento das progressões funcionais à empregada, de molde que, não procedendo desta maneira, presume-se a lucratividade da empresa”.

(...)

Em contestação, a reclamada alegou, ainda, que há um outro obstáculo à concessão das promoções funcionais aos seus empregados, o qual estaria disposto no art. 1º, inciso IV da Resolução n. 09, de 08.10.96, do Conselho de Coordenação e Controle das Empresas Estatais - CCE, in verbis:

'Art. 1º - Estabelecer que os dirigentes das empresas públicas, sociedade de economia mista e suas controladas e quaisquer outras entidades controladas, direta ou indiretamente pela União, promovam alterações nos seus regulamentos internos de pessoal e planos de cargos e salários, ressalvados os direitos adquiridos na forma da legislação vigente, com vistas a:

(...)

IV -limitar a 1% (um por cento) da folha salarial o impacto anual com as promoções por antigüidade e por merecimento;'

Tendo a ré apresentado tal fato impeditivo do deferimento das progressões, a ela caberia demonstrar em que ponto esse requisito deixou de ser preenchido. Convém destacar, num primeiro plano, que sequer trouxe aos autos qualquer elemento que pudesse comprovar a alteração do seu regulamento interno de molde a atender à determinação do CCE. Ademais, não colacionou aos autos nem produziu qualquer prova no sentido de demonstrar que o impacto salarial decorrente da concessão das promoções aos seus funcionários seria superior ao estipulado na resolução acima transcrita.

Na mesma esteira de raciocínio deve ser resolvida a lide quanto às progressões por merecimento pleiteadas. Segundo consta do PCCS, no item 8.2.10.9, tal modalidade de progressão 'será concedida pela Empresa ao empregado que se destacar em seu trabalho, consoante o modelo ou indicadores de Avaliação de Desempenho funcional que for aprovado pela Diretoria Colegiada da Empresa, mediante proposta da área de Recursos Humanos e em consonância com os princípios e diretrizes fixados neste PCCS' (fl. 56).

O caso requer, mais uma vez, a aplicação do princípio da aptidão para a prova. Caberia à reclamada, visto ser ela a responsável pela avaliação do desempenho dos seus funcionários, provar analiticamente quais foram os resultados atingidos pela autora e quais eram as metas exigidas para que ela fizesse jus à progressão por mérito” (grifamos mais uma vez).

Observando as decisões veiculadas, extraem-se as seguintes conclusões:

- I. Nelas, o princípio da aptidão para a prova foi aplicado como regra de julgamento e não como técnica de instrução;
- II. O novo CPC, tratando a distribuição dinâmica do ônus da prova como técnica de instrução, vem justamente aperfeiçoar a aplicação dessa regra no ordenamento jurídico processual.

6 Conclusões

Por tudo que até aqui se expôs, é possível afirmar com elevado grau de segurança que:

a) Dos cinco objetivos que orientaram a elaboração do novo código de processo civil, o de “criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa” tem ligação direta com a mudança empreendida na questão da distribuição do ônus da prova e do seu viés dinâmico;

b) Subjetivamente, ônus da prova é uma regra dirigida às partes e que lhes dá acesso à orientação em relação às suas respectivas atividades e responsabilidades probatórias no processo de formação da convicção judicial. Sob este viés, o ônus da prova deve ser tido como regra de instrução (de procedimento; de atividade);

c) Objetivamente, ônus da prova é uma regra dirigida ao julgador da causa - aplicável tão somente quando nos autos não existirem provas suficientes ao seu regular julgamento - e apta à orientação deste, quando da prolação da sentença, em relação a quem deverá suportar os riscos decorrentes do seu sucesso ou não na atividade probatória. Já sob este prisma, o ônus da prova é técnica de julgamento;

d) Atualmente, nosso processo civil, em relação ao tema “ônus da prova”, é disciplinado pelas regras constantes do art. 333 do CPC e seus incisos I e II. Segundo eles: ao autor incumbe a prova dos fatos constitutivos de seus direitos e ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos dos direitos do autor, consagrando-se, pois, o que a doutrina chama de distribuição estática do ônus da prova (o ônus da prova é distribuído previa e abstratamente, sem observância às peculiares do caso concreto).

e) A distribuição dinâmica do ônus da prova (também chamado de aptidão para a prova) consiste na atração do ônus da prova àquela parte que detém melhores condições de produzi-la, sopesadas as peculiaridades do caso concreto;

f) O projeto do novo código processual civil encampou a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova (art. 358 do NCPC), sem deixar, todavia, de abarcar, como regra, a teoria estática; noutros dizeres, as regras tradicionais em relação ao ônus da prova, previstas no art. 357 do NCPC, ainda prevalecem na ordem jurídico processual e probatória, sendo igualmente correto interpretar as regras dispostas no art. 358 como excetivas, aplicáveis a depender das circunstâncias da causa e das peculiaridades do fato a ser provado;

g) Haverá, assim, uma verdadeira coexistência entre os dois sistemas de aplicação do ônus probatório: o estático e o dinâmico;

h) Para a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova é imprescindível o preenchimento de certos requisitos, quais sejam: o caso concreto em que se aplicará a concepção dinâmica do ônus da prova deve conter especificidades que o distanciem e diferenciem das situações habituais postas ao crivo judicial (requisito da peculiaridade); o juiz, a fim de observar o princípio do contraditório, quando optar por aplicar a teoria dinâmica, deverá fundamentar sua decisão, o que possibilitará à parte onerada com a decisão judicial conhecer as razões que levaram o juiz à sua decisão e, oportunamente (em sede recursal) e se for de seu interesse, discuti-la (requisito da fundamentação); a decisão que aplica a teoria dinâmica e seus fundamentos devem ocorrer durante a instrução, a fim de que a parte sobre a qual recairá o ônus probatório possa produzir suas provas (requisito do procedimento prévio);

i) Tanto o art. 852-D quanto o 765 da CLT, somados às novas regras procedimentais constantes do novo CPC em relação ao ônus da prova (arts. 357 e 358 do NCPC), constituem fontes legais a dar suporte à aplicação do princípio da aptidão para a prova (ou distribuição dinâmica do ônus da prova) no processo do trabalho;

j) Justifica-se ainda mais a aplicabilidade das novas regras sobre ônus da prova no processo do trabalho porque, como regra (que, obviamente, comporta exceções), é o empregador quem dispõe de maior facilidade probatória, já que detentor natural das provas a serem apresentadas, mormente as documentais, o que revela uma desigualdade substancial na relação processual entre empregado e empregador;

k) Preenchidos os requisitos legais, o momento ideal para o juiz do trabalho aplique o princípio da aptidão para a prova e indique quem detém determinado ônus probatório sobre determinada questão controvertida é - em consonância com as previsões constantes do novo CPC e feitas as devidas adequações procedimentais em relação ao processo do trabalho - na audiência, mais especificamente no seu início, após a colheita da defesa e quando da fixação dos pontos controvertidos para a produção da prova oral, mormente considerando a inexistência de despacho saneador no processo do trabalho;

l) A utilização das novas regras processuais em relação à distribuição do ônus da prova prestigiará, enfim, os princípios da segurança jurídica, da paridade de armas, do devido processo legal, do acesso à justiça, da lealdade e boa-fé processuais, da colaboração das partes para com o juiz e, concomitantemente, evitará críticas em relação a eventual subjetivismo judicial excessivo.

Referências

BRASIL. Senado Federal. Exposição de motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

CREMASCO. Suzana Santi. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 7. ed. Salvador: Juspodium, 2012. v. 2.

GODINHO, Robson Renault. A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/26760/distribuicao_onus_prova_perspectiva.pdf?sequence=1. Acesso em 05/11/2012.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008.

SANTOS, Daniela Monteiro. Distribuição e inversão do ônus da prova no processo do trabalho. **Revista Eletrônica da Escola Judicial do TRT da 1ª Região**, Rio de Janeiro, Ano 2, n. 2, ago. 2012. Disponível em: http://novoportal.trt1.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=62ba0528-9cfd-412e-8287-b08e93adc965&groupId=10157