

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPEDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPEDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

ÉERICA JULIANA PIRES

**A APLICAÇÃO DA TEORIA DINÂMICA DE DISTRIBUIÇÃO DAS
CARGAS PROCESSUAIS NO DIREITO PROCESSUAL DO
TRABALHO CONTEMPORÂNEO**

MARÍLIA
2014

ÉRICA JULIANA PIRES

A APLICAÇÃO DA TEORIA DINÂMICA DE DISTRIBUIÇÃO DAS
CARGAS PROCESSUAIS NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO
CONTEMPORÂNEO

Trabalho de curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha, mantenedora de Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, como requisito parcial da obtenção de grau de Bacharel em direito

Orientador (a):
Prof (a). M^a. ANDREA ANTICO
SOARES.

MARÍLIA
2014

PIRES, Erica Juliana

A aplicação da Teoria Dinâmica de Distribuição das Cargas Processuais no direito Processual do Trabalho Contemporâneo/ Erica Juliana Pires; orientadora: Andréa Ântico, Marília, SP: [s.n.], 2014.
64 f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) - Curso de Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2014.

1. Neoprocessualismo 2. Ônus da Prova 3. Teoria Dinâmica de Distribuição das Cargas Processuais

CDD: 341.688



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

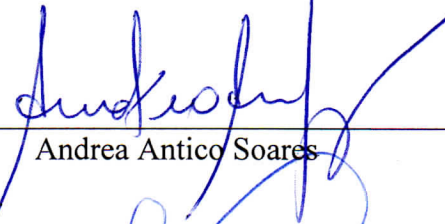
Érica Juliana Pires

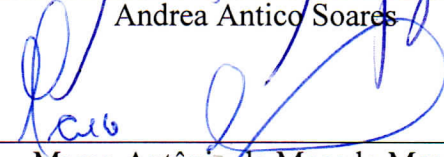
RA: 46047-8

A Aplicação da Teoria Dinâmica de Distribuição das Cargas Processuais no
Direito Processual do Trabalho Contemporâneo

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 9,5

ORIENTADOR(A): 
Andrea Antico Soares

1º EXAMINADOR(A): 
Marco Antônio de Macedo Marçal

2º EXAMINADOR(A): 
Ludmila Kelly Braz Martins

Marília, 05 de dezembro de 2014.

À minha família, que à sua maneira, me incentivam todos os dias!

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, que permitiu minha chegada até aqui, abençoando meus caminhos, me fazendo entender que tudo nesta vida tem sua hora, e que basta confiar Nele que no final tudo dará certo.

À minha amada mãe, que à sua maneira, me apoiou, e ao meu pai, que apesar de todas as dificuldades, me fez ser a pessoa que sou hoje. A vocês eu devo tudo.

Ao meu amado esposo, pela compreensão, apoio e amor.

A minha querida orientadora, Professora Andrea Antico Soares, pelo empenho e pela confiança a mim depositada, e que apesar de minhas dificuldades, suas palavras de incentivo e motivação foram fundamentais para a conclusão do presente trabalho.

Meus sinceros agradecimentos aos amigos e companheiros de trabalho, e minhas irmãs na amizade, Sol e Annie, que fizeram parte da minha formação e que vão continuar presentes em minha vida com certeza.

*A verdadeira felicidade está na própria
casa, entre as alegrias da família.*

Léon Tolstoi

PIRES, Érica Juliana. **A aplicação da teoria dinâmica de distribuição das cargas processuais no direito Processual do Trabalho contemporâneo.** 2014. 64 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, Marília 2014.

RESUMO

Busca-se promover reflexões acerca da possibilidade de aplicação da Teoria Dinâmica de Distribuição das Cargas Processuais no direito Processual do Trabalho, com o intuito de flexibilizar as regras de distribuição do ônus da prova, garantindo, assim, a efetivação dos direitos fundamentais, previstos explícita e implicitamente no ordenamento jurídico brasileiro. Mudanças constantes no direito processual brasileiro, estão possibilitando a aplicabilidade de mecanismos alternativos no processo judicial, a fim de evitar que a rigidez de algumas normas atentem contra as garantias fundamentais das partes. Neste contexto, busca-se uma relação da Teoria Dinâmica de Distribuição das Cargas Processuais com as tendências neoprocessualistas e com as diretrizes constitucionais, visando contornar o desequilíbrio de forças presentes entre as partes na relação processual, já que em determinados casos concretos a distribuição definida pelos dispositivos relativos ao ônus da prova nem sempre atendem as necessidades da parte que visa o reconhecimento de seus direitos, violando assim princípios do direito existentes para garantir à parte a efetivação de seus direitos.

Palavras-chave: Jurisdição. Neoprocessualismo. Ônus da Prova. Prova diabólica. Teoria Dinâmica de Distribuição das Cargas Processuais

PIRES, Érica Juliana. **A aplicação da teoria dinâmica de distribuição das cargas processuais no direito Processual do Trabalho contemporâneo.** 2014. 64 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, Marília 2014.

ABSTRACT

Seeks to promote reflections on the applicability of the Dynamic Theory of Distribution of Loads on Procedural law Procedural Labour, as the aim of easing the rules of distribution of the burden of proof, thereby ensuring the enforcement of fundamental rights, provided explicit and implicitly in the Brazilian legal system. Constant changes in the Brazilian procedural law, are enabling the applicability of alternative mechanisms in the judicial process in order to prevent the stiffness of some rules threaten the fundamental guarantees of the parties. In this context, it seeks a relationship of Dynamic Theory of Distribution of Loads Procedural with neoprocessualistas trends and constitutional guidelines, in order to correct the imbalance of forces present between the parties on procedural relationship, since in individual cases the distribution defined by provisions relating to the burden of proof does not always meet the needs of the party who seeks the recognition of their rights, thus violating principles of existing law to ensure the part the enforcement of his rights.

Keywords: Jurisdiction. Neoprocessualismo. Burden of Proof. Proof diabolical. Dynamical Theory of Distribution of Loads Procedure.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO..... | 9 |
| CAPÍTULO 1 – ASPECTOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS | 11 |
| 1.1 Da Jurisdição | 11 |
| 1.2 O processo Constituição Federal de 1988 | 14 |
| 1.2.1 Princípios Constitucionais | 17 |
| 1.2.1.1 Princípio do Devido Processo Legal | 17 |
| 1.2.1.2 Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição ou Acesso à Justiça..... | 18 |
| 1.2.1.3 Princípio da Igualdade ou da Isonomia das partes | 20 |
| 1.2.1.4 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa | 21 |
| 1.3 Princípios do Processo do Trabalho | 23 |
| 1.3.1 Princípio da Finalidade Social | 23 |
| 1.3.2 Princípio da Proteção | 24 |
| 1.3.3 Princípio da Busca da Verdade Real..... | 25 |
| CAPÍTULO 2 – DAS PROVAS | 26 |
| 2.1 Conceito e Objeto da Prova..... | 26 |
| 2.2 Princípios Probatórios | 27 |
| 2.3 Meios de prova | 30 |
| 2.3.1 Da Prova Documental | 31 |
| 2.3.2 Do Depoimento Pessoal e Interrogatório | 34 |
| 2.3.2.1 Da Confissão | 35 |
| 2.3.3 Da Prova Testemunhal | 37 |
| 2.3.4 Da Prova Pericial | 39 |
| 2.3.5 Da Inspeção Judicial | 42 |
| CAPÍTULO 3 – DO ÔNUS DA PROVA E SUA INVERSÃO NO PROCESSO – UM ESTUDO DA TEORIA DINÂMICA DE DISTRIBUIÇÃO DAS CARGAS PROCESSUAIS . | |
| | 44 |
| 3.1 Ônus da Prova | 44 |
| 3.2 A Inversão do Ônus da Prova Segundo a Teoria Dinâmica de Distribuição das Cargas .. | 48 |
| CONCLUSÃO..... | 57 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 59 |

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo estudar as possibilidades de aplicação da Teoria Dinâmica de Distribuição das Cargas Processuais no direito Processual do Trabalho Contemporâneo, uma vez que nas demandas trabalhistas surgem cada vez mais situações em que a distribuição do ônus da prova regida pelas normas de direito processual não atende às necessidades das partes, ou no caso da parte que não tenha mínimas condições de provar suas alegações, fazendo com que a inversão do ônus da prova seja a medida que se impõe.

Para tanto, resta necessário iniciar-se o presente trabalho com uma breve análise dos aspectos processuais constitucionais, apresentando-se o conceito de jurisdição e suas características mais relevantes, inclusive distinguindo-a da competência, sendo abordadas sua origem histórica e suas fases de evolução no Direito Brasileiro. Posteriormente, analisar-se-á o processo, conceituando-o e apontando seu objetivo, bem como, abordando-o segundo a Constituição Federal de 1988, com ênfase para o surgimento do Neoprocessualismo. E finalmente, discorrer-se-á sobre os Princípios Constitucionais de suma importância para o Processo, e ainda, apresentando-se os Princípios do Direito Processual do Trabalho.

Já no segundo capítulo, almeja-se estudar as provas no Processo do Trabalho, abordando-se suas principais características e os princípios norteadores das provas no processo judicial, inclusive o princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, da Necessidade da Prova, da Unidade da Prova, da Proibição da Prova Obtida Ilicitamente, do Livre Convencimento Motivado ou da Persuasão Racional do Juiz, da Mediação, da Aquisição Processual, do In Dubio Pro Misero e da Busca da Verdade Real. Também, necessário estudar os meios de provas, apresentando-se seus conceitos e particularidades, onde num primeiro momento a prova documental, uma vez que é sabido que, na prática, os documentos devem constar já na peça inicial. Em continuidade será abordado depoimento pessoal e interrogatório, a confissão, a prova testemunhal, a prova documental, a prova pericial e a inspeção judicial.

Finalmente, no terceiro capítulo, objetiva-se estudar o ônus da prova e sua inversão no processo segundo a Teoria Dinâmica de Distribuição das Cargas Processuais, analisando se sua aplicação seria ou não mais favorável para as partes no processo, considerando a necessidade de flexibilizar a distribuição do ônus da prova, em alguns casos específicos, buscando a efetivação dos direitos fundamentais garantidos às partes, pretendendo-se abordar os aspectos do Ônus da Prova e suas regras inversão, destacando as possibilidades de

aplicação da Teoria Dinâmica de Distribuição das Cargas, com o fim de garantir a igualdade das partes no Processo do Trabalho.

Para a realização do presente trabalho, utilizar-se-á a metodologia dedutiva, que tem como pressuposto que a razão é a única forma de chegar ao conhecimento verdadeiro, partindo-se das premissas gerais para a particular. Ainda, a pesquisa utilizada será a bibliográfica, legislativa e jurisprudencial.

Pretende-se com o presente trabalho contribuir com a comunidade acadêmica, favorecendo a pesquisa, inclusive contribuir para a sociedade que busca o poder judiciário com intuito de solucionar seus conflitos, e muitas vezes não obtendo êxito, por não ter o conhecimento necessário sobre as possibilidades de se buscar outros mecanismos de inversão do ônus da prova, aplicáveis não somente as relações de consumo.

CAPÍTULO 1 – ASPECTOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS

Neste capítulo, estudar-se-á os aspectos processuais constitucionais, trazendo um conceito de jurisdição e suas características, diferenciando-a de competência, sendo abordadas sua origem histórica e suas fases de evolução no Direito Brasileiro. Posteriormente, analisar-se-á o processo, conceituando-o e apontando seu objetivo, bem como, abordando-o segundo a Constituição Federal de 1988, com ênfase para o surgimento do Neoprocessualismo. Por fim, discorrer-se-á sobre os Princípios Constitucionais de suma importância para o Processo, e ainda, apresentando-se os Princípios do Direito Processual do Trabalho.

1.1 Da Jurisdição

Primordialmente, neste tópico, abordar-se-á alguns dos aspectos mais importantes sobre a evolução dos poderes do Estado, fazendo-se uma breve apresentação de questões históricas, partindo-se do estudo da autotutela à jurisdição.

Cintra, Dinamarco e Grinover (2003, p. 20), explicam que a existência do direito regulador da cooperação entre pessoas e capaz da atribuição de bens a elas não é, porém, suficiente para evitar ou eliminar os conflitos que podem surgir entre elas. Esses conflitos caracterizam-se por diversos tipos de situações, como por exemplo, no caso de uma pessoa, pretendendo para si determinado bem, mas que não pode obtê-lo, seja pelo fato de que aquele que poderia satisfazer a sua pretensão não a satisfaz, ou também porque o próprio direito proíbe a satisfação voluntária da pretensão.

Exemplos como estes, no entendimento dos autores acima mencionados, caracterizam a insatisfação de uma pessoa. E a experiência mostra que essa insatisfação é sempre um fator antissocial, independentemente de ter ou não a pessoa, direito ao bem pretendido.

No mesmo sentido, Arenhart e Marinoni (2008, p. 31) afirmam que a insatisfação de um interesse pode gerar tensões na sociedade, restando evidente a necessidade da existência de regras jurídicas para que os conflitos sejam eliminados e seja encontrada a paz social, que constitui objetivo do Estado.

Outrossim, Cintra, Dinamarco e Grinover (2003, p. 20), asseveram ser possível verificar que se entre duas pessoas existe um conflito, caracterizado por qualquer das causas de insatisfação descritas acima, em princípio o direito impõe que, se quiser pôr fim a essa situação, seja chamado o Estado-juiz, o qual virá dizer qual a vontade do ordenamento

jurídico para o caso concreto e, se for o caso, fazer com que as coisas se disponham, na realidade prática, conforme essa vontade. Contudo, verifica-se que a realidade nem sempre foi essa.

Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos, individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares: por isso, não só existia um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer as leis (normas gerais e abstratas impostas pelo Estado aos particulares). Assim, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão. A própria repressão aos atos criminosos se fazia em regime de vingança privada e, quando o Estado chamou para si o *jus punitivum*, ele o exerceu inicialmente mediante seus próprios critérios e decisões, sem a interposição de órgãos ou pessoas imparciais independentes e desinteressadas. A esse regime chama-se autotutela (ou autodefesa) e hoje, encarando-a do ponto-de-vista da cultura do século XX, é fácil ver como era precária e aleatória, pois não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco ou mais tímido (CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER, 2003, p. 21).

Considerado o direito romano, sabe-se que a denominada “justiça pública” consolidou-se no período denominado de *cognitio extra ordinem*. Foi nessa fase que o Estado, por ter poder suficiente, passou a ditar a solução para os conflitos de interesses, não importando a vontade dos particulares, que na verdade já estavam submetidos ao poder do Estado, e deste seu poder de decidir os conflitos não podiam esquivar-se (ARENHART e MARINONI, 2008, p. 31-33).

Além do mais, segundo os sobreditos autores, o Estado, ao impor a proibição da autotutela, ou da realização das pretensões segundo o próprio poder do particular interessado, tomou para si o poder de dizer aquele que tem razão em face do caso concreto, ou poder de dizer o direito.

O Estado, ao proibir a autotutela, assume o monopólio da jurisdição. Contudo, diante dessa proibição, ofertou-se àquele que não podia mais realizar o seu interesse através dessa própria força o direito de recorrer ao Estado para ter suas pretensões atendidas.

A partir desse direito, se ao particular foi proibido de exercer a ação privada, o Estado, ao assumir a função de resolver os conflitos, teria que propiciar ao cidadão uma tutela correspondente à realização da ação privada que foi proibida (ARENHART e MARINONI, 2008, p. 31-33).

Vale ressaltar que, tanto Cintra, Dinamarco e Grinover, quanto Arenhart e Marinoni, afirmam que os fins da jurisdição são sociais, políticos e jurídicos.

Cintra, Dinamarco e Grinover (2003, p. 24-25) apontam que a distinção entre a jurisdição com as demais funções do Estado (legislativa e administrativa) é precisamente, em primeiro plano, o fim pacificador com que o Estado exerce.

A pacificação é o objetivo principal da jurisdição e, por consequência, de todo o sistema processual, uma vez que todo ele pode ser definido como a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício. É um escopo social, uma vez que se relaciona com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária dos seus membros e felicidades pessoal de cada um.

É para a conquista dos objetivos da jurisdição e particularmente daquele relacionado com a pacificação com justiça, que o Estado institui o sistema processual, ditando normas, criando órgãos jurisdicionais, fazendo despesas com isso e exercendo através deles o seu poder (CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER, 2003, p. 24-25).

Segundo Arenhart e Marinoni (2008, p. 36-37) se o Estado tem os deveres, garantidos na própria Constituição Federal de 1988, de construir uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicar a pobreza e a marginalização e a reduzir as desigualdades sociais e regionais, e ainda, promover o bem de todos, sem preconceitos de qualquer natureza e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3.º da CF), resta claro que os fins da jurisdição devem refletir essas ideias.

Para Cintra, Dinamarco e Grinover (2003, p. 131), a jurisdição é ao mesmo tempo, poder, função e atividade.

Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal) (CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER, 2003, p. 131).

Enfatiza, ainda, Cintra, Dinamarco e Grinover (2003, p. 133) que o Estado ao criar a jurisdição no quadro de suas instituições, visou garantir que as normas de direito substancial contidas no ordenamento jurídico efetivamente conduzam aos resultados enunciados, ou seja, que se obtenham, na experiência concreta, aqueles precisos resultados práticos que o direito material preconiza. E assim, através do exercício da função jurisdicional, o que busca o Estado é fazer com que se atinjam, em cada caso concreto, os objetivos das normas de direito substancial.

Conforme preleciona Arenhart e Marinoni (2008, p. 37), é certo que o Estado, para exercer seu poder jurisdicional, precisa vários juízes, juízos e tribunais, principalmente em um país como o Brasil, que tem uma extensa dimensão territorial, onde para que a “justiça” possa ser ordenada e efetivamente exercida. É necessário que os vários casos conflituos concretos sejam classificados e agrupados de acordo com pontos que têm em comum, que os processos

que a eles servem de instrumento têm em comum, ou que as pessoas que neles estão envolvidas possuem em comum, distribuindo-se o poder jurisdicional na medida dos casos que forem agrupados.

Por fim, faz-se necessário abordar segundo mencionados autores, o poder jurisdicional deve ser distribuído, e as formas como isso será realizado dá-se o nome de competência à jurisdição que pode ser exercida por órgão, ou por vários órgãos, em face de um determinado grupo de casos. A competência, portanto, nada mais é do que uma parcela da jurisdição que deve ser efetivamente exercida por um órgão ou um grupo de órgãos do Poder Judiciário.

Em suma, verifica-se que o início da jurisdição se deu pelo fato de ser necessário, para a solução de conflitos que vão surgindo na sociedade, da intervenção do Estado, para que se possa determinar para cada qual o seu verdadeiro direito.

No próximo tópico será estudado o processo, apresentando-se seu conceito e seu objetivo.

1.2 O processo segundo a Constituição Federal de 1988

Em continuidade ao presente trabalho, no presente tópico, analisar-se-á o processo, conceituando-o e apontando seu objetivo, bem como, abordando-o segundo a Constituição Federal de 1988, com ênfase para o surgimento do Neoprocessualismo. Por fim, discorrer-se-á sobre os Princípios Constitucionais de suma importância para o Processo

Segundo Câmara (2005, p. 145), o conceito de processo pode ser definido como o procedimento, realizado em contraditório, animado pela relação jurídica processual, ressaltando que o conceito de processo, *lato sensu*, não é exclusivo do Direito Processual. Há processos em outras áreas da atividade estatal diversa da jurisdição, como os processos administrativos e o processo legislativo.

O processo jurisdicional, todavia, guarda peculiaridades em relação aos demais tipos de processo. A principal delas reside exatamente no fato de existir nesse processo, como seu aspecto intrínseco, uma relação jurídica de direito público, estabelecida entre as partes e o Estado-juiz, em que este exerce poder, em posição de equidistância em relação às partes (CÂMARA, 2005, p. 145).

Para Gonçalves (2012, p. 27) “o juiz deve estar sempre atento ao fato de que o processo não é um bem a que se aspira por si mesmo, mas um meio de obter a solução dos conflitos de interesses e a pacificação social. Ele é o instrumento da jurisdição”. Além do

mais, embora a lei imponha a obediência a determinadas formas, o ato processual será válido, a despeito de sua inobservância, desde que tenha atingido o resultado para o qual foi previsto e ninguém tenha prejuízo, não se decretará a nulidade do ato.

Para que o Estado, por seus juízes, possa aplicar a lei ao caso concreto, é preciso que se realize uma sequência de atos, que vão estabelecer relações jurídicas e que são destinados a um fim determinado: a prestação jurisdicional.

Como condição inafastável para o exercício da jurisdição, o processo, ente abstrato, constitui-se por uma sequência de atos, indicados na Constituição Federal e nas leis, que devem ser observados por aqueles que integram a relação jurídica processual (GONÇALVES, 2012, p. 138-139).

Além disso, preleciona o citado autor que “o processo tem por objetivo produzir um resultado que corresponda àquele determinado pelo direito material”. Por isso, deve se amoldar ao tipo de pretensão que se busca realizar e utilizar uma técnica que seja apropriada para o tipo de conflito que é levado a juízo. Pode ser considerado uma espécie de caminho que deve ser percorrido pelas partes e pelo juiz para que, ao final, se chegue ao fim almejado, que é a prestação jurisdicional.

Por fim, Schiavi (2009, p. 52) diz que o processo é o meio de solução dos conflitos e o instrumento público, previsto em lei, por meio do qual o Estado exerce sua jurisdição para dirimir os conflitos de interesses, aplicando o direito ao caso concreto dando a cada um o que é seu por direito, e impondo coercitivamente o cumprimento da decisão.

Por conseguinte, em relação ao objetivo do processo, Gama (1999, p. 37-39), explica que o Estado, ao elaborar as leis, assume para si, também a função de pacificador social, pondo fim aos litígios. Diante de litígios, as partes envolvidas contribuem para produzir provas, cada qual em seu favor, no seio do processo. Ainda, destaca que a iniciativa das partes é respeitada, só havendo a interferência do Estado quando chamado para aplicar a lei ao caso concreto, após a análise da ocorrência, justificando, assim, a adoção do princípio dispositivo. Porém, não são todas as atividades que geram lesão de direitos e pode ser que o titular do direito não se sinta lesado, por isso, ninguém melhor do que o autor para revelar a existência do conflito.

Assim, cumpre salientar que, conforme o entendimento do autor acima mencionado, a pacificação social, com a distribuição da Justiça, é a função mais importante do Estado. Com ou sem conflitos resolvidos, as pessoas vivem melhor e não contam com a angústia da indeterminação ou das questões insolúveis.

Vale ressaltar que, Nery Junior (1997, p. 15) citado por Gonçalves (2012, p. 29) assevera que o Direito Processual Civil é regido por normas e princípios que estão previstos

na Constituição Federal de 1988 e nas leis infraconstitucionais, tanto que se costuma falar em direito constitucional processual, quando quer se referir ao conjunto de normas de natureza processual civil que se encontra na Constituição; e em direito processual constitucional, que é o conjunto de normas que regula a aplicação da jurisdição constitucional.

A evolução histórica do direito processual costuma ser dividida em três fases: a) praxismo ou sincretismo, em que não havia a distinção entre o processo e o direito material: o processo era estudado apenas em seus aspectos práticos, sem preocupações científicas; b) processualismo, em que se demarcam as fronteiras entre o direito processual e o direito material, com o desenvolvimento científico das categorias processuais; c) instrumentalismo, em que, não obstante se reconheçam as diferenças funcionais entre o direito processual e o direito material, se estabelece entre eles uma relação circular de interdependência: o direito processual concretiza e efetiva o direito material, que confere ao primeiro o seu sentido (...) (DIDIER JÚNIOR, 2014, p. 31).

Cambi (2006, p. 662-683) citado por Didier Júnior (2014, p. 31-32) fala-se, então, de um Neoprocessualismo, que seria o estudo e a aplicação do Direito Processual de acordo com esse novo modelo de repertório teórico. Além disso, o termo Neoprocessualismo também pode ser útil por bem caracterizar um dos principais aspectos deste estágio metodológico dos estudos sobre o direito processual, qual seja a revisão das categorias processuais (cuja definição é a marca do processualismo do final do século XIX e meados do século XX), a partir de novas premissas teóricas, o que justificaria o prefixo "neo".

Ainda, Lafer (1984, p. 20) citado por Dinamarco (2009, p. 26) dispõe que a ideia central que está à base dessa moderna visão metodológica consistente na preocupação pelos valores constitucionalmente consagrados, em especial a liberdade e a igualdade.

Nas últimas décadas o estudo do processo civil desviou nitidamente sua atenção para os resultados a serem concretamente alcançados pela prestação jurisdicional. Muito mais além do que com os clássicos conceitos tidos como fundamentais ao direito processual, a doutrina tem-se ocupado com remédios e medidas que possam redundar em melhoria dos serviços forenses. Ideias como a de instrumentalidade e efetividade passaram a dar a tônica do processo contemporâneo. Fala-se mesmo de "garantia de um processo justo", mais do que um "processo legal", colocando no primeiro plano ideias éticas em lugar do estudo sistemático apenas das formas e solenidades do procedimento (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 5).

Verifica-se que, segundo Theodoro Júnior (2011, p. 6) aos poucos vai-se encaminhando para que o objetivo maior dos processos e procedimentos se torne a solução justa e adequada para os conflitos jurídicos, e que de fato, podendo, assim, reduzir as tensões sociais, valorizando a pacificação e harmonização dos litigantes, em lugar de propiciar a guerra judicial em que só uma das partes tem os louros da vitória e à outra somente resta o amargor da sucumbência.

Enfatiza, também, Grinover (1975, p. 8) citada por Dinamarco (2009, p. 26) que “o processualista moderno adquiriu consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir nas bases do regime democrático”.

Deste modo, conclui-se o quão importante se tornou o estudo sobre as características do processo, até porque sua evolução vem buscando, de tal maneira, a cada vez mais cumprir seu objetivo principal, qual seja a pacificação social, visando garantir àqueles que buscam o poder judiciário, com o fim de resolver seus conflitos, fiquem, ao final, cada vez mais satisfeitos com os resultados obtidos.

No próximo tópico serão estudados os Princípios Constitucionais aplicáveis ao processo.

1.2.1 Princípios Constitucionais

Nos tópicos a seguir apresentados, serão abordados alguns dos mais importantes Princípios Constitucionais aplicáveis ao processo, notadamente o Princípio do Devido Processo Legal, o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, o Princípio da Igualdade e, por fim, o Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa.

1.2.1.1 Princípio do Devido Processo Legal

Primeiramente, destaca-se a necessidade de se tratar do princípio do devido processo legal, uma vez que, nas lições de Gonçalves (2012, p. 63) esse princípio constitui a base de todos os demais. A Constituição Federal de 1988, no art. 5º, LIV, estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Processo é método de exercício de poder normativo. As normas jurídicas são produzidas após um processo (conjunto de atos organizados para a produção de um ato final). As leis, após o processo legislativo; as normas administrativas, após um processo administrativo; as normas individualizadas jurisdicionais, enfim, após um processo jurisdicional. Nenhuma norma jurídica pode ser produzida sem a observância do devido processo legal. Pode-se, então, falar em devido processo legal legislativo, devido processo legal administrativo e devido processo legal/jurisdicional. O devido processo legal é uma garantia contra o exercício abusivo do poder, qualquer poder. (DIDIER JÚNIOR, p. 45-46).

No mesmo sentido, Cintra, Dinamarco e Grinover (2003, p. 82) acrescentam que pela primeira vez numa Constituição Brasileira tem expressamente garantido o devido processo legal a todos os cidadãos.

O devido processo legal consiste no direito que tem o cidadão de ser processado por regras já existentes e que sejam devidamente observadas pelo judiciário.

Pelo princípio do devido processo legal, ao cidadão deve ser concedido um conjunto prévio de regras processuais, previstas na lei a fim de que ele possa postular sua pretensão em juízo e o réu possa apresentar seu direito de defesa, valendo-se dos instrumentos processuais previstos em lei, não podendo ser surpreendido pela arbitrariedade do julgador (SCHIAVI, 2009, p. 68).

Theodoro Júnior (2011, p. 26) afirma que a garantia do devido processo legal, porém não se esgota na observância das formas da lei para a tramitação das causas em juízo. Cita-se algumas categorias fundamentais, que decorrem do princípio do devido processo legal, assim como a garantia do juiz natural (CF, art. 5.º, inc. XXXVII) e do juiz competente (CF, art. 5.º, inc. LIII), a garantia de acesso à Justiça (CF, art. 5.º, inc. XXXV), de ampla defesa e contraditório (CF, art. 5.º, inc. LV) e, ainda, a de fundamentação de todas as decisões judiciais (art. 93, inc. IX).

Como se vê, o devido processo legal é um direito fundamental de conteúdo complexo. Nesse sentido, "tanto se pode referir ao direito fundamental ao processo devido, como um direito fundamental dotado de um conteúdo complexo, como também é possível referir-se a cada uma das exigências aninhadas nesse conteúdo complexo como constituindo um direito fundamental. (...) A vantagem em se identificar cada uma dessas exigências e denominá-las individualmente é a de facilitar a sua operacionalização pelo intérprete, isto é, auxiliá-lo na solução de questões relacionadas com a concretização de tais valores" (GUERRA, 2003, p. 100 citado por DIDIER, 2014, p. 48).

Diante disso, constata-se que o princípio do devido processo legal não compreende somente a observância das formalidades dos procedimentos, mas sim todas as garantias inerentes ao processo, visando garantir às partes o direito a um processo que certamente irá atender as necessidades fundamentais das partes no processo.

1.2.1.2 Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição ou Acesso à Justiça

Da mesma forma que o exposto anteriormente, pode-se entender de suma importância a garantia do princípio da inafastabilidade da jurisdição ou, como mais conhecido, princípio do acesso à justiça.

Nestes termos, Batista (2010, p. 25-26) afirma que o acesso à Justiça tem como um de seus planos a tutela jurisdicional do Estado, abrangendo totalmente as fases processuais, inclusive as que já se iniciaram. Assim, diante da presença de um direito atingido, tem o cidadão uma previsão constitucional de que seu direito será tutelado. Logo, essa previsão

constitucional se trata de uma garantia que tem como finalidade o meio de proteção desse direito, não se restringindo às ações constitucionais. Além do mais, é acima de tudo uma medida assecuratória, pois não basta reconhecer e declarar direitos, havendo sempre a necessidade de garanti-los.

Segundo Cintra, Dinamarco e Grinover (2003, p. 33) o direito de ação, tradicionalmente reconhecido no Brasil como direito de acesso à justiça para a defesa de direitos individuais violados, foi ampliado, pela Constituição Federal de 1988, à via preventiva, para englobar a ameaça, tendo o novo texto suprimido a referência a *direitos individuais*, tendo agora a seguinte à redação do inc. XXXV do art. 5.º “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Para Schiavi (2009, p. 71) no Direito Brasileiro, há a chamada jurisdição única ou una, pois a lei não pode excluir, por mais absurdo ou inviável o direito postulado, o direito de postular em juízo a qualquer pessoa.

Como decorrência de tal princípio, apontado pelo referido autor, tem-se o disposto no art. 5.º, LXXIV, da Constituição Federal, que assim dispõe: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Desse modo, conclui-se, segundo o autor, que a insuficiência de recursos financeiros da partes não pode inviabilizar o acesso à justiça. Para os pobres, na acepção da palavra, e desde que comprovada tal situação, o Estado deve assegurar um advogado gratuito, custeado pelo Estado, que promoverá a ação.

Ramires (2002, p. 17-18) aponta que o acesso à justiça vem sendo alargado, pois o acesso à justiça não se limita somente ao acesso aos tribunais, mas envolve também outros requisitos, como a questão dos custos e o tempo de duração do processo, bem como a segurança e efetividade das decisões judiciais.

Nas lições de Cintra, Dinamarco e Grinover (2003, p. 33) seja nos casos de controle jurisdicional indispensável, seja quando simplesmente uma pretensão deixou de ser satisfeita por quem podia fazê-la, a pretensão trazida pela parte ao processo clama por uma solução que faça justiça às partes do conflito e do processo. Por isso é que se diz que o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o acesso à justiça, o qual se resolve, na expressão trazida pela doutrina brasileira recente, em acesso à ordem jurídica justa.

Acesso à justiça não se identifica, pois, com a mera admissão ao processo, ou possibilidade de ingresso em juízo. Como se verá no texto, para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente (inclusive em processo criminal), sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequeno valor, interesses difusos); mas, para a

integralidade do acesso à justiça, é preciso isso e muito mais (CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER, 2003, p. 33).

Além disso, Ramires (2002, p. 18) complementa que "a garantia de acesso dos indivíduos à justiça é o mínimo que o Estado deve assegurar, visto que reservou para si a tarefa de resolver os conflitos de interesse ocorridos entre as pessoas".

Mediante o exposto, resta claro que, segundo os referidos autores que não importa o tema que será objeto da demanda, nem tampouco se o cidadão possui recursos financeiros para manter as despesas processuais, a todos será garantido o direito a apreciação de suas causas pelo Poder Judiciário.

1.2.1.3 Princípio da Igualdade ou da Isonomia das partes

É certo que este princípio, da mesma forma que os outros já mencionados no presente trabalho, deve ser aplicado com certas ressalvas, analisando-se sempre as características do caso concreto. O princípio da igualdade ou isonomia consiste em garantir tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade, visando, assim, sempre o equilíbrio entre todos.

Conforme Schiavi (2009, p.70) em razão desse princípio, no processo as partes devem ter as mesmas oportunidades, cumprindo ao Juiz zelar para que isso seja observado. Por outro lado, cumpre ao Juiz, como diretor do processo, assegurar que a parte mais forte não entorpeça a parte mais fraca no processo.

Ainda, Gonçalves (2012, p. 52) menciona que a Constituição Federal de 1988, no art. 5º, *caput* e inciso I, estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Sob o ponto de vista processual, a isonomia revela-se pela necessidade de dar às partes tratamento igualitário, nos termos do art. 125, I, do Código de Processo Civil.

Informando, também, sobredito autor, que a paridade, no entanto, não pode ser apenas formal. Não basta tratar a todos igualmente, sendo que nem sempre todos têm as mesmas condições econômicas, sociais ou técnicas. O tratamento formalmente igualitário pode ocasionar grandes injustiças. É preciso que a igualdade seja substancial, tal como em observância a fórmula: "tratar os iguais igualmente, e os desiguais desigualmente, na medida da sua desigualdade".

Corroborando o entendimento, Cintra, Dinamarco e Grinover (2003, p. 53-54) afirmam que a absoluta igualdade jurídica não pode, contudo, eliminar a desigualdade econômica entre as partes, e por isso, do primitivo conceito de igualdade, formal e negativo,

onde a lei não deve estabelecer qualquer diferença entre os indivíduos, clamou-se pela passagem à igualdade substancial. E hoje, na conceituação positiva da isonomia, ou seja, iguais oportunidades para todos, a serem propiciadas pelo Estado, realce-se o conceito realista, que pugna pela igualdade proporcional, a qual significa, em síntese, tratamento igual aos substancialmente iguais. Ainda, sobreditos autores destacam que a aparente quebra do princípio da isonomia, dentro e fora do processo, obedece exatamente ao princípio da igualdade real e proporcional, que exige tratamento desigual aos desiguais, justamente para que, supridas as diferenças, se atinja a igualdade substancial.

Por fim, Gonçalves (2009, p.53) ressalta que o juiz deve conduzir o processo de maneira a garantir a igualdade das partes, dando-lhes as mesmas oportunidades de manifestação, e decidindo a questão posta em juízo de forma que assegure a isonomia. A busca da igualdade substancial vai exigir do julgador que, muitas vezes, seja mais tolerante com uma das partes, desde que observe desequilíbrio econômico ou técnico entre eles. Deve o juiz ser mais paciente com pequenas falhas formais que a parte mais fraca ou o seu advogado perpetrem e examinar com mais condescendência às provas por ela produzidas. Não se trata, evidentemente, de perder a imparcialidade. Muito ao contrário, é por meio desse tratamento desigual que o magistrado poderá assegurar um resultado mais justo para as partes, o que mostra que os princípios da igualdade e da imparcialidade interagem. Além do mais, para que isso aconteça e se conceda tratamento diferenciado aos litigantes, segundo o autor, é necessário que haja um efetivo desequilíbrio entre eles. Somente os desiguais demandam tratamento distinto, que deve ser dado na medida das diferenças.

Desta forma, compreende-se que o princípio da igualdade das partes deve ser observado pelo magistrado de acordo com cada caso concreto, com o fim de garantir que nenhuma das partes seja prejudicada em benefício da outra.

1.2.1.4 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa

Finalmente, no presente tópico irá se estudar o princípio do contraditório e da ampla defesa, até porque é de suma importância a sua observância pelo magistrado, visando garantir a cada parte o direito de defesa, de todas as alegações e documentos apresentados pela contrária.

Gonçalves (2009, p. 55) ensina que pela Constituição Federal de 1988, art. 5º, 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”. Com

isso, nenhuma dúvida pode restar quanto à necessidade de obediência ao contraditório, tanto no processo civil quanto no administrativo.

É preciso dar ciência ao réu da existência do processo, e às partes, dos atos que nele são praticados, permitindo-lhes reagir àqueles que lhes sejam desfavoráveis. As partes têm o direito de ser ouvidas e de expor ao julgador os argumentos que pretendem ver acolhidos (GONÇALVES, 2009, p. 55).

Ainda, Schiavi (2009, p. 71-72) explica que o contraditório tem suporte no caráter bilateral do processo. O autor propõe a ação, o réu a defesa e o juiz profere a decisão. Dois são os elementos que prevalecem no contraditório, sendo eles a informação e a reação. Assim, as partes devem ter ciência dos atos processuais e a faculdade de praticar os atos que a lei lhe permite.

Enfatizam, Cintra, Dinamarco e Grinover (2003, p. 55-56) que o princípio do contraditório também indica a atuação de uma garantia fundamental de justiça, e em virtude da natureza constitucional do contraditório, deve ele ser observado não apenas formalmente, mas, sobretudo pelo aspecto substancial, sendo de se considerar inconstitucionais as normas que não o respeitem.

Evidencia Didier Júnior (2014, p. 57) que se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do órgão juris-dicional, ou seja, o poder de influência, de interferir com argumentos, ideias, alegando fatos, a garantia do contraditório estará ferida. Destaca-se ser fundamental perceber que o contraditório não se efetiva apenas com a ouvida da parte, isto é, exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão.

A título exemplificativo, Didier Júnior (2014, p. 57), expressa-se a seguinte dúvida de como poderia o órgão jurisdicional punir alguém, sem que lhe tenha dado a chance de manifestação quanto aos fundamentos da punição. Por exemplo, demonstrando que os fatos em que se baseia o magistrado podem não ter ocorrido ou não permitem a aplicação da sanção. Ressalta-se que não é lícita a aplicação de qualquer punição processual, sem que se dê oportunidade de o possível punido manifestar-se previamente, de modo a que possa, de alguma forma, influenciar no resultado da decisão.

Deste modo, referido autor expõe que se pode apontar como mais condizente com a essa visão do princípio do contraditório é o art. 599, II, do Código de Processo Civil, que prevê que o juiz deve, em qualquer momento da fase executiva, advertir ao devedor que o seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça. Ora, antes de punir, adverte sobre o comportamento aparentemente temerário, para que a parte possa explicar-se.

Ante o exposto, fica evidente que tais princípios, analisados isolada ou conjuntamente, visam garantir às partes um processo justo, e que atenda de forma justa aos anseios da sociedade que busca prestação jurisdicional com o intuito de ver resolvidos os seus conflitos.

1.3 Princípios do Processo do Trabalho

Finalmente, para finalizar o presente capítulo, faz-se necessário estudar alguns dos mais relevantes princípios aplicáveis do Direito Processual do Trabalho, notadamente os princípios da Finalidade Social, da Proteção e da Busca da Verdade Real.

1.3.1 Princípio da Finalidade Social

É certo que para que um processo se torne célere e efetivo, devem ser observadas suas regras, interpretando-as de acordo com as finalidades para as quais foram criadas. Assim, para isso serão abordados os aspectos fundamentais do princípio da finalidade social.

Leite (2011, p. 83) citando Theodoro Junior (2001, p. 62), ensina que o primeiro e mais importante princípio que informa o processo trabalhista é o da finalidade social, de cuja observância decorre uma quebra do princípio da isonomia entre as partes.

Em primeiro lugar, é óbvio que tanto o direito substantivo como o processual intentam a realização da justiça social. Para esse efeito, ambos estimam que existe uma evidente desigualdade entre as partes, substancialmente derivada da diferença econômica e, como consequência, cultural, em que se encontram.

Em virtude disso a procura da igualdade como meta. O direito substantivo, estabelecendo de maneira impositiva, inclusive acima da vontade do trabalhador, determinados direitos mínimos e certas obrigações máximas. O direito processual, reconhecendo que o trabalhador deve ser auxiliado durante o processo pela própria autoridade julgadora, de maneira que, no momento de chegar o procedimento ao estado de solução, a apartação processual das partes permita uma solução justa. (LEITE, 2011, p. 83 citado por THEODORO JUNIOR, 2001, p.62).

Ainda, o autor acima mencionado, aponta que a diferença básica entre o princípio da proteção e o princípio da finalidade social é que, no primeiro, a lei confere a desigualdade no plano processual; no segundo, permite-se que o juiz tenha uma atuação mais ativa, na medida em que auxilia o trabalhador, e em busca de uma solução justa, até chegar o momento de proferir a sentença. Entretanto, esses princípios se harmonizam e, pelo menos em nosso

ordenamento jurídico, permitem que o juiz, na aplicação da lei, possa corrigir uma injustiça da própria lei.

Conforme Schiavi (2009, p. 96) deve o Juiz do Trabalho direcionar o processo no sentido de que este caminhe de forma célere, justa e confiável, assegurando-se às partes igualdades de oportunidades, dando a cada um o que é seu por direito, bem como os atos processuais sejam praticados de forma razoável e previsível, garantindo-se a efetividade processual, mas preservando-se, sempre, a dignidade da pessoa humana tanto do autor como do réu, em prestígio da supremacia do interesse público.

Diante do exposto, resta claro que a importância do princípio acima explicado, pois como se pode ver, este princípio faz relação com todos os outros princípios já mencionados, uma vez que o magistrado deve sempre atender a finalidade social da norma, e somente desta forma é que se obterá justiça nas demandas processuais.

1.3.2 Princípio da Proteção

É de fundamental importância o estudo do princípio da proteção, razão que no decorrer do presente tópico, discorrer-se-á sobre suas características mais importantes.

Delgado (2012, p. 193) explica que este princípio informa que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação de emprego, visando retificar ou até mesmo atenuar, no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.

Além disso, Leite (2011, p. 80), no tocante a aplicação do referido princípio no Direito Processual do Trabalho, destaca que esse princípio deriva da própria razão de ser do processo do trabalho, o qual foi concebido para realizar o Direito do Trabalho, sendo este ramo da árvore jurídica criado para compensar a desigualdade real existente entre empregado e empregador, naturais litigantes do processo laboral.

Dessa forma, o sobredito autor complementa que causas como a desigualdade econômica, o desequilíbrio para a produção de provas, a ausência de um sistema de proteção contra a despedida imotivada, o desemprego estrutural e o desnível entre empregado e empregador, certamente, são realidades transladas para o processo do trabalho.

Nas lições de Schiavi (2009, p. 91), onde o citado princípio busca facilitar o acesso à justiça e há uma ordem jurídica justa ao empregado. Ainda, apresenta como exemplo o art. 844, da CLT que prevê hipótese de arquivamento da reclamação trabalhista em caso de ausência do reclamante, mas, se o reclamado for ausente, haverá a revelia; inversão do ônus

da prova em favor do empregado. Facilidade no acesso à justiça, inclusive sem a presença de advogado (art. 791, da CLT) e a possibilidade de petição verbal (art. 840, da CLT). Não se trata do princípio da proteção do Direito Material do Trabalho, e sim uma intensidade protetiva do trabalhador que visa lhe assegurar algumas prerrogativas processuais para compensar eventuais entraves que enfrenta ao procurar a Justiça do Trabalho em razão da hipossuficiência econômica e, muitas vezes, da dificuldade em provar suas alegações, pois em regra, os documentos da relação de emprego, ficam na posse do empregador.

Resta evidente que esse princípio visa proteger a parte menos favorecida, seja qual forem os motivos, na relação processual, facilitando o acesso à justiça, bem como garantindo às partes a efetividade de seus direitos fundamentais.

1.3.3 Princípio da Busca da Verdade Real

Finalmente, finalizar-se-á o presente capítulo destacando um dos princípios mais importantes para o direito Processual do Trabalho, uma vez que é certo que para se garantir que a parte que realmente tenha razão no processo, use-se de todos os meios para evitar injustiças dentro do processo, neste primeiro capítulo, é bom mencionar o Princípio da Busca da Verdade Real

Pois bem, para Leite, (2011, p. 85) este princípio deriva do princípio do direito material do trabalho, conhecido como princípio da primazia da realidade. Ainda, afirma que embora haja divergência sobre a singularidade deste princípio no âmbito do direito processual do trabalho, é inegável que ele sua aplicação com maior ênfase no setor do direito processual do trabalho do que no processo civil.

Corroborando tal assertiva, pode-se mencionar o disposto no art. 765 da CLT, que confere aos Juízos e Tribunais do Trabalho ampla liberdade na direção do processo. Para tanto, os magistrados do trabalho velarão pelo rápido andamento das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

Por tudo isso, resta finalizado o presente capítulo, onde tudo aqui abordado parece-nos de grande importância para o Direito Processual Brasileiro.

CAPÍTULO 2 – DAS PROVAS

Em continuidade ao presente trabalho, neste capítulo serão abordados os aspectos mais importantes relativos às provas no Processo do Trabalho e no Processo Civil, apresentando conceitos e objetos, seus princípios norteadores, bem como as espécies de provas.

2.1 Conceito e Objeto da Prova

Neste tópico serão estudados alguns aspectos sobre provas, assim como seu conceito e seu objeto.

Martins (2011, p. 315) ensina que ao partir do preceito de que provar significa convencer alguém sobre alguma coisa, verifica-se que no processo, o ato de provar significa convencer o juiz sobre os fatos da causa.

Acrescenta, ainda, o sobredito autor que tanto no processo civil, quanto no processo do trabalho, prevalecemos princípios do livre convencimento motivado e da persuasão racional da prova, conforme demonstra o art. 131, do Código de Processo Civil “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”, ou seja, o juiz é livre para apreciar as provas apresentadas no processo, porém deverá indicar quais foram os motivos que lhe fizeram chegar à determinada decisão.

Nas lições de Leite (2011, p. 573) “o vocábulo ‘prova’ também pode ser empregado no sentido de ‘meio de prova’, ou seja, o modo pelo qual a parte intenta evidenciar os fatos que deseja demonstrar em juízo”.

Para Bueno (2011, p. 269) o tema não significa, contudo, provar qualquer fato, mas, apenas e tão somente, os fatos que, direta ou indiretamente, relacionem-se com aquilo que o juiz precisa estar convencido para julgar, caracterizando, assim, como objeto da prova os fatos relevantes e os pertinentes para aquilo que deve ser enfrentado pelo juiz.

Gonçalves (2012, p. 500) explica que “Nem tudo o que se discute no processo precisa ser comprovado. O objeto da prova são exclusivamente os fatos. O direito não se prova, porque deve ser do conhecimento do juiz”

Ainda, o sobredito autor, assevera que mesmo em se tratando de fatos relevantes e pertinentes, existem alguns que não precisam ser provas, os quais estão enumerados no art. 334 do Código de Processo Civil.

No tocante a realização das provas, o citado autor menciona que “a redação do CPC, art. 130, deixa claro que ao julgador não cabe mais o papel passivo, de mero espectador, que se limitava a procurar a verdade formal dos fatos, na forma como ela era trazida pelas partes”, o que demonstra que o juiz tem ampla liberdade para determinar, de ofício, as provas que lhe pareçam necessárias para apuração da verdade e para assegurar a igualdade real de tratamento entre as partes.

A possibilidade de interferir na produção de provas pode também ser utilizada pelo juiz para assegurar a igualdade real entre as partes, que é exigida pela CF e pelo CPC, art. 125, I. Pode ocorrer que uma das partes se encontre em posição de inferioridade em relação à outra. A dificuldade econômica, por exemplo, pode fazer com que a parte não tenha condições de contratar um bom advogado, que lhe assegure o pleno exercício de seus direitos processuais e não requeira as provas necessárias para a apuração do seu direito. O juiz, verificando essa circunstância, não deverá atemorizar-se de perder a imparcialidade. A igualdade exigida pela lei processual não é meramente formal, mas a real. Por isso, ele pode, de ofício, determinar a produção daquelas provas que não tenham sido requeridas pela parte mais fraca, por desconhecimento ou desídia de seu procurador. A omissão do juiz, em casos assim, é que colocaria em risco a sua imparcialidade, pois é possível que a razão seja da parte mais fraca, e que ela não esteja conseguindo demonstrá-la em virtude da desigualdade que se estabeleceu no processo. (GONÇALVES, 2012, p. 504).

Por fim, menciona-se que, segundo Nascimento (2010, p. 614), a prova tem a finalidade de trazer, para o processo judicial, a realidade externa dos fatos que geraram a demanda, traduzindo-os para que possam ser conhecidos pelo juiz e para que sirvam de base para os debates entre as partes. Por isso, destaca-se a importância das provas e de sua análise, tanto pelas partes, como pelo juiz, para que o processo possa cumprir seus fins.

2.2 Princípios Probatórios

Neste tópico, estudar-se-á alguns dos princípios norteadores das provas no processo judicial, inclusive com ênfase nos princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, da Necessidade da Prova, da Unidade da Prova, da Proibição da Prova Obtida Ilícitamente, do Livre Convencimento Motivado ou da Persuasão Racional do Juiz, da Mediação, da Aquisição Processual, do *In Dubio Pro Misero* e da Busca da Verdade Real.

Primeiramente, faz-se necessário destacar o já mencionado no Capítulo 1 deste trabalho, o Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, previsto no art. 5.º, LV, da Constituição Federal de 1988, e que segundo Leite (2011, p. 574) é direito fundamental das partes se manifestarem sobre as provas apresentadas no processo, bem como devem ter igualdade de oportunidades para apresentarem suas provas nos momentos oportunos.

Vale ressaltar que, conforme o sobredito autor, o art. 130 do Código de Processo Civil dispõe que o Juiz pode determinar de ofício ou a requerimento das partes, a realização de provas necessárias, ou ainda, indeferir provas inúteis ou meramente protelatórias.

Também, é de suma importância mencionar o princípio da necessidade da prova, que nas lições de Leite (2011, p. 575) não basta as parte fazerem alegações em juízo para demonstrar a verdade ou não de determinado fato, mas sim é preciso que se faça prova dessas afirmações, pois fatos não provados são considerados fatos inexistentes.

Por este princípio as partes têm o encargo de comprovar suas alegações em juízo. Não basta alegar, a parte deve provar. Diz a doutrina clássica que o sucesso do processo depende da qualidade da atividade probatória da parte. (SCHIAVI, 2009, p. 514).

É importante destacar, segundo Martins (2011, p. 316), que ninguém está obrigado a fazer prova contra si mesmo.

Em continuidade ao presente trabalho, pode-se elencar o princípio da unidade da prova, que de acordo com Nascimento (2010, p. 615) “embora constituída de diversas modalidades, forma uma só unidade a ser apreciada em conjunto, globalmente”.

A título de exemplo para este princípio, nas lições de Leite (2011, p. 577) a confissão não deve ser analisada isoladamente, mas sim em conjunto, assim como se houver divergência entre a prova pericial e a prova testemunhal, caberá ao Juiz examinar ambas conjuntamente para formar seu convencimento motivado.

Ainda, o art. 5.º, LVI, da Constituição Federal de 1988 dispõe que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Este dispositivo trata do princípio da proibição da prova obtida ilicitamente, o qual significa dizer que nas palavras de Leite (2011, p. 577) “as partes têm o dever de agir com lealdade em todos os atos processuais, mormente na produção de prova”.

É factível afirmar que prova ilícita é aquela que implica violação de norma do direito material, uma vez que é obtida por meio de ato ilícito. Já as provas que decorrem de violação de norma processual são chamadas ilegítimas. (LEITE, 2011, p. 577).

É bom mencionar, segundo o sobredito autor, que referido princípio vem sendo mitigado de acordo com cada caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade,

razão pela qual, entende-se que essa negativa não deve ser tão extrema a ponto de não aceitar toda e qualquer prova obtida ilicitamente. Um claro exemplo dessa mitigação seria uma gravação de uma empregada que deseja provar que sofreu assédio sexual pelo seu empregador ou superior hierárquico, sem que este saiba.

Os princípios do livre convencimento motivado ou da persuasão racional do juiz, tratados no art. 131 do Código de Processo Civil, estabelecem que, segundo Bueno (2011, p. 280), o juiz é livre para apreciar as provas, mas deve as razões que levaram seu convencimento.

É certo que, nas palavras de Leite (2011, p. 580), a CLT também contempla esse princípio em seu art. 765 que dispõe 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”, e também o art. 832 “Da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão”.

Ainda, faz-se necessário acrescentar o princípio da mediação ou imediatidade, que segundo Bueno (2011, p. 280), o qual significa que é o juiz que colhe as provas diretamente, conforme o disposto no art.446, inciso II, do Código de Processo Civil. Isso não quer dizer que em nenhum momento as partes, por meio de seus advogados não possam dirigir perguntas umas às outras, ou até mesmo fazer perguntas para as testemunhas ou para os peritos. Na prática, verifica-se que o juiz ao ouvir as perguntas tem a condição de decidir sobre a sua relevância ou não para o processo, evitando atos protelatórios.

Ocorre que, para Leite (2011, p. 582), esse princípio recebe denominação diversa, uma vez que para ele o nome mais apropriado é princípio da imediação, e que, ainda, não se confunde com o princípio da imediatidade, que é instituto do direito material o qual se entende pelo lapso de tempo razoável entre a falta cometida pelo empregado e a punição aplicada pelo empregador.

Dentre os princípios já mencionados, temos ainda, o princípio da aquisição processual, que nas lições de Leite (2011, p. 584) as provas não pertencem às partes, mas sim ao processo, não podendo ser dele desentranhadas, salvo em alguns casos previstos em lei, como por exemplo, as provas previstas nos arts. 195, 392, parágrafo único, e 1.215, § 1.º, do Código de Processo Civil.

Trata-se de princípio segundo o qual é irrelevante quem tenha sido aquele quem produziu a prova em juízo que passa a pertencer ao próprio processo, longe da disponibilidade ou dos interesses das partes ou de eventuais terceiros (BUENO, 2011, p. 280).

É muito importante mencionar, também, o princípio do *In Dubio Pro Misero*, que de acordo com Leite (2011, p. 585) “consiste na possibilidade de o juiz, em caso de dúvida razoável, interpretar a prova em benefício do empregado, geralmente autor da ação trabalhista”.

O princípio ora focalizado não é aceito pacificamente pela doutrina no âmbito do direito processual do trabalho, pois, neste, o juiz deve velar pelo tratamento igualitário às partes, orientando-se, em tal mister, pela teoria da distribuição do ônus da prova. (LEITE, 2011, p. 586).

Por fim, mas não menos importante, tem-se o princípio da busca da verdade real, que segundo Leite (2011, p. 589) esse princípio foi extraído do art. 131 do Código de Processo Civil e também dos arts. 765 e 852-D da CLT, o qual se conclui que o juiz é livre para conduzir o processo em busca de elementos probatórios que formem seu convencimento para a prolação de uma sentença fundamentada e justa.

Embora muitos autores asseverem que na esfera do Processo Civil não se aplica este princípio, pois o processo não penal se contenta com a chamada verdade formal, qual seja: a que emerge dos autos, a moderna doutrina, em razão do caráter publicista do processo e efetividade da jurisdição, tem se posicionado no sentido de que mesmo no campo processual civil o Juiz deve sempre buscar a verdade real, ou o acerto mais próximo da realidade. No Processo do Trabalho, a busca da verdade real é princípio que se encaixa perfeitamente no campo processual, inclusive por mandamento legal (art. 765, da CLT). Vale lembrar que o Direito do Trabalho tem como um dos seus princípios vetores o da primazia da realidade [...]. (SCHIAVI, 2009, p.515).

É bom mencionar que no presente trabalho foram elencados os princípios de maior importância para o direito processual do trabalho, bem como os que mais se identificam com o objetivo principal do presente trabalho, uma vez se encontram na doutrina uma extensa lista de outros princípios.

Parece-nos ainda necessário, no próximo tópico, estudar as espécies de provas existentes no direito processual.

2.3 Meios de prova

Neste tópico serão abordadas as espécies de provas, apresentando-se seus conceitos e particularidades. Será estudada num primeiro momento a prova documental, uma vez que é sabido que, na prática, os documentos devem constar já na peça inicial. Em continuidade será abordado depoimento pessoal e interrogatório, a confissão, a prova testemunhal, a prova documental, a prova pericial e a inspeção judicial.

2.3.1 Da Prova Documental

A partir deste tópico, serão expostas algumas das características mais relevantes no que diz respeito aos meios de prova aplicados ao Processo do Trabalho, fazendo-se necessário dispor sobre o que é tratado na Consolidação das Leis do Trabalho, bem como o que é aplicado subsidiariamente o Código de Processo Civil por força do art. 769 da CLT.

Primeiramente, faz-se necessário apresentar um conceito para documento, cuja definição doutrinária segundo Gonçalves (2012, p. 521) se entende por qualquer representação material que sirva para provar um determinado fato ou ato. Costuma-se reservar essa qualificação à prova escrita. Mas o conceito de documento abrange também outras formas conforme disposição do art. 383 do Código de Processo Civil.

É bastante frequente a lição de que a prova documental é a mais importante entre os demais meios de prova porque, diferentemente do que se dá com relação aos outros, ela permite uma compreensão direta do fato por ela retratado e, dessa forma, afasta inevitáveis falhas da memória humana (depoimento pessoal ou testemunha) e, até mesmo, o inegável subjetivismo que pode existir, em maior ou em menor grau, na realização de uma perícia (prova pericial) [...]. (BUENO, 2011, p. 312).

Nas lições de Schiavi (2009, p. 553), verifica-se que é muito discutida na doutrina a prevalência da prova documental sobre a prova oral, o que não impede que se acolha o entendimento de que não existe hierarquia entre essas provas, uma vez que o juiz é livre para apreciar as provas e formar sua convicção. Para o autor, essa discussão ainda é mais visível no Processo do Trabalho, principalmente porque muitas vezes, no caso concreto, o empregado não possui documentos que comprovem suas alegações, ficando em regra os documentos na posse do empregador, o que faz com que o Juiz deva analisar a prova documental com reservas, sempre pautado nos princípios da primazia da realidade e da razoabilidade.

Conforme Leite (2011, p. 614) é sabido que a CLT não se preocupou tanto com a prova documental, como fez o Código de Processo Civil, podendo este ser aplicado subsidiariamente ao processo do trabalho no que diz respeito à prova documental, com exceção do que a CLT dispuser sobre o assunto.

Explica, ainda, o referido autor que os documentos que estiverem em posse do autor devem acompanhar a petição inicial, e do réu devem acompanhar a defesa.

O descumprimento dessa regra pode ensejar: a) o encerramento da instrução sem direito das partes à suspensão ou adiamento da audiência para apresentação dos documentos que deveriam acompanhar a petição inicial e a contestação, salvo se a parte provar motivo relevante ou se o documento tiver por objetivo contrapor; b) a desconsideração do documento juntado serodamente; c) a preclusão. (LEITE, 2011, p. 615).

Ressalte-se que, nas palavras de Martins (2011, p. 334/335), não é permitido fazer juntada de documentos fora dos prazos oportunos para tanto, e seu indeferimento por parte do Juiz não constitui cerceamento de defesa, porém será possível se se tratar de documento novo que não foi juntado no momento adequado porque na época não existia.

É evidente que pode acontecer de a parte não apresentar o documento, porém por motivos alheios a sua vontade, como acontece no caso de o documento estar seu poder da outra parte, caso em que de acordo com Martins (2011, p. 335) “o juiz poderá determinar que a parte exiba documento ou coisa em juízo, desde que se ache em seu poder (art. 355 do CPC)”. Para isso, faz-se fundamental que a parte formule o pedido indicando o documento ou coisa que se ache em poder da parte contrária, qual a finalidade dessa prova e também as circunstâncias em que se fundamenta o requerente ao afirmar que o documento ou coisa se encontra em poder da parte contrária ou até mesmo que ele exista.

Ainda, faz-se necessário mencionar que os documentos podem ser públicos ou privados, e que segundo Bueno (2011, p. 316) documentos serão aqueles “emanados de quaisquer autoridades públicas, independentemente da função por elas exercidas (administrativas, legislativas ou jurisdicionais)”. E serão privados aqueles documentos “cujo suporte tenha origem em pessoas particulares”.

No tocante a autenticidade dos documentos apresentados pelas partes, a Orientação Jurisprudencial n.º 36 da SDI – 1 que diz que “o instrumento normativo em cópia não autenticada possui valor probante, desde que não haja impugnação ao seu conteúdo, eis que se trata de documento comum às partes”. E ainda, o art. 830 da CLT que dispõe que “o documento em cópia oferecido para prova poderá ser declarado autêntico pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal”.

Vale salientar que, conforme orientação de Leite (2011, p. 619), é permitida à parte contra quem foi produzido o documento suscitar o incidente da falsidade do documento. Ocorre que a CLT não trata dessa questão, o que faz com que haja a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, que em seu art. 390 dispõe que “o incidente de falsidade tem lugar em qualquer tempo e grau de jurisdição, incumbindo à parte, contra quem foi produzido o documento, suscitá-lo na contestação ou no prazo de 10 (dez) dias, contados da intimação da sua juntada aos autos”.

Menciona-se que segundo Leite (2011, p. 619-620) ao citar Wagner Giglio (2000, p. 200):

A reclamada não toma necessariamente ciência dos documentos que informam a petição inicial da ação principal, senão em audiência quando

deve apresentar a resposta, porque não há a obrigatoriedade de fornecê-los em duplicata, nem mesmo de mencioná-los, na peça vestibular. Assim sendo, em qualquer hipótese deve ser aberto o prazo de 10 dias para arguição de falsidade, adaptando-se a regra do art. 390 do CPC às peculiaridades do procedimento na Justiça do Trabalho. Intimado do incidente, a parte que produziu o documento terá o prazo de dez dias para contrariá-lo, ordenando o juiz, em seguida, a realização de prova pericial, salvo se quem juntou o documento se dispuser a retirá-lo e a parte contrária concordar com o desentranhamento. (LEITE, 2011, p. 619-620 ao citar GIGLIO, 2000, p. 200).

Nas lições de Martins (2011, p. 337), resta claro que a sentença que resolver o incidente de falsidade será declaratória, não cabendo recurso por se tratar de decisão interlocutória. Ainda, verifica-se que de acordo com as explicações do autor, também se tem a disposição do art. 395 do Código de Processo Civil que prevê que “A sentença, que resolver o incidente, declarará a falsidade ou autenticidade do documento”.

Vale ressaltar, segundo Leite (2010, p. 592), que no tocante aos documentos eletrônicos, os arts. 11 e 13 da Lei n. 11.419/2006, aplicáveis expressamente ao processo do trabalho (art. 1.º, § 19), eles dispõem sobre a produção, juntada e exibição de documentos produzidos eletronicamente.

Como se vê, os documentos eletrônicos, desde que garantidos quanto a origem e aos seus signatários, serão considerados originais, enquanto os extratos digitais e os documentos digitalizados pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas autoridades policiais, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos e privados, tem a mesma força probante dos originais, salvo se houver arguição de falsidade, de forma motivada e fundamentada, consubstanciada em adulteração ocorrida antes ou durante o processo de digitalização. A arguição também será processada eletronicamente. (LEITE, 2010, p. 592).

Diante de todo exposto, verifica-se que a produção da prova documental pode ser considerada uma das mais importantes, daí surge o motivo de estar localizada no presente trabalho como o primeiro meio de prova a ser estudado. Ressalta-se que, como já mencionado, talvez no Processo do Trabalho a prova documental não seja a mais importante, uma vez que muitos documentos podem não conter afirmações verídicas, levando em consideração que, na prática, o empregado obedece a ordens, o que o torna a parte hipossuficiente na relação de trabalho.

Nos tópicos a seguir, serão expostos os demais meios de provas aplicáveis ao Processo do Trabalho.

2.3.2 Do Depoimento Pessoal e Interrogatório

Em continuidade ao presente trabalho, no que diz respeito ao depoimento pessoal e interrogatório, num primeiro momento Martins (2011, p. 322) afirma que a instrução processual se inicia com o interrogatório das partes, a requerimento do juiz (art. 848 da CLT). "As partes e testemunhas serão inseridas pelo juiz ou presidente, podendo ser requeridas, por seu intermédio, a requerimento das partes, seus representantes ou advogados" (art. 820 da CLT).

Ainda, o sobredito autor acrescenta que o depoimento pessoal consiste na declaração prestada pelo autor ou pelo réu perante o juiz, sobre os fatos objeto do litígio. Não serve apenas para obter a confissão, mas também para esclarecer o juiz a respeito dos fatos do processo, delimitando a prova, para que esta possa ser avaliada.

Para Nascimento (2010, p. 628) "o depoimento pessoal das partes do processo, que é uma declaração, prestada pelo autor ou pelo réu, sobre os fatos objeto do litígio, perante o juiz".

A finalidade do depoimento pessoal é provocar a confissão, fazendo com que a parte compareça e, pessoalmente, fale sobre os fatos da causa. Por isso, será ela intimada também pessoalmente, constando do mandado que se presumirão confessados os atos contra ela alegados caso não compareça, ou comparecendo, se recuse a depor. Não pode ser imposta a pena de confesso se a parte não for intimada com essa advertência (art. 343, parágrafo único do CPC e Súmula n.º 74, I do C. TST). (SCHIAVI, 2009, p. 543).

No nosso sentir, o parágrafo único do art. 344 do CPC aplica-se ao Processo do Trabalho, exceto nas hipóteses em que a parte está sem assistência de advogado. Nesta situação deverá presenciar o depoimento da parte contrária para poder realizar as reperguntas, em razão dos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa (art. 5.º, LV, da Constituição Federal). (SCHIAVI, 2009, p. 544-545).

De acordo com Leite (2010, p. 575), no processo civil, o juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa, nos termos do art. 342, do Código de Processo Civil. Ocorre que, o art. 343 do mesmo Código dispõe que, quando o juiz não o determinar de ofício, compete a cada parte requerer o depoimento pessoal da outra, a fim de interrogá-la na audiência de instrução e julgamento.

Schiavi (2009, p. 545) assevera que resta aplicável ao Processo do Trabalho "as vedações do art. 347 do CPC que desobriga a parte a depor sobre fatos criminosos ou torpes,

que lhe forem imputados e a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo", uma vez que a CLT é omissa no assunto.

A Consolidação das Leis do Trabalho disciplina o interrogatório no art. 848 que tem a seguinte redação: "Terminada a defesa, seguir-se-á a instrução do processo, podendo o presidente, *ex officio* ou a requerimento de qualquer temporário, interrogar os litigantes", o que conforme preleciona Schiavi (2009, p. 546), parte da doutrina e jurisprudência tem sustentado que não existe o depoimento pessoal e somente o interrogatório da parte no Processo do Trabalho, que, ademais, é faculdade do Juiz, não implicando cerceamento de defesa, o Juiz dispensar a oitiva das partes, ainda que a parte contrária tenha requerido o depoimento pessoal. Todavia, o citado autor entende de modo diverso, o que significaria que o indeferimento do depoimento pessoal, sob argumento de incompatibilidade com o Processo configura, portanto, cerceamento de defesa, passível de nulidade total da relação jurídica processual a partir do indeferimento.

2.3.2.1 Da Confissão

É sabido que no momento da produção do depoimento pessoal, mas não somente neste momento, pode acontecer a confissão da parte sobre fatos alegados pela contrária, e com base nisso, vale ressaltar que é de suma importância no presente trabalho expor algumas características sobre a confissão no Processo do Trabalho.

Nascimento (2011, p 323) explica que "confissão é a admissão da verdade de um fato que é contrário ao interesse da parte e favorável ao adversário (art. 348 do CPC)". Acrescentando ainda que é necessário distinguir a confissão da revelia. Revelia é a ausência de defesa do réu, que foi regularmente citado para se defender. Confissão é um dos efeitos da revelia. Havendo revelia, há presunção de serem considerados verdadeiros os fatos alegados na inicial (art. 302 do CPC).

A confissão é uma prova que pesa sobre quem a faz e em favor da parte contrária, mera confirmação das alegações do adversário. Observa-se, em consequência, que depoimento pessoal e confissão não são a mesma coisa. Pode haver depoimento pessoal sem confissão. Como também pode haver confissão extrajudicial, esta admitida com muita reserva no processo trabalhista. Mas pode haver confissão, no processo trabalhista, fora do depoimento pessoal na contestação, desde que haja o reconhecimento parcial ou total de fatos alegados pelo autor. Como também por petição nada impede que o autor admita fatos alegados na contestação. (NASCIMENTO, 2010, p. 629).

Para Leite (2010, p. 577) o objetivo principal do depoimento pessoal das partes e a obtenção da confissão real, que é a principal prova, a chamada rainha das provas. Na confissão real, portanto, visa-se ao reconhecimento da veracidade dos fatos alegados pelas partes, obtida com seu próprio depoimento ou feita por procurador com poderes expressos para tal ato. A confissão real goza de presunção absoluta. Já a confissão ficta goza de presunção relativa, sendo que prevalece enquanto não houver outros meios probatórios constantes dos autos capazes de elidi-la ou, até mesmo, a confissão real.

Todavia Schiavi (2009, p. 551) afirma que no nosso sistema legal a confissão não é mais a rainha das provas, sendo que não há mais como se sustentar que a confissão prevalece sobre os demais elementos de prova. A confissão deve ser entendida como um meio de prova e com a mesma efetividade que os demais (art. 332 do CPC), tendo que ser sopesada em compasso com o conjunto probatório dos autos e do livre convencimento motivado (art. 131).

No que diz respeito ao procedimento, Nascimento (2010, p. 630) explica que o depoimento pessoal será tomado pelo juiz e serão permitidas perguntas da parte contrária. Ainda, o citado autor informa que o autor e o réu serão ouvidos nesta ordem, sendo que o juiz tem poderes para indeferir perguntas que julgar impertinentes, conforme previsão no art. 130 do Código de Processo Civil.

Nascimento (2010, p. 630-631) preleciona que, embora a lei trabalhista não esclareça alguns pontos em relação ao depoimento pessoal, é possível encontrar em outros diplomas legais uma solução para essas lacunas. A título de exemplo, o sobredito autor destaca que a Consolidação das Leis do Trabalho não esclarece se o depoimento pessoal de uma parte pode ser presenciado pela contrária, o que pode ser respondido no art. 344, parágrafo único, do Código de Processo Civil, prevendo que "é defeso a quem ainda não depôs assistir ao interrogatório da outra parte".

Por fim o citado autor afirma que uma dúvida surge ao pensar que no processo trabalhista a parte pode exercer o *jus postulandi*, o que explica que a parte no exercício de sua defesa poderá assistir o depoimento da contrária, sob pena de ferir o princípio do contraditório.

Assim e considerando as afirmações exposta, pode-se ver a importância do depoimento pessoal, ou no caso do interrogatório, que conforme visto que alguns dos autores mencionados entendem que é o que aplica no Processo do Trabalho.

2.3.3 Da Prova Testemunhal

Também é admitida no Processo do Trabalho a prova testemunhal, e no decorrer deste tópico, serão explicados alguns de seus aspectos mais relevantes.

Schiavi (2009, p. 562) assevera que “testemunha é pessoa física e capaz, estranha e isenta com relação às partes, que vem a juízo trazer as suas percepções sensoriais a respeito de um fato relevante para o processo do qual tem conhecimento próprio”.

O depoimento de testemunhas, no processo civil, penal ou trabalhista, submete-se ao princípio da utilidade, corolário do princípio da celeridade processual, da maior relevância especialmente quando o elevado número de questões congestionam os órgãos judiciais e retarda a prestação jurisdicional a que estão obrigados, com reflexos comprometedores sobre a simplificação e a pronta atuação desses órgãos (NASCIMENTO, 2010, p. 634).

A prova testemunhal, segundo Nascimento (2010, p. 635) é um tanto perigosa, sendo possível que haja erros da decisão que se fundamentar em testemunhos de má-fé, o que não se pode confundir com os modos de interpretar de cada pessoa sobre os fatos objeto do litígio, uma vez que pode acontecer de uma testemunha relatar fatos que não são verídicos, mas que ela acredita que sejam.

A prova testemunhal é sempre admissível, salvo se a lei dispuser de modo contrário. Portanto, a admissibilidade é a regra e a vedação exceção. Considerando ser o homem falho na captação de suas percepções, o legislador, na esfera processual civil, tratou a prova testemunhal com reservas, sendo esse o campo de maior incidência do sistema da prova legal do Código (SCHIAVI, 2009, p. 564).

Nas lições de Schiavi (2009, p. 580-581) “a tipificação do crime de falso testemunho tem por objeto preservar a dignidade da Justiça, garantindo a seriedade do processo, bem como a efetividade processual”, acreditando assim, que o procedimento do magistrado deve ser cauteloso diante do falso testemunho, avaliar todo o conjunto probatório, e considerar que pequenas divergências são próprias da prova testemunhal, pois a testemunha depõe sobre fatos pretéritos e a interpretação dos fatos varia de pessoa para pessoa.

Com efeito, Schiavi (2009, p. 564) conforme o disposto no art. 400, do CPC, a prova testemunhal é sempre admissível, salvo as exceções preconizadas nos incisos do referido diploma.

Ainda, segundo o citado autor, no Processo do Trabalho há duas hipóteses em que não se admite a prova testemunhal, quando houver arguição de insalubridade e periculosidade (art. 195, da CLT) e a prova escrita do pagamento dos salários (art. 464, da CLT), neste último caso com ressalvas, pois a doutrina tem flexibilizado a necessidade de prova

documental para o pagamento do salário nas relações de trabalho doméstico em razão das peculiaridades da relação do doméstico e empregador doméstico.

Nos termos do art. 405 do Código de Processo Civil não podem depor pessoas incapazes, impedidas ou suspeitas.

Porém, segundo Nascimento (2010, p. 637), caso seja imprescindível ao êxito da demanda, o juiz poderá ouvir essas pessoas (art. 405, § 4.º, do CPC), respeitando sempre o sigilo profissional (art. 406, II, do CPC). Embora a CLT seja mais restrita quando às proibições para depor, conforme o art. 829, ela também é omissa quanto ao assunto, o que autoriza a aplicação do que dispuser o Código de Processo Civil.

No que diz respeito ao procedimento da oitiva das testemunhas, Nascimento (2010, p. 638) menciona que "as testemunhas serão ouvidas depois do depoimento das partes, também por meio do juiz, primeiro as do autor, depois as do réu, salvo inversão do ônus da prova".

Assevera o citado autor que o art. 821 da CLT: "Cada uma das partes não poderá indicar mais de 3 (três) testemunhas, salvo quando se tratar de inquérito, caso em que esse número poderá ser elevado para 6 (seis)". Já no rito sumaríssimo, dispõe o art. 852-H, da CLT: "As testemunhas, até o máximo de duas para cada parte, comparecerão à audiência de instrução e julgamento independentemente de intimação".

É importante salientar que o princípio inquisitivo permite ao juiz, não obstante o limite fixado na lei, determinar a intimação de testemunhas referidas nos depoimentos das partes ou de outras testemunhas, cuja oitiva seja essencial para o deslinde da controvérsia. Essas testemunhas são chamadas de "testemunhas do juízo". E o que autoriza o art. 418,1, do CPC, aplicável ao processo do trabalho por força do art. 769 da CLT. (LEITE, 2010, p. 582).

Acreditamos que para o Juiz do Trabalho não há limite máximo de testemunhas, pois em busca da verdade (art. 765 da CLT) o Juiz poderá ouvir outras testemunhas que excedam o número máximo legal. As testemunhas que excedam o número máximo legal serão ouvidas como testemunhas do juízo. De outro lado, o art. 821 da CLT se refere a limite máximo de testemunhas para a parte e não para o Juiz (SCHIAVI, 2009, p. 572).

Ainda, Nascimento (2010, p. 639) acrescenta que as testemunhas devem comparecer independentemente de notificação, bastando um simples convite para que a testemunha esteja obrigada a comparecer, sob pena de condução coercitiva, salvo de houver motivo justificado.

Por ser o ato de testemunhar serviço público relevante, nos termos do art. 822, da CLT, as testemunhas não poderão sofrer qualquer desconto pelas faltas ao serviço, ocasionadas pelo seu comparecimento para depor, quando devidamente convocadas. Pelo referido dispositivo o trabalhador tem direito

a faltar no trabalho, sem sofrer qualquer desconto para prestar depoimento na qualidade de testemunha. (NASCIMENTO, 2010, p. 576-577).

Tem-se a possibilidade de impedir que a testemunha seja ouvida no processo, o que conforme Nascimento (2010, p. 640) "as testemunhas impedidas ou suspeitas devem ser contraditadas antes do início do depoimento na audiência".

Ressalta-se que, no que diz o citado autor, a contradita tem seu fundamento na incapacidade, impedimento ou suspeição, e caso a testemunha não confirme os fatos que lhe foram imputados, a parte pode apresentar as provas, sendo elas documentais ou até três testemunhas.

Mesmo a testemunha que for parente até o terceiro grau civil, amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes, deverá ser ouvida como simples informante, não devendo ser dispensado seu depoimento (art. 829 da CLT). O juiz atribuirá a seu depoimento o valor que merecer (§ 4º do art. 405 do CPC). Poderá simplesmente desprezá-lo justamente por ser amigo íntimo, inimigo, parente até o terceiro grau ou ter interesse na solução do processo. Já decidi, porém, com base em único depoimento de um informante por entendê-lo razoável, devendo apenas na sentença haver motivação nesse sentido. Não serão, contudo, ouvidas testemunhas incapazes, inclusive aqueles que tiverem menos de 16 anos. (MARTINS, 2011, p. 339).

Segundo Schiavi (2009, p. 574) o momento oportuno para a contradita deve ser após a qualificação da testemunha e antes do compromisso, sob consequência de preclusão. Caso durante o depoimento, após compromissada, ficar comprovada alguma hipótese de impedimento, incapacidade ou suspeição da testemunha, acredita-se que o Juiz não poderá descompromissar a testemunha, mas terá que levar em conta tal fato na fase de valoração do depoimento.

Ao contrário do que pensa parte da jurisprudência e doutrina, a parte não tem o direito de ouvir a testemunha cuja contradita foi deferida pelo Juiz, na qualidade de informante, pois o art. 829, da CLT não obriga que o Juiz do Trabalho o faça, apenas assevera que o depoimento da testemunha que for parente da parte até o 3.º grau, amiga ou inimiga não prestará compromisso. (SCHIAVI, 2009, p. 574-575).

Ante o exposto, verifica-se que a prova testemunhal sempre será admitida, com exceção de algumas previsões legais, devendo o magistrado analisá-la com cuidado, sabendo separar aquilo que for inverídico daquilo que a testemunha interpretou de maneira diversa do que realmente aconteceu.

2.3.4 Da Prova Pericial

Neste tópico, estudar-se-á a prova pericial, apresentando-se suas características mais importantes para o presente trabalho.

Nos ensinamentos de Schiavi (2009, p. 581) o juiz é um técnico em direito, habilitado, em geral, por concurso público. Como se sabe, o processo é destinado à composição de litígios dos mais diversos campos do conhecimento humano, sendo que muitas vezes a controvérsia dos autos exige análise de questões técnicas que fogem à órbita jurídica, necessitando o Juiz de profissionais especializados na matéria discutida no processo. Para dirimir as controvérsias técnicas do processo, o Juiz dispõe da prova pericial.

Conforme preleciona Nascimento (2010, p. 649-650), na prática, as perícias mais frequentes, no processo trabalhista, versam sobre insalubridade, periculosidade, comissões, diferenças salariais, composição do salário básico acrescido de acessórios, verbas rescisórias e horas extraordinárias.

Em atenção às causas que tenham por objeto insalubridade ou periculosidade, segundo Schiavi (2009, p. 583), a perícia é obrigatória, conforme previsão no art. 195 da CLT. Com efeito, dispõe o § 2.º do referido dispositivo legal: “Arguida em juízo insalubridade ou periculosidade, seja por empregado, seja por Sindicato, em favor de grupo de associados, o juiz designará perito habilitado na forma deste artigo e, onde não houver, requisitará perícia ao órgão competente do Ministério do Trabalho”.

Nascimento (2010, p. 650) ensina que "as pericias são realizadas por peritos e assistentes técnicos. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação (CPC, art. 420)".

O CPC dispõe que, quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz é assistido por perito (art. 145) escolhido entre profissionais de nível universitário inscritos nos órgãos de classe (art. 145, § 1.º) e que comprovam sua especialidade na matéria sobre que devem opinar mediante certidão do órgão profissional em que estejam inscritos (art. 145, § 2.º). O juiz pode indeferir o pedido de prova pericial quando o fato não depende de conhecimento especial de técnico ou a perícia é desnecessária ou impraticável a verificação (CPC, art. 420), ou quando as partes, na inicial e na contestação, apresentem sobre as questões de fato pareceres técnicos ou documentos elucidativos suficientes (CPC, art. 427). (NASCIMENTO, 2010, p. 650-651).

Nascimento (2010, p. 651) acrescenta que para o desempenho de suas funções, o perito e os assistentes técnicos podem se utilizar de todos os meios necessários e admitidos, nos termos do art. 429 do Código de Processo Civil.

Necessário se faz mencionar que, segundo Nascimento (2010, p. 653), o juiz não está vinculado ao laudo pericial, podendo rejeitá-lo, e formar suas conclusões segundo as outras

provas produzidas no processo (art. 437 do CPC), onde, inclusive, pode determinar a realização de uma segunda perícia para corrigir eventual inexatidão ou omissões nos resultados da primeira.

No tocante a possibilidade do Juiz determinar a realização de uma segunda perícia, esta não descarta a primeira já realizada, podendo o Juiz formar sua convicção livremente com os elementos constantes dos autos, de acordo com Schiavi (2009, p. 587).

De acordo com Schiavi (2009, p. 583) se a verificação do fato por perícia for impraticável, em razão, por exemplo, da desativação do local de trabalho nas hipóteses de insalubridade e periculosidade, a jurisprudência dominante tem admitido, acertadamente, a prova pericial emprestada.

Há controvérsia sobre o cabimento da prova pericial emprestada, que é aquela produzida em outro processo judicial e aproveitada em outro processo distinto. Para uns, a prova emprestada é nula por violar os princípios do contraditório e da ampla defesa. Outros sustentam a sua validade, por estar em conformidade ao princípio da efetividade da tutela jurisdicional. (LEITE, 2010, p. 600).

Nas lições de Schiavi (2009, p. 584-585) o perito nomeado pelo Juiz está sob compromisso e deve agir com imparcialidade, embora a lei não exija a formalidade de que o perito preste juramento por escrito nos autos (art. 422 do CPC), cumprindo o ofício que lhe foi designado com diligência e presteza (art. 146 do CPC). As partes podem invocar, contra o perito, as exceções de suspeição e impedimento previstas nos arts. 134 e 135 do CPC, conforme disposição do art. 138 do CPC. Já os assistentes técnicos são nomeados pelas partes e não está sob compromisso de imparcialidade. O assistente é remunerado pela parte e deve entregar o laudo no mesmo prazo do perito nomeado pelo Juiz, nos termos do parágrafo único do art. 3.º, da Lei n.º 5.584/71.

No nosso sentir, embora algumas Varas adotem postura de realizar a perícia após a audiência de instrução, pensamos que a perícia deve ser designada antes da audiência de instrução, a fim de que o laudo pericial possa ser complementado com a prova oral, inclusive com a possibilidade de se ouvir o perito em audiência, conforme os arts. 827 e 848, § 2.º, ambos da CLT e também o art. 435 do CPC. (SCHIAVI, 2009, p. 585).

No que diz respeito a responsabilidade pelo pagamento dos honorários do perito, sobredito autor menciona o art. 790-B da CLT que prevê “A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, salvo se beneficiária de justiça gratuita”. Já a remuneração dos assistentes técnicos é da responsabilidade da parte que os nomeou, conforme dispõe a Súmula n.º 341, do C. TST: "HONORÁRIOS DO ASSISTENTE TÉCNICO – A indicação do perito assistente é

faculdade da parte, a qual deve responder pelos respectivos honorários, ainda que vencedora no objeto da perícia”.

Corroborando as afirmações acima expostas, Nascimento (2010, p. 653) assevera que "a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão relativa ao objeto da perícia". Já no que diz respeito aos assistentes técnicos, o citado autor expõe que segundo disposição no Código de Processo Civil, a cada parte cabe o pagamento de seu respectivo assistente técnico.

Schiavi (2009, p. 587-588) explica que na fase de conhecimento, o responsável pelo pagamento dos honorários periciais é a parte sucumbente no objeto da perícia. Ainda, caso a sucumbência for parcial, ao reclamado tem sido atribuída à responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais.

Já na fase de execução, referido autor menciona que, em razão da realização de perícia contábil, o reclamado deve ser responsabilizado pelos honorários periciais, pois deu causa à perícia e também em razão de que na execução não existe sucumbência própria da fase de conhecimento, pois a obrigação já está consagrada no título. Não obstante, em casos de conduta abusiva do autor ao apresentar cálculos muito acima dos valores encontrados pelo perito, deve o reclamante responder pelos honorários do perito.

Também, vale ressaltar que, de acordo com Schiavi (2009, p. 588) vigora no Processo do Trabalho o princípio da gratuidade, e em razão disso a jurisprudência pacificou no sentido de não serem exigidos os honorários periciais prévios na Justiça do Trabalho, conforme dispõe a OJ n.º 98, da SDI-II, do C. TST. O que não impede, considerando-se que no Processo do Trabalho o perito é remunerado pela parte, que o Juiz do Trabalho, se o reclamante tem créditos a receber no processo, reserve uma pequena parcela ao perito, em razão de justiça e equidade.

2.3.5 Da Inspeção Judicial

Por fim, necessário se faz neste último tópico referente aos meios de prova, será estudada a inspeção judicial.

Nascimento (2010, p. 656) conceitua inspeção judicial como sendo "um reconhecimento ou uma diligência processual, com o fim de obter provas, mediante uma verificação direta".

Martins (2011, p. 352) expõe que "a finalidade da inspeção judicial é esclarecer o juiz sobre fato de interesse da causa, a respeito de pessoas ou coisas (art. 440 do CPC), podendo ser realizada em qualquer fase do processo".

Em relação ao seu procedimento, Nascimento (2010, p. 657) afirma que o juiz pode, de ofício ou a requerimento das partes, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de obter esclarecimento sobre fatos que interessem a decisão da causa, podendo, inclusive, ser acompanhado por peritos.

Ainda, para Martins (2011, p. 352) para que seja respeitado o contraditório, as partes devem ser intimadas para manifestação a contar da juntada do auto circunstanciado da inspeção judicial no prazo de cinco dias, salvo se for fixado outro prazo pelo juiz. Na prática, o que ocorre é o juiz determinar ao oficial de justiça ir ao local onde estiverem as pessoas ou coisas, fazendo a constatação do que ocorre naquele lugar.

No nosso sentir, embora o CPC diga que as partes têm direito de assistir à diligência, pode o Juiz do Trabalho, considerando os princípios da efetividade processual e busca da verdade real (arts. 765, da CLT e 130 do CPC), postergar o contraditório para a fase posterior ao término da diligência, pois a realidade tem demonstrado que, no âmbito trabalhista, dificilmente a inspeção judicial terá eficácia se as partes, e principalmente determinada empresa for previamente avisada da inspeção judicial. Não se está com isso desconsiderando o contraditório, mas alterando o seu momento, uma vez que já está sedimentado na doutrina que, em determinados casos, o contraditório não precisa ser prévio, podendo o juiz, à luz dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e efetividade, avaliar o custo-benefício em postergá-lo. (SCHIAVI, 2009, p. 591).

Leite (2010, p. 602) afirma que a CLT é omissa a respeito da inspeção judicial. Não obstante, o princípio inquisitivo consubstanciado no seu art. 765 confere ao juiz do trabalho amplos poderes na condução do processo, sendo certo que a aplicação subsidiária do CPC, no tocante a esse meio de prova, mostra-se compatível com a busca da verdade real, que é observada com muito mais ênfase no processo do trabalho.

Ainda, o sobredito autor dispõe que as partes têm direito a assistir à inspeção, prestando esclarecimentos e fazendo observações que repute de interesse para a causa. Ocorre que há entendimento jurisprudencial no sentido de que a ausência de intimação das partes para a realização da inspeção judicial não caracteriza cerceamento de defesa.

Diante de todo exposto, chega-se ao fim deste capítulo, onde foram abordados os aspectos mais relevantes das provas no Processo do Trabalho, e também o que é aplicado subsidiariamente o Processo Civil, incluindo-se seus conceitos e princípios norteadores, bem como seus meios de provas e suas características.

CAPÍTULO 3 – DO ÔNUS DA PROVA E SUA INVERSÃO NO PROCESSO – UM ESTUDO DA TEORIA DINÂMICA DE DISTRIBUIÇÃO DAS CARGAS PROCESSUAIS

O ônus da prova é um assunto de suma importância, uma vez que é o momento em que se definirá a quem incumbe a prova dos fatos alegados no processo. Todavia, pode acontecer em determinados casos concretos que a distribuição definida pelos dispositivos relativos à sua aplicação não atenda às necessidades da parte que visa o reconhecimento de seus direitos, violando assim alguns princípios do direito existentes com o fim de garantir à parte a concretização de seus direitos.

Assim e considerando a necessidade de flexibilizar a distribuição do ônus da prova, em alguns casos específicos, buscando a efetivação dos direitos fundamentais garantidos às partes, neste último capítulo pretende-se abordar os aspectos do Ônus da Prova e suas regras inversão, destacando as possibilidades de aplicação da Teoria Dinâmica de Distribuição das Cargas, com o fim de garantir a igualdade das partes no Processo do Trabalho.

3.1 Ônus da Prova

Neste tópico serão estudados os aspectos do Ônus da Prova no Processo do Trabalho, bem como algumas das regras que subsidiariamente forem aplicadas o Processo Civil.

Primeiramente, no que diz respeito ao mencionado tema, Bueno (2011, p. 282) explica que "o ônus da prova deve ser entendido como a indicação feita pela própria lei de quem deve produzir a prova em juízo". Ressalta-se que a palavra ônus tem relação com a necessidade da prática de um ato para a assunção de uma específica posição de vantagem própria ao longo do processo e, na hipótese oposta, que haverá, muito provavelmente, um prejuízo para aquele que não praticou o ato ou o praticou insuficientemente.

Santos (2006, p. 58) assevera ser fundamental a distinção entre os termos ônus e obrigação, sendo este, em regra, ligado a direito material, e requer uma conduta de adimplemento ou cumprimento, certo que a omissão do devedor poderá resultar na sua coerção para que cumpra a obrigação. Já o ônus, muito empregado na esfera processual, é uma faculdade que a parte tem, logo, não está sujeita à coerção, mas, sim, aos efeitos que da passividade ou inércia resultarão, como, por exemplo, à revelia (art. 319 do CPC), porque

contestar não é obrigação, nem dever processual, mas apenas um ônus do réu ou do interessado que foi citado para responder aos termos de uma ação.

Theodoro Junior (2011, p. 434) ensina que esse ônus consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz.

Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente. (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 434).

Nascimento (2011, p. 617) ensina que o ônus da prova é atribuído a quem alega que um fato existe: a prova das alegações incumbe à parte que as faz, nos termos do art. 818 da CLT que assim dispõe: "A prova das alegações incumbe à parte que as fizer".

Todavia, referido autor menciona que há vasta discussão doutrinária, com alguns reflexos na jurisprudência sobre ônus da prova. Isso porque, nem sempre a igual distribuição do ônus da prova atende às necessidades do processo trabalhista, porque sobrecarrega o empregado, que não tem as mesmas condições e facilidades do empregador. Por outro lado, acarreta cômoda posição para o empregador, bastando ao empregador negar todos os fatos e o empregado teria que prová-los, o que não é fácil. É o que ocorre especialmente com as alegações de despedimento, impugnadas pelo empregador. Em decorrência dessas circunstâncias, há uma tendência para a redistribuição do ônus da prova no processo trabalhista, com maiores responsabilidades para o empregador.

Leite (2010, p. 564) expõe que o art. 818 da CLT estabelece textualmente que “o ônus de provar as alegações incumbe à parte que as fizer”. Essa regra, dada a sua excessiva simplicidade, cedeu lugar, não obstante a inexistência de omissão do texto consolidado, à aplicação conjugada do art. 333 do CPC, segundo o qual cabe ao autor a demonstração dos fatos constitutivos do seu direito e ao réu a dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos.

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

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

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

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

I - recair sobre direito indisponível da parte;

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

Conforme entendimento de Santos (2006, p. 60) “em regra, na sistemática processual, o autor tem o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito, e o réu, o de provar os fatos modificativos, impeditivos e extintivos do direito do autor”.

Explica, ainda, que fatos constitutivos são os que fazem nascer à relação jurídica, decorrem do interesse material, como por exemplo, venda e compra de imóvel. Em oposição, fatos extintivos, são os que têm o condão de causar a cessação da relação jurídica, como o pagamento, na ação de cobrança. Fatos impeditivos obstam ao efeito que seria decorrência normal do fato constitutivo alegado, assim sendo, na venda e compra, embora provada a celebração do negócio jurídico, identificado o seu objeto e a forma de pagamento do preço, poderá incorrer o impedimento em razão de algum dos vícios do consentimento, como, por exemplo, a fraude. E, finalmente, os fatos modificativos que, embora não fulminem a relação jurídica, nem impeçam seus efeitos, revestem os fatos constitutivos com outra roupagem, como é o caso da transação feita entre as partes, que resultou no pagamento parcial de um débito, de modo que, se o credor promove ação de cobrança no valor total da dívida, o devedor, em sua defesa, poderá obstar a pretensão inicial do autor, ainda que em parte.

Para referida autora, este é o sistema do ônus da prova, adotado pelo legislador brasileiro. Vale ressaltar, no entanto, que referido sistema é enunciado como regra geral, sujeito, assim, a exceções.

Theodoro Júnior (2011, p. 435) explica que para se aplicar corretamente o art. 333, II, deve-se levar em conta que não é defesa indireta aquela em que o réu nega a veracidade da versão do autor e indica outra versão para o fato invocado na petição inicial. Se o autor, por exemplo, afirma que seu veículo foi abalroado pelo do réu, e este contesta afirmando ter sido o veículo do autor que abalroou o seu, não se pode dizer que o contestante teria invocado fato extintivo ou modificativo do direito do autor. O promovente da ação continua com o ônus de provar que seu automóvel foi abalroado, para lograr êxito na ação intentada. Na verdade, ao descrever o ocorrido de maneira diferente, o réu negou o fato constitutivo do direito do autor.

Para ter-se o fato extintivo ou modificativo que, segundo o art. 333, II, desloca o *onus probandi* para os réus, é necessário o confronto de dois fatos sucessivos: o primeiro, alegado pelo autor, e o segundo, que parte da aceitação do primeiro, mas coloca na defesa um evento superveniente, cujo efeito anula ou altera as consequências jurídicas do fato incontroverso apontado na petição inicial. Não é a multiplicidade de versões diferentes que transfere, portanto, o ônus da prova do autor para o réu. É, isto sim, o concurso de eventos sucessivos, ambos interferindo no direito do autor, um para constituí-lo e outro para modificá-lo. No simples conflito de versões para um só fato, o encargo de provar o fato constitutivo continua inteiramente na responsabilidade do autor, mesmo que o réu nada prove a

respeito de sua versão. O importante é que o fato fundamental da causa de pedir não foi aceito pelo réu e, portanto, terá necessariamente de ser comprovado pelo autor, nos termos do art. 333, I. (THEODORO JÚNIOR, 2011, p. 435).

Todavia, Leite (2010, p. 567) entende que na verdade, toda negação contém, implicitamente, uma afirmação, pois, quando se atribui a um objeto determinado predicado, acaba-se por negar todos os demais predicados contrários ou diversos do mesmo objeto. Assim, por exemplo, ao alegar o empregador que não dispensou o empregado sem justa causa (negação do fato), estará aquele alegando, implicitamente, que este abandonou o empregou ou se demitiu.

O exame de ambos os incisos do art. 333, quando feito no seu devido contexto, acaba por revelar o que lhes é mais importante e fundamental: o ônus de cada alegação das partes compete a elas próprias: quem alega, tem o ônus de prova o que alegou. Desincumbir-se do ônus da prova significa a produção adequada das provas em juízo, sempre com observância dos ditames legais e judiciais, com vistas à formação do convencimento do magistrado a favor da pretensão daquele que as produz. (BUENO, 2011, p. 283).

Acerca do cita-se alguns dos entendimentos simulados do Tribunal Superior do Trabalho, assim como a Súmula n.º 6, em seu item VIII, que dispõe o seguinte:

Súmula 6: EQUIPARAÇÃO SALARIAL. ART. 461 DA CLT (redação do item VI alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

[...]

VIII - É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial. (ex-Súmula n.º 68 - RA 9/1977, DJ 11.02.1977).

Ainda, as Súmulas n.º 16 e 212 do TST, preveem que:

Súmula n.º 16 do TST: 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.

Súmula n.º 212 do TST: 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.

Menciona-se, também a Súmula n.º 338, item I do TST, que diz o seguinte:

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

I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção

relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula nº 338 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003).

Verifica-se de suma importância o estudo do ônus da prova, pois este define quem terá a incumbência de provar o que foi alegado pelas partes. Todavia, as regras de distribuição do ônus da prova nem sempre fazem igualdade entre as partes, até porque, muitas vezes à parte incumbida de provar o fato não tem condições de realizá-la. Diante disso, faz-se necessário estudar outros mecanismos capazes de garantir a real igualdade entre as partes no processo.

3.2 A Inversão do Ônus da Prova Segundo a Teoria Dinâmica de Distribuição das Cargas

Percebe-se que as regras de distribuição do ônus da prova previstas no art. 333 do Código de Processo Civil e no art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, nem sempre garantem às partes e efetivação do direito, uma vez que pode acontecer de a parte incumbida de provar o fato não tenha condições possíveis para realizá-la quanto a parte contrária tenha, o que faz com que, nas palavras de Feliciano (2008, p. 921) as previsões legais sobre a distribuição do ônus da prova se tornem inaptas a regular, de modo absoluto, a dinâmica de um processo tão veloz, garantista e tuitivo como é o processo do trabalho, que envolve, em via de regra, pretensões vinculadas à violação de direitos fundamentais.

Marinoni (2007, p. 04) menciona que a princípio, a inversão do ônus da prova somente é admissível como regra dirigida às partes, pois deve dar à parte que originariamente não possui o ônus da prova a oportunidade de produzi-la. Nesse entendimento, quando se inverte o ônus é preciso supor que aquele que vai assumi-lo terá a possibilidade de cumpri-lo, sob pena de a inversão do ônus da prova significar a imposição de uma perda, e não apenas a transferência de um ônus. A inversão do ônus da prova, nessa linha, somente deve ocorrer quando o réu tem a possibilidade de demonstrar a não existência do fato constitutivo. Ocorre que o simples fato de o réu ter condições de provar a não existência do fato constitutivo não permite, por si só, a inversão do ônus da prova. Isso apenas pode acontecer quando as especificidades da situação de direito material, objeto do processo, demonstrarem que não é racional exigir a prova do fato constitutivo, mas sim exigir a prova de que o fato constitutivo não existe. Ou seja, a inversão do ônus da prova é imperativo de bom senso quando ao autor é impossível, ou muito difícil, provar o fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou muito mais fácil, provar a sua inexistência.

Acerca do assunto, cita-se os seguintes julgados:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ONUS DA PROVA. DISTRIBUIÇÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DOS REQUISITOS ENSEJADORES DA INVERSÃO. TEORIA DA CARGA DINÂMICA DO ONUS DA PROVA. INAPLICABILIDADE NO CASO CONCRETO. Não sendo possível aferir que uma das partes tenha melhores condições arcar com o ônus da prova, inaplicável a teoria da carga dinâmica do ônus probatório, não sendo simplesmente a capacidade econômica critério para a sua utilização. (MINAS GERAIS, 2013).

E M E N T A-APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - ACIDENTE DE TRÂNSITO - DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA - FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO - ENCARGO ATRIBUÍDO AO AUTOR -CONJUNTO PROBATÓRIO QUE NÃO AUTORIZA A CONCLUSÃO DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO - CULPA NÃO DEMONSTRADA - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. I - À luz da teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova, exige-se das partes provas que possam efetivamente dar respaldo à entrega da prestação jurisdicional. II - Nesse contexto, à parte autora cabe o ônus de provar os fatos que alicerçam o direito alegado. III-O frágil conteúdo probatório, mais especificamente o depoimento da única testemunha do acidente envolvendo as partes, não autoriza deduzir que o condutor do veículo da ré realizou alguma mudança de posição na pista que pudesse obstruir a trajetória do autor. IV - Não tendo o autor se desincumbido do ônus que lhe competia, por força do disposto no art. 333, I, do Código de Processo Civil, de provar a existência do fato constitutivo do direito suposto e reivindicado, nenhum reparo merece a sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na petição inicial. (MATO GROSSO DO SUL, 2014).

Ainda, Marinoni (2007, p. 05) afirma que existe um grande equívoco ao se pensar que o juiz apenas pode inverter ou atenuar o ônus da prova quando pode aplicar o Código de Defesa do Consumidor. O fato de o art. 6.º, VIII, do CDC, afirmar expressamente que o consumidor tem direito a inversão do ônus da prova não significa que o juiz não possa assim proceder diante de outras situações de direito material.

Mareco (2010, p. 04) explica que uma das possibilidades legítimas de adequação do sistema de distribuição do ônus da prova no processo trabalhista seria a adoção de mecanismos de inversão dos encargos probatórios. Todavia as leis trabalhistas não preveem essa possibilidade, ao contrário do que ocorre em sede de direito do consumidor, seara na qual o mecanismo de inversão do ônus da prova está amplamente instituído e consolidado.

Em verdade, segundo a citada autora, a regra prevista no art. 6.º, VIII, do CDC, que leva em consideração as peculiaridades da relação material de consumo, onde a desigualdade entre as partes é manifesta, tal como ocorre na relação de trabalho - cumpre o importante papel de reduzir o ônus argumentativo imposto ao magistrado que deseja recorrer ao mecanismo da inversão. Porém, caso não houvesse o legislador incluído a previsão no

diploma legal, o magistrado ainda teria argumentos jurídicos válidos para legitimar a opção pela inversão do ônus probatório.

Também, Mareco (2010, p. 05) acrescenta que segundo o art. 125 do CPC que trata sobre os poderes de direção do processo atribuído ao magistrado impõem ao juiz o dever de assegurar às partes a igualdade de tratamento. O princípio da igualdade, como sabido, é reiteradamente enunciado através da máxima “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”.

O sistema de partilha do ônus da prova previsto no art. 333 é estático e rígido. Na experiência da vida, entretanto, constata-se que as causas disputadas em juízo, nem sempre permitem uma satisfatória separação de fatos constitutivos e fatos extintivos de direito em compartimentos estanques. Não poucas as vezes o acesso à verdade real por parte do juiz fica comprometido ou prejudicado se se mantiver o esquema de apreciação do litígio rigorosamente imposto no momento de concluir a instrução processual, e de enfrentar o julgamento do mérito segundo a fria aplicação das presunções que haveriam de defluir da literalidade do art. 333 (THEODORO JUNIOR, 2011, p. 436).

Mareco (2010, p. 06) expõe que uma das principais razões invocadas pelos tribunais para afastar a regra geral de distribuição do ônus da prova é o princípio da aptidão para a prova, onde segundo este, a distribuição proporcional, razoável e adequada do ônus probatório deve considerar quem detém as melhores condições, no caso concreto, para produzir a prova necessária. Em alguns casos, verifica-se que a prova necessária para confirmar a alegação de uma das partes é extremamente dificultosa ou até mesmo impossível, enquanto a contraprova seria de fácil realização pela parte oposta.

Constata-se que, nas lições de Mareco (2010, p. 06), o princípio da aptidão para a prova possui intrínseca relação com a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, popularizada pelo argentino Jorge Peyrano. Segundo essa teoria, deve realizar a prova aquele que, no caso concreto, detiver melhores condições, sejam elas fáticas, técnicas, econômicas, jurídicas, etc., para se desincumbir de tal ônus.

[...] Daí porque, no processo do trabalho, deve prevalecer a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, a ser sempre racionalmente demonstrada em decisão fundamentada, mas sem as peias dos arts, 818/CLT e 333/CPC (que servem, apenas, como modelos residuais - especialmente o último, que confere alguma racionalidade a regra inerme do primeiro preceito). Para tanto, o Magistrado pode e deve recorrer a modelos alternativos já consagrados pela doutrina [...] (Feliciano, 2008, p. 921).

Vale ressaltar que, conforme Mareco (2010, p. 06) essa teoria não é incompatível com o modelo processual brasileiro, pois não renega completamente as regras legais sobre a matéria, fundadas em critérios estáticos. Ao contrário, pretende oferecer um elemento capaz

de aperfeiçoar o sistema, possibilitando a solução mais adequada nos casos complexos em que a regra geral não se mostrar suficiente e satisfatória.

Nesse sentido, cita-se os seguintes julgados:

INSALUBRIDADE. CARGA DINÂMICA DA PROVA - Apesar da existência de regras para a distribuição do ônus da prova, é possível que este seja atribuído a quem, originalmente, não o teria. Não se trata de invalidar o sistema atual do processo relativo ao ônus da prova, mas de implementá-lo à luz de princípios constitucionais. À luz da Teoria da Carga Dinâmica da Prova, caberia à empresa - e não ao reclamante - provar a salubridade plena do ambiente de trabalho. Entretanto, a empresa fracassou em fazê-lo, demonstrando-se inerte e inábil para reunir elementos favoráveis que corroborassem, acentuadamente, com a essência de sua peça de defesa. Recurso que se dá provimento. (RIO DE JANEIRO, 2012).

DIFERENÇAS NO DEPÓSITO DO FGTS. TEORIA DINÂMICA DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. A demonstração da integralidade dos depósitos do FGTS, no caso, é ônus do empregador em virtude da aplicação do princípio da aptidão para prova, que serve de fundamento para teoria da dinâmica de distribuição do ônus da prova, segundo o qual a prova deve ser produzida pela parte que tem acesso facilitado a ela. Como a reclamada tem o dever de manter em seus arquivos os recolhimentos efetuados nas contas vinculadas de seus empregados, nos termos dos artigos 626, 630, §§ 3º e 4º, da CLT e 23, da Lei 8036/90, para fins de fiscalização dos órgãos competentes, inegável a sua facilidade em demonstrar o correto recolhimento da parcela. (MINAS GERAIS, 2012).

Como exemplo de fato que, por suas características, causa grande dificuldade à parte que alega a sua existência, pode-se mencionar a prova diabólica e o Assédio Moral.

Primeiramente, necessário esclarecer o conceito de prova diabólica, que segundo Câmara (2005, p. 12), citado por Didier Júnior, Braga e Oliveira (2014, p. 99) é aquela que é considerada impossível, senão muito difícil, de ser produzida, ou seja, é expressão usada na doutrina para fazer referência àqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil, nenhum meio de prova sendo capaz de permitir tal demonstração.

A respeito do assunto, menciona-se o seguinte julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PROCESSUAL CIVIL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA CARGA DINÂMICA DA PROVA. CABIMENTO. Verificado nos autos que a parte demandada possui maiores condições técnicas de demonstrar a forma em que ocorreram os fatos descritos na exordial, referentes à alegada falha na aplicação de agrotóxicos em lavoura próxima à propriedade da requerente, impõe-se atribuir àquela o ônus probatório, sob pena de se exigir da parte suplicante a produção de prova considerada diabólica. Albergada, pois, a teoria da carga dinâmica da prova. **NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA.** (RIO GRANDE DO SUL, 2013)

Já em relação ao Assédio Moral, Pacheco (2012, p. 238) conceitua assédio moral no trabalho, também conhecido como "mobbing", como sendo a exposição de homens ou mulheres a situações constrangedoras e humilhantes no local de labor, praticada, muitas vezes, pelos superiores hierárquicos ou até mesmo pelos pares das vítimas, ou seja, seus próprios colegas de trabalho. Tal situação se caracteriza por atos desumanos que abalam emocionalmente a vítima e bloqueiam suas iniciativas no ambiente do trabalho, forçando até a desistência do emprego por parte do trabalhador.

Lora (2013, p. 288) assevera que os nefastos efeitos do assédio moral são amplamente conhecidos. A prática prejudica a saúde do trabalhador, que apresenta, desde sintomas físicos, que incluem dores generalizadas, dentre outros males, até sintomas psíquicos importantes, com destaque para distúrbios do sono, depressão e ideias suicidas.

Pacheco (2012, p. 238-240) elenca os elementos caracterizadores desta violência laboral:

a) Natureza psicológica: Com a prática dessa violência moral, existe, em regra, uma violação aos direitos da personalidade do trabalhador que pode afetar sua saúde mental e física, ocasionando distúrbios como a depressão e o stress, os quais, em casos extremos, podem levar ao suicídio.

b) Conduta abusiva e dolosa: As condutas abusivas que atenta contra a dignidade do trabalhador são praticadas com a finalidade de humilhar, excluir, discriminar ou pressionar o trabalhador, explicitando sentimentos de humilhação e inferiorização.

c) Repetição e prolongamento: Para ser configurado o assédio, faz-se necessário ainda que a conduta comprometedor da moral do trabalhador seja praticada de forma reiterada e contínua. Tal exigência não significa que a prática de um ato isolado que atente contra a dignidade psíquica do trabalhador não seja passível de reparação judicial. Apenas não restará configurado o assédio moral, mas o trabalhador poderá pleitear indenização por dano moral, por exemplo, caso este reste configurado.

d) Conversão em patologia: Com a prática do assédio moral, ao longo do tempo, o empregado acabará por desenvolver alguma doença ligada ao comportamento do assediador. Ressalte-se que tal característica não é unânime na doutrina.

Lora (2013, p. 288-289) explica que o assédio moral no trabalho, quando provocar a incapacidade, pode ser equiparado a doença ocupacional. Com efeito, nos termos do disposto no art.20, II, da Lei n.º 8.213/91, doença do trabalho é aquela adquirida ou desencadeada em razão das condições especiais em que o trabalho é executado e com ele se relaciona diretamente.

Portanto, havendo comprovação de que a doença do trabalhador decorre do assédio moral praticado no ambiente do trabalho, será considerada doença do trabalho atípica, atraindo a responsabilidade civil do empregador, nos termos do art. 7.º, XXVIII, da Constituição Federal, e dos arts. 186, 187 e 927, do Código Civil. (289)

Pacheco (2012, p. 241-242) afirma que é de essencial importância a demonstração da ocorrência do assédio moral, pois numa ação em que o trabalhador afirma ter sido vítima desta violência psíquica, tem-se entendido que é dele o ônus de provar as condutas humilhantes e vexatórias de que foi vítima em seu ambiente laboral, sob pena de ser julgada improcedente a sua demanda. Ocorre que, na maioria das vezes esse terror psicológico se manifesta de uma forma oculta, isolada, em lugares reservados e quando existem testemunhas, são colegas de trabalho que, com receio de perder emprego, se recusam a atestar tal violência.

Lora (2013, p. 290) assevera que esta dificuldade, que inibe consideravelmente o acesso à Justiça de parte das vítimas, gera a impunidade, o que se torna um poderoso estímulo à reiteração das práticas ilícitas. Constata-se ser absolutamente indispensável, portanto, a partir da adequada interpretação e aplicação dos dispositivos legais, mecanismos para equacionar este obstáculo enfrentado pelas vítimas, sob pena de reduzir-se o princípio do acesso à justiça a postulado meramente formal e abstrato.

Pancoti (2012) afirma que no processo do Trabalho, a jurisprudência vem, ainda que minoritária, admitindo o emprego da distribuição dinâmica do ônus da prova, atribuindo ao empregador, a quem compete documentar fatos e ocorrências no contrato individual de trabalho, o ônus de prova mediante cartão de ponto, por exemplo, a efetiva jornada do empregado, quando a empresa contar com mais de 10 empregados. O anteprojeto do novo Código de Processo Civil vai mais além, quando expressamente consagra que o encargo probatório fica a cargo da parte que detiver melhores condições de produzi-la.

Ressalta-se que a Teoria de Dinâmica de Distribuição das Cargas vem ganhando destaque no direito processual brasileiro, uma vez o projeto do Novo Código de Processo Civil, em sua redação final aprovada na Câmara dos Deputados, em seu art. 380 adotou a citada teoria.

Dispõe referido artigo:

Art. 380. O ônus da prova incumbe:

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

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

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do

fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

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

§ 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. (BRASÍLIA, 2014).

Theodoro Junior (2011, p. 436) explica que não se pretende revogar o sistema do direito positivo, mas completá-lo à luz de princípios inspirados no ideal de um processo justo, comprometido sobretudo com a verdade real e com os deveres de boa-fé e lealdade que transformam os litigantes em cooperadores do juiz no aprimoramento da boa prestação jurisdicional. De qualquer modo, este abrandamento do rigor da literalidade do art. 333 depende de análise de condições particulares do caso concreto que, na evolução do processo, permitam um juízo de verossimilhança em torno da versão de uma das partes, capaz de sugerir, de antemão, a possibilidade de o fato ter ocorrido, tal como afirma o litigante, a que toca o ônus da prova, mas que, nas circunstâncias, evidencie menos capacidade a esclarecê-lo por completo.

[...] Só se justifica esta distribuição dinâmica do ônus da prova, frise-se, quando a parte a quem normalmente incumbiria o ônus não tenha sequer condições mínimas de produzi-la. Deste modo, a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova se revela como uma forma de equilibrar as forças na relação processual, o que nada mais é do que uma aplicação do princípio da isonomia. Assim, penso que a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova independe de qualquer previsão expressa em lei, e se dá no direito brasileiro por aplicação dos princípios constitucionais que regem o processo. Registre-se, porém, e por amor à clareza, que a distribuição dinâmica do ônus da prova não é regra, mas exceção. Como regra geral, e para que se tenha segurança nas relações processuais, aplica-se a máxima tradicional, segundo a qual o ônus da prova incumbe a quem faz a alegação objeto da prova, excepcionalmente, e como forma de assegurar a isonomia entre os sujeitos parciais do processo, o juiz poderá determinar, por decisão fundamentada, a inversão do ônus probatório, sempre que verificar que a parte a quem tal ônus normalmente incumbiria não tem mínimas condições de produzir a prova e a parte adversária tem condições totais de o fazer (em outras palavras, quando a parte contrária tenha domínio da prova). (CÂMARA, 2008, p. 381).

Vale ressaltar de suma importância, voltar-se ao primeiro capítulo do presente trabalho, onde mencionou-se os princípios constitucionais para se fazer relação com a citada

Teoria Dinâmica de Distribuição das Cargas, uma vez que se pode entender que ela visa garantir a efetividade de alguns dos princípios fundamentais ao processo.

É de se mencionar que referida teoria está de acordo com o Princípio do acesso à justiça, até porque como já menciona do no capítulo 1 deste trabalho, visa garantir que todos os cidadãos tenham direito a uma prestação jurisdicional justa e efetiva.

Também, relaciona-se com o princípio do devido processo legal, pois um processo devido é aquele que produz resultados justos.

E por fim, acredita-se que o principal princípio garantido por esta teoria seria o princípio da igualdade entre a partes no processo, uma vez que deve haver uma paridade real de armas das partes no processo, promovendo-se um equilíbrio substancial entre elas, o que só será possível se atribuído o ônus da prova àquela que tem meios para satisfazê-lo.

Resta claro que não são somente estes os princípios que a aplicação da Teoria Dinâmica de Distribuição das Cargas visa garantir, mas parece-nos, por ora, necessário citar os princípios mais importantes.

Acerca do assunto, menciona-se o seguintes julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CAUTELAR INOMINADA - LIMINAR - LANÇAMENTO DOS DADOS NO CADASTRO DOS INADIMPLENTES - PROVA DIABÓLICA - DANO DE DIFÍCIL REPARAÇÃO - POSSIBILIDADE - DECISÃO REFORMADA. - Para que seja concedida a medida liminar devem estar presentes os requisitos autorizadores, quais sejam, o "fumus boni iuris" e o "periculum in mora". - Todavia, tratando-se de prova negativa, não se pode exigir do autor a demonstração da plausibilidade do seu direito, porquanto tal prova é extremamente difícil de ser produzida, aplicando-se, nestes casos, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, em que o onus probandi é distribuído para quem puder suportá-lo. - Recurso provido. Decisão reformada. (MINAS GERAIS, 2014).

Godinho (2006, p. 182-123 e 194), Souza (2004, p. 67) e Peyrano (2004, p. 141), citados por Didier Júnior, Braga e Oliveira (2014, p. 104-105) explicam que o Código de Processo Civil, não adota expressamente essa teoria. No entanto a doutrina acolhe essa concepção, a partir de uma interpretação sistemática de nossa legislação processual.

Ainda, referidos autores afirmam que a distribuição dinâmica do ônus da prova seria uma decorrência dos seguintes princípios:

- a) princípio da igualdade (art. 5º, caput, CF, e art. 125, 1, CPC), uma vez que deve haver uma paridade real de armas das partes no processo, promovendo-se um equilíbrio substancial entre elas, o que só será possível se atribuído o ônus da prova àquela que tem meios para satisfazê-lo;
- b) princípio da lealdade, boa-fé e Feracidade (art. 14, 16, 17, 18 e 125, III, CPC), pois nosso sistema não admite que a parte aja ou se omita, de forma

ardilosa, no intuito deliberado de prejudicar a contraparte, não se valendo de alegações de fato e provas esclarecedoras;²⁵⁹

c) princípio da solidariedade com órgão judicial (arts. 339, 340, 342, 345, 355, CPC), pois todos têm o dever de ajudar o magistrado a descortinar a verdade dos fatos²⁶⁰; exige-se que a parte colabore em matéria de prova para que o juiz alcance a verdade²⁶¹;

d) princípio do devido processo legal (art. 5.º, XIV, CF), pois um processo devido é aquele que produz resultados justos e equânimes;²⁶²

e) princípio do acesso à justiça (art. 5.º, XXXV, CF), que garante a obtenção de tutela jurisdicional justa e efetiva.

Conclui-se que, de acordo com a aplicação da mencionada teoria, quando houver dificuldade ou mesmo for impossível se desincumbir um ônus a princípio atribuído a uma parte, ela é capaz de garantir efetivação aos direitos constitucionalmente garantidos e que regulam os processos, sendo possível, assim, chegar a uma verdade dos ou o mais próximo possível evitando que se ocorram injustiças entre as partes.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo estudar as possibilidades de aplicação da Teoria Dinâmica de Distribuição das Cargas Processuais no direito Processual do Trabalho Contemporâneo, uma vez que se constatou que nas demandas trabalhistas surgem cada vez mais situações em que a distribuição do ônus da prova regida pelas normas de direito processual nem sempre atendem às necessidades das partes, pois pode acontecer de que uma das partes não tenha mínimas condições de provar suas alegações, fazendo com que a inversão do ônus da prova seja a medida que se impõe.

Para tanto, restou-se necessário se iniciar o presente trabalho com uma breve análise dos aspectos processuais constitucionais, onde se apresentou o conceito de jurisdição e suas características mais relevantes, inclusive distinguindo-a da competência, abordando-se sua origem histórica e suas fases de evolução no Direito Brasileiro. Posteriormente, analisou-se o processo, conceituando-o e apontando seu objetivo, bem como, abordando-o segundo a Constituição Federal de 1988, com ênfase para o surgimento do Neoprocessualismo. E finalmente, discorreu-se sobre os Princípios Constitucionais de suma importância para o Processo, bem como os aplicáveis Princípios do Direito Processual do Trabalho.

Já no segundo capítulo, almejou-se estudar as provas no Processo do Trabalho, abordando-se suas principais características e os princípios norteadores das provas no processo judicial, inclusive o princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, da Necessidade da Prova, da Unidade da Prova, da Proibição da Prova Obtida Ilicitamente, do Livre Convencimento Motivado ou da Persuasão Racional do Juiz, da Mediação, da Aquisição Processual, do *In Dubio Pro Misero* e da Busca da Verdade Real. Também, necessário se fez estudar os meios de provas, apresentando-se seus conceitos e particularidades. Será estudada num primeiro momento a prova documental, uma vez que é sabido que, na prática, os documentos devem constar já na peça inicial. Em continuidade será abordado depoimento pessoal e interrogatório, a confissão, a prova testemunhal, a prova documental, a prova pericial e a inspeção judicial.

Finalmente, no terceiro capítulo, objetivou-se estudos sobre o ônus da prova e sua inversão no processo segundo a Teoria Dinâmica de Distribuição das Cargas Processuais, analisando se sua aplicação seria ou não mais favorável para as partes no processo, considerando a necessidade de flexibilizar a distribuição do ônus da prova, em alguns casos específicos, buscando a efetivação dos direitos fundamentais garantidos às partes,

pretendendo-se abordar os aspectos do Ônus da Prova e suas regras inversão, destacando as possibilidades de aplicação da Teoria Dinâmica de Distribuição das Cargas, com o fim de garantir a igualdade das partes no Processo do Trabalho.

Concluiu-se no presente trabalho que a aplicação da Teoria Dinâmica de Distribuição das Cargas Processuais como forma para se inverter o ônus da prova para a parte que possua maiores condições de provar os fatos, diante da impossibilidade da parte contrária, a quem inicialmente era responsável pela prova, garante a efetivação dos direitos fundamentais das partes, assim como a real igualdade entre as partes no processo. Restou claro que não serão em todos os casos que citada teoria poderá ser aplicável, até porque as regras gerais de distribuição do ônus da prova devem ser respeitadas pelo magistrado, mas é evidente que diante da verdadeira necessidade da parte a aplicação de tal teoria é a medida que se impõe.

Para a realização do presente trabalho, utilizou-se a metodologia dedutiva, que tem como pressuposto que a razão é a única forma de chegar ao conhecimento verdadeiro, partindo-se das premissas gerais para a particular. Ainda, a pesquisa utilizada foi a bibliográfica, legislativa e jurisprudencial.

Visou-se com elaboração do presente trabalho contribuir com a comunidade acadêmica, favorecendo a pesquisa, inclusive contribuir para a sociedade que busca o poder judiciário com intuito de solucionar seus conflitos, e muitas vezes não obtendo êxito, por não ter o conhecimento necessário sobre as possibilidades de se buscar outros mecanismos de inversão do ônus da prova, aplicáveis não somente as relações de consumo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 2.

BATISTA, Keila Rodrigues. **Acesso à Justiça: Instrumentos viabilizadores**. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela**. 8. ed. Salvador: Editora JusPodovm, 2013. v. 2.

BRASÍLIA. Redação Final aprovada na Câmara do projeto do Novo Código de Processo civil. Disponível em:
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E72D4ED8F13440164531A43C227915C0.proposicoesWeb1?codteor=831805&filename=PL+8046/2010.>
Acesso em: 18 out. 2014.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum: procedimento ordinário e sumário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editora Ltda., 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 15. ed. Salvador: Editora JusPodovm, 2014. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Distribuição dinâmica do ônus da prova no Processo do Trabalho - Critérios e Casuística**. São Paulo. v. 72. nº 08. p. 921-926. Ago. 2008.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Efetividade do Processo Civil**. Campinas: Copola, 1999.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de Direito Processual Civil: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte)**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2010.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2011.

LORA, Marcelina Bernardi Ilse. **Assédio moral no Trabalho e a Dificuldade da Prova**. Revista LTr, São Paulo, ano 77, n.º 03, p. 287-292, mar. 2013.

MARECO, Gabriella Dinelly Rabelo. **O Ônus da prova no Direito do Trabalho: Distribuição Dinâmica e Inversão**. Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, v. 140, p. 45, Out. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. **Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 862, p. 11, Ago. 2007.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. **Apelação Cível. Processo 0800421-67.2012.8.12.0020**. Recorrente: Ed Jean Martins de Souza. Recorrido: Biosev S. a. Órgão Julgador: 3.ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Marco André Nogueira Hanson, Campo Grande/MS. Acórdão publicado em 27/03/2014. Disponível em: <<http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/127548949/apelacao-apl-8004216720128120020-ms-0800421-6720128120020>>. Acesso em: 13 out. 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento. Processo 10713120003262001**. Agravante: Município de Viçosa. Agravado: Roberta Tavares Moreira. Órgão Julgador: Câmaras Cíveis Isoladas. 3.ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Jair Varão. Belo Horizonte/MG. Acórdão publicado em 25/01/2013. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114630172/agravo-de-instrumento-cv-ai-10713120003262001-mg>>. Acesso em: 13 out. 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento. Processo 10707130275282001**. Agravante: Maxwel de Oliveira. Agravado: Banco Bradesco S.A. Órgão Julgador: Câmaras Cíveis/10.^a Câmara Cível. Relator: Desembargadora Mariângela Meyer. Belo Horizonte/MG. Acórdão publicado em 09/04/2014. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120727946/agravo-de-instrumento-cv-ai-10707130275282001-mg/inteiro-teor-120728019>>. Acesso em: 14 out. 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3.^a Região. **Recurso Ordinário. Processo 0000610-83.2011.5.03.0030**. Recorrente: Wanderley Antônio de Araújo. Recorrido: MGS - Montagens Manutenção Geral e Serviços Especiais Ltda. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Desembargador Luiz Ronan Neves Koury. Belo Horizonte/MG. Acórdão publicado em 19/09/2012. Disponível em: <<http://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/124291707/recurso-ordinario-trabalhista-ro-610201103003000-0000610-8320115030030>>. Acesso em: 13 out. 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PACHECO, Ana Carla Albuquerque. **O Princípio Fundamental da Dignidade Humana nas Relações Laborais: Uma Análise Constitucional acerca do Assédio Moral nas relações de trabalho e a sua prova em juízo**. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, v.10, p. 235-252, 2012.

PANCOTTI, José Antônio. **Anteprojeto do CPC e Repercussões no Processo do Trabalho**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, ano 78, n.º 1, jan. a mar. 2012.

RAMIRES, Luciano Henrique Diniz. **As Provas como instrumentos de efetividade no processo civil**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1.^a Região. **Recurso Ordinário. Processo 11470420105010343**. Recorrente: Wesley da Silva de Oliveira. Recorrido: Verzani&Sandrini Ltda. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Desembargador Federal do Trabalho Mario Sergio Medeiros Pinheiro. Rio de Janeiro/RJ. Acórdão Publicado em 19/06/2012. Disponível em: <<http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24565965/recurso-ordinario-ro-11470420105010343-rj-trt-1>>. Acesso em: 13 out. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento. Processo 70052254984**. Agravante: Bolzaer Aviação Agrícola Ltda. Agravado: ElitoLangbecker. Órgão Julgador: Décima Câmara Cível. Relator: Desembargador Jorge Alberto Schreiner Pestana. Porto Alegre/RS. Acórdão publicado no Diário da Justiça em 25/01/2013. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112488399/agravo-de-instrumento-ai-70052254984-rs/inteiro-teor-112488409>>. Acesso em: 14 out. 2014.

SANTOS, Sandra Aparecida de Sá dos. **A Inversão do Ônus da Prova:** como garantia constitucional do devido processo legal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho.** 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil:** Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 52.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1.