

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

EVANDRO HENRIQUE POLI DA SILVA

**TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA
APLICADA AO PROCESSO TRABALHISTA**

MARÍLIA
2015

EVANDRO HENRIQUE POLI DA SILVA

TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA
APLICADA AO PROCESSO TRABALHISTA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, desenvolvido sob a orientação do Prof. Me. OTÁVIO AUGUSTO CUSTÓDIO DE LIMA.

MARÍLIA
2015

SILVA, Evandro Henrique Poli da.

Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova aplicada ao processo trabalhista / Evandro Henrique Poli da Silva; orientador: Otávio Augusto Custódio de Lima. Marília, São Paulo: [s.n.], 2015.

86 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2015.

1. Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova. 2. Ônus da Prova. 3. Processo do Trabalho. 4. Direito Processual Constitucional. 5. Princípios Processuais Constitucionais.

CDD: 341.688



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

Evandro Henrique Poli da Silva

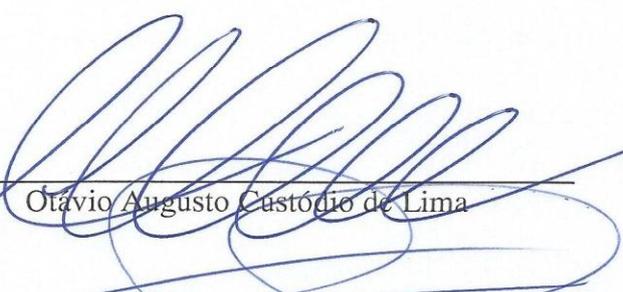
RA: 47470-3

Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônibus da Prova Aplicada ao Processo Trabalhista.

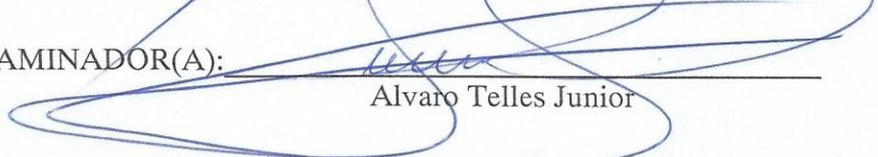
Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 10,0

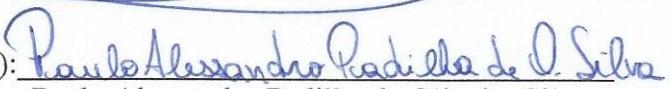
ORIENTADOR(A):


Otávio Augusto Custódio de Lima

1º EXAMINADOR(A):


Alvaro Telles Junior

2º EXAMINADOR(A):


Paulo Alessandro Padilha de Oliveira Sil

Marília, 03 de dezembro de 2015.

SILVA, Evandro Henrique Poli da. **Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova aplicada ao processo trabalhista**. 2015. 86f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2015.

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto de estudo a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e sua aplicabilidade perante o processo do trabalho. Versa, em seu capítulo principiante, a respeito da hegemonia da ordem constitucional e da contemporânea acepção do processo daí decorrente, denominada Neoprocessualismo, consoante a qual há aludido instrumento e seus múltiplos mecanismos de pautarem-se conforme os princípios e valores insculpidos na Carta Republicana, que tantos e tão complexos são que se convencionou nominar seu conjunto de Direito Processual Constitucional. Trata, em seguida, sobre determinados princípios fundamentais de natureza procedimental de maior relevância ao tema, com os quais há a regra de repartição dinâmica das cargas probatórias de estar em inteira consentaneidade, tais como os princípios do acesso à justiça e da igualdade. Aborda a atuação judicial à luz da Constituição Federal, que há de ser ativa, visando à realização dos direitos fundamentais do jurisdicionado, a fim de se cumprir com o desiderato constitucional maior de preservação da dignidade da pessoa. No segundo capítulo, a seu turno, apresenta noções gerais em relação aos institutos da prova e do ônus da prova, como seus conceitos e as dimensões do ônus probatório, para então estudar as teorias estática e dinâmica de distribuição das cargas probatórias. Ao se debruçar sobre a primeira, expõe sua definição e fundamentos, bem como se se cuida de técnica processual em conformidade com os princípios procedimentais constitucionais. Ao tratar da segunda, aborda inicialmente noções introdutórias, como sua gênese histórica e sua aplicação ante o direito comparado e o direito nacional e, logo após, examina a regra de repartição dinâmica como adotada pelo novel Código de Processo Civil, tratando a respeito de suas condicionantes, assim como sobre sua compatibilidade com os princípios processuais fundamentais. Já no terceiro capítulo, afinal, passa a ocupar-se especificamente da questão da admissibilidade da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho, discorrendo, em um primeiro momento, a respeito das peculiaridades inerentes à aludida seara. Versa, então, sobre a atribuição do encargo probatório segundo o artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho. Expõe os fundamentos conforme os quais há de ser admitida a regra de distribuição dinâmica no processo laboral, primeiramente aqueles de ordem constitucional e, então, os demais (princípios da proteção, da aptidão probatória e da pré-constituição da prova). Discorre a respeito do momento processual oportuno para sua aplicação no processo trabalhista. E, por derradeiro, analisa o meio adequado de impugnação da decisão que atribui de forma dinâmica as cargas probatórias no âmbito do processo do trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova. Ônus da Prova. Processo do Trabalho. Direito Processual Constitucional. Princípios Processuais Constitucionais.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.: Artigo

CLT: Consolidação das Leis do Trabalho

CRFB: Constituição da República Federativa do Brasil

NCPC: Novel Código de Processo Civil

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I - DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL	11
1. Supremacia Constitucional, Direitos Fundamentais e Neoprocessualismo.....	11
1.1. A supremacia das normas constitucionais	11
1.2. Considerações a propósito dos Direitos Fundamentais: noção, funções, eficácia, perspectiva prestacional e direito fundamental ao processo.....	13
1.3. Neoprocessualismo: a constitucionalização do processo	16
2. Princípios Processuais Fundamentais	18
2.1. Princípio do Devido Processo Legal	18
2.2. Princípio do Acesso à Justiça	19
2.3. Princípio da Efetividade da Tutela Jurisdicional.....	20
2.4. Princípio da Igualdade	22
2.5. Princípio do Contraditório	23
2.6. Princípio da Ampla Defesa.....	25
2.7. Princípios da Adequação e da Adaptabilidade	25
2.8. Princípios da Cooperação, da Lealdade e da Boa-fé	27
2.9. Princípio da Proporcionalidade	28
3. Atuação judicial à luz da Constituição Federal	29
CAPÍTULO II - NOÇÕES GERAIS SOBRE OS INSTITUTOS DA PROVA E DO ÔNUS DA PROVA E AS TEORIAS DE DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA E DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO	33
1. Noções gerais sobre Prova e Ônus da Prova	33
1.1. Noções gerais sobre o instituto da Prova: conceito, finalidade, valoração, objeto e princípios	33
1.2. Noções gerais sobre o instituto do Ônus da Prova: conceito, Ônus da Prova de fato negativo, dimensões, distribuição e momento oportuno para distribuição.....	35
1.2.1. Conceito de Ônus da Prova	35
1.2.2. Ônus da Prova de fato negativo	37
1.2.3. Dimensões do Ônus da Prova.....	37
1.2.4. Distribuição do Ônus da Prova e momento processual adequado.....	39
2. Teorias Estática e Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova	42
2.1. Teoria da Distribuição Estática do Ônus da Prova	42
2.2. Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova	46
2.2.1. Noções introdutórias: gênese histórica, doutrina de exceção, definição, direito comparado e direito nacional.....	46
2.2.2. Distinção entre distribuição dinâmica e inversão do Ônus da Prova	50
2.2.3. Momento de aplicação da regra de distribuição dinâmica do Ônus da Prova.....	51
2.2.4. Condicionantes da distribuição dinâmica do Ônus da Prova	53
2.2.5. Distribuição dinâmica do Ônus da Prova frente aos Princípios Processuais Fundamentais.....	55
CAPÍTULO III - APLICABILIDADE DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA AO PROCESSO DO TRABALHO	57
1. Breves noções sobre Direito Processual do Trabalho e suas peculiaridades.....	57

2. Atuação judicial no âmbito do processo laboral.....	59
3. Ônus da Prova no Direito Processual do Trabalho.....	60
4. Fundamentos para admissão da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no processo trabalhista.....	65
4.1. Fundamentos de ordem constitucional	65
4.2. Demais fundamentos	67
4.2.1. Princípio Protecionista.....	67
4.2.2. Princípio da Aptidão Probatória	69
4.2.3. Princípio da Pré-Constituição da Prova.....	71
5. Momento oportuno para aplicação da regra de distribuição dinâmica do Ônus da Prova no processo trabalhista.....	72
6. Meio de impugnação da decisão de distribuição dinâmica do Ônus da Prova no processo do trabalho..	74
CONCLUSÕES.....	77
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	81

INTRODUÇÃO

No processo do trabalho, a questão concernente ao ônus da prova e sua distribuição encontra-se disciplinada por dispositivo próprio, qual seja o artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Aludido preceito, entretanto, ao estabelecer meramente que “a prova das alegações incumbe a quem as fizer”, é tido pela doutrina majoritária como insuficiente, demasiadamente simplista, incapaz de reger a matéria no domínio do processo laboral, dada a riqueza de especificidades adjacente a este, cuidando-se, portanto, o dispositivo, de norma procedimental aberta, cuja interpretação feita de forma isolada mostra-se inapta a englobar todas as situações de direito material, ignorando, pois, os desequilíbrios e desigualdades presentes na relação trabalhista, revelando-se inadequado a cumprir com o desiderato do Direito Processual do Trabalho de efetivação do Direito Material do Trabalho.

À vista disso, a fim de produzir os efeitos esperados, o artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho vem sendo interpretado sistematicamente, levando-se em consideração as prescrições sobre atribuição das cargas probatórias positivadas no Código de Processo Civil.

No entanto, ao se aplicar subsidiariamente o diploma processual comum ao processo trabalhista, idêntica insuficiência tem sido verificada pelo operador do direito, porquanto a regra de repartição do ônus da prova atualmente prevista na referida codificação, classificada como estática, atribui os encargos probatórios aprioristicamente, segundo a posição processual das partes (autor ou réu) e a natureza dos fatos alegados (constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo), mostrando-se, assim, igualmente incapaz de abranger as numerosas particularidades do direito material que se apresentam em concreto, não raro incumbindo o jurisdicionado da Justiça do Trabalho do ônus de produzir prova a qual seja a ele impossível ou excessivamente difícil de obter, ao final culminando na sua sucumbência ainda que verdadeiro detentor do direito por ele alegado, em nítida ofensa aos princípios processuais constitucionais do acesso à justiça, da igualdade, do contraditório, da efetividade da tutela jurisdicional, enfim, do devido processo legal.

Em face desse quadro de malferimento dos direitos fundamentais da parte e, portanto, da Lei Suprema do Estado, tem a jurisprudência nacional buscado por mecanismos hábeis a revertê-lo, situando-se dentre estes a teoria da distribuição dinâmica das cargas probatórias, sobre a qual se debruça o presente estudo.

Diversamente da regra de atribuição rígida e abstrata, a técnica de repartição dinâmica, ao distribuir o ônus da prova àquela parte que goze de melhores condições para dela se desvencilhar, independente da posição processual que ostente ou da categorização do fato a ser provado, figura, a nosso ver, em um primeiro momento, como capaz de tornar o processo trabalhista rente às peculiaridades do direito material tutelado, obstando a ocorrência da *probatio diabolica* e aparentemente assegurando observância aos princípios procedimentais constitucionais.

Saliente-se que a teoria foi, inclusive, adotada pela Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015, instituidora do novel Código de Processo Civil, cabendo-nos agora examinar a compatibilidade da disposição processual comum com o âmbito judicial trabalhista.

Com o presente trabalho, pois, propomo-nos a averiguar a viabilidade da adesão pelo processo laboral da teoria da distribuição dinâmica dos encargos probatórios, tratando a respeito de sua compatibilidade com referida seara, certos aspectos de natureza procedimental a ela relacionados, bem como sobre sua consentaneidade com as premissas constitucionais que regem o processo. Para tanto, desmembra-se o trabalho em três capítulos.

O primeiro determina-se a relevar a importância das normas e valores constitucionais em nosso ordenamento jurídico, os quais vinculam todo e qualquer ato concebido sob sua égide, inclusive o processo e seus variados mecanismos (dentre eles, o ônus da prova), que tão afetados são que se passou a vislumbrar uma nova noção do aludido instrumento intitulada Neoprocessualismo, que se traduz, sinteticamente, no processo pautado conforme as premissas constitucionais, que tantas e tão complexas são que se convencionou referir ao seu conjunto como Direito Processual Constitucional.

Ocupa-se o capítulo, especialmente, dos princípios procedimentais fundamentais, tais como o do acesso à justiça e o da paridade de armas, com os quais a regra de distribuição dinâmica do encargo probatório deve estar em absoluta harmonia.

Já o segundo capítulo, por seu turno, destina-se precipuamente a examinar as teorias estática e dinâmica de atribuição das cargas probatórias.

Em um primeiro momento, cuida de noções gerais em relação aos institutos da prova e do ônus da prova. Ato contínuo, trata sobre a regra de distribuição estática, sua definição e fundamentos, bem como se se cuida de mecanismo processual em conformidade com os princípios procedimentais constitucionais. E, então, analisa a regra de repartição dinâmica do encargo probatório, apresentando noções introdutórias, a distinção que ostenta ante a técnica de inversão do ônus da prova, o momento processual oportuno para sua aplicação segundo o

novel Código de Processo Civil, seus pressupostos e, finalmente, a verificação de sua aptidão para assegurar observância aos princípios processuais fundamentais.

Por derradeiro, o terceiro capítulo propõe-se a versar a respeito da aplicabilidade da aludida regra ao processo do trabalho.

Estuda, inicialmente, as singularidades inerentes à referida seara. Após, cuida da questão da distribuição do ônus da prova consoante a disposição do artigo 818 do diploma consolidado. Trata, em seguida, a respeito dos fundamentos de admissibilidade da teoria da repartição dinâmica das cargas probatórias pelo processo laboral. Analisa, ainda, o momento oportuno para que seja aplicada nesse domínio processual. E, por fim, verifica o meio adequado de impugnação da decisão que aplica aludida regra no âmbito do processo do trabalho.

No que tange aos procedimentos metodológicos adotados para o desenvolvimento do trabalho, como método científico foi eleito o lógico-dedutivo, enquanto a técnica de pesquisa escolhida foi a bibliográfica, com exame de estudos jurídicos existentes, jurisprudência e legislação nacional e internacional pertinente, obtidos, dentre outros meios, através de livros, acórdãos de tribunais, textos publicados na internet e artigos publicados em revistas especializadas.

CAPÍTULO I - DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

Hodiernamente, tantos são os princípios e valores constitucionalizados que regem o direito processual, que se afirma constituírem-se no chamado Direito Processual Constitucional, com o qual há o processo de estar em inteira consonância, sob pena de invalidade.

Cuidando-se a técnica de distribuição dinâmica do ônus da prova de mecanismo de natureza processual, deve, pois, a fim de ser admitida sua aplicação em nosso ordenamento jurídico, também observar os princípios procedimentais fundamentais insculpidos na Lei Suprema do Estado, bem como seus valores inerentes.

Propomo-nos neste capítulo principiante a versar precipuamente a respeito de aludidos princípios, os quais representam o sustentáculo de todo o trabalho desenvolvido.

1. Supremacia Constitucional, Direitos Fundamentais e Neoprocessualismo

Debruçar-nos-emos neste primeiro tópico sobre, inicialmente, a questão da hegemonia constitucional, segundo a qual, sumamente, constitui a observância à Constituição Federal pressuposto de validade de todo e qualquer ato em nosso sistema jurídico, incluindo-se aí as regras de repartição do encargo probatório; após, serão feitas algumas considerações atinentes aos direitos fundamentais, cuja concretização se trata da missão constitucional maior, encontrando-se entre eles o processo, onde será introduzida a noção desse instrumento conforme o chamado Neoprocessualismo; e, por derradeiro, será apresentada referida noção, que se resume à “constitucionalização do processo”, à relevância dos princípios processuais fundamentais para o sistema processual, com os quais há a teoria de atribuição dinâmica do ônus da prova de estar em plena consentaneidade.

1.1. A supremacia das normas constitucionais

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, passaram a vigor no ordenamento jurídico brasileiro os princípios da unidade do ordenamento e da hegemonia da Constituição, servindo então a Magna Carta como núcleo de toda a legislação nacional, apresentando-se como norma de validade de todo o sistema, “orientando e iluminando os demais atos infraconstitucionais” (LENZA, 2013, p. 57 e 257).

A Constituição Federal é colocada no ponto central de todo o ordenamento jurídico, cuidando-se de norma jurídica superior e imperativa, que irradia sua eficácia a todos os Poderes e particulares, indistintamente, sendo dotada de elevada carga axiológica, constituindo-se seu escopo maior a concretização dos direitos fundamentais, a busca pela dignidade da pessoa humana, a garantia de condições existenciais dignas mínimas (LENZA, 2013, p. 65).

“A lei e, de modo geral, os Poderes Públicos, então, devem não só observar a forma prescrita na Constituição, mas, acima de tudo, estar em consonância com o seu espírito, o seu caráter axiológico e os seus valores destacados” (LENZA, 2013, p. 66). Sucintamente, tudo há de ser interpretado à luz da Constituição, lei suprema do Estado, cujo princípio matriz é o da dignidade da pessoa (art. 1º, III, CRFB).

Os atos normativos passam a ser submetidos a uma verdadeira filtragem constitucional e, caso não estejam de acordo com os preceitos estabelecidos pela norma ápice, são considerados despidos de qualquer validade.

Segundo Da Silva (2012, p. 47 e 49), apud Lenza (2013, p. 257), significa o princípio da supremacia das normas constitucionais que:

[...] A Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as *normas fundamentais* do Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas. Desse princípio resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a Constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas.

Tanto assim o é, que o novel Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015) assim estabelece, já em seu artigo 1º:

O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código. (*grifo nosso*)

Coaduna-se com sua exposição de motivos, cujo primeiro objetivo precípuo foi o de se “estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição

Federal” (BRASIL, 2010, p. 14); o que culminou, inclusive, na previsão expressa de princípios constitucionais de natureza processual no novel diploma.

Essa realidade é manifestação do movimento teórico de revalorização do direito constitucional surgido no início do século XXI, denominado Neoconstitucionalismo, que visa, basicamente, não apenas a limitação do poder estatal, porém também a busca pela eficácia da Constituição, a concretização dos direitos fundamentais, “deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo” (LENZA, 2013, p. 63 e 64). No sentir de Agra (2008, p. 31), apud Lenza (2013, p. 64), “o Neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para implantação de um Estado Democrático Social de Direito”.

Em suma, portanto, toda a criação, interpretação e aplicação do direito em nosso ordenamento jurídico devem estar em consentaneidade com a Constituição Federal e seus valores, com a incessante busca pela realização concreta dos direitos fundamentais por ela assegurados, dada sua força normativa, sua hegemonia perante todo o sistema.

E, assim o sendo, se se pretende a adoção da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova pelo processo do trabalho, há que se submetê-la à indispensável filtragem constitucional, a fim de que se verifique se se cuida de técnica processual consentânea com os valores da norma ápice, apta a promover a concretização dos direitos fundamentais.

1.2. Considerações a propósito dos Direitos Fundamentais: noção, funções, eficácia, perspectiva prestacional e direito fundamental ao processo

Cuidam-se os chamados direitos fundamentais, como sua própria denominação evidencia, de direitos essenciais ao cidadão, que lhe asseguram uma condição existencial digna mínima. Constituem as vertentes da chamada dignidade da pessoa humana, cuja concretização é a principal finalidade do Estado Democrático de Direito em que vivemos.

No sentir de Carpes (2008, p. 38), apud Pires (2011, p. 23 e 24):

Direitos fundamentais são aqueles que “criam os pressupostos básicos para uma vida na liberdade e na dignidade humana”. São os direitos inerentes “à própria noção dos direitos básicos da pessoa, que constituem a base jurídica da vida humana no seu atual nível de dignidade”.

Traduzem-se, pois, nas maiores aspirações humanas por dignidade, necessárias ao bem-estar social.

Apresentam-se como direitos de proteção do particular em face do Estado, ao qual não é dado invadir a esfera de direitos de liberdade daquele. Outrossim, mostram-se como norteadores de toda a atividade do poder público, o qual deverá se submeter aos princípios por eles firmados.

Os direitos fundamentais serão então determinantes dos princípios e valores que orientarão todo o ordenamento jurídico, inclusive seus intérpretes e integrantes dos poderes legislativo, executivo e judiciário. [...] Informam quais serão os valores consagrados que presidirão seja a interpretação seja a aplicação da ordem jurídica (PIRES, 2011, p. 24).

Ademais, em razão do incessante desenvolvimento social, não apenas o Estado se manteve como devedor dessa obrigação de atuar em prol da realização dos direitos e garantias fundamentais, passando também os particulares a ocupar essa posição, mormente quando detentores de considerável poder perante a sociedade, a exemplo de empresas de grande porte. Com isso, não mais se trata da eficácia dos direitos fundamentais apenas sob um aspecto vertical, mas também sob um aspecto horizontal, em que os direitos fundamentais se prestam para limitar o poder exercido por particulares frente a particulares, colocando-os em pé de igualdade (PIRES, 2011, p. 33).

A vinculação vertical tinha em mente a proteção ao cidadão como preconizada pelo Estado Liberal; já a vinculação horizontal parte do reconhecimento de que as pessoas, em suas relações particulares, também podem mostrar um grau forte de desigualdade material que deixa uma das partes à mercê da outra como ocorria com o indivíduo frente ao poder público. As relações trabalhistas bem demonstram como a desigualdade material pode influir nas relações jurídicas seja de emprego ou de trabalho. Também será um dever do Estado proteger um cidadão frente ao outro (PIRES, 2011, p. 30 e 31).

E, tamanha é a primazia dispensada aos direitos fundamentais pela ordem constitucional, que foram qualificados em nosso ordenamento jurídico como cláusulas pétreas, sendo insuscetíveis, portanto, de supressão, parcial ou total, nos termos do artigo 60, § 4º, da Constituição; ademais, trata-se de direitos de aplicabilidade imediata, conforme previsão do § 1º do artigo 5º, prescindindo-se, pois, de norma específica que os regule a fim de que produzam plenamente seus efeitos. De se ressaltar, ainda, que direitos fundamentais são não apenas aqueles valores primordiais constantes do texto constitucional, explícita ou implicitamente, porém também aqueles decorrentes de tratados e convenções

internacionais dos quais o Brasil seja signatário, a teor do que preceitua o § 2º do artigo 5º da Norma Ápice.

Sarlet (2005, p. 72), apud Pires (2011, p. 23), se manifesta nos seguintes termos a respeito do valor dos direitos fundamentais presentes na Constituição de um Estado Democrático de Direito:

No âmbito de um Estado social de Direito – e o consagrado pela nossa evolução constitucional não foge à regra – os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor da justiça material.

Não basta, portanto, somente a presença dos direitos e garantias fundamentais no plano formal, devendo-se torna-los concretos, podendo, para tanto, o cidadão exigir do Estado uma postura positiva ou negativa, que se preste ao alcance do desiderato constitucional de efetividade desses direitos básicos.

E, nesse ponto, adentramos na chamada “perspectiva prestacional” dos direitos e garantias fundamentais, tratada por Pires (2011, p. 26) da seguinte forma:

[...] Perspectiva prestacional, cujo objetivo, dentre outros, corresponde a fazer com que o poder público disponibilize os meios materiais e humanos aptos à implementação fática do exercício das liberdades e garantias fundamentais. À sociedade torna-se possível, a partir do reconhecimento dos direitos às prestações, a exigência de uma postura proativa do Estado em todas as suas esferas, inclusive no que pertine à própria implementação de procedimentos processuais e conferência de possibilidades de participação aos indivíduos nesses mesmos procedimentos de modo a conduzir à efetividade da própria prestação jurisdicional e proporcionar concomitantemente respostas adequadas aos casos concretos conflituosos levados à frente do Poder Judiciário.

Bem nota-se aí a importância conferida ao processo em um Estado Democrático de Direito, que assume, pode-se dizer, a forma de um direito fundamental, do qual emanam diversos princípios constitucionais de natureza procedimental, destinados à concretização dos direitos fundamentais substanciais, cuja soma resulta no chamado devido processo legal (art. 5º, LIV, CRFB).

Há previsão do direito ao processo inclusive na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, de seguinte teor: “Art. X – Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial para decidir

seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”. O que reforça seu caráter essencial, sua imprescindibilidade como instrumento de realização dos direitos humanos de ordem material, constituindo-se, por sua vez, em um “direito fundamental procedimental”.

A partir da idealização dos direitos fundamentais como destinados a proporcionar o bem-estar da sociedade, exprime-se como constatação lógica uma exigência no sentido de que para a efetividade dos mesmos seja imprescindível o reconhecimento da importância daquela dimensão procedimental que se afigura, portanto, como garantidora da existência de meios jurídico-processuais aptos a amparar também a própria prestação jurisdicional (PIRES, 2011, p. 29).

Essa noção do processo vem sendo denominada Neoprocessualismo, que se traduz, em síntese, no processo pautado conforme a Constituição Federal e seus valores, que não constitui um fim em si mesmo, dada sua natureza instrumental, servindo, ao revés, como meio de se conferir concretude aos direitos substanciais fundamentais; noção esta que será melhor abordada no tópico que segue.

1.3. Neoprocessualismo: a constitucionalização do processo

Estritamente ligado ao Neoconstitucionalismo se encontra o Neoprocessualismo, contemporânea fase do processo que se distancia de formalidades excessivas, de empecilhos legais que obstam o alcance da efetividade dos direitos materiais por meio da tutela jurisdicional, tendo em vista o caráter instrumental e o escopo do sistema processual. Cuida-se de uma concepção do processo sob um aspecto mais ético (e, portanto, efetivo), e menos técnico, organizado conforme os valores constitucionais, destinado a tornar concreto o objetivo maior de nossa Constituição de garantia da dignidade da pessoa, pela efetivação dos direitos fundamentais substanciais.

Na verdade serão justamente as premissas constitucionais que darão suporte ao processo de modo que há verdadeira relação de complementariedade entre o processo e a Constituição. O instrumento processual passa então a ser orientado a partir de diversas normas da Constituição Federal, tanto explícitas como implícitas, impondo-se sua estruturação para atendimento e concretização dessas normas (PIRES, 2011, p. 35).

Assim, ainda que venha a versar sobre direitos privados, torna-se inegável que o processo é eminentemente disciplinado pelo direito público, porquanto é instrumento de

realização dos valores constitucionais, de justiça, e, logo, de busca pela verdade real, de interesse do Estado e de todos. Serve como meio de se conferir concretude aos direitos fundamentais, que se encontram acima dos interesses privados em disputa (PIRES, 2011, p. 35).

E foi sob essa ótica que foi edificado o novo diploma processual, tendo como um de seus objetivos precípuos, também, o de “criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa” (BRASIL, 2010, p. 14), em evidente preocupação quanto ao cumprimento do propósito constitucional, conforme se infere de sua exposição de motivos:

Na elaboração deste Anteprojeto de Código de Processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver problemas. **Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais** (BRASIL, 2010, p. 13). *(grifo nosso)*

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito (BRASIL, 2010, p. 11).

Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo (BRASIL, 2010, p. 11).

A coerência substancial há de ser vista como objetivo fundamental, todavia, e mantida em termos absolutos, no que tange à Constituição Federal da República (BRASIL, 2010, p. 13).

Trata-se de uma forma de tornar o processo mais eficiente e efetivo, o que significa, indubitavelmente, aproximá-lo da Constituição Federal, em cujas entrelinhas se lê que **o processo deve assegurar o cumprimento da lei material** (BRASIL, 2010, p. 15). *(grifo nosso)*

E, a fim de que seja cumprida a lei material e distribuída justiça, há de ser sempre observado, pois, o arcabouço constitucional, suas normas e princípios fundamentais, os quais constituem a essência do direito processual, e que tantos são que hodiernamente já se fala até mesmo em direito constitucional processual, composto pelas várias vertentes do devido

processo legal (princípio do contraditório, da cooperação, da igualdade, do acesso à justiça, dentre outros) (PIRES, 2011, p. 35).

Destarte, todo o sistema processual deve se coadunar com os princípios processuais fundamentais, inclusive as regras de atribuição do ônus da prova, cujo manuseio desvencilhado da realidade do caso concreto, de suas específicas circunstâncias e valores envolvidos, pode ferir gravemente a Lei Suprema do Estado.

2. Princípios Processuais Fundamentais

Passamos, agora, à análise dos princípios fundamentais de natureza procedimental de maior pertinência ao trabalho, aos quais devem as regras de distribuição dos encargos probatórios estar em inteira harmonia, sob pena de invalidade, a começar pela cláusula geral do devido processo legal.

2.1. Princípio do Devido Processo Legal

Prescreve a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, inciso LIV, que: “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Devido processo legal nada mais é do que o processo ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil. É o processo justo, em que haja coerência substancial com a Norma Ápice, que cumpra o direito material prometido pelo Estado; uma tutela jurisdicional efetiva, célere, impositora de igualdade substancial entre as partes, respeitadora do acesso à justiça, do contraditório e da ampla defesa, bem assim da razoabilidade, sempre adequada às peculiaridades do caso concreto e que se desenvolva segundo a boa-fé e lealdade, em mútua cooperação entre as partes e o Estado, a fim de que se produza solução igualmente justa, razoável, equitativa.

Como se vê, trata-se de cláusula em branco, cuja interpretação varia conforme a própria evolução da sociedade. Ademais, é direito fundamental de conteúdo complexo, do qual emanam tantos outros (PIRES, 2011, p. 43 e 44).

Segundo Cambi (2001, p. 111 e 112), apud Pires (2011, p. 44), proporciona o princípio fundamental do devido processo legal:

[...] Uma configuração não apenas técnica, mas também ético-política ao processo civil, compreendendo não somente a pura ordenação de atos ligados a um procedimento qualquer, mas vinculados ao contrário a um **procedimento que assegure a participação contraditória das partes, para que possam sustentar suas razões, produzir provas e contraprovas necessárias e, assim, ter amplas oportunidades de influir na formação do convencimento do juiz para, com isso, o exercício do poder jurisdicional poder legitimar-se.** (*grifo nosso*)

Ainda, vale tratar das duas vertentes do devido processo legal, que são a formal e a material. A primeira, “representa todas as garantias processuais do nível do contraditório, ampla defesa, imparcialidade do juiz, sem presença das quais não estaria legitimado o conteúdo da decisão jurisdicional” (PIRES, 2011, p. 44). Já a segunda, “exige mais que a observância das formas processuais; exige conteúdo adequado, ou seja, um processo que leve a decisões jurídicas proporcionais, razoáveis e justas” (PIRES, 2011, p. 44 e 45).

A regra da distribuição dinâmica do encargo probatório, flexível e rente às peculiaridades do caso concreto como é, se mostra apta, acreditamos, a aproximar nosso sistema processual do princípio fundamental do devido processo legal, visto que melhor assegura paridade de armas entre os litigantes em situação de desigualdade, dando oportunidade à parte mais fraca de provar suas alegações, de influir na construção do livre convencimento do juiz da causa, promovendo verdadeiro acesso à justiça, efetiva tutela jurisdicional; o que será mais bem analisado oportunamente.

2.2. Princípio do Acesso à Justiça

Estabelece a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Assim também o novel Código de Processo Civil, em seu artigo 3º, nos seguintes termos: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”.

É a previsão legal do princípio do acesso à justiça, compreendido como direito de acesso ao Poder Judiciário, órgão máximo de solução de conflitos, tanto às suas estruturas físicas quanto à tutela jurisdicional por meio do direito de ação. Compreensão esta que não se limita ao plano formal, ou seja, à mera possibilidade de se intentar ação perante órgão detentor de jurisdição, mas que deve estar também em harmonia com as premissas constitucionais, falando-se, pois, em um acesso ao devido processo legal, ou, “à ordem jurídica justa” (PIRES, 2011, p. 37 e 38).

No sentir de Watanabe (1988, p. 135), apud Pires (2011, p. 38 e 39):

a) o direito de acesso à justiça é, fundamentalmente, direito de acesso à ordem jurídica justa; b) são dados elementares desse direito: (1) o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente a cargo de especialistas e orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do País; (2) direito de acesso à Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; (3) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; (4) direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à Justiça com tais características.

Para que as regras de distribuição do ônus da prova estejam de acordo com o princípio do acesso à justiça, portanto, não poderão de nenhuma forma obstar o acesso do cidadão ao devido processo legal, por exemplo, incumbindo à parte produzir prova que lhe seja inacessível ou extremamente árdua de se obter nas condições em que se encontra, enquanto gozadora a parte adversária de condições de trazê-la ao processo com facilidade. Nessa hipótese, de nada adiantaria conferir ao cidadão direito de ação, acesso ao Poder Judiciário, visto que na instrução probatória seria a ele provavelmente impossível de se desincumbir do ônus de provar os fatos que legitimam seu direito, o que culminaria na sua sucumbência ainda que fosse verdadeiro detentor do direito por ele alegado, e, logo, na inefetividade do direito material, restando vã a ação judiciária proposta.

2.3. Princípio da Efetividade da Tutela Jurisdicional

O princípio da efetividade encontra-se implícito no texto constitucional, seja nas cláusulas do devido processo legal e da isonomia, seja nas do contraditório e da celeridade. Tanto assim o é que o novo diploma processual cível o prevê expressamente logo em seu primeiro capítulo, tratante das normas fundamentais do processo civil, em seus artigos 4º e 6º, os quais prescrevem, respectivamente, que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a **solução integral do mérito**, incluída a atividade satisfativa”, e, “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, **decisão de mérito justa e efetiva**”. (*grifo nosso*)

Não fosse o suficiente, o previu expressamente também em diversos outros artigos, inclusive naqueles que estabelecem incumbências aos juízes do processo civil, senão vejamos:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

VI - dilatar os prazos processuais e **alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito.** (*grifo nosso*)

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e **influir eficazmente na convicção do juiz.** (*grifo nosso*)

Art. 488. Desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485 (obs.: que prescreve as causas de extinção do processo sem resolução de mérito). (*observação nossa*)

Notável a preocupação de seus idealizadores em se conferir a cada processo um aproveitamento máximo, o que se traduz em um processo que resolva integralmente o mérito, de forma justa e efetiva, em que as partes gozem de idênticas condições de influir no convencimento do juiz da causa, ainda que para isso certas regras procedimentais devam ser atenuadas, a exemplo daquelas estabelecedoras da ordem de produção de provas.

Foi este um dos cinco objetivos precípuos visados quando da criação da novel legislação processual, o de “dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado” (BRASIL, 2010, p. 14).

Processo jurisdicional efetivo é, então, processo em que se assegure a todos pleno direito ao contraditório e à ampla defesa, à paridade de armas, à duração processual razoável, enfim, é processo adequado às circunstâncias do caso concreto, às condições das partes, que realize o direito material tutelado. É o devido processo legal.

Segundo Pires (2011, p. 147), apresenta-se o direito à tutela jurisdicional efetiva como um direito de conteúdo complexo, que abrange, além de tantos outros, o “direito de acesso aos tribunais, direito à sentença fundada em direito congruente, efetividade da decisão, direito recursal”. Efetividade essa que implica, no plano processual, na necessidade de serem superadas regras incapazes de concretizar o direito substancial, que os tornem inefetivos (PIRES, 2011, p. 150), cabendo ao próprio magistrado o poder-dever de fazê-lo, de “buscar uma técnica processual apta à tutela desse mesmo direito material” (PIRES, 2011, p. 40 e 41).

No tocante às regras de atribuição do ônus probatório, hão de proporcionar ao jurisdicionado condições equânimes de convencer o juiz, fazendo valer seu direito à prova, ao contraditório e à ampla defesa, a fim de que seja apurada a verdade real e distribuída lídima

justiça, que é exatamente aquilo que o cidadão espera da tutela jurisdicional, o que a torna satisfatória, efetiva.

2.4. Princípio da Igualdade

Preceitua expressamente a Constituição Federal, no *caput* de seu artigo 5º, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Igualmente, o novo Código de Processo Civil, edificado com base nas disposições constitucionais:

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

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

Cuida-se do princípio fundamental da igualdade, da isonomia, da paridade de armas, conforme o qual, também na seara processual, deve-se garantir plena igualdade aos cidadãos, conferindo-se às partes as mesmas oportunidades em juízo, tratando-as de modo que lhes seja possível, equanimemente, influir no livre convencimento do julgador. Igualdade esta que também não se resume ao plano meramente formal, devendo-se sempre buscar sua materialização, porquanto:

[...] A igualdade jurídica absoluta não tem o condão de eliminar as desigualdades econômicas, de modo que “do primitivo conceito de igualdade, formal e negativa (a lei não deve estabelecer qualquer diferença entre os indivíduos), clamou-se pela passagem à igualdade substancial e hoje, na conceituação positiva da isonomia (iguais oportunidades para todos, a serem propiciadas pelo Estado), realça-se o conceito realista, que pugna pela igualdade proporcional, a qual significa, em síntese, tratamento igual aos substancialmente iguais” (PIRES, 2011, p. 47).

Nos dizeres de Baldini (2013, p. 104 e 105):

O princípio constitucional da igualdade se revela sob dois prismas: a igualdade formal e a igualdade material (ou substancial). A igualdade formal pode ser compreendida como a mera igualdade perante a lei, prevista no artigo 5º, *caput*, do texto constitucional, “no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de

grupos”. Já a igualdade material teria como fundamento o tratamento desigual dos sujeitos desiguais no âmbito de um determinado grupo social, considerando suas desigualdades específicas, suas especificidades sociais, buscando, assim, a igualdade com os demais sujeitos. Assim, a igualdade material necessita de uma atuação positiva, conferindo aos sujeitos desiguais, na medida de suas desigualdades, condições materiais de equivalência para com os demais sujeitos.

Na relação jurídica processual, o princípio constitucional da igualdade se revela como princípio da igualdade das partes, dirigido tanto ao legislador quanto ao juiz. Sob esse prisma, legislador e juiz devem não apenas tratar as partes de modo igualitário, sem qualquer distinção ou favorecimento (igualdade formal), mas, também, e acima disso, se utilizarem de mecanismos processuais que reduzam as diferenças substanciais entre as partes, a partir de suas desigualdades específicas – muitas vezes oriundas de aspectos extraprocessuais –, buscando o equilíbrio real entre as partes (igualdade material), sob pena de inviabilizar o próprio exercício efetivo do direito fundamental de acesso à justiça.

E, como visto, é legalmente imposta ao magistrado a incumbência de promover no caso concreto a isonomia entre os jurisdicionados, não podendo se quedar inerte diante de uma situação de disparidade entre os litigantes. Cabe-lhe ouvir e apreciar os argumentos de ambos, de maneira imparcial, e proporcionar-lhes as mesmas oportunidades de atuação processual.

No que tange à distribuição do ônus da prova, há de ser feita, assim o sendo, de modo a que sejam garantidas às partes paritárias chances de provar suas alegações, conforme as especificidades do caso concreto, a fim de que possam exercer igual influência no convencimento do juiz da causa.

2.5. Princípio do Contraditório

O princípio do contraditório encontra-se também previsto no artigo 5º da Carta da República, em seu inciso LV, nos seguintes termos: “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”. E novamente o novel diploma processual fez alusão expressa aos princípios processuais fundamentais, constando o princípio do contraditório nos artigos 7º e 369 retro transcritos, bem como nos artigos 9º, 10 e 357, §§ 1º e 3º, dentre outros.

Representa o princípio processual fundamental do contraditório, basicamente, o direito que detém o jurisdicionado de participar efetivamente do processo, tendo suas

alegações devidamente apreciadas, tendo ciência dos atos processuais, podendo sempre exercer seu poder de influência perante o órgão jurisdicional (DIDIER JR., 2014, p. 55 e 56).

Compõem-se de duas dimensões: a formal, que se traduz justamente no direito de audiência, de comunicação, de ciência; e a material, que se trata do direito ao poder de influência na construção do convencimento do juiz (DIDIER JR., 2014, p. 55).

A garantia da participação é a dimensão *formal* do princípio do contraditório. Trata-se da garantia *de ser ouvido*, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo. [...] Há, porém, ainda, a dimensão *substancial* do princípio do contraditório. Trata-se do “poder de influência”. Não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo. Apenas isso não é suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita a ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do magistrado (DIDIER JR., 2014, p. 55 e 56).

Em matéria de distribuição do ônus da prova, apresenta-se o contraditório como de suma importância, tanto sob sua dimensão formal, quanto sob sua dimensão substancial.

Na primeira, pelo fato de que, na hipótese de ser atribuído o encargo probatório de maneira distinta da regra geral, torna-se imprescindível sejam científicas a respeito as partes, à guisa de serem evitadas surpresas quando da prolação da decisão jurisdicional, ou seja, para que a parte não sucumba no litígio por não ter tido em momento oportuno conhecimento dos fatos que deveria provar.

E, na segunda, visto que caso o ônus probatório seja distribuído de maneira indevida, tornando impraticável a prova dos fatos alegados pelo jurisdicionado, estar-se-ia suprimindo seu direito à prova e, portanto, seu poder de influência na formação do livre convencimento.

De acordo com Yarshell (2009, p. 137), apud Pires (2011, p. 49):

Hoje a garantia constitucional do contraditório dá conformidade ao direito à prova, assegurando: i) a admissão e produção dos meios de prova, típicos ou atípicos, desde que moralmente legítimos, pertinentes e relevantes; ii) **a proibição das limitações probatórias que imponham obstáculos que tornem praticamente impossível ou restrinjam de modo não razoável a prova dos fatos controvertidos**; iii) o direito à prova contrária; iv) a tutela contra o perigo de surpresas; v) o direito à valoração da prova produzida. *(grifo nosso)*

Portanto, toda regra de atribuição do ônus probatório que cause surpresas processuais ou que impeça o exercício do poder de influência pelo jurisdicionado, ao restringir seu direito

à prova, colide frontalmente com o princípio fundamental do contraditório, o que lhe torna incapaz de conferir efetividade ao direito material tutelado.

2.6. Princípio da Ampla Defesa

No mesmo dispositivo constitucional do contraditório, anteriormente transcrito, se situa o princípio fundamental da ampla defesa, relevante ao presente trabalho na medida em que será proibido se imponha à parte o ônus de produzir prova diabólica, ou seja, impossível a ela de ser obtida.

Confunde-se, pois, com a vertente substancial do contraditório, que assegura ao jurisdicionado direito ao poder de influência no convencimento judicial e, portanto, direito à prova, que seria violado caso se lhe incumbisse de produzir prova impraticável.

Atualmente, tendo em vista o desenvolvimento da dimensão substancial do princípio do contraditório, pode-se dizer que eles se fundiram, formando uma amálgama de um único direito fundamental. A ampla defesa corresponde ao aspecto substancial do princípio do contraditório (DIDIER JR., 2014, p. 60).

2.7. Princípios da Adequação e da Adaptabilidade

Derivam os princípios em questão da premissa constitucional do devido processo legal, fazendo-se presentes em diversos dispositivos do novel Código de Processo Civil, a exemplo dos seguintes:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, **adequando-os às necessidades do conflito** de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito. (*grifo nosso*)

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes **estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa** e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. (*grifo nosso*)

Para Didier Jr. (2014, p. 85):

Procede-se à adequação do processo ao seu objeto tanto no plano legislativo, abstrato, com a construção de procedimentos compatíveis com as necessidades do direito material, como também no plano do caso concreto, processual, conferindo-se ao órgão jurisdicional o poder de adequar o procedimento às exigências da causa.

Trata-se o princípio da adequação, então, do princípio fundamental conforme o qual há o procedimento processual previsto em lei, em abstrato, de estar em inteira consonância com as necessidades do direito substancial por ele tutelado, de modo que este venha a ser efetivado em concreto. Enquanto o princípio da adaptabilidade, por sua vez, se cuida do princípio fundamental segundo o qual deve o órgão julgador adaptar o procedimento concebido em abstrato às peculiaridades do caso concreto, afastando a incidência de normas processuais que criem embaraços à efetivação dos direitos materiais e, portanto, dos direitos fundamentais.

Destina-se o primeiro ao legislador, enquanto o segundo ao juiz, ambos encarregados de aproximar o máximo possível o direito processual do direito substancial.

No sentir de Pires (2011, p. 51):

Na visão tradicional este princípio dirige-se ao legislador, mas aqui interessa-nos sua visão sob a vertente da adequação jurisdicional do processo, que também é chamado princípio da adaptabilidade do processo, que se traduz no dever do magistrado de, ao se deparar no caso concreto com uma regra inadequada, proceder a sua correção para aplicação e prestação efetiva e justa da tutela jurisdicional.

No que concerne às regras de atribuição do ônus probatório, verifica-se, destarte, que devem ser positivadas de acordo com as especificidades do direito material que se prestem a tutelar, levando-se em conta os sujeitos, valores e escopos envolvidos, e, caso a distribuição segundo referida regra crie óbices ao exercício de direitos fundamentais do jurisdicionado, tais como o contraditório substancial e a paridade de armas, há o magistrado de agir ativamente no processo de modo a corrigi-la, adaptá-la às necessidades do caso concreto, a fim de assegurar observância ao devido processo legal.

2.8. Princípios da Cooperação, da Lealdade e da Boa-fé

Extraem-se os princípios da cooperação, da lealdade e da boa-fé do artigo 3º, inciso I, da Carta Republicana, o qual preceitua constituir objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Princípios fundamentais estes que, assim como todos os outros já expostos, também dominam o processo civil, senão vejamos certas disposições do novo diploma procedimental que os preveem:

Art. 5.º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Art. 6.º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

I - **expor os fatos em juízo conforme a verdade.** (*grifo nosso*)

Art. 79. **Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé** como autor, réu ou interveniente. (*grifo nosso*)

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

II - alterar a verdade dos fatos.

Art. 81. De ofício ou a requerimento, **o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa**, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, **a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.** (*grifo nosso*)

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

III - **prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça** e indeferir postulações meramente protelatórias. (*grifo nosso*)

Art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

Evidente, ante as disposições transcritas, a importância dada à boa-fé, à lealdade e à cooperação no processo, que deverão regê-lo a todo instante, obrigando os sujeitos processuais a colaborar mutuamente no bom deslinde da causa, na apuração da verdade real,

de forma a ser proferida decisão de mérito equitativa, justa. E, para todo aquele que infringir esses deveres, seja falseando a verdade, seja protelando a marcha processual, deverão ser aplicadas pelo magistrado as diversas sanções cominadas, de modo a ser restabelecida a ordem no processo.

Para Pires (2011, p. 108), revelam estes princípios “a obrigação que tem as partes de atuar no processo com lealdade, probidade e boa-fé, colaborando, inclusive para revelar a verdade dos fatos e cooperar com o órgão jurisdicional na busca de uma sentença justa”.

Em relação à repartição do encargo probatório, a fim de que se harmonize com os princípios da cooperação, lealdade e boa-fé, deverá ser feita proporcionando às partes a menor onerosidade possível, ao se incumbir de produzir a prova aquele que goze de melhores condições para fazê-lo, o qual, assim, estará cooperando com os demais sujeitos do processo no bom desenrolar da lide, no descobrimento da verdade dos fatos, de forma leal, com boa-fé, sem promover falsificações e protelações, sob pena de sofrer as penalidades previstas em lei.

2.9. Princípio da Proporcionalidade

Decorrente do princípio fundamental do devido processo legal é também o da proporcionalidade, ou razoabilidade, que se mostra relevante ao trabalho como instrumento de ponderação sobre a prevalência de um direito fundamental sobre outro em caso de colisão.

O princípio da *proporcionalidade* ou da *razoabilidade*, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom-senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico. Trata-se de princípio extremamente importante, especialmente na situação de colisão entre valores constitucionalizados (LENZA, 2013, p. 162).

Em sua aplicação, devem ser observados três elementos: a) necessidade, ou exigibilidade, segundo a qual “a adoção da medida que possa restringir direitos só se legitima se indispensável para o caso concreto e não se puder substituí-la por outra menos gravosa”; b) adequação, ou pertinência, que significa que “o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido”; e, c) proporcionalidade em sentido estrito, pela qual “sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalizados” (LENZA, 2013, p. 162).

No novel Código de Processo Civil há alusão expressa ao princípio fundamental da razoabilidade, em seu artigo 8º, cujo teor é o seguinte:

Art. 8.º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

No que tange à matéria de distribuição do ônus da prova, em se deparando o juiz com regra que no caso concreto crie embaraço ao exercício de direitos fundamentais pelo jurisdicionado, poderá afastá-la utilizando-se do expediente do princípio da proporcionalidade (PIRES, 2011, p. 43).

3. Atuação judicial à luz da Constituição Federal

Como visto, a Constituição da República Federativa do Brasil, suas normas, princípios e valores, vinculam todo o nosso ordenamento jurídico, inclusive no que concerne ao sistema processual. Toda a criação, interpretação e aplicação do direito hão de estar em plena conformidade com as normas constitucionais, as quais objetivam realizar concretamente os direitos fundamentais por elas resguardados, assegurando-se ao cidadão condições existenciais dignas mínimas. E, em se tratando da atividade jurisdicional, a situação não muda.

Tem o juiz o dever de atuar com vistas ao cumprimento do desiderato constitucional maior de preservação da dignidade da pessoa. No exercício de suas atribuições, deve adotar todas as medidas necessárias a fim de que sejam respeitados, efetivados os direitos fundamentais do jurisdicionado (à igualdade e contraditório substanciais, ao acesso à justiça justa, à tutela jurisdicional efetiva, enfim, ao devido processo).

Ao se deparar com uma regra procedimental inadequada às peculiaridades do caso concreto, que acabe por criar embaraços, por exemplo, ao direito ao poder de influência da parte na construção de seu livre convencimento, deve proceder à sua correção, à sua adaptação, tornando-a rente à realidade dos fatos.

Segundo Marinoni (2004, p. 244), apud Pires (2011, p. 27):

Há que entender que o cidadão não tem simples direito à técnica processual evidenciada na lei, mas sim **direito a um comportamento judicial que seja capaz de conformar a regra processual com as necessidades do direito**

material e dos casos concretos. É óbvio que não se pretende dizer que o juiz deve pensar o processo civil segundo seus próprios critérios. O que se deseja evidenciar é que **o juiz tem o dever de interpretar a legislação processual à luz dos valores da Constituição Federal.** Como esse dever gera o de pensar o procedimento em conformidade com as necessidades do direito material e da realidade social, é imprescindível ao juiz compreender as tutelas devidas ao direito material e perceber as diversas necessidades da vida das pessoas. (*grifo nosso*)

Para que possa cumprir satisfatoriamente seu mister, portanto, há o magistrado de estar sempre atento aos fatos sociais que o circundam, deve encontrar-se sempre inserido na realidade social, vivenciando-a, compreendendo-a sob todos os aspectos relevantes ao bom desempenho de suas funções.

Nesse sentido foi erigido o novel Código de Processo Civil, cujo segundo escopo precípua foi o de “criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa” (BRASIL, 2010, p. 14). Seu artigo 8º, situado no capítulo tratante das normas fundamentais do processo civil, bem como seu artigo 375, disposto na seção de disposições gerais relacionadas ao instituto da prova, assim prescrevem:

Art. 8.º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

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

Há, assim, verdadeira “subordinação do procedimento à necessidade do direito material, caminhando para um conceito de justa jurisdição, de jurisdição como estrita função de tutela de direitos materiais”, sendo que, “para esse fim, incrementam-se os poderes diretivos e instrutórios do juiz” (PIRES, 2011, p. 132).

No que atina à distribuição do ônus probatório, cabe ao magistrado fazê-lo de forma a garantir às partes iguais oportunidades de convencê-lo, resguardando-se-lhes a paridade de armas, a ampla defesa, o efetivo acesso à justiça. Na hipótese de uma regra de atribuição do ônus da prova incumbir a parte de produzir prova que lhe seja por demais onerosa ou até mesmo inacessível (a exemplo das relações de emprego, em que a ampla maioria dos documentos relacionados à prestação do serviço se encontram nas mãos do empregador, parte contrária na relação processual), para que seus direitos fundamentais não sejam violados e, portanto, malferida a Carta Republicana, deverá portar-se ativamente, afastando-a com

respaldo nos próprios princípios processuais fundamentais e nos valores constitucionalizados, distribuindo então o encargo probatório à parte que detenha melhor aptidão para proceder com a prova do fato.

Ademais, em casos tais, poderia ser tomada pelo juiz, ainda, outra providência, qual seja a de promover a produção da prova necessária à instrução da causa por conta própria, utilizando-se de seus poderes instrutórios legalmente conferidos.

A propósito, o posicionamento de Dinamarco (1993, p. 252, apud PIRES, 2011, p. 60) sobre a matéria, para o qual:

[...] as regras de distribuição do ônus da prova não devem ser interpretadas como limitadores dos poderes instrutórios do juiz, que deve ter atuação ativa no âmbito da instrução processual, com o fim de corrigir eventuais desequilíbrios na produção probatória e chegar a uma decisão mais justa e equânime.

Outrossim, de acordo com Pires (2011, p. 74 e 75):

Classicamente predominava em matéria de prova o princípio dispositivo, restringindo-se os poderes do juiz na condução do processo. Sob este prisma a iniciativa do magistrado era apenas suplementar, mas atualmente **embora o encargo da prova caiba às partes, o interesse na produção das prova é público**, ou seja, o Estado na figura do juiz tem interesse, para formação de seu convencimento, que seja produzido o mais amplo espectro de provas sobre os fatos deduzidos nos autos. Pode, inclusive, com observância das garantias constitucionais do processo, determinar provas de ofício. Isto como natural decorrência do reconhecimento do processo como tendo uma natureza pública, não se confundindo com os interesses materiais privados que ali estejam sendo discutidos. (*grifo nosso*)

Para Baldini (2013, p. 107), por sua vez:

No âmbito do Direito Processual moderno, o juiz não pode mais ser reconhecido como mero espectador do debate envolvendo os litigantes. Pelo contrário. Deve participar diretamente da relação jurídica processual, inclusive determinando a produção de provas, caso verifique a insuficiência do material probatório existente para o julgamento.

Diante da imposição constitucional de que o Estado deve proporcionar aos jurisdicionados um processo justo, equo, sendo o direito de acesso à ordem jurídica justa erigido à natureza constitucional, o magistrado deve se valer de todos os instrumentos processuais postos a seu dispor para alcançar tal escopo.

Evidenciando o magistrado, destarte, a hipossuficiência processual inerente a uma das partes, que a impeça de provar suas alegações, poderá agir de maneira proativa, tomando a dianteira na instrução do feito (por exemplo, ao determinar de ofício à parte que exiba documento ou coisa que se encontre em seu poder, nos termos do artigo 396 e seguintes do novo diploma processual), porquanto interessa ao Estado o descobrimento da verdade real, por ser através dela que se faz autêntica justiça, o que se sobrepõe aos interesses privatistas envolvidos no litígio. Ressaltando-se que não há que se cogitar de imparcialidade do órgão julgador nessa hipótese, pois estaria tão somente cumprindo com seu dever constitucionalmente imposto, ao instaurar igualdade substancial entre partes substancialmente desiguais.

No sentir de Wambier (2005, p. 40):

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

A fim de preservar os direitos fundamentais do jurisdicionado, portanto, pode o juiz tanto atribuir o ônus da prova àquela parte que goze de melhor aptidão para se desincumbir do encargo, como também pode atuar ativamente na demonstração do fato, desde que observe os princípios processuais fundamentais, a exemplo do contraditório.

CAPÍTULO II – NOÇÕES GERAIS SOBRE OS INSTITUTOS DA PROVA E DO ÔNUS DA PROVA E AS TEORIAS DE DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA E DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO

Tratado a respeito da impreterível observância dos princípios processuais fundamentais pelo processo e, portanto, pela teoria da repartição dinâmica das cargas probatórias, passamos agora a abordar, primeiramente, noções gerais em relação aos institutos da prova e do ônus da prova, tais como seus conceitos e as dimensões do ônus probatório, a fim de adentrarmos, então, na questão das teorias de distribuição dos encargos probatórios, onde, em um primeiro momento, analisaremos a teoria de repartição estática do ônus da prova, sua definição e fundamentos, bem como se se cuida de técnica processual em conformidade com os princípios procedimentais constitucionais, e depois nos debruçaremos, enfim, sobre a teoria de distribuição dinâmica das cargas probatórias, apresentando suas noções introdutórias, a distinção havida entre as técnicas de repartição dinâmica e de inversão, o momento processual de sua aplicação, seus pressupostos e, por derradeiro, a verificação de sua aptidão para assegurar observância aos princípios processuais fundamentais.

1. Noções gerais sobre Prova e Ônus da Prova

1.1. Noções gerais sobre o instituto da Prova: conceito, finalidade, valoração, objeto e princípios

Prova, no senso comum, traduz-se em verificação, demonstração, exame. O ato de provar, por conseguinte, é a demonstração levada a efeito no intuito de se convencer alguém sobre determinado fato. Em âmbito judicial, é convencer o julgador a respeito dos fatos alegados.

No sentido jurídico, diversas acepções podem ser atribuídas ao instituto, seja como resultado da instrução processual, ou seja, como o conjunto probatório sobre o qual alicerçará o magistrado seu convencimento, ou como fonte de prova, de onde emanam as demonstrações pretendidas pelos jurisdicionados, ou, ainda, como meio de se obter essas demonstrações e submetê-las ao crivo judicial.

“Como conceito jurídico geral, *prova* é definida como ‘o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo’” (BALDINI, 2013, p. 29).

Cuida-se de instituto de vital importância, erigido ao patamar de direito fundamental, por integrar o princípio constitucional do contraditório em seu prisma substancial, visto que sem o exercício do direito à prova não há como se exercer, conseqüentemente, o direito ao poder de influência na construção do convencimento do juiz da causa.

Segundo Martins (2013, p. 326), utilizando-se das palavras do eminente jurista italiano Carnelutti, constitui a prova “o coração do processo”, e com plena propriedade, porquanto sem prova não há que se falar em direito, pois fato não provado é fato inexistente.

No que tange à sua finalidade e valoração, destina-se a prova à formação do convencimento do julgador quanto aos fatos alegados em juízo, o qual lhe dará o valor que reputar merecido, considerada juntamente às demais provas produzidas, cabendo-lhe, entretanto, fundamentar sua decisão, em observância ao princípio da persuasão racional, ou do livre convencimento motivado, que se trata do sistema de valoração de provas vigente em nosso ordenamento jurídico.

Nem todo fato, todavia, será objeto de prova, prescindindo-se de demonstração aqueles considerados notórios, os admitidos no processo como incontrovertidos, afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, bem como aqueles em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade (art. 374 do Código de Processo Civil). Deverão ser provados, destarte, apenas aqueles reputados relevantes e controvertidos.

Ademais, não será objeto de prova o direito, por ser de conhecimento obrigatório do magistrado (*jura novit curia*), salvo em se tratando de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário (art. 376 do Código de Processo Civil), bem como no que atina às normas coletivas e regulamento interno das empresas, dos quais deverá a parte que os alegar fazer prova de seu teor e vigência.

Afinal, em se tratando dos princípios que informam o instituto da prova, no sentir de Martins (2013, p. 324) são basicamente doze, quais sejam: necessidade, obrigatoriedade, contraditório, unidade, comunhão, lealdade, legalidade, igualdade da oportunidade, oportunidade, disponibilidade, imediação e aptidão.

A partir dos mencionados princípios, infere-se ser inadmitida no processo a produção de prova que se mostre desnecessária, dada sua inutilidade ou seu intuito meramente protelatório, cabendo ao julgador indeferi-la (art. 370, parágrafo único, do Código de Processo Civil). Extraí-se, ainda, não bastar à parte fazer meras alegações, sendo legalmente

incumbida do ônus de demonstrar a veracidade dos fatos por ela esposados, vez que *quod non est in actis, non est in mundo* (aquilo que não consta do processo não existe no mundo jurídico), bem como por conta do interesse estatal na busca pela verdade real.

Tem-se, outrossim, que a toda prova apresentada em juízo, corresponderá o efetivo exercício do direito ao contraditório pela parte contrária, que poderá inclusive utilizá-la em seu benefício, tal como qualquer outra que integre o arcabouço probatório, que há de ser apreciado como unidade, sem isolamentos (art. 371 do Código de Processo Civil).

Há, também, de ser obtida a prova com lealdade e nos termos da legislação vigente, inadmitindo-se no processo aquela feita mediante meios ilícitos (art. 5º, LVI, da Constituição Federal).

Bem como, a todos deve ser assegurado o direito de produzir provas em juízo, em paridade de condições e no momento oportuno fixado em lei, imediatamente ao juiz da causa.

E, por derradeiro, pelo princípio da aptidão, conclui-se que há o ônus de provar de ser atribuído àquela parte que melhor gozar de condições de fazê-lo, independente de sua posição processual, por dispor de privilegiado acesso à prova ou por ser esta inacessível à parte contrária.

1.2. Noções gerais sobre o instituto do Ônus da Prova: conceito, Ônus da Prova de fato negativo, dimensões, distribuição e momento oportuno para distribuição

1.2.1. Conceito de Ônus da Prova

A fim de se conceituar o instituto do ônus da prova, cabe-nos, antes, compreender a distinção entre ônus, obrigação e dever em uma relação jurídica processual.

No que concerne ao ônus, temos que aquele que o detém, embora tenha interesse em dele se desvencilhar satisfatoriamente, goza da opção entre cumpri-lo ou não, vez que seu não cumprimento não constituirá ilícito, não lhe acarretará sanção ou pena, senão apenas as consequências jurídico-processuais decorrentes de sua omissão, como, por exemplo, a possível sucumbência no litígio da parte a quem cabia o ônus da prova de determinado fato e não o satisfaz, ou, ainda, a possível aplicação dos efeitos da revelia àquele a quem competia o ônus de contestar e deixou de fazê-lo. Portanto, no ônus, o onerado assume posição ativa na

relação, pois seu cumprimento é de seu interesse próprio e direto, não podendo a parte contrária exigir sua satisfação (BALDINI, 2013, p. 32, 33, 34 e 35).

Já na obrigação e no dever, por sua vez, o obrigado ou devedor encontra-se em posição passiva, sujeitando-se ao interesse da parte adversa, a qual assiste o direito de exigir o cumprimento da obrigação ou dever, porquanto sua inobservância constitui ilícito, suscetível à aplicação de sanção ou pena. Na obrigação e no dever, pois, não goza o obrigado ou devedor da liberdade de escolha entre cumpri-lo ou não. Entre si, diferenciam-se no tocante à titularidade do interesse em sua satisfação, cuidando a obrigação de interesse daquele que possui o direito subjetivo respectivo, enquanto o dever de interesse até mesmo de toda a coletividade (BALDINI, 2013, p. 32, 33, 34 e 35).

Como exemplo de obrigação processual, temos a do executado por quantia certa em processo civil de pagar o montante devido quando intimado para tanto, o qual, caso não o faça, se sujeita à multa legal cominada, e à execução forçada mediante requerimento do exequente. Como exemplo de dever processual, temos o das partes de expor os fatos em juízo conforme a verdade, que, caso descumprido, sujeita seu infrator às sanções legais pela litigância de má-fé, de ofício pelo juiz da causa ou mediante requerimento da parte adversária.

Em resumo: no ônus, o sujeito pode ou não adotar a conduta descrita na norma, tendo liberdade para tanto, o que não ocorre na obrigação e no dever; o não cumprimento de um ônus não se configura como ilícito, nem acarreta sanção, ao contrário do descumprimento de uma obrigação ou de um dever; o ônus regula interesse do próprio onerado, enquanto que a obrigação regula interesse do titular do direito subjetivo correspondente, e o dever pode se referir ao interesse de toda a coletividade; no ônus, o onerado tem uma posição ativa, podendo ou não agir em seu próprio interesse, assumindo os riscos da sua inércia, enquanto que na obrigação e no dever o obrigado ou devedor encontra-se em posição passiva, devendo se sujeitar ao cumprimento da obrigação ou do dever, caso exigido pela parte a qual interessa (BALDINI, 2013, p. 35).

Ônus da prova, dessarte, pode ser conceituado como o encargo, o fardo, a incumbência que detém a parte na relação jurídica processual em produzir prova que corrobore os fatos por ela alegados, em seu próprio e direto interesse, não se sujeitando a qualquer penalidade legal na hipótese de descumprimento, porém tão somente a pronunciamento judicial possivelmente desfavorável.

1.2.2. Ônus da Prova de fato negativo

Pode-se compreender o ônus da prova de fato negativo como o encargo detido pela parte processual de provar um não-fato mediante prova de um fato positivo que lhe seja incompatível. Por exemplo, alega o réu que não esteve nas dependências da empresa em que labora às 10h do dia 05 de junho de 2013 (não-fato, fato negativo), porque das 07h às 12h desse mesmo dia estivera sendo atendido em um consultório médico (fato positivo). Nessa hipótese, goza o réu de aptidão para provar a não-ocorrência do fato de que esteve nas dependências da empresa, porquanto pode provar que esteve no consultório médico naquele tempo, então, dependendo das circunstâncias do caso concreto, poderá o magistrado decidir por incumbi-lo da produção da prova desse fato negativo, que deverá ser feita por ele mediante prova do fato positivo incompatível por ele alegado, surgindo aí, nesse exemplo, o ônus da prova de fato negativo.

A hipótese relatada retrata uma negativa relativa, “uma afirmação de um não-fato, definida no tempo e/ou no espaço, justificada pela ocorrência de um fato positivo” (DIDIER JR., 2014, p. 88), a qual, conforme visto, é suscetível de prova.

Distingue-se da negativa relativa a negativa absoluta, que, por seu turno, se trata da “afirmação pura de um não-fato, indefinida no tempo e/ou no espaço (ex.: jamais usou um ‘biquíni de lacinho’)” (DIDIER JR., 2014, p. 88), a qual é, na maior parte dos casos, insuscetível de prova, justamente por ser indeterminada, indefinida no tempo e/ou no espaço.

Excetuam-se apenas os casos em que obtida a prova da negativa absoluta mediante confissão em depoimento pessoal, bem como na hipótese de existirem órgãos centralizadores de dados, informações e registros aptos a atestá-la, tais como SPC e SERASA (os quais podem fornecer prova de que certa pessoa nunca foi inadimplente) ou o BACEN (que pode atestar que determinado sujeito não possui nenhuma conta bancária) (DIDIER JR., 2014, p. 89).

1.2.3. Dimensões do Ônus da Prova

Apresenta o instituto do ônus da prova duas dimensões, a saber: a subjetiva e a objetiva.

O ônus da prova subjetivo tem por destinatário as partes processuais, servindo-lhes como orientador da atividade probatória ao indicar-lhes a quem competirá a produção da

prova de cada fato. Manifesta-se em dispositivos legais reguladores da distribuição do encargo probatório, tal como o artigo 373 do novel Código de Processo Civil. Atua, pois, como organizador da atividade das partes em sede de instrução probatória (PIRES, 2011, p. 69).

O ônus da prova objetivo, por seu turno, dirige-se ao juiz da causa, ministrando-lhe uma regra de julgamento a ser aplicada quando colocado diante de uma situação de dúvida ou incerteza em relação aos fatos constantes dos autos: caso determinado fato não seja provado, deverá verificar a quem competia o ônus de fazê-lo e julgar em seu desfavor, conforme o caso. Revela-se a dimensão objetiva, portanto, na hipótese de existirem falhas, lacunas no arcabouço probatório, decorrentes de omissão das partes na produção da prova que lhes competia, porquanto não é dado ao magistrado deixar de julgar em razão de dúvida, ante a vedação do *non liquet* (art. 140 do novel Código de Processo Civil), por conta da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), bem como porque em casos tais não lhe é permitido julgar segundo seu mero arbítrio, porém conforme um parâmetro racional (PIRES, 2011, p. 70 e 71).

Assim, o ônus da prova em sentido subjetivo exerce a função de organizar a conduta das partes quanto à produção da prova dos fatos alegados, indicando aquilo que cada parte deverá provar, enquanto o ônus da prova em sentido objetivo proporciona meios objetivos para que o juiz decida a demanda em casos de insuficiência ou inexistência de prova das alegações, diante da vedação legal de emissão do *non liquet*, prevista no artigo 126 do Código de Processo Civil, evitando-se o mero arbítrio. O ônus da prova em sentido objetivo, portanto, determina prévia e abstratamente quem deve suportar os riscos da ausência ou insuficiência de provas (BALDINI, 2013, p. 42 e 43).

A dimensão objetiva do ônus da prova apresenta-se, pois, como fruto de uma deficiência em sua dimensão subjetiva: previamente à fase de instrução probatória devem as partes ser advertidas dos ônus probatórios que detêm, que lhes foram distribuídos, a fim de que possam cumpri-los; caso por algum motivo não satisfaçam os ônus do qual foram incumbidas, deixando de produzir as respectivas provas, o conjunto probatório sobre o qual o magistrado alicerçará seu julgamento ao final restará lacunoso, incompleto; porém, ainda assim será obrigado a proferir seu julgamento, por ser inafastável a jurisdição, caso em que deverá se socorrer de regra de julgamento objetiva, previamente estabelecida, não podendo decidir segundo seu simples arbítrio; deverá, então, julgar em desfavor daquele que não cumpriu com seus ônus probatórios.

Notável, como se vê, a importância da questão das dimensões do ônus da prova, mormente do ônus da prova subjetivo, vez que somente se haverá que falar em ônus objetivo em concreto caso o resultado do ônus subjetivo venha a ser falho. Ademais, porque o que se espera como um dos resultados do processo, ordenado, disciplinado e interpretado segundo as premissas constitucionais, é uma decisão pautada em provas efetivamente produzidas, em quadro probatório completo, que reproduza com fidelidade a realidade do caso concreto, e não uma decisão prolatada segundo regras de julgamento formais e abstratas, alheias à verdade dos fatos. “Em outras palavras: uma decisão obtida a partir da aplicação das regras de julgamento não é tão justa quanto uma proferida com base em provas efetivamente produzidas nos autos” (BALDINI, 2013, p. 45).

Logo, há de ser valorizada a dimensão subjetiva do ônus da prova, organizando-se corretamente a conduta probatória das partes na fase instrutória, de modo a se obter conjunto probatório suficiente e, conseqüentemente, se diminuir a chance de incidência da regra de julgamento, proferindo-se decisão rente à realidade dos fatos e, portanto, mais justa, que se coadune com o postulado do devido processo legal, que torne efetivo o direito material tutelado (BALDINI, 2013, p. 45 e 46).

Cuida-se de questão que deve ser levada em consideração quando se está a pensar na adoção de regra que permita a distribuição dos encargos probatórios de forma dinâmica, conforme as circunstâncias do caso concreto. Aludida regra não poderá tornar a atribuição do ônus da prova confuso, dúbio para as partes processuais, devendo ser-lhes clara e precisa, feita no momento oportuno para que possam desincumbir-se de seus ônus satisfatoriamente, de modo a não ser prejudicada a instrução probatória e não serem infringidos direitos fundamentais do jurisdicionado.

1.2.4. Distribuição do Ônus da Prova e momento processual adequado

Distribuir o ônus da prova nada mais é do que atribuí-lo a uma das partes processuais, incumbindo-a do encargo de produzir prova sobre determinada alegação de fato, sob pena de, em não o fazendo, sujeitar-se a pronunciamento judicial possivelmente desfavorável aos seus interesses.

Também de considerável importância para o presente trabalho é a matéria relacionada ao momento processual oportuno para aplicação das regras de distribuição do

ônus probatório, que se encontra intrinsecamente ligada à questão das dimensões do ônus da prova.

A matéria é dissonante na doutrina, sendo travada a discussão quando se está diante de hipóteses de inversão do ônus da prova, havendo aqueles que entendem tratar-se as regras de atribuição do ônus probatório de regras de procedimento (NUNES, 2007, p. 155), a serem aplicadas previamente à fase instrutória, com o fim de nortear a atividade probatória das partes, cientificando-as dos fatos pendentes de comprovação e a quem incumbirá o ônus de prová-los (valorização da dimensão subjetiva do ônus da prova); enquanto, por outro lado, há outros que as consideram regras de julgamento (NERY JUNIOR, 2002, p. 696), a serem aplicadas pelo julgador apenas quando da prolação da decisão, resolvendo qual das partes irá sucumbir no litígio por não haver se desincumbido satisfatoriamente do ônus probatório que lhe competia (valorização da dimensão objetiva do ônus da prova).

Em linhas gerais, para os primeiros, a distribuição do ônus da prova anteriormente à instrução probatória confere maior segurança às partes, prevenindo a ocorrência de surpresas ou inconvenientes processuais, na medida em que terão certeza dos fatos sobre os quais deverão produzir prova, gozando da oportunidade de fazê-lo durante a fase processual seguinte; para os segundos, ao revés, a atribuição do ônus probatório somente poderia ser feita por ocasião do julgamento da causa, visto que caso o magistrado a fizesse previamente, estaria realizando um pré-julgamento, o que motivaria suspeição de sua imparcialidade.

Entendemos, todavia, que em qualquer situação, e não somente em caso de inversão, há o ônus probatório de ser explicitado claramente às partes anteriormente ao início da instrução processual, orientando-as adequadamente para o desempenho de uma eficaz atividade probatória, não havendo que se cogitar de suspeição de imparcialidade do julgador, levando-se em consideração a contemporânea visão que paira sobre sua atuação, que há de ser ativa, bem como com base nos princípios fundamentais da cooperação entre os sujeitos processuais, do contraditório, da efetividade da tutela jurisdicional, enfim, do devido processo legal.

Já que é dever do magistrado definir previamente à fase instrutória os fatos pendentes de prova, que já defina concomitantemente a quem incumbirá o ônus de produzi-la (em observância ao princípio fundamental da cooperação entre os sujeitos processuais), de modo a serem evitadas surpresas processuais quando da prolação da sentença – porquanto assim saberão as partes com antecedência e certeza quem sofrerá pronunciamento judicial desfavorável na hipótese de descumprimento do ônus probatório (em respeito ao princípio do contraditório) – e para se assegurar ao máximo possível um arcabouço probatório completo

como resultado da instrução processual, o qual reproduza fielmente a realidade dos fatos, para que ao final sirva de base para ser proferida decisão equânime, rente às peculiaridades do caso concreto (realizando o princípio fundamental da efetividade da tutela jurisdicional). E então, apenas no caso de o conjunto probatório ainda assim restar insuficiente, deverá o magistrado utilizar-se da regra objetiva de julgamento, julgando em desfavor da parte que não se desincumbiu satisfatoriamente de seu ônus.

Acreditamos que dessa forma seriam mais bem observados os princípios processuais fundamentais, vez que: a) teriam as partes plena certeza dos fatos que a cada uma caberia provar, e, portanto, das consequências advindas de sua omissão, o que acabaria por impulsionar sua atividade probatória; b) cooperaria o juiz da causa com as partes na busca pela reprodução mais fiel possível dos fatos; c) com base nessa reprodução estaria apto a prolatar decisão mais efetiva, equânime, afastando a aplicação da regra abstrata de julgamento.

E parece ter sido este o caminho trilhado pelo novel Código de Processo Civil, o qual preceitua em seu artigo 357 que:

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373. (*grifo nosso*)

§ 1º Realizado o saneamento, **as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias**, findo o qual a decisão se torna estável. (*grifo nosso*)

§ 3º **Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes**, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações. (*grifo nosso*)

Nota-se que nos termos do novo diploma processual deverá sempre o magistrado, antes de instaurar a fase de instrução, informar as partes sobre quais fatos deverão ser provados e por qual delas. Se vislumbrar, por exemplo, que determinado fato ainda não provado é constitutivo de direito do autor, e que este se encontra em melhores condições de produzir a respectiva prova, deverá declarar claramente nos autos que referido fato precisará ser provado e que o ônus de obter a prova recai sobre o autor.

Ademais, tem-se que após serem as partes orientadas sobre como deverão atuar na instrução processual, gozam do direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes no prazo

comum de 05 dias, para o caso de restarem dúvidas a respeito ou entenderem elas que as regras estipuladas pelo magistrado necessitam de correção, tal como na hipótese de não gozar a parte incumbida da produção de determinada prova de condições mínimas de fazê-la. Com isso, busca o novel diploma assegurar observância aos princípios do contraditório e da efetividade da tutela jurisdicional.

Além disso, permite a codificação que o juiz da causa realize essas atividades de organização do processo em conjunto com as partes quando se deparar com casos complexos, prezando pelo princípio da cooperação entre os sujeitos processuais.

2. Teorias Estática e Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova

2.1. Teoria da Distribuição Estática do Ônus da Prova

Respaldando-se no princípio dispositivo, pelo qual há de fazer a prova do fato aquela parte que tenha interesse em vê-lo demonstrado em juízo, a teoria da distribuição estática do ônus da prova estabelece um sistema legal e abstrato de atribuição do encargo probatório, o qual se manifesta, no novo Código de Processo Civil, no *caput* de seu art. 373, nos seguintes termos:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Como se vê, aludida regra atribui o encargo probatório aprioristicamente e segundo dois critérios: a posição processual das partes (autor ou réu) e a natureza dos fatos alegados (constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo), havendo se baseado na teoria clássica de distribuição do ônus da prova formulada pelo doutrinador europeu Chiovenda (BALDINI, 2013, p. 38).

No entendimento de Baldini (2013, p. 40 e 41), pelo preceito legal mencionado “parte-se do pressuposto de que apenas o interesse das partes é o critério a ser observado na distribuição do ônus da prova entre os litigantes, como se ambas tivessem plenas condições (liberdade de ação) de produzir a prova daquilo que a lei lhes incumbe”.

Ainda, nas palavras do autor:

A distribuição estática do ônus da prova, em certa medida, pode ser concebida como uma regra tipicamente relacionada aos ideais do liberalismo, fundada na legalidade e na igualdade formal (igualdade perante a lei) das partes. Nesse sentido, a lei determina, para todos os casos, indistintamente, que a cada parte incumbe comprovar as alegações que formulou (ônus subjetivo), enquanto que ao juiz, sendo vedado emitir o *non liquet*, deve julgar, na hipótese de ausência ou insuficiência de prova, contra aquele que detinha o ônus processual e dele não se desvencilhou (ônus objetivo – regra de julgamento).

Essa posição parte da premissa, portanto, de que os sujeitos processuais detêm as mesmas condições materiais, financeiras, técnicas, sociais e informacionais para produção da prova das alegações (igualdade formal), e que a falta ou insuficiência dessa produção decorre de uma postura negligente e comodista da parte onerada, a qual possui ampla liberdade de agir (BALDINI, 2013, p. 87 e 88).

Em se tratando da definição de fato constitutivo, na lição de Didier Jr. (2014, p. 79):

O *fato constitutivo* é o fato gerador do direito afirmado pelo autor em juízo. Compõe um suporte fático que, enquadrado em dada hipótese normativa, constitui uma determinada situação jurídica, de que o autor afirma ser titular. E como é o autor que pretende o reconhecimento deste seu direito, cabe a ele provar o fato que determinou seu nascimento e existência. Por exemplo: um contrato de locação e seu inadimplemento são fatos constitutivos do direito de restituição da coisa locada; um testamento e o falecimento do testador geram direito à sucessão; um ato ilícito e culposo, causador de dano, faz nascer direito de indenização etc.

Já no que concerne aos fatos extintivo, impeditivo e modificativo, leciona que:

O *fato extintivo* é aquele que retira a eficácia do fato constitutivo, fulminando o direito do autor e a pretensão de vê-lo satisfeito – tal como o pagamento, a compensação e a decadência legal (DIDIER JR., 2014, p. 80).

O *fato impeditivo* é aquele cuja existência obsta que o fato constitutivo produza efeitos e o direito, dali, nasça – tal como a incapacidade, o erro, o desequilíbrio contratual (DIDIER JR., 2014, p. 80).

O *fato modificativo*, a seu turno, é aquele que, tendo por certa a existência do direito, busca, tão-somente, alterá-lo – tal como a moratória concedida ao devedor (DIDIER JR., 2014, p. 81).

Portanto, ao autor compete o ônus de produzir prova do fato que deu origem ao direito por ele alegado, enquanto ao réu, de fato contrário que tenha: a) impedido o nascimento desse direito; b) o tenha modificado, embora existente; ou c) o tenha extinguido, apesar de já ter existido.

O sistema de distribuição estática do ônus probatório, pois, torna necessária a produção de provas pelo réu somente quando o autor houver se desonerado de seu ônus, fazendo prova do fato constitutivo de seu direito, porquanto alegado este pelo autor, bastaria ao réu defender-se mediante simples negativa (defesa direta), sem exercer qualquer atividade probatória, para que se mantivesse com o autor o encargo probatório, o qual, caso não devidamente satisfeito, resultaria na provável vitória do réu no litígio, a partir da aplicação da regra objetiva de julgamento (dimensão objetiva do ônus da prova). No entanto, arguido fato impeditivo, modificativo ou extintivo (defesa indireta), estaria o réu admitindo como verdadeiro o fato constitutivo alegado pelo autor, hipótese em que seria transferido para ele o ônus probatório (BALDINI, 2013, p. 39 e 40).

Se o réu contesta negando não somente o fato em que se baseia a pretensão autoral, o ônus probatório recai sobre este. Nessa hipótese, mesmo sem qualquer iniciativa probatória, o réu ganhará a causa, se o autor não demonstrar a veracidade dos fatos constitutivos do seu direito - *actore non probante absolvitur reus*. De outra banda, quando o réu apresenta resposta pautada em defesa indireta, arguindo fato capaz de alterar ou eliminar as consequências jurídicas do fato invocado pelo autor na petição inicial, a regra inverte-se, já que, ao se arrimar em fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito autoral, o réu implicitamente admite como verídico o fato narrado pelo autor na petição inicial (MACHADO JÚNIOR, 2011, p.2).

Cuida-se o sistema legal de repartição das cargas probatórias de relevante mecanismo para o processo brasileiro, visto que assevera ao jurisdicionado segurança jurídica, ao estabelecer uma regra geral sobre a matéria, da qual emana, inclusive, uma regra de julgamento abstrata, objetiva, que obsta o exercício de arbitrariedades por parte do julgador quando posto diante de hipóteses de quadros probatórios lacunosos.

De acordo com Pires (2011, p.78) e Baldini (2013, p. 40), respectivamente:

Não podemos deixar de concordar com o reconhecimento da importância dessa previsão legal para o sistema processual civil e trabalhista na medida em que estabelece uma regra precisa sobre a atribuição desses ônus, tratando-se de indicativo a partir da natureza dos fatos que traduzem a realidade da vida dos sujeitos em disputa.

[...] Essa rigidez, em certa medida, garante estabilidade e segurança jurídica ao sistema processual, a despeito de desconsiderar que, em algumas hipóteses, o autor não terá condições de produzir prova do fato constitutivo de seu direito, e o réu não terá condições de produzir prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Apesar de sua importância, esse sistema de distribuição estática do ônus da prova, por si só, mostra-se insuficiente em muitas situações, posto que sua inflexibilidade acaba por culminar em verdadeiros atentados aos direitos fundamentais do jurisdicionado, em manifestas injustiças decorrentes da aplicação da própria lei, colidindo frontalmente com a Lei Suprema do Estado. “É por isso que se diz que essa distribuição rígida do ônus da prova atrofia nosso sistema, e sua aplicação inflexível pode conduzir a julgamentos injustos” (DIDIER JR., 2014, p. 93).

Abstrato, apriorístico como é, ignora completamente as peculiaridades do caso concreto, incumbindo do encargo de produzir certa prova, muitas vezes, parte processual que não goza de condições mínimas de fazê-lo, resultando, ao final, na sua sucumbência, ainda que verdadeira detentora do direito por ela alegado.

Em casos tais, restam claramente malferidos os princípios processuais fundamentais do acesso à justiça (pois a ação judiciária proposta pelo jurisdicionado de nada lhe serviria, senão para retirar seu direito e dá-lo a outrem), da efetividade da tutela jurisdicional (vez que o provimento jurisdicional, ao invés de realizar o direito material prometido pelo Estado ao jurisdicionado, o negaria), da igualdade e do contraditório substanciais (porque não atuam os jurisdicionados em paridade de armas no processo, com igual direito à prova e poder de influência na construção do convencimento judicial), enfim, do devido processo legal. Há, portanto, inconstitucionalidade flagrante.

A discriminação do ônus da prova pelo art. 333 do CPC (obs.: atual art. 373) conforme a concepção clássica seria objetiva e fixa, vinculando-se à atividade das partes em prol da consecução de seus direitos. Incumbência “individual” da parte que é “responsável” por provar suas alegações. Não levou em conta, portanto, as especificidades dos casos concretos e nada obstante a idealização da previsão legal se coadune com o princípio constitucional da segurança jurídica, em determinadas situações poderá se mostrar extremamente difícil ou impossível a uma pessoa realizar a prova de suas alegações (PIRES, 2011, p. 80). (*observação nossa*)

No sentir de Marinoni e Arenhart (2007, p. 167), apud Pires (2011, p. 81), o sistema estático se apresenta como um “mecanismo artificial, comprometido com uma natureza universalista do procedimento ordinário que não atenta para as ocorrências do direito material ao distribuir os riscos do processo. Assim é regra descomprometida com a realidade da vida”.

Para Bedaque (2001, p. 108), apud Pires (2011, p.75):

Entre as regras que não asseguram a real igualdade entre os litigantes, encontra-se a da plena disponibilidade das provas, reflexo de um superado

liberal-individualismo, que não mais satisfaz as necessidades da sociedade moderna, pois pode levar as partes a uma atuação de desequilíbrio substancial. Muitas vezes sua omissão na instrução do feito se deve a fatores econômicos ou culturais e não à intenção de dispor do direito.

No mesmo sentido, Didier Jr. (2014, p. 81), segundo o qual:

[...] Adotou o nosso CPC uma concepção estática do ônus da prova, que é distribuído *a priori*, sem a observância das peculiaridades do caso concreto. Mas esse regramento tem-se revelado insatisfatório e artificial, por desprezar as especificidades do direito material em jogo e a realidade concretamente vivida [...].

Igualmente Pires (2011, p. 60), que afirma que o sistema de repartição absoluta do encargo probatório “não mais se sustenta nessa acepção no próprio processo civil, diante das transformações da sociedade e do reconhecimento constitucional da isonomia real das pessoas”. Tal como Baldini (2013, p. 88), o qual sustenta cuidar-se “de regra privatista de distribuição do ônus da prova, que ignora a visão publicista do processo, o direito fundamental à prova e o princípio constitucional de igualdade material”.

Por esses motivos havia entendimento predominante de que necessitavam aludidas regras de complementação, de um aperfeiçoamento que atenuasse sua rigidez, passando-se a admitir por lei determinadas exceções à repartição legal da carga probatória, de modo a se melhor amoldar o processo à realidade dos fatos. E, como resultado, adveio a adoção da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova pelo novel Código de Processo Civil, a qual será versada no tópico seguinte.

2.2. Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova

2.2.1. Noções introdutórias: gênese histórica, doutrina de exceção, definição, direito comparado e direito nacional

A ideia da dinamização das cargas probatórias conforme as condições inerentes a cada uma das partes em obter a prova dos fatos, conquanto soe recente, moderna, remonta a mais de um século atrás, tendo sido defendida por Bentham por volta de 1823: “*La carga de la prueba debe ser impuesta, en cada caso concreto, a aquella de las partes que la pueda aportar con menos inconvenientes, es decir, con menos dilaciones, vejámenes y gastos*” (o ônus da prova deve ser imposto, em cada caso concreto, àquela das partes que possa

contribuir com menos inconvenientes, é dizer, com menos dilações, vexames e gastos) (2001, p. 445, apud BALDINI, 2013, p. 90).

Todavia, tem aludida teoria como seu principal precursor o jurista argentino Peyrano, “considerado o responsável pela sistematização da *Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas*” (BALDINI, 2013, p. 89). Para ele:

Em tren de identificar la categoría de las “cargas probatorias dinámicas”, hemos visualizado – entre otras – como formando parte de la misma a aquélla según la cual se incumbe la carga probatoria a quein – por las circunstancias del caso y sin que interese que se desempeñe como actora o demandada – se encuentre en mejores condiciones para producir la probanza respectiva (obs.: ou seja, incumbe-se do ônus de provar quem se encontrar em melhores condições para produzir a respectiva prova, segundo as peculiaridades do caso concreto e independentemente da posição processual ocupada) (PEYRANO, 1992, p. 263, apud PIRES, 2011, p. 98 e 99). (observação nossa)

Ademais, de acordo com o referido autor:

La llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales em determinadas situaciones em las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa um desplazamiento del onus probandi, según fueren las circunstancias del caso, em cuyo mérito aquél puede recaer, verbigracia, em cabeza de quien está em mejores condiciones técnicas, profesionales o fáticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impositivos, modificativos o extintivos (trad.: a chamada teoria das cargas probatórias dinâmicas pode e deve ser utilizada pelos órgãos jurisdicionais em determinadas situações em que não funcionam valiosa e adequadamente as previsões legais que, como norma, repartem os encargos probatórios. A mesma importa em deslocamento do *onus probandi*, segundo forem as circunstâncias do caso, em cujo mérito aquele pode recair, *verbi gratia*, em cabeça de quem está em melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas para produzi-las, para além do seu posicionamento como autor ou réu, ou de tratar-se de fatos constitutivos, impositivos, modificativos ou extintivos) (PEYRANO, 2004, p. 19 e 20, apud BALDINI, 2013, p. 98)

Vislumbra-se, portanto, que entende (e é o que prevalece no direito argentino) constituir-se a teoria das cargas probatórias dinâmicas uma doutrina de exceção, a ser manuseada naquelas situações em que a repartição legal (abstrata e estática) do encargo probatório se mostre falha, desvirtuada frente ao caso concreto. Ou seja, “não se trata de nova regra rígida concomitante com a já existente, mas a intenção é formular o que Jorge Peyrano

denomina *pauta excepcional*, que funcionará onde as antigas regras funcionam mal” (PIRES, 2011, p. 104).

Desse modo, teríamos, de um lado, a *distribuição legal-estática do ônus da prova*, como regra geral. E de outro, a *distribuição judicial-dinâmica do ônus da prova*, como regra subsidiária, a ser aplicada quando a incidência da regra geral resulte em desequilíbrio probatório entre as partes na relação jurídica processual, desequilíbrio este a ser verificado pelo magistrado, no caso concreto (BALDINI, 2013, p. 95).

A distribuição dinâmica do ônus da prova pode ser compreendida, pois, como uma regra de caráter excepcional, a qual reparte as cargas probatórias livre de critérios rígidos preestabelecidos por lei, tal como os da natureza dos fatos alegados e da posição das partes na relação jurídica processual, mas segundo as particularidades de cada caso concreto em si considerado, a serem analisadas pelo órgão judicial, de modo a tornar as regras de atribuição dos encargos probatórios rentes à realidade fática.

No sentir de Pires (2011, p. 99):

A teoria da carga probatória dinâmica rompe com as regras rígidas e estáticas da distribuição do *onus probandi*, tornando-as mais flexíveis e dinâmicas, adaptáveis a cada caso, não importando a posição das partes e tampouco a qualificação do fato como constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo. Vale dizer, é dinâmica porque o encargo de provar é independente de enfoques apriorísticos, limitando-se a indicar que o peso da carga recai sobre aquele em melhores condições técnicas ou profissionais de produzi-la.

O toque fundamental da teoria da carga dinâmica probatória é a valoração pelo juiz a respeito de qual das partes dispõe das melhores condições de suportar o ônus da prova naquele específico caso concreto a fim de lhe impor tal ônus, ainda que os fatos objeto de prova tenham sido alegados pela parte contrária.

No mesmo sentido Baldini (2013, p. 89 e 90), para o qual:

De acordo com a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, as cargas processuais não são determinadas prévia e abstratamente pela lei, valendo para todos os casos, indistintamente, tendo em vista critérios formais, como a posição das partes na relação jurídica processual, a natureza dos fatos alegados e o interesse quanto à comprovação. Pelo contrário. A lei delega ao juiz a determinação do ônus probatório das partes, com base nas vicissitudes do caso concreto e do direito material invocado, devendo analisar qual delas apresenta a melhor condição para produzir a prova das alegações, independentemente de quem as tenha formulado.

Procura-se, com a teoria da distribuição dinâmica, afastar a chamada *probatio diabolica*, a qual está diretamente relacionada à impossibilidade material, financeira, técnica, social e informacional da parte onerada em se desincumbir da carga processual atribuída. Trata-se de adequar a regra de distribuição do ônus da prova ao caso concreto.

No que tange ao direito comparado, temos que a teoria da repartição dinâmica dos encargos probatórios já é consideravelmente utilizada na Espanha, Uruguai e, como anteriormente dito, na Argentina, principalmente em se cuidando de casos de responsabilidade profissional dos médicos (PIRES, 2011, p. 98).

Especificamente quanto à Argentina, Lépori White (2004, p. 69 e 70, apud PIRES, 2011, p. 111) afirma que a distribuição dinâmica do ônus da prova é aplicável a quaisquer situações, como em casos de litígios decorrentes de contratos de trabalho, de acidentes de trânsito, de locação de obra, ou relacionados à seguridade social, a títulos de crédito, a direito bancário, ao fato do príncipe, dentre outros.

No ordenamento jurídico uruguaio, por seu turno, inexistente previsão expressa referindo-se à teoria da repartição dinâmica, contudo admite a flexibilização das regras estáticas e abstratas quando se está diante de casos de direito do trabalho e outros de caráter social, em havendo evidências de hipossuficiência de uma das partes (PIRES, 2011, p. 119).

Na Espanha, a *Ley de Enjuiciamiento Civil* prevê a distribuição dinâmica do ônus da prova de maneira expressa como regra de caráter complementar e subsidiário, tomando por critério a maior aptidão probatória de cada uma das partes processuais, tendo a regra sido erigida sob o argumento de que detêm as partes o dever de colaborar com o órgão jurisdicional na busca da verdade real e no alcance de um processo justo (BALDINI, 2013, p. 96 e 97).

Já na Alemanha, o Supremo Tribunal de Justiça Alemão firmou entendimento no sentido de que aplicável a dinamização dos ônus probatórios às situações que envolvam direito do trabalho, meio ambiente, responsabilidade nas relações consumeristas, responsabilidade médica em caso de culpa gravíssima, entre outros (CARBONE, 2004, p. 210, apud PIRES, 2011, p. 113).

No que concerne ao direito nacional, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova encontra-se expressamente disposta no texto do novel Código de Processo Civil, art. 373, §§ 1º e 2º, nos seguintes termos:

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o

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

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

Como se vê, foi recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro também como regra de caráter excepcional, a ser aplicada tão somente em casos especiais mediante permissivo legal ou nos casos em geral quando a distribuição legal (conforme a natureza dos fatos alegados e a posição processual das partes) se apresentar ineficiente, ou seja, quando incumbir do ônus de produzir determinada prova parte que não detenha condições de fazê-lo, por impossibilidade ou excessiva dificuldade em sua obtenção, ou também quando a parte contrária gozar de maior facilidade para cumprir com o encargo.

Assim, em um primeiro momento deve ser considerada a regra de atribuição estática do encargo probatório, competindo ao autor provar o fato constitutivo de seu direito, enquanto ao réu provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. E, caso evidenciado pelo juiz da causa que a distribuição assim feita não se coaduna com o caso concreto, por infringir direitos fundamentais do jurisdicionado, deverá afastá-la, aplicando então a regra de repartição dinâmica do ônus da prova, por meio de decisão devidamente fundamentada, assegurados à parte onerada o contraditório e a proteção contra a *probatio diabolica*.

2.2.2. Distinção entre distribuição dinâmica e inversão do Ônus da Prova

Em relação à diferenciação havida entre as técnicas de distribuição dinâmica e de inversão do encargo probatório, bem a explica Marinoni (2010, p. 104, apud BALDINI, 2013, p. 91), segundo o qual:

É preciso perceber que a dinamização do ônus da prova não significa inversão do ônus da prova. Não se podem confundir ambos os institutos. A dinamização é atribuição *ex novo* do ônus da prova em atenção às circunstâncias da causa. Por ela não se distribui de “modo diverso” o ônus da prova. Distribui-se de forma originária. Só se pode distribuir de modo diverso aquilo que já está distribuído. É importante fazer alusão a “modo diverso” a respeito da dinamização do ônus da prova. Igualmente, não há que se falar em inversão do ônus da prova com a dinamização. Só se pode

inverter o que está vertido – vale dizer, aquilo que já está estabelecido. A dinamização do ônus da prova ocorre mediante declaração judicial. A inversão, mediante constituição, porque há alteração de algo já instituído. É impróprio, portanto, falar em inversão do ônus da prova a propósito da dinamização.

Logo, a partir da regra de distribuição dinâmica, opera-se a atribuição originária do ônus da prova, deixando de serem levadas em consideração as regras de distribuição estática, as quais são ignoradas, esquecidas, enquanto que pela regra de inversão, por sua vez, são aplicadas aquelas regras, as quais, no entanto, são redistribuídas inversamente.

Há que se pontuar a diferenciação entre a técnica da distribuição dinâmica e a da inversão do ônus da prova, registrando-se que aquela é mais abrangente na medida em que, a princípio só se pode falar em inversão a partir do estabelecimento prévio e abstrato deste encargo. Já na distribuição dinâmica será o magistrado a partir de cada caso concreto que determinará *o que e a quem* incumbe provar com base especialmente nas máximas de experiência (PIRES, 2011, p. 101).

Com efeito, pela teoria das cargas dinâmicas, o ônus probatório é distribuído de maneira originária, e não posterior a uma distribuição já realizada pela lei. O que ocorre, de fato, é o afastamento da incidência da regra de distribuição estática para aplicação de outra norma processual, a da distribuição dinâmica, e não a inversão da própria regra estática. [...] Com a técnica de inversão judicial, da forma como ordinariamente aplicada, a regra estática de distribuição do ônus da prova é redistribuída, de modo inverso, ao passo que com a técnica de distribuição dinâmica, pelo contrário, a carga probatória é atribuída de modo originário, afastando-se a incidência da regra de distribuição estática (BALDINI, 2013, p. 91).

2.2.3. Momento de aplicação da regra de distribuição dinâmica do Ônus da Prova

Como visto outrora, a repartição dos encargos probatórios há de ser feita na fase que antecede a instrução processual, de modo a nortear adequadamente a conduta probatória das partes, dando-lhes a devida ciência dos fatos pendentes de comprovação e quais deles cada uma deverá provar (e, portanto, qual delas provavelmente sucumbirá no litígio caso não se desvencilhe de seu fardo), bem como lhes proporcionando a oportunidade de se desincumbir de seus ônus.

[...] Essa repartição casuística e dinâmica do ônus da prova deve ser feita pelo magistrado antes da fase instrutória, em tempo de a parte onerada desincumbir-se do encargo, sob pena de se comprometer a segurança jurídica

das partes e o seu direito fundamental à prova. [...] Trata-se de regra de atividade e, não, de julgamento (DIDIER JR., 2014, p. 98).

Essa a regra estatuída pelo novo diploma processual civil, art. 357:

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373.

§ 1º Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.

§ 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

O preceito prestigia sobremaneira os princípios da segurança jurídica, do contraditório, da cooperação entre os sujeitos processuais, em suma, do devido processo, porquanto obsta a ocorrência de surpresas e inconvenientes processuais ao alertar previamente as partes a respeito de seus encargos, bem como permite a discussão entre os sujeitos sobre as regras estabelecidas em concreto que regerão a fase instrutória, inclusive em audiência designada especialmente para esse fim.

Ademais, interessante pontuar que o ônus da prova dinâmico manifesta-se não apenas na dimensão subjetiva (regra de conduta direcionada às partes), porém também no aspecto objetivo, servindo como regra de julgamento na hipótese de o arcabouço probatório restar lacunoso ao final da instrução processual. Conjugam-se, portanto, também na distribuição dinâmica, as dimensões do ônus da prova.

Nesse sentido, Pires (2011, p. 109, 110 e 192), conforme a qual:

A fim de possibilitar a receptividade total da teoria dinâmica impõe-se a observância dessa regra não só como regra de julgamento como também regra de procedimento, com ciência antecipada às partes (p. 109 e 110).

Tratando-se de um ônus processual atribuído pelo juiz por decisão interlocutória devidamente fundamentada, prolatada tão-somente após a observância do pressuposto lógico-jurídico necessário da oitiva dos sujeitos, em observância ao contraditório, ainda durante a instrução (regra de procedimento), tem-se que o sujeito que ao final não se desincumbir de tal

ônus sofrerá as consequências dessa inércia nessa segunda dimensão da regra do ônus da prova (ônus da prova como regra de julgamento) (p. 192).

2.2.4. Condicionantes da distribuição dinâmica do Ônus da Prova

A atribuição dinâmica das cargas probatórias, feita por decisão interlocutória devidamente fundamentada, deve respaldar-se em pelo menos uma das hipóteses legais que a admitem, ou seja, ou na impossibilidade ou excessiva dificuldade da parte em se desincumbir do ônus probatório que lhe seria imposto segundo a regra de distribuição estática e abstrata, ou na maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, sendo que, em qualquer caso, não poderá incumbir a parte do encargo de obter prova diabólica, isto é, cuja obtenção seja para ela impossível ou excessivamente difícil (art. 373, §§ 1º e 2º, NCPC).

Os pressupostos para sua aplicação, pois, não são cumulativos, porém alternativos. Exige a lei que o magistrado se baseie em apenas ao menos um deles, sendo desnecessária a existência concomitante de ambos os requisitos.

Pelo primeiro deles supramencionado, temos que o ônus probatório será distribuído dinamicamente na hipótese de o juiz da causa constatar que, caso aplicada a regra de distribuição estática, a parte seria encarregada do encargo de produzir prova diabólica, ou seja, a ela impossível ou excessivamente difícil de obter. Por exemplo, verifica o magistrado que determinado fato controvertido precisará ser provado na instrução do feito, e que referido fato é constitutivo do direito do autor e, portanto, de incumbência probatória deste segundo a regra de distribuição estática; no entanto, percebe que o autor não goza de mínimas condições para produzir a prova daquele fato, enquanto o réu, por sua vez, teria condições de obtê-la; então, atribui o magistrado ao réu a carga probatória, sendo que, caso este não se desvencilhe de seu ônus, será possivelmente prejudicado com pronunciamento judicial desfavorável.

Pela segunda condicionante, a seu turno, o ônus probatório será atribuído de forma dinâmica caso constatado pelo órgão julgador que a obtenção da prova do fato contrário ao alegado por uma das partes seja notavelmente mais fácil, onerando-se aquele que aduziu o fato contrário, embora o fato impugnado também pudesse ser provado pelo seu alegante, porém com dificuldades. Como exemplo, podemos citar aquele já apresentado anteriormente, em que alega o autor que o réu esteve nas dependências de sua empresa às 10h do dia 05 de junho de 2013, enquanto o réu nega referido fato, aduzindo que lá não esteve naquele período de tempo pelo fato de que das 07h às 12h desse mesmo dia estivera sendo atendido em um consultório médico. Nesse caso, poderá concluir o magistrado que o réu detém maior

facilidade em provar o fato contrário por ele alegado, incumbindo-o do ônus probatório respectivo, que caso descumprido, poderá prejudica-lo quando do julgamento da causa.

Nesse caso, caberá ao juiz ou manter o ônus da prova com aquele que alegou o fato negado, ou deverá distribuí-lo à parte que o negou, caso a prova do fato positivo incompatível com o fato negado seja mais fácil de ser obtida. Nesse caso, estaria o juiz distribuindo o ônus da prova de forma dinâmica, dada a maior aptidão da parte contrária de provar o fato positivo por ela alegado (DIDIER, 2014, 88).

Todavia, e na hipótese de o magistrado constatar uma impossibilidade mútua de obtenção da prova, ou seja, que ambas as partes processuais carecem de condições para produzi-la? De que modo deverá proceder?

De acordo com Viana (1994, p. 1223, apud PIRES, 2011, p. 169 e 170), em se cuidando das demandas envolvendo empregado e empregador, onerado será este último, vez que seria ele quem teria faltado com a precaução necessária para que o contrato de trabalho se executasse sem conflitos e, também, “por ter criado o risco da demanda, suportando em razão disso também o risco pela não produção da prova”.

Contudo, assim estaria o julgador encarregando uma das partes do ônus de produzir prova diabólica, conduta que encontra óbice expresso na disposição do § 2º do artigo 373 do novel Código de Processo Civil, e que fere direitos fundamentais da parte.

Em casos tais, pois, entendemos que deverão ser esgotados os meios viáveis de obtenção da prova pelo próprio órgão jurisdicional e, então, caso não logre êxito, haverá de onerar aquela parte que detiver o interesse na produção da prova, aplicando-se a regra de distribuição estática (ao autor, o fato constitutivo do direito por ele alegado, enquanto ao réu, o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado pelo autor).

Ademais, no tocante às condicionantes da distribuição dinâmica, temos que ambas deverão ser atestadas ao menos indiretamente nos autos, mediante provas ou indícios, ou a partir da verossimilhança das alegações da parte, ou também pela aplicação das máximas de experiência pelo juiz da causa, dada a inarredável necessidade de fundamentação das decisões jurisdicionais (PIRES, 2011, p. 169).

Além disso, não poderá a situação de dificuldade na obtenção da prova ter sido criada pela própria parte processual, a qual não pode ser beneficiada pela sua própria desídia (BALDINI, 2013, p. 131).

Realmente, se a parte, por dolo ou culpa, por malícia ou desídia, contribuiu antes ou no curso do processo para que a produção da prova tenha se tornado impossível ou muito difícil, não se pode admitir que ela venha perante o juiz pleitear a alteração da regra sobre o *onus probandi* prevista na lei, tirando proveito da própria torpeza ou incúria (YOSHIKAWA, 2012, p. 153, apud BALDINI, 2013, p. 131).

Outrossim, não podemos nos olvidar de que a repartição dinâmica do ônus da prova sempre deverá ser feita previamente à instrução processual, com o contraditório e a oportunidade de se desincumbir dos ônus probatórios assegurados às partes.

2.2.5. Distribuição dinâmica do Ônus da Prova frente aos Princípios Processuais Fundamentais

A fim de que uma regra de repartição das cargas probatórias prevista no ordenamento jurídico brasileiro esteja em consentaneidade com os princípios procedimentais fundamentais do acesso à justiça, da efetividade, da igualdade, do contraditório, da adaptabilidade e da cooperação, lealdade e boa-fé, e se apresente, pois, como técnica processual apta a aproximar-nos do devido processo legal, há de ser: a) feita de modo a que sejam asseguradas às partes equânimes condições de provar suas alegações, exercendo igual poder de influência na formação do convencimento do magistrado; b) aplicada em momento oportuno, com a devida ciência às partes dos fatos que a cada uma competirá provar, evitando-se surpresas e inconvenientes processuais; c) realizada proporcionando-se às partes a menor onerosidade possível, incitando-se a cooperação entre os sujeitos para o bom desenvolver do processo, de forma leal, com boa-fé; d) flexível, capaz de se adequar às vicissitudes do caso concreto, de sorte que não gere obstáculos à concreção do direito material tutelado, não torne inútil a ação judiciária proposta.

Para Pires (2011, p. 105 e 106), a teoria da repartição dinâmica do ônus da prova “tende à realização da justiça, vez que considera as particularidades do caso concreto e o necessário aspecto da igualdade material das partes”. Outrossim, afirma que:

Representa a teoria do ônus dinâmico da prova, na perspectiva do acesso à justiça, a garantia à obtenção de uma tutela jurisdicional efetiva e equânime ao conferir mecanismo adequado para demonstração do direito da parte em juízo. [...] A teoria da carga dinâmica probatória possui forte substrato constitucional, uma vez que, calcada nos princípios acima referidos, constitui mecanismo apto a densificá-los, de forma a propiciar a

concretização dos direitos em juízo, na maior medida possível (PIRES, 2011, p. 39).

A regra de distribuição dinâmica disposta no novel Código de Processo Civil, complementarmente à distribuição legal, apresenta-se como instrumento hábil a garantir a observância dos aludidos preceitos constitucionais em concreto, porquanto: a) mune o magistrado do poder-dever de equalizar o poder de influência exercido pelas partes na formação de seu convencimento, impondo o ônus da prova àquele que goze de condições para cumpri-lo; b) é aplicada previamente à fase de instrução, cientificando-se claramente às partes a respeito dos fatos que deverão ser provados e quais a cada uma incumbirá provar, asseverando-lhes a oportunidade de se desvencilhar de seus ônus; c) atribui a carga probatória à parte que gozar de melhores condições de obter a prova respectiva quando a outra se encontrar em situação de dificuldade para obtê-la; d) é mecanismo maleável, adaptável às singularidades do caso concreto, apto a realizar o direito material tutelado e, portanto, conferir à ação judiciária proposta a maior utilidade possível.

No entendimento de Carpes (2010, p. 85 e 86, apud BALDINI, 2013, p. 106):

A transferência do ônus probatório, portanto, vai ao ensejo da tutela do direito fundamental à igualdade substancial das partes no processo: se a produção da prova é muito difícil ao autor e, em contrapartida, encontra-se melhor ao alcance do réu, apenas com a *dinamização* dos ônus probatórios é que será possível a adequada e efetiva tutela jurisdicional. Caso fosse mantida a distribuição estática prevista no art. 333 do CPC, resplandeceria a inconstitucionalidade do procedimento probatório, por manifesta violação ao art. 5º, XXXV, da Constituição, que outorga o direito fundamental de acesso à justiça mediante a observância da igualdade substancial de participação das partes no aporte da prova destinada à formação da convicção do órgão judicial. **A dinamização, in casu, revela-se técnica para a conformação constitucional do procedimento probatório, quando o modelo básico ditado pela lei, em face das peculiaridades do caso concreto, não se ajusta aos preceitos constitucionais.** (*grifo nosso*)

Tendo em vista a intensa carga constitucional de que se reveste a regra de distribuição dinâmica do ônus da prova, deparando-se o magistrado com um caso em que cabível sua aplicação, por presentes seus pressupostos, deverá obrigatoriamente fazê-lo, sob pena de malferir princípios fundamentais e com isso eivar o procedimento de nulidade absoluta, dada sua inconstitucionalidade (BALDINI, 2013, p. 140).

CAPÍTULO III – APLICABILIDADE DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA AO PROCESSO DO TRABALHO

Examinadas as teorias estática e dinâmica de repartição do encargo probatório e sua conformidade com os princípios processuais constitucionais, versaremos neste capítulo derradeiro sobre a aplicabilidade da teoria da distribuição dinâmica das cargas probatórias ao processo laboral, tratando, em um primeiro momento, a respeito das singularidades inerentes à referida seara, para então cuidarmos de questões tais como a do ônus da prova segundo o artigo 818 do diploma consolidado e dos fundamentos de admissibilidade da aludida teoria.

1. Breves noções sobre Direito Processual do Trabalho e suas peculiaridades

Apesar de se apresentar como subdivisão da Teoria Geral do Processo, e por isso sofrer influência de seus institutos, o Direito Processual do Trabalho é ramo autônomo, contando com princípios e preceitos bem delineados e específicos voltados à tutela dos direitos dos trabalhadores.

“Direito Processual do Trabalho é o conjunto de princípios, regras e instituições destinado a regular a atividade dos órgãos jurisdicionais na solução dos dissídios, individuais ou coletivos, sobre relação de trabalho” (MARTINS, 2013, p. 19).

Cuida-se de instrumento de caráter público e que exerce verdadeira função social, prestando-se à efetivação do Direito Material do Trabalho. E, nessa condição, pois, há de ser ajustado às peculiaridades das relações jurídicas trabalhistas, a fim de que possa tornar concreto o direito material tutelado.

O Direito Processual do Trabalho instrumentaliza o Direito do Trabalho, o qual “tem como traço característico que permeia a sua própria formação histórica a necessidade de promoção do equilíbrio entre os fatores da produção”, a necessidade de equalizar direitos entre obreiros e seus empregadores, partes em patamar de notória desigualdade nas relações jurídicas que mantêm. Decorre o Direito do Trabalho, portanto, da imprescindível intervenção estatal nas relações de labor a fim de estabelecer regras e princípios especiais que resguardem a parte hipossuficiente contra eventuais abusos, assegurando-lhe condições mínimas de trabalho (PIRES, 2011, p. 182).

O trabalhador se mostra como a parte vulnerável da relação de trabalho, a qual carece de condições materiais, financeiras, técnicas, sociais ou informacionais, ao contrário do empregador, que se apresenta em posição de superioridade, em evidente desequilíbrio, desigualdade. E essa vulnerabilidade do obreiro se projeta no âmbito jurisdicional, convertendo-se em óbices processuais variados que lhe restringem o exercício de diversos direitos fundamentais.

Um dos atores processuais trabalhistas normalmente tem como característica a vulnerabilidade, o que lhe limita a própria autonomia da vontade para consentir, discordar, produzir provas. Vulnerabilidade decorrente de uma relação material de desigualdade seja cultural, econômica, que demanda compromisso ético do juiz por ocasião da prestação jurisdicional de proteção do mais fraco em relação ao mais poderoso (PIRES, 2011, p. 164).

“A situação real do subordinado não altera ante seu empregador na relação jurídico-processual. Este tem mais condições de arcar com a comprovação de certos fatos que fundamentam a lide trabalhista, que o autor (reclamante) que está alegando o fato” (FRANCO, 1991, p. 1315, apud BALDINI, 2013, p. 125).

Mallet (1999, p. 154, apud PIRES, 2011, p. 152) apresenta alguns desses fatores de vulnerabilidade presentes fora do processo, mas que nele se materializam:

As informações que alguns possuem, outros não dominam; o custo da demanda para uns inibe a propositura da ação, enquanto para outros se mostra insignificante; **as provas que certos litigantes podem produzir com grande facilidade, outros não têm condições alguma de apresentar em juízo**; a demora na solução do litígio, que por vezes beneficia uma das partes, lesa profundamente o direito de outra. (*grifo nosso*)

Dentre todos esses elementos de vulnerabilidade, de fraqueza do obreiro na relação jurídico-processual, aqueles que mais interessam ao presente trabalho são os de natureza técnica e que se refletem na produção de provas, causando verdadeiro desequilíbrio entre as partes, que acabam por não gozar de iguais condições de convencer o juiz da causa a respeito de suas alegações, independente do quanto se esforce o hipossuficiente para obter a prova que lhe incumbe produzir.

O trabalhador normalmente não tem recursos para conduzir testemunhas até o fórum e até mesmo essas pessoas se ressentem de dificuldades econômicas e receios outros de perda do próprio emprego em razão da ausência para depor em juízo. Não tem ainda o trabalhador acesso à maioria dos documentos do contrato de trabalho. **De fato, por maior que seja o**

empenho do empregado para obter sucesso na demanda, há inúmeras situações em que somente é possível a produção da prova pela obtenção dos meios que estão na posse do adversário, o qual, em regra, não tem interesse na sua produção. O empregador tem a sua disposição todos os documentos relativos à relação jurídica contratual, bem assim suas testemunhas normalmente ainda lhe prestam serviços, sendo tomadas, ainda que o juiz as advirta sobre as consequências de seus atos em juízo, de um temor latente frente a uma possível situação de desemprego futuro (PIRES, 2011, p. 164).

Ante essa situação de forte desigualdade entre trabalhador e empregador, inclusive no âmbito do processo do trabalho, este deve ser munido de mecanismos capazes de superá-la, de afastar os obstáculos que surgirem em concreto. Há de ser munido de técnicas aptas a lhe conferir a maior efetividade possível, de modo a serem observados os direitos fundamentais das partes. E, como instrumento propenso a atenuar essas imperfeições em matéria probatória presentes no processo trabalhista, vislumbra-se a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, que, conforme visto, já foi adotada pelo direito processual comum.

2. Atuação judicial no âmbito do processo laboral

Conforme já abordado no primeiro capítulo, detém o magistrado a obrigação de exercer seu ofício visando a realização do ideal constitucional maior de preservação da dignidade da pessoa humana. Tem o dever de desempenhar seu mister empregando todos os expedientes necessários para que sejam efetivados os direitos fundamentais do jurisdicionado (à igualdade e contraditório substanciais, à tutela jurisdicional efetiva, enfim, ao acesso ao devido processo legal), sendo que, defrontando-se com uma norma processual desajustada às vicissitudes do caso concreto, que venha a obstar o poder de influência da parte na construção de seu convencimento, por exemplo, deve providenciar sua adaptação, tornando-a consentânea com a realidade fática.

Deve, portanto, o julgador portar-se de maneira ativa na condução do processo, inclusive tomando a dianteira na instrução do feito, quando necessário, tudo de modo a assegurar observância aos direitos fundamentais das partes, mormente quando se está diante de um processo de interesses especialmente tutelados, em que as partes na maioria das situações se apresentam em nível de desigualdade, tal como o processo do trabalho, cuja maior finalidade é a de conferir efetividade na maior medida possível à tutela jurisdicional. Mais ainda, pois, o magistrado trabalhista deve encontrar-se inserido e atento à realidade

social que o circunda, compreendo-a sob todos os aspectos relevantes ao bom desempenho de suas atribuições.

Disciplinando especialmente a atuação judicial dos juízes do trabalho, temos os artigos 765 e 852-D da Consolidação das Leis do Trabalho, os quais prescrevem que:

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

Art. 852-D. O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.

Cuida-se de dispositivos que exprimem uma verdadeira exigência do processo laboral, de se munir aquele responsável pela direção do procedimento de recursos para igualar juridicamente trabalhador e empregador, a fim de que possam influencia-lo de modo equânime.

O primeiro consagra amplos poderes instrutórios ao juiz trabalhista, o qual exerce a condução do processo livre e ativamente, enquanto o segundo, embora diga respeito especificamente ao procedimento sumaríssimo, expressa de maneira nítida a tendência de alargamento desses poderes, inclusive valorizando sobremaneira as máximas de experiência do magistrado, ou seja, o conhecimento por ele adquirido ao longo de sua vida e carreira, mediante observação daquilo que ordinariamente acontece (PIRES, 2011, p. 76 e 77).

No tocante a distribuição das cargas probatórias, com ainda mais razão no processo trabalhista deve o magistrado comportar-se de forma ativa, refutando eventuais regras que onerem indevidamente uma das partes e malfira seus direitos fundamentais garantidos pela Carta Republicana, fundamentando-se, para tanto, nos próprios princípios procedimentais fundamentais e nos valores constitucionalizados, a fim de regularizar apropriadamente a repartição dos encargos no caso concreto.

3. Ônus da Prova no Direito Processual do Trabalho

Preceitua o artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho que “a prova das alegações incumbe a quem as fizer”.

Conforme referida regra, cada parte detém o encargo de produzir prova das alegações que deduzir, competindo, então, em um primeiro momento, ao autor provar as alegações que formulou na exordial. Vindo o réu, na contestação, a simplesmente negar tais alegações, permaneceria com o autor o ônus de comprova-las, porém se negá-las mediante oposição de outro fato, impeditivo, modificativo ou extintivo, a ele seria transferida a carga probatória, mesmo que o fato por ele alegado se trate de fato negativo.

Aludida regra gera controvérsias, podendo-se destacar dois posicionamentos que a interpretam de diferentes modos.

O primeiro entende cuidar-se de dispositivo que disciplina suficientemente a repartição dos encargos probatórios no processo do trabalho, sendo inadmissível qualquer complementação da regra pelo direito processual comum, por mais completo que este seja. Tem por expoente Teixeira Filho (2009, p. 977), apud Baldini (2013, p. 67), segundo o qual:

[...] Diante da regra específica do texto consolidado quanto à distribuição do ônus da prova, não deve ser aplicada a norma processual civil, pela inexistência de omissão legal no processo do trabalho.

O detalhamento técnico contido no artigo 333 do Código de Processo Civil, quanto à posição das partes na relação jurídica processual, a natureza dos fatos alegados e a distribuição das cargas probatórias, não configura omissão. Pelo contrário. O que há, na realidade, é uma colisão frontal entre os dispositivos, vez que, em determinadas demandas, caso se aplique uma ou outra regra, a decisão final proferida será totalmente oposta. O autor dá como exemplo o pedido de horas extras, o qual, uma vez rejeitado pela reclamada (negação do fato constitutivo do autor), e não produzida nenhuma prova a respeito, pela regra do processo civil será julgado improcedente, enquanto que incidindo a norma processual trabalhista, haveria procedência do pleito.

Por outro lado, temos um segundo posicionamento que defende a insuficiência da regra de distribuição do ônus da prova do artigo 818 do diploma consolidado, sustentando tratar-se de norma processual aberta, genérica, que necessita de complementação a fim de produzir os efeitos esperados (MARTINS, 2013, p. 327).

No que concerne à definição do que seriam normas de conceito aberto, Pires (2011, p. 196, 197 e 198) bem a explica, deixando claro que, na sua concepção, o artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho assim se classifica:

Regra aberta é aquela que decorre da aceitação da ideia de que a lei não tem condições de atrelar as técnicas processuais a cada uma das necessidades do direito material, ou desenhar tantos procedimentos especiais quantos forem supostos como necessários à tutela jurisdicional de direitos (p. 196).

As cláusulas processuais gerais, ou também denominadas de normas de conceito aberto, apresentam termos ou expressões abertas e, portanto, são dotadas de plasticidade, exigindo um significado a ser preenchido pelo seu intérprete, considerando as circunstâncias do caso concreto (p. 196).

Representam uma forma positivada apta a permitir a aplicação de normas fundamentais no caso concreto para dar vigor ao princípio da efetividade jurisdicional (p. 197).

Partem as normas processuais abertas de duas constatações: de que as necessidades do direito material se transformam diariamente e que as mesmas assumem contornos variados conforme os casos concretos (p. 197).

Assim, diante de uma norma processual aberta, caso do art. 818 da CLT, o julgador deverá compensar a inadequação de algum procedimento à luz dos direitos fundamentais, em busca da igualdade substancial, justamente porque essas regras admitem os juízos de ponderação (p. 198). (*grifo nosso*)

Como cláusula processual geral, o artigo 818 da CLT, interpretado isoladamente, não seria capaz de abranger todas as situações de direito material, ignorando os desequilíbrios e desigualdades presentes na relação de trabalho, revelando-se inadequado a cumprir com sua finalidade de efetivação do Direito Material do Trabalho. Portanto, haveria de ser interpretado sistematicamente, levando-se em consideração os princípios processuais fundamentais, bem como as regras sobre atribuição do ônus probatório positivadas no direito processual comum.

Ademais, a regra do dispositivo celetista não estabelece um critério objetivo de julgamento para o caso de quadros probatórios lacunosos, que se mostra como verdadeira exigência do sistema processual contemporâneo.

No nosso sentir, o referido art. 818 da CLT, não é completo, e por si só é de difícil interpretação e também aplicabilidade prática, pois como cada parte tem que comprovar o que alegou, ambas as partes têm o encargo probatório de todos os fatos que declinaram, tanto na inicial, como na contestação. Além disso, o art. 818 consolidado não resolve situações de inexistência de prova no processo, ou de conflito entre as provas produzidas pelas partes. O juiz da atualidade, diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF), não pode se furtar de julgar, alegando falta de prova nos atos, ou impossibilidade de saber qual foi a melhor prova. Por isso, a aplicação da regra de ônus da prova como fundamento de decisão é uma necessidade do processo contemporâneo (SCHIAVI, 2010, p. 51, apud BALDINI, 2013, p. 67).

Mesmo o critério da regra do artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, a exemplo do artigo 333 do Código de Processo Civil, representa norma formal e abstrata de distribuição do ônus da prova, baseada no interesse processual das partes, a partir de uma visão individualista e formal

do processo, desvinculada das condições específicas e das dificuldades probatórias dos litigantes no caso concreto, estando voltada apenas a garantir a segurança jurídica do sistema processual. Assim, defende-se, inclusive, a sua incompatibilidade com o Direito Processual do Trabalho, pois a natureza fundamental dos direitos trabalhistas e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de trabalho vedam que as regras processuais laborais, dentre elas a de distribuição do ônus da prova, representem entrave à tutela efetiva dos direitos materiais trabalhistas (BALDINI, 2013, p. 70).

Por esses motivos, com base no artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho (“Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”), e agora, também, no artigo 15 do novel Código de Processo Civil (“Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”), sustenta a corrente em questão ser aplicável ao processo trabalhista a regra de distribuição do ônus da prova previsto no diploma processual comum, atual artigo 373 do novo Código de Processo Civil.

Ao segundo posicionamento nos filiamos, ressaltando-se, todavia, que não apenas a regra de distribuição estática (baseada no interesse processual das partes) disposta no diploma processual comum deverá ser aplicada ao processo do trabalho, porém também a de distribuição dinâmica, vez que melhor se amolda às vicissitudes dos casos concretos, ao contrário daquela.

Nesse sentido se manifesta Baldini (2013, p. 68 e 69), segundo o qual:

Com efeito, a disposição celetista, no sentido de que a carga probatória de determinado fato incumbe à parte que formulou as alegações a respeito deste mesmo fato, é genérica e lacônica, não disciplinando outros aspectos referentes ao ônus da prova, como a determinação do critério objetivo de julgamento diante da inexistência ou insuficiência de provas (regra de julgamento). No mais, a sua literal observância pode levar a casos em que seja atribuído à parte ônus de comprovar negações de fato, verdadeira *probatio diabolica*.

Ainda que exista norma expressa e específica disciplinando a matéria do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho, representada pelo artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, a lacuna referida pelo artigo 769 do texto consolidado não é apenas a normativa (quando não existe regra específica acerca de determinada matéria), mas, também, a ontológica e a axiológica. Assim, as normas do direito processual comum podem ser aplicadas ao processo do trabalho quando as regras destes estiverem ultrapassadas, ou impedirem a efetiva tutela jurisdicional.

Contudo, adotar a regra do artigo 333 do Código de Processo Civil como única e exclusiva opção não se demonstra solução mais viável, diante das

especificidades das relações materiais laborais, e da própria relação jurídica processual trabalhista.

Outrossim, Pires (2011, p. 195), ao entender que a teoria da repartição dinâmica das cargas probatórias, com a vigência do novel Código de Processo Civil, será plenamente admitida no processo do trabalho, “rechaçando de vez qualquer obstáculo à sua aplicabilidade”, visto que o maior objetivo do Direito Processual Trabalhista sempre foi o da maior efetividade da justiça, podendo, pois, a fim de alcançar esse desiderato, “valer-se de normas processuais civis quando houver expressa lacuna na legislação do trabalho”.

No processo do trabalho não se apresentam óbices à superação da teoria estática do ônus da prova. Ao contrário, trata-se de ramo processual propício à implementação da dinamização da carga probatória na medida em que aprioristicamente os sujeitos da relação processual neste ramo especializado são substancialmente desiguais e normalmente um deles não é imune a uma série de fatores externos adversos que podem comprometer sua capacidade probatória (PIRES, 2011, p. 223).

Em se tratando do ônus da prova no processo do trabalho, portanto, entendemos que há de prevalecer a corrente segundo a qual a norma do artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho é insuficiente, genérica, devendo ser complementada, com a vigência do novel Código de Processo Civil, pela disposição de seu art. 373, inclusive e principalmente no que tange à distribuição dinâmica do encargo probatório, porquanto se cuida de técnica apta a aproximar o processo trabalhista das especificidades do direito material que tutela, ao incumbir do ônus de produzir a respectiva prova aquela parte que detenha maior aptidão para tanto, obstando-se a ocorrência da *probatio diabolica* e observando-se, por conseguinte, os direitos fundamentais do jurisdicionado.

Embora acreditemos que a própria disposição celetista constante do artigo 769 da CLT, bem como o artigo 15 do novo diploma processual comum, somados à aplicação do princípio procedimental fundamental do devido processo legal e suas vertentes, seja suficiente a fim de que se admita no Direito Processual do Trabalho a distribuição dinâmica das cargas probatórias, consideramos muito interessante e apoiamos a proposta legislativa formulada por Baldini (2013, p. 202), buscando a inserção de dispositivo no diploma consolidado que expressamente acolha a teoria da distribuição dinâmica, com o propósito de eliminar quaisquer divergências a respeito. Traslada-se a seguir seu teor:

Art. 818-A. Verificando o juiz, a partir das peculiaridades do caso concreto, que a parte onerada em razão da incidência da regra do artigo anterior não

possui condições materiais, financeiras, técnicas, sociais ou informacionais de produzir prova das alegações deduzidas, poderá, excepcionalmente, inclusive de ofício, em decisão fundamentada e observado o contraditório, atribuir à parte contrária o ônus de produzir prova a respeito, desde que esta possua as condições necessárias.

§1º. A decisão proferida deverá indicar sobre quais alegações o ônus será atribuído à parte com melhores condições probatórias.

§2º. Se a parte onerada inicialmente pelo artigo anterior adquirir, no curso do processo, condições de produzir prova, o encargo deverá lhe ser atribuído. Na hipótese de a parte onerada pela distribuição dinâmica perder as condições de produção da prova por fatores supervenientes, a distribuição do encargo deverá ser regulada pelo critério do artigo anterior.

§3º. A dinamização do ônus da prova poderá ser efetivada, a critério do juiz, a partir da audiência de instrução, mas sempre antes do encerramento da fase probatória, garantindo oportunidade para que a parte onerada possa desempenhar adequadamente seu encargo.

4. Fundamentos para admissão da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no processo trabalhista

4.1. Fundamentos de ordem constitucional

No processo do trabalho, assim como em todos os demais instrumentos de distribuição de justiça presentes em nosso ordenamento jurídico, devem ser observadas as premissas e valores constitucionais, dada a hegemonia da Lei Suprema do Estado, constituindo-se sua missão maior a realização dos direitos fundamentais da pessoa, a proteção de sua dignidade.

O próprio processo trabalhista, em si, é um direito fundamental da pessoa, a qual tem direito ao devido processo legal, que se consubstancia naquele procedimento ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil; ou seja, cuida-se do processo justo, de uma tutela jurisdicional efetiva, célere, impositora de igualdade substancial entre as partes, respeitadora do acesso à justiça, do contraditório e da ampla defesa, bem assim da razoabilidade, sempre adequada às peculiaridades do caso concreto e que se desenvolva segundo a boa-fé e lealdade, em mútua cooperação entre as partes e o Estado, a fim de que se produza solução igualmente justa, razoável, equitativa, que cumpra o direito material prometido pelo Estado.

Os princípios processuais fundamentais do acesso à justiça, da efetividade da tutela jurisdicional, da paridade de armas, do contraditório, da ampla defesa, da adaptabilidade, da cooperação, lealdade e boa-fé, portanto, também no processo do trabalho devem se fazer presentes, sob pena de, em certos casos, eivar-se o procedimento de nulidade absoluta, em razão de sua inconstitucionalidade.

Pela natureza constitucional, o princípio da igualdade se irradia por todo o ordenamento jurídico, inclusive pelo Direito Processual do Trabalho, traduzindo-se como princípio de igualdade das partes na relação jurídica processual laboral, dirigido tanto ao legislador quanto ao juiz. Assim, legislador e juiz devem não apenas tratar as partes de modo igualitário, sem qualquer distinção ou favorecimento (igualdade formal), mas, também, e acima disso, se utilizarem de mecanismos processuais que reduzam as diferenças substanciais entre as partes, a partir de suas desigualdades específicas – muitas vezes oriundas de aspectos extraprocessuais -, buscando o equilíbrio real entre as partes (igualdade material), sob pena de inviabilizar o próprio exercício do direito fundamental de acesso à justiça (BALDINI, 2013, p. 123).

Conforme já analisado anteriormente, a distribuição da carga probatória no processo trabalhista nos termos do artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho é insuficiente, assim como quando aplicada a regra de distribuição estática (segundo a posição processual das partes e a natureza dos fatos), porquanto fica o procedimento alheio às peculiaridades do caso concreto, desvinculado da realidade fática do qual trata, o que foge completamente do escopo do Direito Processual do Trabalho de assegurar equilíbrio entre o hipossuficiente-trabalhador e o empregador, de conferir a maior efetividade possível à tutela jurisdicional. Pela aplicação de aludidas regras, não raro o trabalhador é colocado diante de situações em que precisa se desincumbir de um ônus probatório sem que goze de mínimas condições de fazê-lo, enquanto o empregador, ao revés, dispõe de todos os meios para obter a prova com facilidade. Nessas hipóteses, há inconstitucionalidade flagrante do procedimento, por malferir os direitos fundamentais do jurisdicionado de acesso à justiça, de efetividade, de igualdade e contraditório substanciais, enfim, de se submeter ao devido processo legal.

Se se aplicasse a teoria da distribuição dinâmica do encargo probatório, no entanto, o quadro poderia ser revertido, atribuindo o juiz do trabalho o ônus da prova, após a devida verificação das circunstâncias concretas, mediante decisão fundamentada e observado o contraditório, ao empregador, o qual disporia das condições necessárias à produção da prova, restando resguardados os direitos fundamentais do trabalhador.

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova tem plena aplicação no Direito Processual do Trabalho. Isso porque, os fundamentos que justificam a incidência da referida teoria no Direito Processual Comum (direito fundamental à prova e princípio da igualdade material no processo) também devem ser verificados no processo juslaboral (BALDINI, 2013, p. 121).

No que concerne à celeridade da tramitação processual, também princípio processual fundamental, certamente seria um pouco prejudicada pela repartição dinâmica da carga probatória, visto que a aplicação desta exige maiores cautelas, como a imprescindibilidade de observância do contraditório e de se garantir à parte onerada a devida oportunidade de se desincumbir de seu ônus. Todavia, não se trata de argumento bastante para obstar a incidência da regra de distribuição dinâmica ao processo trabalhista, porquanto prevaleceriam, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, os princípios fundamentais há pouco referidos, visto que de nada adiantaria ao jurisdicionado a entrega de uma tutela célere, porém inefetiva, injusta, distante das especificidades do caso concreto.

Ainda que haja certo prejuízo ao princípio da celeridade processual, entendemos que, neste caso, deverá ser dada prevalência aos princípios constitucionais processuais do contraditório e da ampla defesa, bem como ao escopo social do processo, buscando-se um julgamento pautado nas provas efetivamente realizadas, e não na aplicação de regras formais de distribuição dos encargos. Entre a celeridade processual e a justiça da decisão de mérito, em nosso entendimento, esta última deverá prevalecer (BALDINI, 2013, p. 135 e 136).

Entendemos, afinal, que a teoria da repartição dinâmica dos encargos probatórios deve ser admitida perante o processo trabalhista em prol dos princípios constitucionais do acesso à justiça, da efetividade da tutela jurisdicional, da paridade de armas, do contraditório, da ampla defesa, da adaptabilidade e da cooperação, lealdade e boa-fé.

4.2. Demais fundamentos

4.2.1. Princípio Protetorista

Como visto, o Direito do Trabalho é oriundo da imprescindível intervenção estatal nas relações de labor com o propósito de estabelecer regras e princípios próprios à proteção do hipossuficiente-obreiro, de modo a lhe garantir mínimas condições de trabalho, vez que se trata do sujeito vulnerável da relação trabalhista, em notória desigualdade perante o

empregador (PIRES, 2011, p. 184 e 185). E essa sua vulnerabilidade também se manifesta no âmbito do processo do trabalho, resultando em óbices procedimentais dos mais diversos.

Nesse contexto, de busca pelo reequilíbrio jurídico entre obreiro e empregador, foi erigido o princípio protecionista, “com o escopo de neutralizar as disparidades substanciais existentes entre as partes”, tratando-se desigualmente o trabalhador, na medida de suas desigualdades, “com vistas à obtenção da igualdade material entre os sujeitos da relação laboral” (BALDINI, 2013, p. 77).

De acordo com Martins (2013, p. 43):

O verdadeiro princípio do processo do trabalho é o da proteção. Assim como no Direito do Trabalho, as regras são interpretadas mais favoravelmente ao empregado, em caso de dúvida. No processo do trabalho também vale o princípio protecionista, porém analisado sob o aspecto do direito instrumental.

Para Marques (2008, p. 9 e 10):

O princípio protetor é, portanto, uma vertente que deve indicar ao julgador o caminho a ser trilhado na busca de estabelecer uma igualdade, ao menos juridicamente, entre empregado e empregador, limitando o poder do lado mais forte. Deve ser entendido como um instrumento fundamental, uma garantia que possui o trabalhador de que a lei será interpretada de modo a ampliar direitos, e de que a justiça, no momento de analisar o caso concreto, sopesará a hipossuficiência dele frente à hipersuficiência do empregador, considerando a diferença de posição social entre um e outro, o poder econômico e a preponderância de interesses. Funcionará, como já foi dito como um limitador de poder, seja este o econômico, o social ou mesmo o de influenciar o rumo de situações, cujos interesses particulares prevaleçam. Enfim, cabe ao princípio protetor, traduzido em três outros subprincípios, a saber, o princípio *in dubio pro operario*, o princípio da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador e o princípio da condição mais benéfica ao trabalhador, promover a aplicação, não do direito, mas da justiça ao caso específico em análise.

Nas palavras de Baldini (2013, p. 78), por sua vez:

A incidência do princípio protetor no Direito Processual do Trabalho é defendida como forma de reequilibrar as partes na relação jurídica processual, assim como sucede na relação jurídica material. Trata-se de adequar as regras do processo do trabalho às vicissitudes da relação jurídica material laboral.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a aplicação do princípio protetor no Direito Processual do Trabalho representa a materialização do princípio constitucional da igualdade material na relação jurídica processual laboral.

Assim, a observância do princípio protetor no processo do trabalho potencializa a eficácia do princípio da igualdade material na relação jurídica processual, pois tem como escopo a correção das desigualdades específicas e concretas da relação jurídica material laboral no processo trabalhista.

Subdivide-se o princípio protecionista em três subprincípios: a) princípio da regra mais favorável, segundo o qual, diante de uma colisão de regras, aquela que mais favoreça o trabalhador deve ser aplicada; b) princípio da conservação da condição de trabalho mais favorável, que determina que os direitos trabalhistas já adquiridos pelo obreiro não lhe podem ser retirados ou restringidos por regra superveniente; c) princípio do *in dubio pro operario*, pelo qual, em se deparando o operador do direito com uma norma de interpretação dúbia, em que haja duas ou mais interpretações possíveis, deve acatar aquela mais benéfica ao trabalhador (PIRES, 2011, p. 183).

Interessa-nos especificamente a vertente do *in dubio pro operario*, também denominada *in dubio pro misero*, vez que, como tratado anteriormente, a norma do artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho gera dupla interpretação, havendo aqueles que entendem cuidar-se de regra que disciplina suficientemente a distribuição do ônus da prova no processo trabalhista, enquanto há outros que defendem o contrário, afirmando que referido preceito deve ser complementado pela disposição constante do diploma processual comum.

Aplicando-se o princípio protecionista, a interpretação a ser aceita há de ser a que mais favoreça o trabalhador, qual seja, no nosso entendimento, aquela que interpreta sistematicamente o artigo 818 da CLT, reconhecendo-o como norma processual aberta que necessita da devida complementação, sendo que a aplicação da regra de repartição das cargas probatórias prevista no Código de Processo Civil mostra-se mais benéfica ao obreiro, mormente com a vigência do novel diploma processual comum, onde se admite expressamente a distribuição dinâmica do encargo probatório.

Mediante aplicação do princípio protecionista, pois, haverá de ser admitida no processo trabalhista a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova prevista no novel Código de Processo Civil, por se cuidar de regra mais favorável ao trabalhador.

4.2.2. Princípio da Aptidão Probatória

Conforme o princípio da aptidão, incumbida do ônus de trazer determinada prova aos autos será aquela parte que goze de melhores condições para tanto. “Aptidão para a prova significa sua produção por quem a detenha ou tenha melhor possibilidade de acesso à mesma,

independentemente de sua posição processual, ou seja, se autor ou réu” (PIRES, 2011, p. 167).

Em linhas gerais, a prova de determinada alegação deverá ser produzida pela parte que detenha as melhores condições materiais, financeiras, técnicas, sociais ou informacionais de efetuar-la, independentemente de sua posição na relação jurídica processual e da natureza do fato alegado a ser provado.

O fundamento para o princípio da aptidão para a prova seria a igualdade substancial dos litigantes no processo. Assim, determinando o juiz trabalhista que a prova seja produzida por aquele que detenha as melhores condições de fazê-lo, no caso concreto, estará sendo aplicado, em última análise, o princípio da igualdade material na relação jurídica processual trabalhista, reequilibrando as partes desiguais (BALDINI, 2013, p. 83).

Manifesta-se o aludido princípio em diversos entendimentos consolidados pelo Tribunal Superior do Trabalho, os quais atribuem o ônus da prova àquela parte que possa dele se desvencilhar com maior facilidade, a exemplo das seguintes súmulas:

Súmula nº 16. NOTIFICAÇÃO. 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 nº 212. DESPEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA. 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.

Súmula nº 338. JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA. I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário.

O princípio da aptidão probatória, somado ao da pré-constituição da prova, vem sendo utilizado pelo intérprete do Direito Processual do Trabalho para justificar a flexibilização da regra de distribuição do ônus probatório em certas hipóteses, tendo em vista que a repartição estática não tem servido adequadamente às exigências do direito material (PIRES, 2011, p. 91), o que reforça a ideia de que há de ser admitida na seara processual trabalhista a aplicação da regra de distribuição dinâmica, porquanto a aptidão para a prova se apresenta como um de seus critérios de aplicação.

4.2.3. Princípio da Pré-Constituição da Prova

Determina o princípio da pré-constituição da prova que a parte legalmente obrigada a confeccionar e a manter a documentação do contrato de trabalho deve apresentá-la em juízo quando requerida, por ser seu o ônus de produzir tal prova (PIRES, 2011, p. 171). A título de exemplo, tenha-se o dever de o empregador pagar os respectivos salários sempre mediante recibo, o qual deverá ser por ele mantido, por imposição contida no artigo 464 da CLT.

“A não juntada dos documentos não é, então, apenas uma falha processual, mas a demonstração de um descumprimento legal, um fato que gera uma presunção em favor do empregado” (SOUTO MAIOR, 1999, p. 176, apud PIRES, 2011, p. 173).

Segundo Baldini (2013, p. 81 e 82):

Sustenta-se a existência do princípio da pré-constituição da prova, decorrente de regras atinentes à produção da prova documental. Assim, em razão da obrigatoriedade legal de registro escrito e documentado de certos atos e negócios jurídicos, a parte que detém os documentos, pré-constituídos em relação ao ajuizamento da ação, teria o dever processual de exibí-los em juízo, quando requisitados.

No Direito do Trabalho, podem ser mencionados como exemplos de imposição legal do registro documentado: as anotações apostas na Carteira de Trabalho e Previdência Social do empregado (artigo 13 da Consolidação das Leis do Trabalho), as quais são consideradas como provas pré-constituídas (artigo 40); o registro obrigatório dos trabalhadores (artigo 41); marcação dos horários de entrada e saída do empregado (artigo 74, § 2º); a concessão de férias (artigo 135, § 2º); o recibo de pagamento (artigo 464), entre outros.

Este princípio influenciaria diretamente a distribuição dos ônus probatórios, na medida em que o juiz, no caso concreto, poderia inverter a carga probatória em desfavor daquele que possui os documentos (prova documental). (*grifo nosso*)

Considerando-se que referido princípio atribui o encargo probatório àquela parte que possa dele se desvencilhar com facilidade, independente de sua posição processual ou da natureza dos fatos alegados, vincula-se diretamente com a teoria da distribuição dinâmica das cargas probatórias, apresentando-se como um de seus critérios de aplicação, assim como o princípio da aptidão probatória, anteriormente tratado. Por esse motivo, entendemos que também reforça a ideia de que há de ser admitida perante o processo trabalhista a teoria da distribuição dinâmica.

5. Momento oportuno para aplicação da regra de distribuição dinâmica do Ônus da Prova no processo trabalhista

Como versado outrora, no processo comum a regra de repartição dinâmica do encargo probatório deverá ser aplicada quando da prolação do despacho saneador pelo juiz da causa, previamente à fase instrutória, delimitando os fatos pendentes de comprovação e a quem competirá prova-los, dentre outros, a teor do que dispõe o artigo 357 do novel Código de Processo Civil, ainda que essa distribuição possa ser alterada no curso da instrução por mudança superveniente nas condições probatórias das partes, desde que asseverado o direito ao contraditório e à oportunidade de se desincumbir do encargo imposto.

No processo do trabalho, no entanto, aludida regra não se aplicaria nestes exatos moldes, porquanto inexistente nesse procedimento específico o despacho saneador.

Apesar disso, ainda assim haveria de ser aplicada a distribuição dinâmica no processo laboral ao menos antecedentemente ao término da fase instrutória, a fim de que não se configure como mera regra abstrata de julgamento, e de modo a ser preservado o direito ao contraditório e a oportunidade da parte de se desvencilhar de seu ônus.

Em qualquer momento da instrução, constatando o magistrado ser caso de incidência da regra, por presentes suas condicionantes, estaria habilitado a dinamizar as cargas probatórias, com vistas à preservação dos direitos fundamentais do jurisdicionado. Estaria obrigado, entretanto, a assegurar impreterivelmente ocasião para que o incumbido do fardo probatório possa se manifestar a respeito da distribuição dinâmica, demonstrando se realmente goza ou não de condições para produzir a respectiva prova, bem como haveria de lhe assegurar oportunidade para obter a prova.

Caso seja empregada a repartição dinâmica apenas quando da prolação da sentença de mérito, como regra objetiva de julgamento, sem que seja conferida à parte onerada a chance de se manifestar sobre tal atribuição, ceifando-lhe qualquer oportunidade de se desincumbir de seu encargo, surpreendendo-a, haveria violação dos princípios constitucionais do contraditório formal e substancial, o que configuraria nulidade absoluta (BALDINI, 2013, p. 138).

Doutrinariamente não há indicação de distribuição probatória dinâmica no momento da prolação da sentença, pois causaria surpresa às partes o que poderia lhes retirar a oportunidade real de produzir a prova, permanecendo o litigante inerte, sem saber que poderia correr o risco de uma decisão desfavorável, violando assim, os princípios do contraditório, da ampla

defesa, do devido processo legal e do acesso ao Poder Judiciário (FERREIRA; FARIAS, 2014, p. 115).

Na acepção de Baldini (2013, p. 134 e 135):

[...] Sustentamos que a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho deve ocorrer na fase de instrução do processo, e não na fase de julgamento, estimulando a conduta processual das partes quanto à produção das provas necessárias ao deslinde do feito, diminuindo a possibilidade de constatação de um quadro de inexistência ou insuficiência de provas, sendo típica regra de atividade do juiz.

Assim, diante do procedimento específico do Direito Processual do Trabalho, o magistrado trabalhista deverá aplicar a dinamização, em regra, durante a audiência de instrução, seja em seu início, após a apresentação da defesa, seja até o seu término, após a colheita da prova testemunhal, mas, sempre, antes do encerramento da instrução processual, dando prévia ciência às partes acerca de sua excepcional incidência, possibilitando a produção de provas e contraprovas de acordo com a atribuição do ônus probatório conferida pela distribuição dinâmica. Considerando a dinâmica da instrução probatória, o juiz poderá se convencer da necessidade de relativizar o ônus da prova, no caso concreto, em qualquer momento da fase de produção da prova.

Isso porque, deve ser dada oportunidade à parte onerada pela dinamização do ônus probatório de alegar se tem ou não, de fato, as melhores condições de produção da prova, em observância aos princípios constitucionais processuais do contraditório e da ampla defesa, de modo que a parte dinamicamente onerada não seja surpreendida. [...] Apenas desse modo a distribuição dinâmica do ônus da prova poderá reequilibrar substancialmente a relação jurídica processual trabalhista sem violar direitos e garantias processuais das partes.

A audiência de instrução poderá, inclusive, ser adiada em razão da dinamização, para garantir que a parte onerada pela técnica tenha oportunidade de produzir provas de acordo com a nova regra.

No tocante à celeridade do procedimento trabalhista, conforme já versamos, ainda que seja um tanto lesado pelo emprego da regra de distribuição dinâmica do ônus da prova, não se mostra como motivo suficiente para afastar sua incidência, tendo em vista a necessária observância da igualdade e contraditório substanciais, bem como dos demais princípios processuais fundamentais efetivados por meio de sua aplicação.

6. Meio de impugnação da decisão de distribuição dinâmica do Ônus da Prova no processo do trabalho

No processo comum, da decisão de atribuição dinâmica do encargo probatório, por se cuidar de decisão de natureza interlocutória, caberá agravo de instrumento, por expressa determinação legal do artigo 1.015, inciso XI, do novo Código de Processo Civil.

No processo trabalhista, todavia, mencionada disposição não seria aplicável, dada a vigência nessa seara do princípio da irrecurribilidade imediata das decisões interlocutórias, constante do artigo 893, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho (“Os incidentes do processo são resolvidos pelo próprio Juízo ou Tribunal, admitindo-se a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias somente em recursos da decisão definitiva”).

No decorrer da instrução processual, portanto, vindo o magistrado trabalhista a distribuir dinamicamente o ônus da prova, à parte onerada, considerando incorreta a conduta do julgador, imediatamente, seria dado apenas manifestar-se em sentido contrário, expondo suas razões, no exercício do contraditório, sendo-lhe vedado, contudo, interpor recurso para a superior instância, o que somente poderá ser feito quando da impugnação da decisão definitiva.

O meio processual adequado, destarte, a teor do que prescreve o artigo 895, inciso I, do diploma consolidado, seria o recurso ordinário (“Cabe recurso ordinário para a instância superior: I - das decisões definitivas ou terminativas das Varas e Juízos, no prazo de 8 (oito) dias”), a ser apreciado pelo Tribunal Regional do Trabalho respectivo, o qual, concluindo ter sido a regra de repartição dinâmica aplicada equivocadamente, poderá, se for o caso, anular o julgamento proferido pelo juízo *a quo* e determinar a reabertura da fase instrutória.

Nesse sentido, o entendimento de Pires (2011, p. 194), consoante o qual:

Outra questão procedimental diz respeito à possibilidade de recurso quanto à determinação da distribuição dinâmica da prova, o que não oferece maiores problemas diante do sistema recursal no processo do trabalho e a previsão da não recorribilidade de decisões interlocutórias, como tal consideradas as manifestações dos juízes acerca da realização de provas. Desta forma, eventual insurgimento em face da distribuição do ônus da prova como realizada pelo juiz do trabalho em primeira instância se dará através do Recurso Ordinário (art. 895, I, da CLT). Por fim, também em segunda instância, por se tratar de juízo ainda de revisão de matéria fática acredito ser possível a atribuição do ônus da prova dinâmico, com determinação de reabertura da instrução processual a fim de que à parte agora onerada possa ser dada a oportunidade de realização da prova.

Assim também Baldini (2013, p. 140 e 141), que afirma que:

O Direito Processual do Trabalho é regido pelo *princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias*. Nesse sentido, como regra geral, as questões decididas no curso do processo apenas poderão ser apreciadas pelo Juízo *ad quem* por meio de recurso voltado à impugnação da decisão final. É isso que se extrai do artigo 893, parágrafo 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

[...] Assim, considerando que a decisão do magistrado trabalhista de primeiro grau que determina a aplicação, ou não, da teoria da distribuição dinâmica, podendo configurar, ou não, *error in procedendo* e nulidade processual absoluta, é típica decisão interlocutória, não sendo passível de recorribilidade imediata, o instrumento processual cabível para sua impugnação será o recurso ordinário, previsto no artigo 895, I, da Consolidação das Leis do Trabalho, cabível da decisão definitiva ou terminativa. Caso se trate de processo de competência originária dos Tribunais Regionais, a decisão interlocutória deverá ser impugnada também por meio do recurso ordinário, nos termos do inciso II do referido artigo, interposto quando da decisão final.

Segundo o mesmo autor, ainda, apesar de o Tribunal Superior do Trabalho não proceder ao reexame de fatos e provas em sede de recurso de revista (art. 896 da CLT), nos termos da súmula n. 126, por se tratar de recurso de natureza extraordinária, determinado à tutelar o direito objetivo (“buscando corrigir decisão que viole a literalidade da lei e uniformizar a jurisprudência trabalhista nacional”), e não o direito subjetivo da parte recorrente, seria referido recurso o instrumento adequado para se impugnar acórdãos prolatados em julgamento de recurso ordinário em dissídios individuais que versem sobre a distribuição dinâmica do ônus da prova, hipótese na qual o direito subjetivo da parte poderia ser tutelado indiretamente, caso a proteção do direito objetivo importe em tutela de direito material seu, podendo os fatos ser analisados a fim de receberem a correta qualificação jurídica, contanto que sejam incontroversos ou constem expressamente da decisão recorrida (BALDINI, 2013, p. 141 e 142).

Ainda que não seja admitida a análise direta de fatos e provas no âmbito do recurso de revista, é possível a impugnação quanto à aplicação e à violação de regras do direito probatório, como, por exemplo, a distribuição do ônus da prova, por se tratar de uma questão de direito. Portanto, o acórdão regional proferido em sede de recurso ordinário em dissídios individuais que decida sobre a aplicação da distribuição dinâmica da carga probatória poderá ser impugnado por meio do recurso de revista, alegando-se a incorreção ou omissão da incidência da teoria naquele caso concreto (BALDINI, 2013, p. 142).

Ademais, o autor vai além, defendendo que, no que tange à possibilidade de se impetrar mandado de segurança em oposição à decisão que empregue ou deixe de empregar a regra de repartição dinâmica das cargas probatórias, considerando-se a previsão legal de mecanismos próprios para impugnar tal decisão, bem como os restritos casos em que cabível no processo laboral aludido remédio constitucional, seria incabível, com o que concordamos (BALDINI, 2013, p. 142).

CONCLUSÕES

Com o advento da Carta Republicana de 1988, passaram a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro os princípios da unidade do ordenamento e da supremacia constitucional, vinculando-se todo e qualquer ato jurídico aos preceitos contidos na Magna Carta, cujo escopo maior é o da preservação da dignidade da pessoa, por meio da realização dos direitos fundamentais do indivíduo.

Em decorrência disso, consolidou-se em nosso sistema jurídico uma nova acepção do processo denominada Neoprocessualismo, consoante a qual há aludido instrumento de pautar-se conforme os princípios e valores inculpidos na Lei Suprema do Estado, que tantos e tão complexos são que se convencionou nominar seu conjunto de Direito Processual Constitucional.

Os princípios do acesso à justiça, da igualdade, do contraditório e da efetividade da tutela jurisdicional representam alguns desses princípios procedimentais fundamentais, os quais devem ser assegurados ao jurisdicionado sempre que possível, incumbindo ao magistrado tomar todas as providências cabíveis para o alcance desse desiderato, sob pena de eivar-se o procedimento de nulidade absoluta.

No tocante à distribuição do ônus da prova, cuida-se de ato processual delicado, cuja execução realizada de forma inadequada, desvincilhada das peculiaridades do caso concreto, pode culminar em grave afronta aos direitos fundamentais da parte.

Disciplinando referido ato do processo, temos as regras de distribuição estática e dinâmica das cargas probatórias, ambas expressamente dispostas no novel Código de Processo Civil.

A primeira, por si só, não raro malfere os princípios procedimentais constitucionais, porquanto considera apenas o interesse das partes na produção da prova, repartindo abstratamente os encargos conforme a natureza dos fatos alegados (constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo) e a posição processual das partes (autor ou réu). Ignora, pois, as particularidades do caso concreto, incumbindo do encargo de produzir certa prova, muitas vezes, parte processual que não goza de condições mínimas de fazê-lo, resultando, ao final, na sua sucumbência, ainda que verdadeira detentora do direito por ela alegado, em nítida ofensa aos princípios processuais fundamentais do acesso à justiça (pois a ação judiciária proposta pelo jurisdicionado de nada lhe serviria, senão para retirar seu direito e dá-lo a outrem), da efetividade da tutela jurisdicional (vez que o provimento jurisdicional, ao invés de realizar o

direito material prometido pelo Estado ao jurisdicionado, o negaria), da igualdade e do contraditório substanciais (porque não atuariam os jurisdicionados em paridade de armas no processo, com igual direito à prova e poder de influência na construção do convencimento judicial), enfim, do devido processo legal.

Apesar disso, constatamos que aludida regra tem suas virtudes, servindo como garantia de estabilidade e segurança jurídica ao sistema processual, motivo pelo qual não deve ser excluída, porém complementada, flexibilizada, atuando aí a técnica de distribuição dinâmica do ônus da prova, como doutrina de exceção, nas hipóteses em que a distribuição estática e apriorística afronta direitos fundamentais do jurisdicionado.

A regra de repartição dinâmica das cargas probatórias, por sua vez, não se vincula a critérios rígidos preestabelecidos por lei. Distribui o ônus da prova conforme as vicissitudes do caso concreto, a serem examinadas pelo juiz da causa.

Sua aplicação, sempre feita mediante decisão interlocutória devidamente fundamentada e assegurando-se às partes o direito ao contraditório e a oportunidade de se desincumbir dos encargos probatórios impostos, deve respaldar-se em pelo menos uma das hipóteses legais que a admitem, ou seja, ou na impossibilidade ou excessiva dificuldade da parte em se desvencilhar do ônus que lhe seria imposto segundo a regra de distribuição estática e abstrata, ou na maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, sendo que, em qualquer caso, não poderá incumbir a parte do encargo de obter prova diabólica, isto é, cuja obtenção seja para ela impossível ou excessivamente difícil. Além disto, temos que a condicionante deverá ser atestada ao menos indiretamente nos autos, bem como que a situação de dificuldade na obtenção da prova não poderá ter sido criada pela própria parte processual, a qual não pode ser beneficiada pela sua própria desídia.

Proporciona aludida regra observância aos princípios procedimentais fundamentais, visto que, dentre outros proveitos: a) mune o magistrado do poder-dever de equalizar o poder de influência exercido pelas partes na formação de seu convencimento, impondo o ônus da prova àquele que goze de condições para cumpri-lo; b) é aplicada previamente à fase de instrução (por vezes no decorrer de tal etapa processual, porém desde que até seu término), cientificando-se claramente às partes a respeito dos fatos que deverão ser provados e quais a cada uma incumbirá provar, asseverando-lhes a oportunidade de se desvencilhar de seus ônus; c) é mecanismo maleável, adaptável às singularidades do caso concreto, apto a realizar o direito material tutelado e, portanto, conferir à ação judiciária proposta a maior utilidade possível.

Em razão da intensa carga constitucional de que se reveste, deparando-se o magistrado com um caso em que cabível seu emprego, por presentes seus pressupostos, deverá obrigatoriamente fazê-lo, sob pena de lesar princípios fundamentais e com isso eivar o procedimento de nulidade absoluta, dada sua inconstitucionalidade.

No âmbito do processo do trabalho, o qual absorve a maioria das desigualdades presentes na relação trabalhista, culminando em verdadeiro desequilíbrio entre as partes, inferimos ser exigência premente a admissão da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, em razão da intensa compatibilidade revelada.

Na referida seara, há dispositivo próprio disciplinando a repartição dos encargos probatórios, qual seja o artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho. Entretanto, confirmamos que aludido preceito, isoladamente considerado, se mostra insuficiente, demasiadamente simplista para reger a matéria na esfera do processo laboral, considerando-se a complexidade da relação mantida entre empregado e empregador. Reafirmamos, portanto, que há de ser interpretado sistematicamente, de maneira que, considerados os princípios processuais fundamentais, se admita a aplicação subsidiária do preceito que rege a distribuição do encargo probatório constante do diploma processual comum.

Todavia, não apenas a regra de repartição estática e abstrata do ônus da prova prevista na mencionada codificação há de ser aplicada ao processo laboral, porquanto, como anteriormente explanado, por si só resulta, não raro, em situações de ofensa aos direitos fundamentais da parte. Também a regra de distribuição dinâmica presente no novel Código de Processo Civil deverá, pois, ser aplicada ao aludido domínio processual, por ser com ele compatível, dada sua aptidão para aproximar o processo da realidade fática de que cuida.

Como fundamentos que justificam sua admissibilidade, temos, primeiramente e acima de todos os demais, os de ordem constitucional, tendo-se em vista que se apresenta a repartição dinâmica como técnica apta a concretizar os princípios fundamentais do acesso à justiça, da igualdade e do contraditório substanciais, da efetividade, da adaptabilidade e da cooperação, lealdade e boa-fé.

Como demais fundamentos, temos os princípios da proteção, da aptidão probatória e da pré-constituição da prova. O primeiro sustentando a tese de que há de ser aplicado subsidiariamente o diploma processual comum ao processo do trabalho, por se tratar de interpretação mais benéfica ao trabalhador, considerando-se que o artigo 818 do diploma consolidado se apresenta como norma processual aberta, incapaz de disciplinar a matéria do ônus da prova por si só. Os demais, por se cuidar de parâmetros da regra de distribuição dinâmica das cargas probatórias, já ordinariamente utilizados pelo operador do direito

processual trabalhista a fim de flexibilizar a rigidez das regras que regulam a atribuição dos encargos da prova em tal alçada.

No que tange ao momento processual oportuno para aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório no processo laboral, entendemos que deverá ser empregada ao menos antecedentemente ao término da fase instrutória, como regra de atividade, e não de julgamento, de modo a ser preservado o direito ao contraditório e a oportunidade da parte de se desvencilhar de seu fardo, vez que caso seja empregada somente quando da prolação da sentença de mérito, como regra objetiva de julgamento, sem que seja conferida à parte onerada a chance de se manifestar sobre tal atribuição, ceifando-lhe qualquer oportunidade de se desincumbir de seu encargo, surpreendendo-a, haveria violação dos princípios constitucionais do contraditório formal e substancial, o que configuraria nulidade absoluta.

Embora dessa forma reste um tanto prejudicado o princípio fundamental da celeridade, tal consequência não se traduz em argumento bastante para afastar a incidência da regra, vez que, como visto, realiza tantos outros princípios fundamentais, os quais, mediante aplicação do princípio da proporcionalidade, haveriam de prevalecer em relação àquele.

Por derradeiro, no que diz respeito ao meio de impugnação da decisão que atribui de forma dinâmica o ônus da prova no domínio processual trabalhista, concluímos que, em razão da vigência nessa seara do princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, apresenta-se como adequado o recurso ordinário. Ademais, em face de acórdãos prolatados em julgamento de recurso ordinário em dissídios individuais, mostra-se cabível o recurso de revista, o qual, entretanto, somente se prestaria a tutelar indiretamente o direito subjetivo da parte, e apenas na hipótese de a proteção do direito objetivo importar em tutela de direito material seu, contanto que os fatos envolvidos sejam incontroversos ou constem expressamente da decisão recorrida.

Esperamos que o presente trabalho tenha colaborado para o melhor esclarecimento da questão estudada, fomentando seu desenvolvimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALMEIDA JR., João Mendes de. **Direito judiciário brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1960.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Ônus da Prova e sua modificação no processo civil brasileiro**. Revista Jurídica: Órgão Nacional de Doutrina, Jurisprudência, Legislação e Crítica Judiciária, Porto Alegre: Notadez/Fonte do Direito, n. 343, p. 49, mai. 2006.

AZEVEDO, Antonio Danilo Moura de. **A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no direito processual civil brasileiro**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18508-18509-1-PB.pdf>> Acesso em: 11 out. 2014.

BALDINI, Renato Ornellas. **Distribuição dinâmica do ônus da prova no direito processual do trabalho**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-05122013-093647/>>. Acesso em: 18 mai. 2015.

BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales** (Trad. OSSORIO Y FLORIT, Manuel; MONEREO PÉREZ, José Luiz). Buenos Aires: Comares, 2001.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: anteprojeto**. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>> Acesso em: 23 fev. 2015.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. **Direito Constitucional à Prova no Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CARBONE, Carlos Alberto. **Cargas Probatorias Dinámicas: una mirada al derecho comparado y novedosa ampliación de su campo de acción**. In. PEYRANO, Jorge W. (dir.); LÉPORI WHITE, Inés (coord.). **Cargas probatorias dinámicas**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 210.

CARPES, Artur Thompsen. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Prova e Participação no Processo Civil: Dinamização dos ônus probatórios na perspectiva dos direitos fundamentais.** Tese (Mestrado), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/14251>> Acesso em: 23 fev. 2015.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. **Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios.** Revista Jurídica, 137. Porto Alegre, n. 280, 2001, p. 97.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, volume 01: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento.** 16. ed. Bahia: Edições JusPODIVM, 2014.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil, volume 02: Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação da Tutela.** 9. ed. Bahia: Edições JusPODIVM, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo.** São Paulo: Ed. Malheiros, 1993.

FERREIRA, Letycia Vieira Firmino Ferreira; FARIAS, Leandro Pompermayer. **Aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho.** Revista JurES - v. 6, n. 13 (2014), p. 102-121. Disponível em: <<http://revistas.es.estacio.br/index.php/juresvitoria/article/viewFile/494/442>> Acesso em: 18 mai. 2015.

FRANCO, Elza Maria M. S. de Sousa. **Lineamentos sobre a teoria da inversão do ônus da prova e o princípio da igualdade das partes no processo do trabalho.** Revista LTr: legislação, doutrina e jurisprudência. São Paulo: LTr, v. 55, n. 11, nov. 1991, p. 1311-1318.

FRIEDRICH, Izabella Naccaratti André. **A aplicação da Teoria da Carga Dinâmica das provas no Processo Civil Brasileiro.** Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2013/trabalhos_12013/IzabellaNaccaratti.pdf> Acesso em: 16 set. 2014.

GUILHERME, Thiago Azevedo. **Regras de distribuição do ônus da prova e de efetivação do acesso à justiça.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LÉPORI WHITE, Inés. **Cargas Probatorias Dinámicas**. In. PEYRANO, Jorge W. (dir.); LÉPORI WHITE, Inés (coord.). **Cargas probatorias dinámicas**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 69-70.

LOURENÇO, Haroldo. **O Neoprocessualismo, o Formalismo-Valorativo e suas influências no novo CPC**. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/11458405> Acesso em: 27 jul. 2015.

MACHADO JÚNIOR, Arnaldo de Aguiar; RODRIGUES, Adriana Bonfim. **A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova adotada no novo CPC: o modelo pautado na Justiça Processual**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2840, 11 abr. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18880>>. Acesso em: 30 set. 2015.

MALLET, Estevão. **Discriminação e processo do trabalho**. Revista do TST. Rio de Janeiro. V. 65, n. 1, p. 148-159, out./dez. 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: RT, 2010.

MARQUES, Ana Maria Almeida. **Notações sobre o princípio protetor no direito do trabalho na contemporaneidade e a precarização do labor humano**. Rev. Jur., Brasília, v. 10, n. 91, p. 01-31, jun./set., 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_91/Artigos/PDF/AnaMarques_Rev91.pdf> Acesso em: 28 jun. 2015.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Direito Processual do Trabalho**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MUSTAFA, Breno. **A aplicabilidade da teoria das cargas probatórias dinâmicas ao processo do trabalho**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28996/a-aplicabilidade-da-teoria-das-cargas-probatorias-dinamicas-ao-processo-do-trabalho>> Acesso em: 04 out. 2014.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 6. ed. São Paulo: RT, 2002.

_____; _____. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 9. ed. São Paulo: RT, 2006.

NEVES, Bethânia Couto Pinheiro e. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI142078,11049-A+distribuicao+dinamica+do+onus+da+prova> Acesso em: 16 set. 2014.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PEYRANO, Jorge W. **Aspectos procesales dela responsabilidade profesional. Las responsabilidades profesionales – Libro Homenaje ao Dr. Luis O. Andorno**. Coord. Augusto M. Morello e outros. La Plata: LEP, 1992, p. 263.

_____. **Nuevos Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas**. In. PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (Coords.). **Cargas Probatorias Dinámicas**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 19-24.

PIRES, Líbia da Graça. **Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho**. 2011. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/.../Libia_da_Graca_Pires_DO.pdf Acesso em: 11 out. 2014.

RIBEIRO, Flávia Pereira. **A carga dinâmica das provas**. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/flaviaribeiro/2011/08/15/a-carga-dinamica-das-provas/> Acesso em: 28 set. 2014.

SANTOS, Flávia Luísa Firmo e; BONACCORSI, Amanda Helena Azeredo. **Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova No Processo do Trabalho**. Disponível em: <http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=1361> Acesso em: 05 out. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado Editora Ltda, 2005.

SCHIAVI, Mauro. **Provas no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 66, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Direito Processual do Trabalho. Efetividade, Acesso à Justiça e Procedimento Oral**. São Paulo: LTr, 1999.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Curso de Direito Processual do Trabalho: processo de conhecimento – II**. Vol. 2. São Paulo: LTr, 2009.

VIANA, Márcio Túlio. **Critérios para a inversão do ônus da prova no processo trabalhista**. LTr: revista legislação do trabalho, São Paulo, v. 58, n. 10, p. 1216-1224, out. 1994.

VICENTINI, Fernando Luiz. **Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova**. Instituto de Estudos Previdenciários, Belo Horizonte, ano 8, n. 323, 01 agosto 2014. Disponível em: <<http://www.ieprev.com.br/conteudo/id/35552/t/teoria-da-distribuicao-dinamica-do-onus-da-prova>>. Acesso em: 30 set. 2015.

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

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Participação e processo**. São Paulo: RT, 1988, p. 128-135.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da Prova sem o requisito da urgência e o Direito Autônomo à Prova**. São Paulo: Editora: Malheiros, 2009.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova**. Revista de Processo. São Paulo: RT, vol. 37, n. 205, mar. 2012, p. 115-158.

ZUFELATO, Camilo. **Novas tendências sobre o ônus da prova e o Projeto de Novo CPC - parte I**. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/novas-tendencias-sobre-o-onus--da-prova-e-o-projeto-de--novo-cpc---parte-i/8117>> Acesso em: 27 set. 2014.

_____. **Novas tendências sobre o ônus da prova e o Projeto de Novo CPC – parte II (conclusão)**. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/novas-tendencias-sobre-o-onus-da-prova-e-o-projeto-de-novo-cpc---parte-ii-conclusao/8276>>
Acesso em: 27 set. 2014.