

DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL TRABALHISTA

Alana Coutinho Pereira¹
Cíntia dos Arbués Nery da Silva Lopes²
José Carlos Cordeiro Gomes³
Magno Fernandes Uemura⁴

RESUMO: Este estudo visou a análise acerca da distribuição dinâmica do ônus da prova no direito processual trabalhista, e objetivou avaliar a incidência das novas regras da distribuição dinâmica do ônus da prova no direito processual do trabalho. Abordou-se os aspectos gerais das formas probatórias, do ônus da prova, da distribuição estática e dinâmica e a inversão do ônus da prova enquanto mecanismos da prestação jurisdicional. Buscou-se a clarificação desta teoria como importante ferramenta na busca pela paridade processual e a efetividade do provimento jurisdicional, proporcionando à parte vulnerável maiores chances de ter seu direito reconhecido. Para tanto, aderiu-se à pesquisa de abordagem qualitativa apoiada em pesquisa bibliográfica a partir de autores como Neves (2018), Pereira (2018) e Santos (2018), bem como o Novo Código de Processo Civil e a Consolidação das Leis Trabalhistas, fundamentais ao embasamento deste estudo. Concluiu-se que a incidência da moderna teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova acabou por esvaziar o conceito da técnica da inversão do ônus da prova e que aquela supre em todos os aspectos as necessidades dos sujeitos na defesa de seus interesses.

PALAVRAS-CHAVE: Prova. Ônus da prova. Distribuição dinâmica.

DYNAMIC DISTRIBUTION OF THE BURDEN OF PROOF IN LABOR PROCEDURAL LAW

ABSTRACT: This study aimed to analyze the dynamic distribution of the burden of proof in procedural labor law, and aimed to evaluate the incidence of the new rules of dynamic distribution of the burden of proof in procedural labor law. General aspects of evidentiary forms, the burden of proof, static and dynamic distribution and the inversion of the burden of proof as mechanisms of jurisdictional provision were addressed. We sought to clarify this theory as an important tool in the search for procedural parity and the effectiveness of the judicial provision, providing the vulnerable party with greater chances of having their right recognized. To this end, a qualitative research approach was supported by bibliographical research based on authors such as Neves (2018), Pereira (2018) and Santos (2018), as well as the New Code of Civil Procedure and the Consolidation of Labor Laws, fundamental to the basis of this study. It was concluded that the incidence of the modern theory of the dynamic

¹Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário. Advogada. Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Cathedral – UniCathedral. E-mail: alana.coutinho@hotmail.com.

²Especialista em Docência no Ensino Superior (UniCathedral). Bacharel em Direito (CESUR). Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Cathedral – UniCathedral. E-mail: cintiaarbues@unicathedral.edu.br.

³Especialista em Direito Civil e Processo Civil e em Direito Penal e Processual Penal. Docente do Curso de Direito do Centro Universitário Cathedral – UniCathedral. E-mail: jc.cordeirogomes@hotmail.com.

⁴Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Cathedral – UniCathedral. E-mail: vectornrg@gmail.com.

distribution of the burden of proof ended up emptying the concept of the technique of the inversion of the burden of proof and that it supplies in all aspects the needs of the subjects in the defense of their interests.

KEYWORDS: Proof. Burden of proof. Dynamic distribution.

1 INTRODUÇÃO

Em terreno probatório, o conceito de prova não se encontra pacificado doutrinariamente, posto ser a lei insuficiente para prever todos os eventos do cotidiano e, a verdade real, ou absoluta, ser inalcançável, já que as partes envolvidas num dissídio sempre defenderão o que lhes aprouver. Contudo é evidente a necessidade da busca por essa verdade, pois é ela fator de legitimação da própria decisão judicial.

Não raramente, encontram-se situações nas quais o encargo probatório é demasiado, ou de difícil consecução a uma das partes, fazendo surgir a inversão do ônus da prova e a possibilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova, por decisão judicial fundamentada, cabendo ao magistrado atribuir o ônus da prova à parte que tenha melhores condições de produzi-la, ou seja, a quem tiver maior capacidade probatória.

Com todos os entraves encontrados nos diversos meios de prova, como a dificuldade em se conseguir a prova testemunhal, e o acesso restrito à prova documental, a distribuição dinâmica do ônus da prova toma para si relevante valor na busca da equidade no processo trabalhista, trazendo à tona, então, a necessidade de um estudo aprofundado de sua aplicação, amplitude e eficácia para a justa resolução do conflito.

Em tais reflexões, considera-se pertinente e de suma importância, tanto acadêmica quanto juridicamente, discutir a distribuição dinâmica do ônus da prova, seu momento de aplicação, as interações e limitações com o Código de Processo Civil, o Código de Defesa do Consumidor e outras áreas do direito, seu alcance e consequências.

Isto posto, surge a dúvida sobre as formas existentes para se provar os fatos, como obtê-las, quem deve produzi-las e de que forma serão distribuídas, busca-se, então, mitigar tais questões nesta pesquisa, que tem como tema a Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Direito Processual Trabalhista, com a seguinte indagação: a incidência das novas regras de distribuição dinâmica do ônus da prova são suficientes à efetiva tutela jurisdicional dos direitos trabalhistas?

Nesse contexto, esse artigo objetivou avaliar a incidência das novas regras de Distribuição Dinâmica do ônus da Prova no Direito Processual do Trabalho, e, para tal, apresentou-se os aspectos gerais do ônus da prova, no desiderato de avaliar a incidência das novas regras condizentes insculpidas na Consolidação das Leis Trabalhistas após o advento da Reforma Trabalhista proposta pela Lei 13.467 de 13 de julho de 2017.

No intuito de estudar a incidência das novas regras positivadas na CLT, no que tange à Distribuição Dinâmica do Ônus das Prova, pela Lei 13.467 de 2017, a Reforma Trabalhista, nos dissídios trabalhistas, utilizou-se uma pesquisa básica.

Diante do tema exposto neste artigo, a forma de interpretação e análise da lei supracitada, a pesquisa qualitativa foi de suma importância visto que o objetivo desta é analisar a dinâmica e as peculiaridades dos atos probatórios na seara trabalhista.

Com vistas a propiciar maior familiaridade com o tema proposto, explicitá-lo e criar a possibilidade de suscitar hipóteses, aderiu-se à pesquisa exploratória para que possa servir como base para estudos posteriores.

Ademais, foi utilizada a pesquisa bibliográfica a partir de livros, artigos científicos e sites governamentais que discutem a temática, pois tal procedimento será essencial para a formulação de respostas ao problema levantado. No campo doutrinário, o estudo de autores de renome na área trabalhista, e também cível, como Leite (2017), Santos (2018), Pereira (2018), bem como a Consolidação das Leis Trabalhistas (2017) e o Código de Processo Civil (2015), se fez imprescindível ao enriquecimento do estudo ora tentado.

Isto posto, entendeu-se conveniente adotar como método de abordagem o método dedutivo, que parte de proposições gerais para chegar a conclusões particulares, o qual permite reduzir uma realidade global intrincada em seus componentes básicos e simples.

Como método de procedimento, acredita-se que o método monográfico foi o que melhor se adequou por possibilitar a investigação dos elementos citados e expor as divergências dos fatos, explicando-os segundo suas semelhanças e diferenças.

A maior justificativa deste estudo é a clarificação desta teoria que hoje se mostra como importante ferramenta na busca pela paridade processual, e a efetividade do provimento jurisdicional, proporcionando, com isso, à parte vulnerável maiores chances de ter seu direito reconhecido, posto que o convencimento do julgador é diretamente influenciado pela prova, bem como o direito material alegado e discutido judicialmente pelo empregado.

2 ASPECTOS GERAIS DAS PROVAS

Faz-se imprescindível para a eficaz compreensão do tema proposto o entendimento de conceitos fundamentais ao Direito Processual do Trabalho, enquanto ramo autônomo do Direito do Trabalho, dos princípios norteadores da matéria probatória e principalmente as espécies e meios de produção das provas.

O vocábulo prova tem natureza polissêmica, com acepções comuns, usadas no cotidiano, e acepções jurídicas voltadas à técnica processual. No uso cotidiano, tem como significado exame, argumento, razão, verificação, dentre outros. Como verbo significa verificar, examinar, reconhecer por experiência, persuadir alguém de alguma coisa, demonstrar.

Em termos jurídicos, pode assumir diversos significados, como preleciona Daniel Amorim Assumpção Neves:

[...] (a) pode significar a produção de atos tendentes ao convencimento do juiz, confundindo-se nesse caso com o próprio procedimento probatório (por exemplo, o autor tem o ônus de provar, ou seja, de praticar os atos atinentes à formação do convencimento do juiz); (b) pode significar o próprio meio pelo qual a prova será produzida (prova documental, prova testemunhal etc.); (c) pode significar a coisa ou pessoa da qual se extrai informação capaz de comprovar a veracidade de uma alegação, ou seja, a fonte de prova (documento, testemunha); (d) pode significar o resultado de convencimento do juiz (por exemplo, “esse fato está devidamente provado nos autos”). (NEVES, 2018, p. 724).

Como se pode notar é vasta a possibilidade de utilização em diversos sentidos, o que torna a exata conceituação bastante complexa.

É a prova manifestação cabal do princípio do contraditório, podendo-se, para tal, utilizar-se de todos os meios legais e moralmente legítimos de levar o conhecimento dos fatos ao juízo, no intuito do convencimento a respeito dos fatos que alicerçam a pretensão.

No entanto, para o fim a que se destina este estudo, uma definição bastante acertada é a de que prova é o meio pelo qual se forma o convencimento do juiz a respeito da alegação dos fatos controvertidos e relevantes para o processo.

Duas são as espécies de finalidade das provas: finalidade imediata ou direta e o convencimento do juiz acerca da veracidade, ou não, dos fatos alegados, de forma a conduzi-lo à prolação da sentença de mérito que trará a justa satisfação da pretensão jurisdicional; finalidade mediata ou indireta trata do convencimento da parte contrária.

Constituem-se objeto das provas as alegações sobre os fatos. Via de regra, somente as alegações dos fatos devem ser provadas, visto que o atual sistema processual acolheu a

presunção legal de que o juiz conhece o direito (*iura novit curia*) e, por consequência, as normas que regem o ordenamento jurídico.

Os fatos alegados em juízo devem ser provados, devendo ser relevantes, pertinentes, não notórios, não presumidos e controvertidos, conforme se extrai subsidiariamente do Código de Processo Civil em seu art. 374:

Art. 374. Não dependem de prova os fatos: I – notórios; II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III – admitidos no processo como incontroversos; IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. (BRASIL, 1988, p. 01).

Conceituam-se os fatos citados no artigo acima como: notórios são os fatos de amplo conhecimento da população onde tramita o processo; os fatos confessados não geram a discordância sobre eles, ou seja, são incontroversos; aqueles admitidos como incontroversos são aqueles cujas alegações não estão em desacordo.

Os fatos em que se presume legalmente a existência ou veracidade também prescindem de prova. Aqui há de se contextualizar a presunção absoluta, que não permite prova em contrário, e a presunção relativa, que pode ser refutada por prova em sentido contrário. Assim, o reclamante não tem que provar o vício de vontade ao renunciar ao direito de férias remuneradas, já que existe presunção legal de que tal renúncia é viciada.

Já a existência de anotação na carteira de trabalho é tida como presunção relativa, conforme súmula 12 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), *in verbis*: “As anotações apostas pelo empregador na carteira profissional do empregado não geram presunção *juris et de jure*, mas apenas *juris tantum*” (BRASIL, TST, Res 121/2003). Depreende-se, então, que as anotações apostas na carteira profissional do trabalho podem ser contestadas apresentando provas em sentido contrário.

As provas são um direito constitucional e, como tal, devem estar calcadas em princípios, tendo por objetivo a retidão e efetividade do processo probatório.

Dessa forma, urge elencar aqueles de maior importância nesse processo, como o princípio do contraditório e da ampla defesa, que determina que as partes têm o direito fundamental de se manifestarem sobre as provas apresentadas; o princípio da isonomia probatória, também conhecido por princípio da paridade de armas probatórias ou princípio da igualdade, que diz respeito à concessão de oportunidades igualitárias na produção das provas; o princípio da persuasão racional do juiz e da busca da verdade real, que afirma que o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e

indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento, o que vai ao encontro do princípio da primazia da realidade, princípio norteador do Direito Material do Trabalho, nas palavras de Leone Pereira:

No âmbito trabalhista, essas argumentações encontram perfeita harmonia, até porque um dos grandes princípios do Direito Material do Trabalho estudados pelo saudoso jurista uruguaio Américo Plá Rodrigues é o princípio da primazia da realidade, pelo qual no confronto entre a verdade real e a verdade formal, a primeira prevalecerá. Assim, o que realmente importa é a realidade dos fatos, o que efetivamente ocorreu no mundo fático. (PEREIRA, 2018, p. 587).

Como se vê, verdade real e verdade formal não se confundem, já que a primeira pertence ao que acontece na vida, e a segunda aos elementos constantes do processo.

Ainda sobre os princípios, o princípio da licitude e probidade da prova que diz serem inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos; o princípio da necessidade da prova, dita que são insuficientes as alegações das partes para demonstrar a fidedignidade ou não de determinado fato; o princípio da aquisição da prova, informa que tendo sido uma vez produzida se incorpora ao processo, passa a pertencer a ele e deve ser considerada no contexto do conjunto probatório e não de forma isolada; o princípio da imediação justifica-se em relação às provas orais, colhidas em audiência, como oitiva de testemunhas; o princípio da oralidade traz em seu bojo a primazia da linguagem oral, prevalece a palavra oral sobre a escrita.

São meios de prova os tipos genéricos admitidos no processo, os mecanismos utilizados para investigar ou demonstrar os fatos. A respeito deles, o regramento legal vigente possibilita o exercício do direito de empregar todos os meios legais e moralmente legítimos, mesmo que não especificados em lei, para provar a verdade dos fatos nos quais se baseiam o pedido, ou a defesa, e motivar a convicção do juiz.

Dessa forma, como rol exemplificativo, são meios de prova comuns: a confissão; a ata notarial; o depoimento pessoal das partes; a prova testemunhal; a prova documental; a prova pericial; a inspeção judicial.

São espécies de prova no processo trabalhista o depoimento pessoal tido como o interrogatório das partes na audiência; a documental, documento público ou privado, que instruem a inicial, ou a contestação, ou mesmo a juntada *ex officio*; a testemunhal, quando, sob compromisso, um terceiro não interessado no processo tem a obrigação de depor dizendo a verdade e informando os fatos conhecidos; e a pericial, para provar fatos que dependam de conhecimento técnico.

2.1 ÔNUS DA PROVA

Com relação aos ônus da prova temos que, etimologicamente, o vocábulo ônus tem o significado de peso, carga, fardo. Na Teoria Geral do Processo, ônus tem significado próprio, não se coadunando com o conceito de obrigação ou dever. Dessa forma, a alegação a respeito de um fato não induz as partes à obrigação de produzir provas. Elas terão o ônus de produzi-las, nas palavras de Marcus V. R. Gonçalves:

[...] O ônus distingue-se da obrigação, porque esta é a atividade que uma pessoa faz em benefício da outra. O devedor, por exemplo, tem a obrigação de pagar ao credor. O ônus é a atividade que a pessoa desempenha em favor de si mesma, e não da parte contrária. O litigante tem o ônus de contestar, o que lhe trará o benefício de tornar controvertidos os fatos; sem isso, sofrerá a consequência desfavorável decorrente da sua omissão. (GONÇALVES, 2018, p. 433).

Assim, cada uma das partes tem que provar aquilo que alegou o autor na petição inicial e o réu na contestação. Os fatos que forem controversos necessariamente deverão ser comprovados, em regra geral, pelo autor os fatos constitutivos de seu direito, e pelo réu os fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do seu direito.

Resumidamente, pode-se dizer que no ônus, o sujeito tem a faculdade de adotar a conduta descrita na norma, tendo liberdade para tal, o que não ocorre na obrigação ou no dever; a não desincumbência do ônus não se constitui como ilícito, nem resulta em sansão, o contrário daquilo que acontece com a obrigação e no dever; o ônus regula interesse próprio, enquanto a obrigação regula interesse do titular do direito subjetivo correspondente, e o dever ao interesse de toda a coletividade; no ônus, o onerado tem posição ativa, assume as consequências de sua inércia, e na obrigação e no dever o obrigado ou devedor é passivo, sujeitando-se ao cumprimento da obrigação ou do dever, caso exigido pela parte a qual interesse.

O ônus da prova subdivide-se em dois aspectos: o ônus subjetivo e o ônus objetivo. O primeiro diz respeito a quem deve provar, regra imposta pelo art. 818 da CLT; a título de exemplo, quando o reclamante postula vínculo empregatício e o reclamado nega absolutamente esse direito, ao reclamado incumbe provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado pelo reclamante, quando, o reclamado concorda que houve serviço prestado, mas sob a forma autônoma, atrai dessa forma o ônus de provar aquilo que alega. O segundo, dirigido ao juiz, surge da incapacidade das partes em produzir provas de maneira satisfatória,

não desvelando a verdade dos fatos, o que, sob essa perspectiva, dá azo às regras de julgamento, quando o juiz deverá considerar a distribuição do ônus da prova quando da decisão de mérito.

2.2 DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA, DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA E A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Com a reforma trabalhista implementada pela Lei 13.467/2017, o art. 818 da CLT, preleciona:

Art. 818. O ônus da prova incumbe:
I - ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
II - ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante. (BRASIL, 2017, p. 01).

Assim, acabou reproduzindo o art. 373 do CPC/2015, que vinha sendo aplicado subsidiariamente com o antigo art. 818, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, em questões probatórias e que atualmente não se faz mais necessário, visto que a CLT passa a ter regramento autônomo.

O aludido artigo da CLT normatiza as chamadas cargas estáticas e dinâmicas do ônus da prova que determinarão as regras de distribuição do ônus probatório e a inversão do ônus da prova. Nesse sistema, o *onus probandi* é distribuído conforme a posição da parte na relação jurídica processual, e a natureza dos fatos que fundamentam suas pretensões e exceções. O critério dessa distribuição é o interesse da parte em provar aquilo que foi alegado.

Acertadamente cabe ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito, enquanto ao réu incumbe provar os fatos impeditivos, extintivos ou modificativos da pretensão formulada pelo autor, restando, assim, em posição mais cômoda que o autor, quanto à distribuição do ônus da prova, na medida em que somente terá interesse e necessidade da produção de provas caso o autor comprove os fatos constitutivos do direito alegado. Destarte, é fato que às partes incumbe, sempre, o exposto acima e é essa rigidez da regra que caracteriza a Distribuição Estática do Ônus da Prova.

A impossibilidade ou dificuldade em produzir a prova, conhecida por prova diabólica, concretiza situação tal que é substancialmente difícil de ser efetivada, ou seja, a parte encontra dificuldade considerável em produzir sua prova e se desincumbir do encargo probatório. Diante de tal situação, o juiz pode determinar, fundamentadamente, que a parte contrária produza as provas do fato contrário invertendo-se o ônus da prova, o que se denomina Inversão do Ônus da Prova.

O art. 818 da CLT apresenta a distribuição estática do ônus da prova como regra geral, porém, permite ao juiz que se valha da regra denominada Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, consoante à diretriz de seu parágrafo 1º, *in verbis*:

Art. 818 [...]§ 1º- Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído; [...]. (BRASIL, 2017, p. 01).

Assim, o juiz, ao verificar as peculiaridades e as vicissitudes do caso concreto, pode atribuir o *ônus probandi* de maneira diversa a que determina a regra geral utilizando-se do princípio da aptidão da prova, para com isso atingir a verdade real.

2.3 O MECANISMO DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA.

A moderna doutrina da distribuição dinâmica do ônus da prova surgiu a partir da excessiva dificuldade da produção de provas nos moldes do art. 818 da CLT, impondo à parte, em alguns casos, a impossibilidade do exercício do direito fundamental do efetivo acesso justo à justiça.

O estudo da carga dinâmica do ônus da prova advém da proposição da possibilidade de o juiz atribuir o ônus da prova a depender da análise das singularidades de cada caso. Destarte, ao verificar na análise do caso concreto que possui o reclamante muita dificuldade em se desvencilhar do ônus de produção da prova constitutiva de seu direito, está autorizado por lei a atribuir o ônus da prova ao reclamado.

Na maioria dos casos, ocorre a situação de prova diabólica, aquela quase impossível de se provar, como nos casos de assédio sexual, moral ou de práticas discriminatórias no ambiente de trabalho, como se comprova a partir de jurisprudência firmada em grau de recurso ordinário pelo Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região:

DANO MORAL. ASSÉDIO SEXUAL. DIFICULDADE DE PROVAS. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DA CARGA PROBATÓRIA. INVESTIGAÇÃO INTERNA DA EMPRESA. DOCUMENTOS SONEGADOS AO JUÍZO. CONFISSÃO. CONDENAÇÃO DEVIDA. A prova do assédio sexual é difícil, uma vez que o assediador, em regra, age às portas fechadas e não deixa testemunhas diretas. Não é à toa que, até mesmo no processo penal, está consagrada a importância da palavra da vítima nos

crimes contra a liberdade sexual, desde que coerente com outros elementos indiretos ou indiciários. Não é diferente no caso de responsabilidade civil por assédio sexual, pois o agente evita expor suas investidas perante terceiros, deixando para agir nos momentos em que se encontra a sós com a vítima. Daí porque dificilmente se terá uma prova direta, indiscutível, de um comportamento inadequado de ordem sexual - ressalvadas as hipóteses de exibicionismo compulsivo. Se no direito penal, muito mais rigoroso quanto à necessidade de prova do fato delituoso, a palavra da vítima de crime sexual assume um relevo diferenciado e tem um certo peso probatório, com maior razão se deve adotar um critério flexível para efeito de verificação de assédio sexual no plano da responsabilidade civil, distribuindo-se o ônus da prova de forma dinâmica. No caso dos autos, além de uma série de indícios de uma situação de constrangimento sexual no trabalho, a empresa deixou de apresentar os registros do procedimento investigatório interno, apesar de instada a fazê-lo pelo juízo, gerando a presunção de veracidade dos fatos que a parte autora pretendia provar com os documentos (art. 400, II, CPC). Dessa forma, é de se prover o recurso para se reconhecer os danos decorrentes do assédio sexual e do assédio moral que se seguiu. (TRT-13 - RO: 00002084520195130029 0000208-45.2019.5.13.0029, 2ª Turma, Data de Publicação: 16/10/2019).

Nesse sentido, nota-se que a distribuição dinâmica aparece como mecanismo subsidiário à regra geral insculpida no art.818 da CLT, ou seja, não tem o intuito de substituí-la, mas sim aperfeiçoá-la no escopo da não violação dos direitos e garantias constitucionais ou infraconstitucionais e seus princípios norteadores, em especial o do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa.

A essência do processo é solucionar o conflito e extinguir o dissídio jurídico, para tanto, o juiz deve proferir sentença de mérito, que deve ser baseada em sua convicção, formada na comprovação dos fatos alegados pelas partes no tramitar do processo. Ainda, com base no art. 370 do CPC pode o juiz determinar a produção de provas, complementares às atividades probatórias das partes, no intuito de suprir deficiências e obscuridades, restabelecendo o equilíbrio material entre as partes e ofertar a melhor solução do conflito. Nesse contexto, pode ser a distribuição dinâmica ser realizada a pedido das partes ou a *ex officio*.

A aferição da desigualdade probatória deve ter como lastro a experiência do magistrado, do conhecimento daquilo que comumente acontece em conflitos semelhantes, causas repetitivas, das práticas dos litigantes habituais e dos critérios técnicos e racionais.

Nessa aferição, importa destacar a análise da real impossibilidade da produção da prova e as condições em que se encontram as partes com relação a ela, posto que a carga probatória somente deve ser atribuída à parte que realmente não tenha condições materiais, técnicas, financeiras, sociais e informacionais de produzi-la, e que a parte onerada por causa da

atribuição da dinamização esteja em posição privilegiada, no desiderato de afastar o comodismo processual da parte contrária, e a ocorrência da prova diabólica reversa.

Dessa forma, é necessário que o reclamante não tenha condições de produção de provas proeminentes à comprovação de suas alegações, mas também a reclamada deve ter essas condições. Ao contrário, é insuficiente que a reclamada detenha as condições propícias para a produção das provas necessárias ao deslinde do feito, o reclamante não deverá possuir tais condições.

Um ponto relevante e controverso a respeito da distribuição dinâmica do ônus da prova é o momento processual adequado de sua aplicação pelo magistrado, se durante a instrução processual, ou quando da prolação de sentença de mérito.

Como afirmado anteriormente, o juiz deve julgar de acordo com sua convicção, formada a partir das provas produzidas para a comprovação dos fatos alegados, e, desta forma, dar maior eficácia social ao resultado do processo. Neste diapasão, o momento oportuno para a distribuição diversa do ônus probatório será antes ou na audiência, quando o juiz se familiariza com a lide, saneia o processo, delimita o cerne da controvérsia e define as regras de distribuição do ônus da prova.

Por imposição legal, parágrafos 1º e 2º do artigo 818 da CLT, deve o juiz, ao atribuir o ônus da prova de maneira diversa, oportunizar à parte sobre a qual incidiu a dinamização a possibilidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído, e que essa decisão deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por todos os meios em direito admitidos.

Corroborando esta posição assevera, Enoque Ribeiro dos Santos:

No processo do trabalho, o momento oportuno para a modificação do ônus da prova ocorre em audiência, primeira oportunidade que tem o magistrado de conhecer a lide. Será o momento em que o juiz poderá sanear o processo, delimitar o objeto ou cerne da controvérsia e definir as regras sobre o ônus da prova. Consoante disposição legal (art. 818, § 1º, CLT), o juiz, verificando a necessidade de inverter o ônus da prova, deverá fazê-lo antes de iniciar a instrução, evitando, assim, que a parte sobre quem vier a recair o ônus seja surpreendida. Destarte, o juiz poderá inverter o ônus da prova, mas terá que fazê-lo com parcimônia e de maneira que assegure que a parte prejudicada possa produzir a prova, ou seja, antes da instrução processual. (SANTOS, 2018, p. 441).

Desta forma, levando em conta a dinâmica da instrução probatória, o juiz poderá reconhecer a necessidade de relativizar o ônus da prova, no caso concreto, em qualquer

momento da fase de produção probatória auferindo, dessa forma, incremento suficiente à eficácia da tutela jurisdicional do direito trabalhista.

Em face de todo o exposto, verifica-se que a incidência das novas regras de distribuição dinâmica do ônus da prova é suficiente e eficaz à efetiva tutela jurisdicional dos direitos trabalhistas.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da última década, o direito do trabalho, junto a outros ramos do direito, vem sofrendo transformações significativas, principalmente em razão da globalização, dos avanços tecnológicos e sociais, da flexibilização de direitos trabalhistas e da incidência dos modernos conceitos dos direitos humanos, trazendo nessa esteira novas demandas.

Acompanhando essa evolução do direito do trabalho e do direito processual, o direito processual do trabalho foi influenciado a analisar a eficácia dos mecanismos processuais frente à necessidade de tutela efetiva dessas novas demandas, um desses mecanismos processuais trabalhistas é o ônus da prova.

Os atos probatórios vêm sendo estudados e debatidos já há muito tempo e, ainda hoje, são matéria controversa. Desde o conceito de prova, ainda não pacificado doutrinariamente, passando pela sua produção e chegando a mais moderna teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, muito ainda há a ser discutido.

Diferentemente do processo civil, em que a relação jurídica entre as partes goza de plena igualdade, no processo do trabalho o empregado quase sempre se encontra em situação desfavorável, de vulnerabilidade contratual, em relação ao empregador, já que não detém a mesma aptidão, seja de ordem técnica, material ou informacional, na produção probatória, restando, então, prejudicado na prova dos fatos alegados e na busca da verdade ideal.

A melhor solução para o conflito estabelecido entre as partes é aquela que o magistrado, munido dos poderes a ele outorgados por lei, analisa todo o material probatório e caso ainda lhe sejam necessários maiores esclarecimentos a respeito da comprovação dos fatos alegados, determine os procedimentos cabíveis dentro dos limites impostos pelas regras de instrução e julgamento.

Nesse contexto, a regra geral insculpida no art. 818 da CLT diz ser o ônus da prova do reclamante, e a ele incumbe provar os fatos constitutivos do direito alegado, a título de exemplo, quando postula vínculo empregatício e o reclamado nega absolutamente esse direito incumbe provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado pelo reclamante,

quando concorda que houve serviço prestado, mas sob a forma autônoma, atrai a o ônus de provar aquilo que nega.

Essa distribuição do ônus da prova que depende da posição das partes na relação processual, da natureza dos fatos que lastreiam suas pretensões ou exceções trata-se da distribuição estática do ônus da prova.

Muito embora esse posicionamento garanta estabilidade e segurança jurídica ao sistema processual, parte da premissa de que os sujeitos processuais detenham as mesmas condições materiais, financeiras, técnicas, sociais e informacionais de produção da prova, o que, na prática, se mostra insuficiente para a efetiva resposta jurisdicional, já que o empregado se encontra em situação de vulnerabilidade frente ao empregador.

Quando da análise do material probatório o juiz concluir que uma parte está em melhor posição de provar um fato, não há de se dizer que essa técnica de inversão judicial do ônus da prova configura-se como distribuição dinâmica, pois o que acontece é o afastamento da regra geral para a aplicação de outra, subsidiária, quando a aplicação daquela resulte em desequilíbrio entre as partes na relação jurídica processual.

Situações nas quais o empregado não tem como produzir, ou lhe é muito difícil, as provas ideais para corroborar o direito alegado são corriqueiras nas lides trabalhistas. É nesse cenário, a fim de minimizar essa disparidade de condições, que se faz útil e benéfica a distribuição dinâmica do ônus da prova, que na dificuldade extrema ou impossibilidade da parte em se desvencilhar do ônus probatório e a outra parte encontrar-se em melhores condições de arcar com a carga probatória, pode o magistrado atribuir de forma diversa à regra geral o ônus da prova.

De todo o exposto, conclui-se que a incidência da moderna teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova é suficiente à efetiva tutela jurisdicional do direito trabalhista já que melhor se adequa às vicissitudes do caso concreto, às rápidas mudanças nas demandas trabalhistas e ao alcance da justa solução, impedindo o comodismo processual e a prova diabólica reversa, proporcionando à parte vulnerável melhores condições de defesa dos seus interesses.

4 REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de Maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 21 abr. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 14 abr. 2020.

_____. Súmula nº 12. **Tribunal Superior do Trabalho.** Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_1_50.html#SUM-12>. Acesso em: 21 abr. 2020.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 21 abr. 2020.

_____. **Tribunal Regional do Trabalho 13ª Região TRT-13** - Recurso Ordinário Trabalhista: RO 0000208-45.2019.5.13.0029 0000208-45.2019.5.13.0029. Disponível em: <<https://trt-13.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/773746703/recurso-ordinario-trabalhista-ro-2084520195130029-0000208-4520195130029?ref=serp>>. Acesso em: 26 jul. 2020.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil.** 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018

PEREIRA, Leone. **Manual de processo do trabalho.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos; Filho, Ricardo Antonio Bittar Hajel. **Curso de direito processual do trabalho.** 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2018.