

Ônus da prova no processo do trabalho: a teoria da distribuição dinâmica e sua aplicação prática. Critérios e casuística

Fábio Porto Esteves

Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE/FDR). Especialista em Processo Civil pela ESA/OABPE. Professor de graduação e pós-graduação na Faculdade Estácio do Recife e no Centro Universitário UNIFAVIP. Diretor Tesoureiro da Escola Superior de Advocacia Rui Antunes (ESA/PE). Ex-Conselheiro estadual titular da OAB/PE. Ex-Presidente da Comissão de Estágio e Exame de Ordem. Membro do Instituto Ítalo-Brasileiro de Direito do Trabalho. Membro da Associação Norte e Nordeste de professores de processo. Advogado. Autor de livro e artigos científicos. *E-mail:* portoesteves@uol.com.br.

Resumo: O presente artigo tem por objeto a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no direito processual do trabalho e sua aplicação prática. Analisa, inicialmente, o conceito da prova e sua finalidade e importância para o desenrolar da ação judicial e sua dinâmica probatória. Examina também o texto os aspectos gerais acerca do ônus da prova no processo do trabalho referentes às regras contidas no artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, bem como a aplicação subsidiária do artigo 373 do Código de Processo Civil. Investiga os aspectos gerais da teoria da distribuição do ônus da prova para estabelecer os conceitos e distinções entre a distribuição estática e a distribuição dinâmica do ônus da prova. A importância e atualidade do tema foram fundamentais para a escolha do autor, posto que prova é a soma dos meios produtores de certeza e, através dela, as demandas são ganhas ou perdidas, definindo o destino das partes no processo.

Palavras-chave: Direito processual do trabalho. Prova. Ônus da prova. Carga dinâmica. Processo Civil. CLT. CPC.

Sumário: 1 Considerações iniciais – 2 Do conceito de prova processual – 3 Finalidade da prova – 4 Ônus da prova – 5 Da distribuição do ônus da prova – 6 Da distribuição dinâmica (teoria dinâmica) do ônus da prova – 7 Distribuição do ônus da prova: regra de procedimento ou de julgamento? – 8 Considerações finais – Referências

1 Considerações iniciais

Este artigo trata da teoria dinâmica do ônus da prova, introduzida pelo Código de Processo Civil de 2015, que, dentre as inovações trazidas na sistemática processual, consagrou a possibilidade de haver uma nova carga quanto ao ônus da prova. A teoria da carga dinâmica foi, com a promulgação da Lei nº 13.467, de 17 de julho de 2017, introduzida na Consolidação das Leis do Trabalho, a partir de

profunda alteração e acréscimos na redação do art. 818, consolidado, encerrando décadas de redação sintética e simplificada que procurava se afastar do Código de Processo Civil.

O direito à prova é definido pela doutrina como aquele assegurado às partes de praticar os atos processuais atinentes à necessidade de comprovação da veracidade de suas alegações. Através das provas, busca-se investigar a verdade dos fatos ocorridos e controversos no processo judicial.

No primeiro momento, tratar-se-á do conceito de prova no direito processual comum e do trabalho, sua finalidade e seu destinatário, bem como se farão ainda algumas considerações acerca das teorias de distribuição do ônus probatório, previstas nos dispositivos legais do CPC e da CLT.

Ao final deste texto, é avaliada a aplicabilidade da distribuição do ônus da prova no processo do trabalho, tanto antes quanto depois da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.4067/2017). Examinam-se, também, os aspectos práticos da aplicação da distribuição do ônus da prova na Justiça do Trabalho a partir de sua jurisprudência para, em seguida, se tratar de um tema de grande importância quanto ao procedimento da distribuição do ônus da prova, qual seja: se o instituto é regra de procedimento e/ou regra de julgamento.

2 Do conceito de prova processual

A prova é um dos temas mais importantes no direito processual devido à sua relação com a própria jurisdição e com a construção da decisão judicial, posto que o juiz deve averiguar as narrativas contidas nos autos para deliberar sobre as cognições decisórias.¹

Consoante sua importância, as provas já foram chamadas de “o coração do processo” pelo jurista italiano Francesco Carnelutti, pois é por meio delas que a parte pretende demonstrar em juízo os fatos e a veracidade de sua narrativa e definir, assim, o destino da causa.²

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart³ assim definem a prova em direito processual:

É todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a convencer o

¹ ARAÚJO, José Henrique Mouta; LEMOS, Vinicius Silva. *Procedimento comum no processo de conhecimento*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 391.

² Sobre o tema: “O ônus da prova é certamente um dos principais institutos do processo e, quiçá, de todo o ordenamento jurídico, pois a prova ou seu ônus estão diretamente ligados ao sucesso ou não da pretensão proposta”. FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *A prova no processo civil: principais inovações e aspectos contraditórios*. 3. ed. Londrina, PR: Thoth. p. 39.

³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009. p. 57.

Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo.

Não há conceituação legal da prova no Código de Processo Civil, tampouco na Consolidação das Leis do Trabalho, resumindo o CPC a indicar quais os meios de prova são destinados às alegações da matéria de fato em juízo, cabendo aqui distinguir prova de meios de prova. Meios de prova são ferramentas disponíveis às partes ou ao próprio juízo (no caso da inspeção judicial, por exemplo) em uma demanda no intento de buscar a convicção judicial, atingindo o resultado processual desejado de convencimento do órgão julgador a respeito da narrativa fática.

Assevera o art. 369 do CPC:

As partes têm 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.

Percebe-se da redação do referido dispositivo haver uma amplitude quantos aos meios probatórios à disposição das partes em juízo, pois, além daqueles previstos expressamente, podem ser utilizados outros moralmente aceitos, capazes de demonstrar a veracidade de suas alegações, a facilitar o acesso do jurisdicionado à justiça, consagrando, assim, o princípio da atipicidade das provas⁴ para, em especial, permitir o uso das novas tecnologias como meios eficazes e moralmente aceitos de prova, ainda que tenham sido previstas na lei processual – e não poderia ser diferente diante das rápidas mudanças de comportamento vivenciadas na sociedade pós-moderna.

A prova tem como objeto os fatos (o chamado *fato probandi*); ou, ainda, as alegações das partes em torno dos fatos é que deverão ser demonstradas e valoradas, no intuito de verificar o juiz quais estão próximas da realidade. Vale registrar que o direito positivado independe de prova, pois deve ser conhecido pelo juiz (*juria novit curia*), exceto as exceções previstas no art. 376 do CPC, nas quais cabe à parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe o teor e a vigência, se assim o juiz determinar.

⁴ Sobre o princípio da atipicidade das provas, Cássio Scarpinella Bueno ensina que: “Trata-se de princípio pelo qual qualquer meio de prova deve ser admitido, ainda quando não previsto expressamente, desde que não agrida os valores consagrados no ordenamento jurídico. Trata-se, com efeito, de fixação de premissa importante para extrair do art. 369 do Código de Processo Civil toda sua potencialidade, levando em conta, como não poderia deixar de ser, o modelo constitucional do direito processual civil” (*Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol. 2: procedimento comum, processos nos tribunais e recursos. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 242).

Os fatos a serem provados são aqueles relacionados à lide e que tenham relevância no deslinde da causa como forma de convencimento do juiz e sejam controversos, ou seja, aqueles alegados por uma parte e contestados pela outra. Dessa maneira, os fatos incontroversos não são objeto de prova, posto serem aceitos como verdadeiros.

Porém, nem todos os fatos necessitam ser provados, pois, a teor do disposto no art. 374 do CPC, 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.

No processo do trabalho, um exemplo de fato notório pode ser encontrado na Súmula nº 217 do TST, *in verbis*:

DEPÓSITO RECURSAL. CREDENCIAMENTO BANCÁRIO. PROVA DISPENSÁVEL. O credenciamento dos bancos para o fim de recebimento do depósito recursal é fato notório, independentemente da prova.

Em outros termos, o fato entra no processo sob a forma de enunciados que o descrevem ou – mais frequentemente – sob a forma de conjuntos ordenados de enunciados, ou seja, de narrações.⁵

A doutrina processual clássica debateu durante bom tempo o conceito de verdade real e verdade formal, a forma com que o julgador deveria lidar com a verdade e sua busca no processo e a definição de verdade e certeza. Hodiernamente, a distinção entre a verdade real e a verdade substancial perdeu seu interesse e brilho.

Pode-se, para efeito de conceituação, afirmar que verdade real é aquilo que aconteceu na realidade, determinada pelos fatos. Verdade formal é a verossimilhança, ou seja, a verdade que se extrai dos autos do processo.⁶

Destarte as verdades formal e real atuarem em campos diversos, não há oposição de uma a outra. A verdade formal delimita a prova utilizada na fundamentação da decisão judicial, e a verdade real permite trazer aos autos provas independentemente da vontade ou iniciativa das partes, ou ainda subvertendo o ônus da prova.

⁵ TARUFFO, Michele. O fato e a interpretação. In: *Ensaios sobre o processo civil: escritos sobre processo civil e justiça civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 89.

⁶ SCHIAVI, Mauro. *Provas no Processo do Trabalho*. 8ª edição. São Paulo: JusPodivm, 2021. p. 26.

No ensinamento de Mauro Schiavi:⁷

A doutrina clássica costuma realizar uma divisão da verdade em real (também chamada substancial) e formal (também chamada processual ou verossimilhança). Verdade real é aquilo que acontece na realidade, independentemente da vontade humana. Verdade formal é a verossimilhança, ou seja, a verdade que se extrai dos autos do processo.

Por muito tempo, defendeu-se que, no processo penal, prevalecia a busca pela verdade real sobre os fatos, pois o bem da vida em litígio teria maior importância à sociedade. Já no processo civil prevalecia a busca pela verdade formal, aquela extraída do conjunto probatório constante dos autos, uma vez que o objeto do processo é, normalmente, de cunho patrimonial e, por isso, de menor importância social.

Essa visão se encontra superada, porque tanto o processo civil quanto o processo do trabalho lidam com direitos fundamentais, na medida em que se busca a afirmação desses direitos em juízo a justificar a busca da verdade real, absoluta, substancial sobre os fatos, ainda que essa busca se mostre no mais das vezes complexa e negativa.

Muitos afirmam que não se busca a verdade absoluta no processo e que esta não é o objetivo da produção das provas, eis que alcançar a verdade no processo é tarefa das mais difíceis ou até impossível, pois necessitaria da reconstituição de fatos pretéritos. Na lição de Eduardo Cambi:⁸ “Apesar de a prova estar voltada ao acertamento das situações fáticas, há uma série de limitações que dificultam ou impossibilitam que a reconstrução desses fatos corresponda à realidade”.

Entretanto, todos os sujeitos do processo devem envidar esforços para se atingir a verdade substancial no processo como forma de prestação da tutela jurisdicional qualificada e justa, ainda que não se consiga esse objetivo, uma vez que o processo não poderia ficar parado por tempo indeterminado aguardando a resolução da controvérsia, comprometendo a razoável duração do processo, e inviabilizaria a tomada de decisão final de mérito.

3 Finalidade da prova

A prova tem como finalidade principal formar a convicção do juiz acerca dos fatos alegados no processo pelas partes, na inicial ou na contestação. Nesse caso, o juiz seria o destinatário final da prova, a partir do modelo do livre convencimento motivado.

⁷ *Manual de direito processual do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2020. p. 675.

⁸ *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 53.

Entretanto, a liberdade de valoração da prova pelo juiz não é absoluta, mas se refere ao fato de que o juiz, conforme ensina William Ferreira Santos, “não tem critérios predeterminados para determinação de emprego dos meios de prova ou para valoração das provas produzidas, mas deve demonstrar claramente os motivos de seu convencimento”.⁹

A produção de provas não se destina apenas a formar o convencimento do órgão julgador. Também tem a finalidade de convencer a parte contrária, pois a prova também diz respeito aos outros sujeitos do processo, bem como interessa à sociedade para que exerça o controle da atividade do Estado-Juiz. Assim, as provas possuem uma função endoprocessual em relação ao juiz e às partes e extraprocessual em relação à sociedade. Há, portanto, uma pluralidade dos destinatários da prova, sejam as partes, juiz ou até mesmo terceiros interessados.

Nesse sentido, o Enunciado nº 50 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC): “Os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz”.

A prova tem por finalidade precípua convencer o juiz acerca das narrativas dos fatos existentes no processo; porém, no plano secundário, também se destina à persuasão da parte contrária, em especial diante do princípio da cooperação, que não mais permite que o processo seja conduzido por juiz que detenha superpoderes a submeter as partes, mas que busque o diálogo entre partes, juízes e todos os demais atores em processo cooperativo (art. 6º do CPC).

4 Ônus da prova

O ônus da prova é o encargo legal atribuído às partes para que demonstre a existência dos fatos alegados de seu interesse no processo.

O chamado *onus probandi* diz respeito ao interesse da parte em demonstrar a veracidade dos fatos alegados em juízo, seja na petição inicial ou na contestação. Com base nessa premissa, a lei processual fixou os critérios relativos à distribuição desse encargo.

O ônus da prova divide-se em ônus subjetivo e objetivo. No ônus subjetivo, indagar-se-á a quem pertence o dever de provar o fato alegado. No direito processual comum, de acordo com o CPC, adotou-se uma regra subjetiva e estática, ou seja, analisa-se a posição da parte em juízo, bem como a natureza dos fatos. Ao autor cabe provar o fato constitutivo do seu direito e, ao réu, os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

⁹ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 286-287.

O ônus probatório objetivo consiste na obrigação do juiz apreciar a prova constante dos autos, independentemente de quem a produziu, e indicar as razões de seu convencimento (art. 371 do CPC).

Seguindo essa ordem lógica, não é permitido ao juiz se escusar de sentenciar, sob o fundamento de que os fatos não foram clarificados, posto ser vedado ao magistrado o *non liquet*, em que ele se recusa à prestação da tutela jurisdicional, conforme determina o art. 140 do CPC.

Salienta-se que o juiz tem poder instrutório, podendo determinar a produção da prova que achar necessária à solução justa da demanda. Nesse sentido, o art. 765 da CLT prevê que os “Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”.

Ensinam Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:¹⁰

O ônus da prova consiste na necessidade de provar, em que se encontra cada uma das partes, para possivelmente vencer a causa. Objetivamente, contudo, uma vez produzida a prova, toma-se irrelevante indagar quem a produziu, sendo importante apenas verificar se os atos relevantes foram cumpridamente provados (princípio da aquisição).

Importante mencionar que o ônus da prova difere da obrigação, posto que o primeiro é um encargo que vincula à parte, cujo cumprimento poderá lhe ser útil à vitória no processo, em detrimento à parte contrária. Nesse sentido, o interesse de produzir a prova é da própria parte, e não de outrem, naquilo que a doutrina chama de imperativos do próprio interesse.

Portanto, quem possui o ônus probatório sofrerá as consequências negativas se deixar de produzir a prova em seu favor, cuja abstenção o faz perder os efeitos desse ato processual.

5 Da distribuição do ônus da prova

O Código de Processo Civil, em seu art. 373, determina, como regra estática, que a prova dos fatos constitutivos incumbe ao autor, enquanto a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito incumbe ao réu.

¹⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 31ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 434-435.

No mesmo sentido, o art. 818 da CLT, com redação alterada pela Lei nº 13.467/2017, prevê a distribuição do ônus de prova no direito processual do trabalho, *in verbis*:

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.

Em uma cópia quase idêntica ao disposto no art. 373, *caput*, do CPC, a CLT apresenta como regra geral a chamada carga estática do ônus da prova, na qual a cada parte compete provar o alegado em sua petição inicial (autor) ou contestação (réu). A palavra estática é relacionada com algo que está parado, que não está em movimento, ensina Leone Pereira.¹¹

Assim, cabe ao autor fazer uma apresentação das provas sobre os fatos deduzidos em juízo, ou seja, incumbe à prova do fato constitutivo do seu direito, que normalmente é negado pelo réu em sua contestação, em defesa direta. Caso isso ocorra, o ônus da prova permanece com o autor, pela regra estática estabelecida, que determina que cabe a este provar suas alegações. Em caso contrário, se a postura do réu for de alegar um fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, em formato de defesa indireta, a essa parte caberá o ônus da prova de tais fatos, tendo em vista que novas alegações surgirão a partir da contestação, em contraponto à petição inicial.

Como exemplos do ônus probatório, citam-se as ações sobre a existência ou não de relação de emprego, tão comuns na Justiça do Trabalho, em que o autor deve provar o fato constitutivo de seu direito a demonstrar que houve o liame empregatício. No caso de o empregador reconhecer a prestação de serviços, porém, na forma de trabalho eventual, autônomo ou até mesmo voluntário, caberá a este o ônus de provar, pois terá alegado um fato impeditivo do direito do autor.

Nesse sentido, o Tribunal Superior do Trabalho manifesta-se em diversas súmulas, como a de nº 212:

DESPEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

¹¹ PEREIRA, Leone. *Manual de Processo do Trabalho*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 819.

Também o item VIII da Súmula nº 6 do TST, que versa sobre equiparação salarial, afirma: “É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial”.

O fato constitutivo do direito do autor é aquele que possui a capacidade de gerar o direito postulado em juízo, que, uma vez provado, leva à procedência do pedido formulado na peça de ingresso.

Fato impeditivo é aquele que provoca a ineficácia dos fatos alegados pelo autor. Como exemplo, o autor aduz ter sido dispensado sem justa causa, porém a empresa alega a despedida com justa causa, o que impede o pagamento das verbas rescisórias.

O fato modificativo, por sua vez, provoca a alteração dos fatos alegados pelo demandante. É o caso de o reclamante requerer o pagamento de comissões no percentual de 10% sobre as vendas, mas a reclamada prova ter sido contratado o percentual de 5%, não havendo, assim, qualquer diferença a ser adimplida.

Por fim, o fato extintivo põe fim à obrigação assumida pelo reclamado, não podendo mais ser exigida pelo reclamante. A renúncia, a transação e o pagamento de obrigação são exemplos típicos de fatos extintivos do direito do autor alegados pelo réu.

O ônus estático ou subjetivo da prova no processo do trabalho sempre se prestou a manter a zona de conforto do julgador, eis que havia insuficiência da CLT em fornecer alternativas à aplicação de ônus da prova diverso.

Porém, com o passar do tempo, a jurisprudência uniforme do Tribunal Superior passou a adotar hipóteses de inversão do ônus da prova na tentativa de complementar o sistema probatório trabalhista. Assim, têm-se alguns exemplos de aplicação diversa desse ônus, tais como: a presunção de veracidade das anotações na CTPS do trabalhador, quando houver divergência nas alegações em juízo, de acordo com a Súmula nº 12 do TST;¹² na hipótese de haver cartões de ponto com horários inflexíveis (horário britânico) de entrada e saída do empregado, considera o TST com sendo inseríveis como meio de prova, de acordo com o item III da Súmula nº 333.¹³

6 Da distribuição dinâmica (teoria dinâmica) do ônus da prova

Como verificado no item acima, a regra geral do ônus da prova, prevista tanto na CLT quanto no CPC, é a da teoria estática, que distribui previamente o ônus a

¹² Súmula nº 12 do TST. CARTEIRA PROFISSIONAL. As anotações apostas pelo empregador na carteira profissional do empregado não geram presunção “*juris et de jure*”, mas apenas “*juris tantum*”.

¹³ Súmula nº 338 do TST. JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA. III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir. (ex-OJ nº 306 da SBDI-1- DJ 11.08.2003).

cada uma das partes litigantes, cabendo ao autor demonstrar o fato constitutivo do seu direito e, ao réu, o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

A Lei nº 13.467/2017 alterou a redação do art. 818 da CLT, com a inclusão do §1º, para adotar a teoria dinâmica do ônus da prova, a acompanhar as regras empregadas pelo CPC de 2015. Com isso, a teoria estática, que antes era utilizada de forma quase absoluta, passa a compartilhar o ônus da prova com a distribuição dinâmica ou flexível.

Assim determina o §1º do art. 818 da CLT, *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.

A distribuição dinâmica diz respeito à maior aptidão para a parte que se encontre em melhores condições, sejam profissionais, econômicas, técnicas ou fáticas, para produzir a prova do fato controverso. Uma pessoa física não tem as mesmas condições processuais que uma pessoa jurídica, que tem maiores recursos econômicos e pode ter influência política nas decisões.¹⁴

Nesse sentido, o julgado abaixo transcrito, *in verbis*:

ENCARGO PROBATÓRIO. TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E TELEOLÓGICA, CONJUNTA, DO REGRAMENTO INSCRITO NOS ARTIGOS 818 DA CLT E 373, §1º, DO CPC. Induvidosa a aplicação, à processualística do trabalho, da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova consagrada pelo novel artigo 373, parágrafo primeiro, do CPC, a teor da Instrução Normativa nº 39/2016 do C. TST, a circunstância não significa, de per si, relegar à inoperabilidade o teor induvidoso do artigo 818 da CLT. Mas da leitura e interpretação sistemática, teleológica e conjunta dos regramentos legais, emerge a ilação de que o ônus da prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, diante das circunstâncias fáticas apresentadas, da natureza da matéria controvertida e considerando, notadamente, a obrigação empresária

¹⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. 40. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 449.

relativa à guarda e manutenção dos documentos pertinentes ao contrato de trabalho. Apelo ao enfoque desprovido.

(TRT-3 - RO: 00113097920175030077 MG 0011309-79.2017.5.03.0077, Relator: Júlio Bernardo do Carmo, Data de Julgamento: 08/02/2019, Quinta Turma, Data de Publicação: 12/02/2019. DEJT/TRT3/Cad.Jud. Página 1350. Boletim: Não.)

Assim, nesse caso, não mais importa a quem a lei atribui o ônus probatório, mas, sim, quem tem maiores e melhores condições de produzir o encargo, buscando a paridade de armas no processo e impondo, através de decisão fundamentada do juiz, a cooperação das partes na busca pela verdade real.

O vocábulo “dinâmica” é utilizado especificamente para demonstrar que, nessa ordem de ideias, a problemática de a quem incumbe o ônus da prova não está definida de modo pronto e acabado pela lei, de maneira estática, mas, sim, comporta possibilidade de alteração pelo juiz, seguindo critérios definidos em lei e observadas as peculiaridades do caso concreto. “Nesse sentido, a teoria da carga dinâmica da prova pretende ser mais eficaz na busca da verdade.”¹⁵

Por conseguinte, a distribuição dinâmica do ônus da prova não é automática e direta, pois depende da análise dos seus requisitos pelo juiz. Assim, devem ser observadas, *v.g.*, (i) a impossibilidade ou excessiva dificuldade na produção da prova pela parte que originariamente teria o ônus; e (ii) maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário pela parte adversa.

Dinamarco e Lopes¹⁶ ensinam que:

Serão fatores subjetivos, como a própria hipossuficiência econômico-financeira de uma das partes, seu despreparo ou inexperiência etc., ou fatores objetivos relacionados com a própria causa, dificuldades para a obtenção de certos documentos etc. Em qualquer hipótese essas alterações das regras legais sobre a distribuição do ônus da prova não podem ‘gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil’, tanto quanto não o pode a inversão consensual do ônus da prova, pactuada pelas próprias partes (art. 373, §3º).

No direito processual do trabalho, inúmeras são as situações em que pode o juiz empregar a teoria da dinâmica do ônus da prova, como, por exemplo, nas ações de indenização por dano extrapatrimonial decorrentes de assédio sexual,

¹⁵ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *A prova no processo civil: principais inovações e aspectos contraditórios*. 3. ed. Londrina, PR: Thoth, p. 39.

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 184.

assédio moral, dispensa discriminatória, em que a dificuldade probatória do trabalhador é muito acentuada, em detrimento à maior facilidade do empregador em produzir a prova.

Nesse sentido, os julgados dos tribunais do trabalho ilustram com perfeição a utilização da teoria da carga dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho, *in verbis*:

RECURSO ORDINÁRIO DA SEGUNDA RECLAMADA. DONO DA OBRA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. POSSIBILIDADE. A figura do dono da obra de que trata a Orientação Jurisprudencial 191 da SDI-I do C. TST, além de exigir que a tomadora dos serviços não desenvolva atividade de construção ou incorporação, tem como pressuposto um contexto de transitoriedade com relação à obra. PROVA DE LABOR EM BENEFÍCIO DA RECORRENTE. A recorrente, ao admitir que contratou a primeira reclamada para prestação de serviços, atraiu para si o ônus da prova quanto à ausência de prestação de serviços do reclamante em seu benefício, do qual não se desincumbiu com o que dos autos consta. Aplicação da regra de distribuição dinâmica do ônus da prova, positivada no §1º, do artigo 373, do Novo Código de Processo Civil, segundo a qual o ônus da prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, diante das circunstâncias fáticas presentes no caso concreto. Recurso Ordinário interposto pela segunda reclamada conhecido e não provido. (TRT-1 - RO: 01006451820175010282 RJ, Relator: MARCIA LEITE NERY, Data de Julgamento: 24/04/2018, Quinta Turma, Data de Publicação: 28/04/2018).

FGTS - RECOLHIMENTO A MENOR - ÔNUS DA PROVA -O recorrente suprimiu o estado de hipossuficiência técnica, ao não exercer o jus postulandi, ou seja, quando deliberou ser representado processualmente por advogado regularmente constituído. Ademais não se fazem presentes os requisitos para aplicação da referida distribuição dinâmica do ônus processual, pois inexistente a excessiva dificuldade em fazer prova dos fatos alegados pelo reclamante. Também não cuidou de comprovar a impossibilidade de juntar os recibos de pagamento de salário. Assim, inexistem razões fáticas e/ou processuais aptas a autorizar a reforma da r. sentença recorrida.

(TRT-22 - RO: 000013773520155220101, Relator: Liana Chaib, Data de Julgamento: 13/06/2017, SEGUNDA TURMA).

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. ENCARGO PROBATÓRIO. A regra da distribuição do ônus da prova impõe ao reclamante o encargo de demonstrar o caráter discriminatório da dispensa, fato este constitutivo de seu direito (artigos 818 da CLT e 333, inciso I, do CPC), não se autorizando a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova para

inverter o encargo probatório, no caso, pois embora a dispensa tenha ocorrido no dia subsequente a alta médica, não há sequer argumentação autoral no sentido de que não estaria apto ao trabalho após o retorno da licença médica. A doença indicada não causa estigma ou preconceito e não há alegação de sequelas dela advindas. (TRT-18 - RORSUM: 00101564720215180111 GO 0010156-47.2021.5.18.0111, Relator: IARA TEIXEIRA RIOS, Data de Julgamento: 03/12/2021, 1ª TURMA)

Como regra, a distribuição dinâmica do ônus da prova deve ser feita pelo juiz antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido (art. 818, §2º, da CLT).

A decisão judicial que distribui de modo diverso o ônus da prova não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil, como determina o art. 818, §3º, da CLT. Trata-se da chamada produção de prova diabólica, conceituada como “aquela que é impossível, senão muito difícil de ser produzida”.¹⁷

7 Distribuição do ônus da prova: regra de procedimento ou de julgamento?

Outro ponto a merecer destaque neste estudo é o momento processual da distribuição do ônus da prova. Em razão do relevo do tema para o deslinde apropriado do processo, existe discussão doutrinária quanto ao ônus da prova no processo do trabalho ser regra de procedimento ou regra de julgamento.

Apesar de ainda remanescer o debate, entende-se que a Lei nº 13.467/2017, ao introduzir o §2º ao art. 818 da CLT, encerrou a discussão, pois determinou o seguinte, *in textus*:

Art. 818 (...)

§1º (...)

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

¹⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandrino. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 15. ed. vol. 2. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 117.

Nesse sentido, a lição de Carlos Henrique Bezerra Leite:¹⁸

A decisão fundamentada que determina a distribuição dinâmica do encargo probatório deverá ser proferida antes da abertura da instrução, e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido (CLT, art. 818, §2º), sendo certo que tal decisão não poderá gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil (CLT, art. 818, §3º).

Portanto, conforme disposto no §2º do art. 818 da CLT, entende o autor estar claro está que, no processo do trabalho, a distribuição dinâmica do ônus da prova é regra de procedimento, e não uma regra de julgamento, em que o juiz inverterá o ônus na sentença, surpreendendo a parte; eis que o momento processual para o juiz sanear o processo, delimitar o objeto da lide e definir as regras sobre o ônus da prova será em sede de audiência inicial ou na audiência una.

Esse posicionamento alinha-se ao princípio da vedação da decisão surpresa, normatizado nos arts. 9º e 10 do CPC, segundo o qual o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar.

Nesse contexto, no processo do trabalho não se aplica a regra constante no §3º do art. 14 do CDC, que determina ser do fornecedor o ônus de comprovar que não há defeito do produto e/ou do serviço, constituindo-se uma regra de julgamento *ope legis*, pois o fornecedor, em razão da regra legal e de forma prévia, já sabe ser dele o ônus da prova. No caso, não estará o magistrado a violar o princípio da vedação à decisão surpresa.

8 Considerações finais

Objetivou-se com este trabalho apresentar uma visão geral da dinamização do ônus da prova na Justiça do Trabalho e os meios práticos para se buscar a compreensão da verdade dos fatos através da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, que, embora não seja uma novidade no direito brasileiro, ganhou mais atenção no processo do trabalho a partir da promulgação da Lei nº 13.467/2017, quando o legislador ordinário fez incluir esse importante instituto processual no texto da CLT como garantia da efetiva solução do conflito.

Após análise do tema, concluiu-se que a distribuição dinâmica do ônus da prova é técnica processual de instrução que permite retirar um encargo de quem

¹⁸ *Curso de direito processual do trabalho*. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 806.

se encontra na impossibilidade de suportar e passar para quem tem mais condições de sustentá-lo, assim, preservando a hipossuficiência do trabalhador no processo, de modo a fazer prevalecer a garantia da justiça e do direito, com o intento de alcançar um processo justo, que objetive a verdade real e, principalmente, a concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Abstract: The purpose of this article is the theory of the dynamic distribution of the burden of proof in Procedural Labor Law and its practical application. Initially, it analyzes the concept of proof and its purpose and importance for the development of the lawsuit and its probative dynamics. The text also analyzes the general aspects about the burden of proof in the labor process, referring to the rules contained in article 818 of the Consolidation of Labor Laws, and the subsidiary application of article 373 of the Code of Civil Procedure. It studies the general aspects of the theory of the dynamic distribution of the burden of proof, establishing concepts and distinctions between the static distribution and the dynamic distribution of the burden of proof. The importance and topicality of the theme were fundamental for the author's choice, since proof is the sum of the means that produce certainty and through it the demands are won or lost, defining the fate of the parties in the process.

Keywords: Procedural Labor Law. Proof. Burden of proof. Dynamic load. Civil Procedure. CLT. CPC.

Referências

- ARAÚJO, José Henrique Mouta; LEMOS, Vinicius Silva. *Procedimento Comum no Processo de Conhecimento*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Vol. 2: procedimento comum, processos nos tribunais e recursos. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2001.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 31ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandrino. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 15. ed. Vol. 2. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- FUGA, Bruno Augusto Sampaio *A prova no processo civil: principais inovações e aspectos contraditórios*. 3. ed. Londrina, PR: Thoth.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. 40. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PEREIRA, Leone. *Manual de Processo do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SCHIAVI, Mauro. *Provas no Processo do Trabalho*. 8ª edição. São Paulo: JusPodivm, 2021.

TARUFFO, Michele. O fato e a interpretação. In: *Ensaio sobre o processo civil: escritos sobre processo civil e justiça civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ESTEVES, Fábio Porto. Ônus da prova no processo do trabalho: a teoria da distribuição dinâmica e sua aplicação prática. Critérios e casuística. *Revista Fórum Trabalhista – RFT*, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, p. 19-34, jan./mar. 2023.
