

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**RENATA TRINDADE ANDRADE DE ARAÚJO**

**DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO**  
**DO TRABALHO**

**MARABÁ/PA**

**2013**

**RENATA TRINDADE ANDRADE DE ARAÚJO**

**DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO  
TRABALHO**

Monografia apresentada ao curso de Direito da  
Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará  
como requisito para a obtenção do título de  
Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof.  
José da Trindade Borges.

MARABÁ/PA

2013

**RENATA TRINDADE ANDRADE DE ARAÚJO**

**DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO  
TRABALHO**

Monografia apresentada ao curso de Direito da  
Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará  
como requisito para a obtenção do título de  
Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof.  
José da Trindade Borges.

Data da defesa: \_\_\_\_\_.

Resultado: \_\_\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Orientador: Prof<sup>o</sup>. José da Trindade Borges

---

Prof. M. Sc. Marco Alexandre da Costa Rosário

*Porque dele e por ele, e para ele, são todas as coisas; glória, pois, a ele eternamente. Amém.  
Rom. 11:36.*

## ***Agradecimentos***

*Agradeço, primeiramente, a Deus, o autor da minha existência, por ter renovado as minhas forças e a minha esperança a cada manhã, e por te me guiado com sua misericórdia até aqui.*

*A meu esposo, Rodrigo Queiroz de Araújo, que segurou minha mão nessa caminhada tão árdua, pela dedicação, amor, paciência e companheirismo dispensado a mim por todos esses anos.*

*Aos meus amados pais, Maria Rosa e Cirilo, pelas incessantes orações, pelo amor incondicional e ensinamentos indelévels, responsáveis por todas as minhas conquistas – pessoais profissionais e acadêmicas.*

*Aos meus queridos irmãos, Rosângela, Roseany, Rosemere, Cleber, Cláudio e Álvaro, por todo o amor e dedicação que me fazem sentir a irmã mais amada do mundo.*

*A meu orientador, José da Trindade Borges, pela confiança, apoio e, principalmente, por aguçar em mim uma visão crítica do processo e uma incessante busca pelo conhecimento jurídico.*

*A minha querida sogra, Tânia de Queiroz Costa, que sempre esteve ao meu lado.*

*A meu sogro “IN MEMÓRIAN” Severino Jaime de Araújo, pelo amor e carinho que me foi dado.*

*A minha amiga Thayara Corrêa Ferreira, que sempre esteve ao meu lado como braço direito, com todo apoio, carinho e amor.*

*A meus familiares e amigos, que me apoiam e incentivam em todos os momentos da minha vida.*

*A todos que, de algum modo, contribuíram para o cumprimento deste trabalho.*

## RESUMO

O objetivo deste estudo é abordar a aplicabilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho, através da análise do conceito e finalidade da prova, bem como dos aspectos gerais de sua aplicabilidade. Ao fazê-lo, aborda-se a natureza desse ônus e a finalidade das regras sobre o encargo probatório. Explicitam-se, aqui, os fundamentos que autorizam a aplicabilidade da citada teoria no direito, sob uma perspectiva constitucional, para, conseqüentemente, fazer uma análise da norma infraconstitucional que ampara este instituto. Por fim, estabelece critérios da aplicação da teoria e seu modo de exercício no processo, ligando o tema à regra da inversão do ônus probatório, com o intuito de exemplificar a aplicação teórica em algumas matérias trabalhistas.

**Palavras - chaves:** ônus da prova; inversão do ônus da prova; distribuição dinâmica no processo do trabalho.

## ABSTRACT

The intention of this essay is to broach the applicability of the dynamic distribution of the onus of proof in the labour procedure, through the analysis of concept and purpose of proof, and of the general aspects of its applicability as well. By doing it so, the nature of that onus is broached and the purpose of the rules on the probatory charge. It is explicit, here, the basis that authorize the applicability of the mentioned theory in law, under a constitutional perspective, to, as a consequence of it, build an analysis of the infra-constitutional rule which support this institute. Finally, set criteria of the theory application and its exercise way in procedure, and it links the subject to the rule of the inversion of probatory charge, in the aim of exemplifying the theoretical applicability on some labour matters.

**Key - words:** burden of proof; reverse burden of proof; distribution dynamics in the labor process.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>1 ÔNUS DA PROVA .....</b>	<b>10</b>
1.1 Conceito e Finalidade da Prova .....	10
1.1.2 Funções Subjetivas e Objetivas do Ônus da Prova.....	13
1.1.3 Regras de Distribuição do Ônus da Prova no Processo do Trabalho e no Código de Processo Civil .....	15
1.1.4 A Insuficiência da Distribuição do Ônus da Prova e Apresentação da Distribuição Dinâmica.....	18
1.1.5 Aplicação do Código de Defesa do Consumidor no Processo do Trabalho.....	20
<b>2 DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA.....</b>	<b>22</b>
2.1 Conceito e Finalidade da Dinamização do Ônus da Prova.....	22
2.1.2 Distribuição dinâmica e a inversão do ônus da prova .....	25
2.1.3 Teoria da Probatio Diabólica Reversa.....	27
2.1.4 Momento da Aplicação da Dinamização do Ônus da Prova.....	29
2.1.5 Óbice à aplicação da dinamização, poder instrutório do juiz e o dever de colaboração das partes.....	31
<b>3 APLICAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO.....</b>	<b>34</b>
3.1 Limites da distribuição dinâmica da prova.....	38
3.1.2 Distribuição dinâmica do ônus da prova e a motivação judicial .....	39
3.1.3 Consagração da distribuição dinâmica da prova em projeto de lei.....	40
<b>3.2 Demandas Trabalhistas à Luz da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova .....</b>	<b>42</b>
3.2.1 Dano moral, assédio moral e sexual na relação de trabalho .....	43
3.2.2 Discriminação na relação de trabalho .....	52
3.2.3 Atentado ao meio ambiente laboral .....	56
3.2.4 Jornada de trabalho .....	59
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>63</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICA.....</b>	<b>65</b>

## INTRODUÇÃO

A prova é um instituto de grande significância jurídica. Com efeito, é juridicamente irrelevante a legitimidade de um direito se não puder prová-lo. E é por esse motivo que a prova constitui um elemento essencial para a efetiva tutela jurisdicional, proporcionando um processo justo, sem ela o processo perde a própria razão de ser.

Assim, afirma-se que a prova é o coração do processo e o estudo do ônus da prova se reveste de igual relevância. A matéria relativa ao ônus da prova requer definir a quem incumbi o encargo probatório, nas situações em que o juiz se encontra diante de carência de prova, mas, não pode deixar de julgar a demanda, em decorrência do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Dessa forma, é um instituto de suma importância para o exercício jurisdicional.

Portanto, é crucial examinar a matéria e o tratamento dado pelo ordenamento jurídico. Logo, podemos observar que a legislação brasileira apresenta dispositivo simplista e tímido, um na Consolidação das leis do Trabalho (art. 818) e outro no Código de Processo Civil (art. 333), tais dispositivos definem a distribuição probatória de maneira prévia, abstrata, rígida e apriorística.

A distribuição do ônus da prova, supramencionada nos dispositivos legais se mostram insuficientes na defesa dos direitos, por serem rígidas e inflexíveis, e sendo assim, muitas vezes levam a julgamentos injustos.

Há situações em que o autor, não tem nenhuma possibilidade de acesso à prova, ao contrário do réu, que possui meios de produção probatória. Podemos verificar tais casos na seara trabalhista, onde nos deparamos com o empregador e o trabalhador partes totalmente desiguais.

Por isso, a distribuição dinâmica do ônus da prova, ganha importância, pois permite ao juiz imputar o ônus da prova à parte que estiver em melhores condições probatórias.

O presente trabalho tem como finalidade verificar a aplicabilidade da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no Processo do Trabalho, que apresenta características próprias das relações materiais tuteladas por este ramo processual.

No primeiro capítulo, faremos um estudo da prova e dos aspectos gerais do ônus da prova, conceito e finalidade dentro do processo. Ademais, busca-se explicar as regras de distribuição do ônus da prova na seara laboral e no processo civil, e como tais regras se

tornam insuficientes para a defesa dos direitos fundada em regras estáticas, assim, se apresenta a distribuição dinâmica do ônus da prova, para então analisar a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor no Processo do Trabalho.

No segundo capítulo, pretende-se demonstrar a finalidade da distribuição dinâmica ou também cargas probatórias, a dinamização e a inversão do ônus da prova, a teoria da *probatio diabólica reversa*, e qual o momento da aplicação, para depois estudarmos a óbice quanto à aplicabilidade da teoria.

No terceiro capítulo, finalmente abordará a aplicabilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho, e quais os dispositivos constitucionais que ela se baseia, fixando, assim, os seus limites de aplicação, a distribuição do ônus e a motivação judicial. Além disso, aborda-se a consagração da distribuição dinâmica em projeto de lei, no Novo Código de Processo Civil, por fim, elabora-se breves considerações sobre o ônus da prova nas demandas trabalhistas a luz da distribuição dinâmica do ônus da prova

As técnicas de pesquisa, debruçou-se em fontes bibliográficas, através de pesquisa na legislação e na doutrina, valendo-se, ainda, de ampla consulta jurisprudencial.

## **1 ÔNUS DA PROVA**

### **1.1 Conceito e finalidade da prova**

Ônus é o que impõe encargo a uma pessoa ou coisa<sup>1</sup>. A prova é a verificação das afirmações feitas, é esclarecer para chegar à verdade.

A prova é adquirida através de fonte e meios, como assevera Gildo dos Santos:

As fontes preexistem ao processo. São aquelas que cercaram ou atestaram, à época dos atos ou fatos, o que se alega numa ação judicial. Já os meios de prova existem no processo. Assim uma testemunha que presenciou um fato é fonte de prova. Seu depoimento ou sua declaração é o meio de trazer a prova “fontes” aos autos.<sup>2</sup>(SANTOS, 1979, p. 6).

Dessa forma, as fontes de prova preexistem à ação judicial, outrora, os meios são posteriores a demanda.

---

<sup>1</sup> DICIONÁRIO JURÍDICO: **Academia de Letras Jurídicas/ J. M. Othon Sidou**. 9. ed. Rio de Janeiro, 2006.

<sup>2</sup> SANTOS, Gildo dos. **A prova no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1979.p. 6.

A prova é uma garantia de defesa, e ampara sobre si o devido processo legal, procura a verdade, buscando em sua essência elementos para a formação da convicção do magistrado.

Por tal razão, é indispensável que o processo seja dotado de meios capazes de tirar a obscuridade do espírito do julgador e esclarecê-lo sobre a realidade fática. A prova, portanto, para Ambrosio (2013, p. 17) “nada mais é do que a demonstração da realidade por meio do qual se visa chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento da causa”<sup>3</sup>.

Para Santos (2006, p. 51) “A prova só será produzida se útil e relevante para a solução de litígio”<sup>4</sup>, assim, precisam ser provados os fatos que influenciam o julgamento, ou seja, os fatos relevantes para a solução da lide, os quais tenham relação direta ou indireta com a causa que seja pertinente e ainda controvertido, ou seja, firmado por uma parte e impugnados pela parte contrária.

Diante o exposto, Ambrosio (2013. p.18) ainda afirma:

[...] de acordo com artigo 334 do CPC, não necessitam de prova os fatos incontroversos (seja pela revelia – artigo 319 do CPC; pela contestação sem impugnação específica de todos os fatos alegados pelo autor – artigo 302 do CPC; e pela confissão que consiste em fazer afirmação coincidente com as que o autor fizera – artigo 334, II, do CPC), os fatos notórios (fato de conhecimento geral), os fatos presumidos e o próprio Direito (com exceção do disposto no artigo 337 do CPC: direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário)<sup>5</sup>.

Importante salientar que a noção de ônus como dito anteriormente, é um encargo, que nasceu no direito romano.

Foi o autor Francesco Carnelutti quem desenvolveu as ideias fundamentais para o conceito, distinguindo da noção de obrigação:

[...] num primeiro momento afirma o autor que ônus da prova está ligado com a liberdade, enquanto que a obrigação não. No ônus, a parte onerada pode escolher entre agir de conformidade ou não com previsão legal. Além disso, o cumprimento do ônus interessa ao próprio sujeito onerado, ao contrário da obrigação, cuja satisfação interessa a parte contrária, titular do direito subjetivo correspondente. Por fim, o desatendimento de um ônus acarreta sanção econômica, no sentido de que a tutela do interesse não poderá ser alcançada de outra forma; e a violação de uma obrigação acarreta sanção jurídica.<sup>6</sup> (CARNELUTTI, 1936 apud AMBROSIO, Graziella, 2013, p. 18).

Assim, o ônus também difere do dever, pois quando uma norma jurídica é imposta a alguém, surge para a parte contrária o direito de exigir o cumprimento. Outrora, o ônus é uma

<sup>3</sup> AMBROSIO, Graziella. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**. São Paulo, Ltr, 2013. p. 17.

<sup>4</sup> SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. **A inversão do ônus da prova**. 2º. ed. São Paulo, Rt, 2006. p. 51.

<sup>5</sup> AMBROSIO, Graziella. op. cit., p. 18.

<sup>6</sup> CARNELUTTI apud GRAZIELLA, Ambrosio. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**. São Paulo: LTr, 2013, p18.

faculdade, caso que este não exercitar o seu direito, será o único prejudicado. Assim, o ônus interessa ao próprio onerado, e a satisfação da obrigação à parte titular do direito subjetivo.

Segundo Pontes de Miranda (1958, p. 281):

No dever existe uma relação jurídica entre dois sujeitos, um dos quais é o dever, ao contrário, no ônus, não há relação entre sujeitos e a satisfação é do interesse do próprio onerado, de modo que ele escolhe entre satisfazer, ou não ter a tutela do próprio interesse.<sup>7</sup>

Ressalte-se que o ônus é uma conduta lícita, enquanto que a violação da obrigação é ilícita.

Dessa forma o ônus da prova segundo Dinamarco (2009, p. 70) define como sendo o “encargo atribuído pela própria lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo”<sup>8</sup>

O ônus da prova significa o interesse da parte no litígio em produzir a prova necessária que lhe traga resultados favoráveis.

Como exposto, o ônus é livre para adotar o comportamento previsto na norma jurídica, não estando juridicamente obrigada a esse cumprimento em favor de terceiro.

Ademais, ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, é um direito fundamental do cidadão, plasmado na norma constitucional, no seu artigo, 5º, LXIII, ou seja, é uma garantia constitucional que ampara o acusado na produção probatória.

Portanto, o não cumprimento do encargo probatório não configura ato ilícito e, portanto, não é sancionado. No entanto, ao passo que a norma “lei” tutela interesse do próprio onerado, e o mesmo não pratica o ato voltado a se desincumbir, assume o risco de arcar com possíveis consequências desfavoráveis, assim, essa liberdade que a parte onerada tem é atrelada a uma autorresponsabilidade. Por outro lado, a obrigação não tem a opção de escolha, e o seu descumprimento é ato ilícito, pois estará descumprindo obrigações determinadas por lei.

Produzida a prova ela não pertence à parte, pois passa a integrar o processo, podendo o juiz se basear nelas para a formação do seu convencimento, ainda que seja desfavorável a parte que produziu, afastando, dessa forma o *non liquet*, o qual é vedado atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, pois o juiz não pode deixar de decidir.

---

<sup>7</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentário ao código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 3, p.281.

<sup>8</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. V. 3, p.70

O *non liquet*, é afastado pelo princípio constitucional da indeclinabilidade da jurisdição, art. 5º, XXXV, pois “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Assim, o encargo probatório atribuído às partes no litígio possui como objetivo suprir uma possível deficiência na instrução processual, tornando difícil seu convencimento e sua fundamentação, pois o mesmo é obrigado a proferir uma decisão.

Dessa forma, a função é estabelecer quem deverá provar o fato e determinar as consequências que recaem sobre a parte por não ter provado o fato, o que será determinado pela regra de distribuição do ônus da prova.

### **1.1.2 Funções subjetivas e objetivas do ônus da prova**

O ônus da prova pode ser vista de dois aspectos: o subjetivo e o objetivo. O aspecto subjetivo vincula-se as partes, enquanto que o aspecto objetivo à atividade do juiz, esta regra decorre do Estado Liberal, assim, cada litigante é responsável por provar o que alegou em juízo, competindo ao magistrado proferir o julgamento, mesmo com falta ou insuficiência de prova. Desta forma, deve o juiz prolatar sua referida decisão, mesmo sem elementos probatórios suficientes, formando seu convencimento com as provas existentes nos autos.

Neste sentido a autora Ambrosio (2013, p. 25), assevera:

O ônus subjetivo distribui entre autor e réu o encargo de produzir as provas dos fatos indispensáveis ao deslinde da causa, representado, assim, uma regra de conduta que deve ser adotada pelos litigantes na instrução processual. Se as provas não forem produzidas e, em decorrência, o magistrado não tiver condições de apreender a verdade dos fatos para a formação de seu convencimento, entra em atuação o aspecto objetivo do ônus da prova, pois ao juiz não é dada a possibilidade de não proferir a decisão, abstendo-se de solucionar o conflito, ainda que faltem ou inexistam provas nos autos ou ainda que não tenha certeza acerca dos fatos discutidos no processo<sup>9</sup>.

Para a autora supramencionada, a distribuição do ônus da prova, sob o aspecto objetivo é uma regra de julgamento, no qual estabelece que a decisão prolatada pelo juiz será desfavorável a parte que tinha o dever de trazer em juízo o ônus da prova dos fatos alegados e não trouxe. Segundo a autora, este aspecto visa garantir a prestação da tutela jurisdicional, pois aquele que não demonstrou os fatos deverá suportar as consequências desfavoráveis decorrentes de seu cumprimento.

---

<sup>9</sup> GRAZIELLA, Ambrosio. op. cit, p. 25.

Alfredo Buzaid (1972, p. 66) preconiza:

O problema do ônus da prova tem duas faces: uma voltada para os litigantes, indagando-se qual deles há de suportar o risco da prova frustrada “aspecto subjetivo”, e outra voltada para o magistrado, a quem deve dar uma regra de julgamento “aspecto objetivo”. O primeiro constitui uma sanção a inércia da parte e o segundo, ao contrário, é um imperativo da ordem jurídica, que não permite que o juiz se abstenha de julgar, a pretexto de serem incertos os fatos, porque não provados.<sup>10</sup>

Desse modo, pelo aspecto subjetivo tem-se a indagação de qual parte no litígio deve provar o quê, ao passo que o aspecto objetivo determina ao magistrado que se atente ao que restou provado nos autos, independentemente de quem alegou e provou os fatos. Assim o aspecto subjetivo é uma regra de conduta para os litigantes, uma orientação de comportamento no desenvolvimento probatório, ou seja, na produção de prova para a obtenção de um resultado favorável. No aspecto objetivo é irrelevante indagar-se se houve a observância do aspecto subjetivo do ônus da prova, pois o magistrado julgará com todos os elementos constantes nos autos.

Ambrosio (2013, p. 28) afirma que “o aspecto objetivo do ônus da prova, não importa a origem da prova, não importa por quem foi produzida; o que importa é se a prova de determinada afirmação do fato está ou não presentes no processo”<sup>11</sup>. Assim, a regra relativa ao ônus da prova visa regular não a conduta das partes, indicando o que cada qual deve provar no processo, mas antes a forma como o juiz deve julgar a causa diante da insuficiência ou falta de prova. Logo, pode acontecer de um fato constitutivo do direito do autor ser demonstrado por uma prova produzida pelo réu ou um fato impeditivo resultar evidenciado por prova produzida pelo autor ou que qualquer fato reste demonstrado por prova produzida pelo magistrado de ofício. Se a atividade probatória restar completa, não há que se identificar quem produziu as provas, mas, se ocorrer à falta de provas, caberá ao magistrado avaliar qual parte suportará as consequências da incerteza dos fatos.

A doutrina específica atribui maior relevância ao aspecto objetivo, pois o reconhecimento dos poderes instrutórios do juiz abalou sua face subjetiva, pois se o magistrado pode terminar a produção de provas, minimiza dessa forma o aspecto subjetivo.

Para Sergio Cruz Arenhart:

o aspecto objetivo e subjetivo do ônus da prova são duas faces de um mesmo fenômeno. Sem prejuízo da afirmação de que a regra de ônus da prova é determinação voltada ao juiz, para apontar-lhe como deve julgar a causa diante da impossibilidade concreta de produzir-se prova sobre determinada

---

<sup>10</sup>BUZOID, Alfredo. **Estudos de direito**. São Paulo: Saraiva 1972. v. 1, p. 66

<sup>11</sup> GRAZIELLA, Ambrosio. op. cit, p. 28.

alegação de fato, essa regra também serve de orientação às partes, pois ciente o sujeito de que a ausência de prova sobre certa afirmação de fato poderá vir em seu prejuízo, terá ele motivação suficientes para empenhar-se em produzir prova sobre aquele fato, de forma a evitar a superveniência do gravame. (ARENHARTE, 2006, p. 25-60) <sup>12</sup>.

Assim, conclui o autor Arenharte (2006) que essa regra tem em mira, primeiramente o juiz, “não se pode negar que ela exerce, de forma reflexa, influencia sobre a conduta das partes, já que o prejuízo da ausência de prova de certas afirmações de fato sempre recairá sobre uma ou outra destas”.

Por fim a autora Graziela Ambrosio (2013, p. 29-30) defende que os dois aspectos do ônus da prova devem ser considerados. “Nas hipóteses de ausência ou insuficiência de provas, quando o juiz decide onerar umas das partes, imputando a esta as consequências do não esclarecimento dos fatos, inevitavelmente, estarão recorrendo ao aspecto subjetivo do ônus da prova”. <sup>13</sup>

Assim, o aspecto subjetivo e objetivo do ônus da prova são importantes para esclarecer o papel das partes e do juiz, não esquecendo a relação entre os dois aspectos, pois são complementares.

### **1.1.3 Regras de distribuição do ônus da prova no Processo do Trabalho e a aplicação do Código de processo Civil**

A Consolidação das Leis do Trabalho não é omissa a respeito da distribuição do ônus da prova, o qual é tratado em seu artigo 818 da CLT: “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer”.

Entretanto, por ser um texto limitado, criou-se divergência a respeito da distribuição do ônus da prova e a sua insuficiência no processo.

Valentin Carrion (2005, p. 622), afirma que “a regra de que o ônus pesa sobre quem alega é incompleta, simplista em excesso” <sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> ARENHART, Sergio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. **Revista jurídica**, Porto Alegre, ano 54, n. 343, maio 2006, p. 25-60.

<sup>13</sup> GRAZIELLA, Ambrosio. op. cit, p. 29-30.

<sup>14</sup> CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 30. ed. São Paulo:Saraiva, 2005, p. 622

No mesmo sentido, João Humberto Cesário (CESÁRIO, 2000) diz que ao se pronunciar de modo tão lacônico, a Consolidação das leis do trabalho “CLT”, no ímpeto de majorar a simplicidade na seara trabalhista, acabou por dizer muito menos do que deveria ter dito.

A disposição do artigo 818 da CLT, não atende a real necessidade do ônus da prova, não esclarece caso haja insuficiência de provas quem irá assumir o risco.

Assim, pela insuficiência que existe no texto Consolidado, art. 818, a respeito da distribuição do ônus da prova criou-se divergência sobre a aplicação do artigo 333 do Código de Processo Civil subsidiariamente, como adiante exposto.

A primeira corrente sobre a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil na seara laboral “propugna pela aplicabilidade plena do artigo 333 do CPC ao processo do trabalho, tendo em vista a dicção simplista e lacônica do artigo 818 da CLT”<sup>15</sup> (ALMEIDA, 1991, p. 1991).

A segunda corrente “defende a aplicação exclusiva do artigo 818 da CLT, não havendo que falar em aplicação subsidiária do Código de Processo Civil”<sup>16</sup>, por força do art. 769, CLT, pois a CLT não é omissa quanto ao ônus da prova (TEIXEIRA FILHO, 2003, p. 121).

Por fim, a terceira corrente “sustenta a possibilidade de conciliação entre os artigos 818 da CLT e 333 do CPC”.<sup>17</sup> (LAMARCA, 1982, p. 311).

Ambrosio (2013, p. 37) dispõe que mesmo não havendo efetiva omissão na legislação trabalhista acerca do tema, “é certo que a aplicação isolada do artigo 818 da CLT traz grandes dificuldades na distribuição do ônus da prova, notadamente no que tange à distribuição do risco da prova ausente ou insuficiente no momento do julgamento”<sup>18</sup>, razão pela qual se faz necessário uma melhor explicitação do assunto, assim como dispõe no artigo 333 do CPC.

O Código de Processo Civil traz em seu artigo 333 do CPC, a distribuição do encargo probatório a cada uma das partes no litígio, que preconiza: a) autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; b) ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

---

<sup>15</sup> ALMEIDA, Isis de. **Manual de direito processual do trabalho**. 3. Ed. São Paulo: Ltr, 1991. v.2, p.125.

<sup>16</sup> TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **A prova no processo do trabalho**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ltr, 2003, p.121.

<sup>17</sup> LAMARCA, Antônio. **Processo do trabalho comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 311.

<sup>18</sup> AMBROSIO, Graziella. op. cit. p. 37.

Impende ressaltar que o nosso Código de Processo Civil, em seu artigo 333, segundo a doutrina majoritária sofreu influencia da teoria de Giuseppe Chiovenda “baseada na distinção entre fatos constitutivos, extintivo, modificativo e impeditivo”. (CHIOVENDA, 1998)

A doutrina e a jurisprudência majoritária fixaram-se no sentido de permitir a subsidiariedade do direito processual comum, sendo pacífica a aplicação do artigo 818 da CLT conjugado com o artigo 333 do CPC, como se extrai da súmula, 6, VIII, TST, que preconiza que “É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial (ex- Súmula nº 68 - RA 9/1977, DJ 11.02.1977)”.

Assim, muito embora não haja lacuna no texto consolidado, os dispositivos supracitados não se contradizem e nem tampouco são incompatíveis entre si. Muito pelo contrario, o artigo 333 do CPC complementa o disposto no artigo 818 da CLT, detalhando o que lá está escrito. Além disso, a redação do artigo 818 da CLT não contempla com precisão a natureza do fato constitutivo, impeditivo, modificativo e extintivo, conforme a distribuição do ônus da prova.

A aplicação do art. 333 do CPC no Processo no Trabalho, é altamente defendida, conforme julgado:

ACIDENTE DE TRABALHO. ÔNUS DA PROVA. CLT. ART. 818 C/C O ART.331, I DO CPC. Dispõe o artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho c/c o artigo 333, I do Código de Processo Civil, aplicável ao processo trabalhista por força do artigo 769 da consolidação laboral, que o ônus da prova quanto ao fato constitutivo do direito incumbe à quem o alega. [...] (BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho, 16ª Região, 929200901216008 MA, Relator: James Magno Araújo Farias, Data de Julgamento: 29/03/2011. Data de Publicação: 05/04/2011)

Por tal razão Dinamarco (2009, p. 72), afirma:

[...] é pelo “princípio do interesse” que leva a lei distribuir o ônus da prova pelo modo que está no artigo 333 do CPC, porque o reconhecimento do fato constitutivo aproveitará o autor e a dos demais, ao réu; sem prova daqueles, a demanda é julgada improcedente e, sem prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, provavelmente a defesa do réu não obterá sucesso.<sup>19</sup>

Segundo Ambrosio (2013, p.32):

entende-se por fatos constitutivos são os que compõem o substrato fático da norma que gera o efeito jurídico buscado pelo autor, a exemplo o nexo de causalidade entre a doença ocupacional e a função exercida, o fato impeditivo o que obsta as consequências jurídicas pretendidas pelo autor, ou seja, impede um ou alguns dos efeitos que normalmente decorrem da relação jurídica, ex. “a diferença superior a dois anos do tempo de função na

---

<sup>19</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit, p. 72.

equiparação salarial tornando a pretensão do autor ineficaz e sem qualquer efeito jurídico positivo a seu favor”; por fato modificativo o que opera alteração na relação jurídica, fazendo com os fatos constitutivos fiquem reduzidos em sua eficácia originária, ex. “a transação”; e por fato extintivo o que acarreta o fim da relação jurídica, ex. “prescrição”<sup>20</sup>.

Se o autor não demonstrar os fatos constitutivos do seu direito, o réu não precisa até o momento provar nada, surgindo apenas à atividade probatória quando o autor trouxer nos autos a prova que lhe competia. Quando, portanto na defesa o réu apresentar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito firmado na inicial, o ônus da prova se desloca do réu pra ele, deixando o réu na cômoda posição de não ter que provar nada.

Dessa forma a distribuição do ônus da prova trazida pelos dispositivos citados a cima, distribuem o ônus probatório de acordo com a posição processual das partes e na natureza da alegação fática.

#### **1.1.4 A insuficiência da distribuição estática do ônus da prova e apresentação da distribuição dinâmica**

A distribuição do ônus da prova determinado na CLT (art. 818) e no CPC (art. 333), como fora exposto é rígida, pré-estabelecida. Portanto, as partes ingressam na relação jurídico-processual sabendo de seus respectivos ônus. Por isso, o artigo 333 do CPC tem sido alvo de grandes críticas, pois em muitos casos tem se tornado quase impossível o exercício do direito a prova, contribuindo assim para uma jurisdição injusta.

Nesse rumo Didier Júnior (2006, p. 525) discorre que nem sempre as partes envolvidas no litígio têm condições de atender a esse ônus probatório que lhes foi rigidamente atribuído, se não houver provas suficientes nos autos para demonstrar os fatos, o juiz decidirá desfavoravelmente àquele que não se desincumbiu do seu encargo probatório, “essa distribuição rígida do ônus de prova atrofia o sistema e sua aplicação inflexível pode levar a resultados injustos”.<sup>21</sup>

A visão rígida do artigo 333 do CPC dificulta o exercício da atividade probatória, pois são objetivas e fixas, e em certos casos é quase impossível à demonstração pela parte, inviabilizando dessa forma o reconhecimento do direito postulado.

---

<sup>20</sup> AMBROSIO, Graziella. op. cit, p. 32.

<sup>21</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 525.

Assim tem se compreendido que as regras de distribuição do ônus da prova não devem ser inflexíveis, podendo o juiz adapta-las quando necessário à justa composição da lide. Portanto, é diante dessa dificuldade probatória, que emerge a distribuição do ônus da prova.

O principal precursor dessa teoria foi o jurista argentino Jorge Walter Peyrano, que se pronunciou nos seguintes termos:

[...] trata-se, pois, não de propiciar outra regra rígida de distribuição do ônus da prova que concorre em pé de igualdade com os parâmetros legalmente regulados, senão de formular uma pauta ‘excepcional’ que somente pode funcionar ali quando aquelas manifestamente operam mal porque foram elaboradas para suposições ‘normais e correntes’, que não são as correspondentes ao caso<sup>22</sup>.

Assim, a distribuição dinâmica do ônus da prova, deve ser vista de forma excepcional, ou seja, de forma complementar, usada somente quando o modelo estático do ônus da prova for insuficiente à justa composição da lide.

Ambrosio (2013, p.34) assevera que “a legislação nacional tratou de ampliar os poderes do juiz no processo”<sup>23</sup>, não só apenas referente ao poder instrutório propriamente dito, mais também quanto ao poder de modificar o critério rígido e inflexível relativo à distribuição do ônus da prova, como forma de encontrar soluções mais justas e adequadas ao caso concreto apresentado.

Assim, em matéria de prova deve o magistrado contemporâneo realizar a aplicação dos valores presentes na Constituição Federal, a fim de esclarecer o equilíbrio às vezes ausente entre as partes na relação processual.

A aplicação estática da distribuição do ônus da prova é insuficiente, e se forem aplicadas ao pé da letra teríamos uma jurisdição injusta e inadequada e ainda afetaria a concretização do direito fundamental de acesso à justiça. Dessa forma, deverá o juiz flexibilizar o encargo probatório sempre que as partes no litígio se encontrarem em situação de desigualdade, se comprometendo o juiz com uma construção de uma sociedade mais justa e com uma jurisdição adequada, garantindo assim o acesso de todos na justiça de forma justa.

Logo, o ônus da prova deve ser compreendido, assim, como instituto jurídico processual garantidor da inafastabilidade da jurisdição, atendendo ao devido processo buscado no Estado Democrático de Direito.

---

<sup>22</sup> apud ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras sobre o ônus da prova**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 117.

<sup>23</sup> GRAZIELLA, Ambrosio. op. cit, p.34.

### 1.1.5 Aplicação do Código de Defesa do Consumidor no Processo do Trabalho

O Código de Defesa do Consumidor traz em seu artigo 6º, VIII, possui a seguinte redação:

Art.6º são direitos básicos do consumidor:

VIII- a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias.

Segundo Sandra Aparecida Sá dos Santos (2006, p. 62):

a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor surgiu da necessidade de superação das desigualdades, uma vez que, de modo geral, à evidência, consumidores e fornecedores estão em patamares diversos. Com a inversão do ônus da prova ocorre uma facilitação da defesa do consumidor em juízo, em razão de ser a parte mais fraca ou, quase sempre hipossuficiente.<sup>24</sup>

No mesmo sentido Ambrosio (2013, p. 42) afirma:

[...] a inversão do ônus da prova representa instrumentos de facilitação da tutela dos direitos do consumidor, pois reconhece o legislador a desigualdade processual dos litigantes provenientes da própria posição de vulnerabilidade em que em que se encontra o consumidor no mercado de consumo. Assim, sendo o consumidor a parte mais fraca dessa relação, a aplicação pura e simples das regras atinentes ao ônus da prova prevista no Código de Processo Civil às relações de consumo, sem o estabelecimento de regras próprias para determinadas situações, significaria provocar o desequilíbrio entre os litigantes também no âmbito processual.<sup>25</sup>

A regra da inversão do ônus da prova é precisa e devem-se cumprir dois requisitos a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor, deverá então o juiz inverter o ônus da prova.

Ambrosio (2013, p. 43), nos traz o conceito dos dois requisitos supracitados, assim dispõe:

Verossímil significa dizer que tem a aparência de verdadeiro, não contraria a verdade. A hipossuficiência, não deve ser vista somente quanto ao plano econômico ou financeiro, mas também no plano técnico entendido como a falta de conhecimento técnico do produto, sobre o objeto da relação de consumo. Reconhecendo o legislador que o consumidor não dispõe de informações ou de acesso aos elementos técnicos do produto, ao passo que o

---

<sup>24</sup> SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. **A inversão do ônus da prova:** como garantia constitucional do devido processo legal. 2º. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 62

<sup>25</sup> GRAZIELLA, Ambrosio. op. cit, p. 42.

fornecedor, de outro lado, é a parte detentora dos dados da produção do bem e que se encontra em uma melhor posição para fornecê-los ao juiz.<sup>26</sup>

A inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor rompe com as regras estáticas e rígidas do ônus probatório, trazem a necessidade de analisar cada caso concreto do direito material, seja a verossimilhança ou a hipossuficiência do consumidor, servindo como garantia fundamental de acesso a justiça. O acesso à justiça não é apenas um direito constitucionalmente protegido, é um ponto central da moderna processualística e também um direito fundamental. A inversão do ônus da prova se ampara art.5º, LXXIV, CF, dispõe: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recurso”, mas de nada adianta elaborar leis materiais visando à proteção da parte mais fraca, se inexistente sistema processual que atenda as necessidades.

A grande questão sobre as regras da inversão do ônus da prova trazida pelo Código de Defesa do Consumidor é se tal regra é aplicável ao processo do trabalho.

Segundo Marinone (2007, p. 11-21), afirma:

há um grande equívoco em supor que o juiz apenas pode inverter ou atenuar o ônus da prova quando pode aplicar a lei do consumidor, o fato de o art.6º, VIII do CDC, afirmar que o consumidor tem direito à inversão da prova não significa que o juiz não possa proceder diante de outras situações de direito material.<sup>27</sup>

No mesmo sentido Ambrosio (2013, p. 49) assevera “nas lides trabalhistas, por maior que seja o empenho do trabalhador, muitos casos existem em que somente é possível a prova do direito constitutivo por meio de elementos probatórios que se encontra em poder do empregador (...)”.<sup>28</sup>

Importante lembrar, que a prova integra o devido processo legal e ainda o acesso à justiça, à inversão do ônus da prova trazida do Código de Defesa do Consumidor não deve ficar limitada apenas as relações de consumo.

Ressalte-se que o trabalhador é a parte hipossuficiente perante o empregador, e ainda a base do ônus da prova trazida pelo Código de Defesa do Consumidor é compatível com os princípios juslaborais, pois o empregado é a parte mais fraca da relação. Há, portanto, uma desigualdade processual entre as partes não só econômica, mas probatórias também, uma vez que o empregador possui maiores possibilidades probatórias. Assim o Código de Defesa do Consumidor- CDC, é compatível com o princípio “*pro operário*” do Processo do Trabalho.

---

<sup>26</sup> Idem. Ibidem. p. 43.

<sup>27</sup> MARIONE, Luiz Guilherme. **Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo peculiaridades do caso concreto**. Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 11-21, 2007.

<sup>28</sup> AMBROSIO, Graziella. op. cit, p. 49.

Assim, verificando o juiz a presença de desigualdade entre as partes no litígio referente à produção probatória, sendo impossível a demonstração dos fatos que constituem o substrato do direito postulado, a inversão do ônus da prova deve ser utilizada pelo magistrado, utilizando do bom senso e da própria justiça, caso contrario estaria negando a própria jurisdição.

Dessa forma a inversão probatória está ligada com direito material, não se limita, portanto, apenas as relações de consumo, já que a prova decorre do devido processo legal, uma vez que a distribuição estática do ônus da prova impossibilitaria o acesso efetivo à justiça. Dessa forma teremos uma verdadeira distribuição de justiça social.

## **2- A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA**

### **2.1 Conceito e finalidade da dinamização do ônus da prova**

Dinamizar o ônus da prova é flexibilizar as regras rígidas, trazida pelo artigo 333 do CPC, é conhecida também como Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas, objetivando uma distribuição justa do ônus da prova, nas situações de grande dificuldade probatória para uma das partes no litígio, garantindo, assim, a todos o acesso à justiça.

A ideia base da dinamização ou distribuição do ônus da prova é atribuir o encargo probatório àquele que estiver em melhores condições de produzi-lo, saindo da visão estática e rígida trazida pela doutrina clássica. Afastam-se aqui a concepção de autor ou réu, e também a regra dos fatos se constitutivos, modificativos, impeditivos ou extintivos. O que importa, portanto é a verdade que deve ser trazida aos autos, ainda que seja pelo demandado, se estiver em melhores condições de fazê-lo.

Segundo Cremasco (2009, p.71) “a distribuição dinâmica do ônus da prova no início do século XIX, era usado pelo direito alemão ou mesmo pelas decisões do Tribunal Supremo da Espanha”<sup>29</sup>. Foi expressamente incorporado ao direito positivo na edição da *ley de*

---

<sup>29</sup> CREMASCO, Suzana Santi. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 71).

*Enjuiciamiento Civil* (lei n. 1/2000), artigo 217, o qual foi alterado pela Lei Orgânica Espanhola n. 3/2007.

Entretanto, a dinamização do ônus probatório se sistematizou na Argentina, século XX, através de trabalhos coordenados por Jorge Walter Peyrano, que delineou a teoria e a batizou de “*doctrina de lãs cargas probatórias dinámicas*”, ou seja, teoria das cargas probatórias dinâmicas.

Ambrosio (2013, p. 51), afirma:

[...] na Argentina a jurisprudência começou a reparar que a aplicação das regras rígidas sobre a distribuição do ônus da prova levava a algumas sentenças injustas que não consideravam as particularidades do caso concreto, nem a igualdade real das partes frente ao processo. Em decorrência, começaram a flexibilizar tais regras clássicas, fazendo nascer uma distribuição dinâmica do ônus da prova.<sup>30</sup>

Carneiro Neto (2008, p. 138), assevera que “a teoria das cargas probatórias dinâmicas no direito argentino foi pensada para funcionar no âmbito das demandas judiciais envolvendo responsabilidade por erro médico”. Atualmente encontra precedentes jurisprudenciais nas diversas áreas, os quais se destacam acidente no trânsito, concursos, contratos de garagem, contratos de trabalhos, indenização por danos morais, lesões subjetivas, etc. Dessa forma, destaca o autor que o que se observou na Argentina foi a “força expansiva” dessa teoria em termos de abrangência matéria.<sup>31</sup>

A autora Inés Lépori White, professora da Universidade Nacional de Rosário “Argentina”, afirma:

Esta teoría sostiene que, más allá del carácter de actor o demandado, en determinados supuestos la carga de la prueba recae sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentra em mejores condiciones para producirla. Así pues, esta nueva teoría no desconoce lãs reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que trata de completarla o perfeccionarla, flexibilizando su aplicación en todos aquellos supuesto em quien debía probar segun la regla tradicional se veía imposibilitado de hacerlo por motivos completamente ajenos a su voluntad.<sup>32</sup> (WHITE, 2004 apud AMBROSIO, 2013, p. 52).

Assim, a tradução do texto transcrito a cima preconiza que a teoria em estudo sustenta que além do caráter de autor ou réu, em determinadas situações, o ônus da prova recai sobre ambas as partes, em especial sobre aquela que se encontra em melhores condições

<sup>30</sup> GRAZIELA, Ambrosio. op. cit, p. 51.

<sup>31</sup> CARNEIRO NETO, Durval. **Processo, jurisdição e ônus da prova no direito administrativo**: um estudo crítico sobre o dogma da presunção de legitimidade. Salvador: JusPodivm, 2008. p.138.

<sup>32</sup> WHITE apud GRAZIELLA, Ambrosio. **A distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 52.

para produzi-la. Dessa forma, essa nova teoria não desconhece a regras clássicas do ônus da prova, senão complementá-las ou aperfeiçoa-as, flexibilizando sua aplicação em todas aquelas hipóteses em que, quem devia provar segundo a regra tradicional, veja-se impossibilitado de fazê-lo por motivos completamente alheios a sua vontade.

De acordo com Ambrosio (2013, p. 53), afirma que essa teoria “[...] se preocupa com a realidade concreta de cada processo, visando atender as circunstâncias específicas de cada qual”<sup>33</sup>. Nesse sentido, trata a distribuição do encargo probatório de forma dinâmica, caso a caso, impondo à parte que se encontre em melhores condições de produzir a prova respectiva. A repartição do ônus da prova, por essa teoria, não está atrelada a critérios prévios, abstratos e estanques, mas à realidade fática, considerando a aptidão de cada parte em desincumbir-se do ônus da prova dos fatos com mais facilidade.

DIDIER (2008, p. 91), dispõe:

(...) distribuição dinâmica do ônus da prova , segundo a qual a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto. Em outras palavras: prova quem pode. Esse posicionamento justifica-se nos princípios da adaptabilidade do procedimento às peculiaridades do caso concreto, da cooperação e da igualdade (...).

Segundo Ambrosio (2013, p. 53) “a finalidade dessa teoria é a acessibilidade do litigante à prova, com vistas ao esclarecimento dos fatos e, conseqüentemente, a uma prestação jurisdicional mais justa”<sup>34</sup>.

Nesse sentido DIDIER (2008, p 91) menciona as principais bases dessa teoria, a saber:

a) o encargo não deve ser repartido prévia e abstratamente, mas sim casuisticamente; b) sua distribuição não pode ser estática e inflexível, mas sim dinâmica; c) pouco importa, na sua divisão, a posição assumida pela parte na causa (se autor ou réu); d) não é relevante a natureza do fato probando – se constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito – ou o interesse em prová-lo, mas, sim, quem tem mais possibilidades de fazer a prova.

Portanto, esta teoria parte do pressuposto de que a aplicação das regras estáticas sobre o ônus da prova levará em alguns casos a resultados injustos e, para impedir tal injustiça se torna de suma importância a flexibilização das regras rígidas, ou seja, esta teoria abrandando a aplicação das regras estáticas em casos específicos de desigualdade em possibilidade de produzir a prova, recaindo o ônus probatório sobre a parte que tiver em melhores condições para produzi-la.

---

<sup>33</sup> GRAZIELLA, Ambrosio. op. cit, p. 53.

<sup>34</sup> Idem. Ibidem. p. 53

Logo, temos como fundamentos da teoria em estudo: a concepção dinâmica do processo, a concretização da justiça, a perseguição por uma solução justa, o justo equilíbrio das partes na relação processual, os deveres de lealdade, probidade e boa-fé, bem como o dever das partes de colaborar com o esclarecimento da verdade.

### 2.1.2 Distribuição dinâmica e a inversão do ônus da prova

Como já estudado no tópico anterior a distribuição dinâmica do ônus da prova depende de cada caso concreto levado perante o juiz, e qual das partes tem melhor condições de provir determinada prova, quando as regras estáticas são insuficientes para uma solução justa. Já a inversão do ônus da prova se impõe, com previsão em lei.

Nesse sentido Ambrosio (2013, p.64) dispõe “a teoria das cargas probatórias dinâmicas não se baseia em uma distribuição prévia do ônus da prova, ao passo que só pode falar em inversão caso o ônus seja estabelecido previa e abstratamente na lei (...)”<sup>35</sup>.

Dessa forma a inversão do ônus da prova se impõe, possui seus requisitos legais, previstos no Código de Defesa do Consumidor, ao passo que a dinamização probatória é mais abrangente, não se prende a previsão em lei, cabe ao juiz aplicar, verificando em cada caso concreto e em qualquer tipo de processo, quem tem entre as partes as melhores condições de produzir a prova.

No mesmo sentido Eduardo Cambi (2006, p. 341), defende:

A carga dinâmica da prova em nada se confunde com a inversão do ônus da prova, tratando-se de diferentes institutos. (...) não há na distribuição dinâmica do ônus da prova uma inversão, nos moldes previstos no art. 6º, VIII, do CDC, porque só se poderia falar em inversão caso o ônus fosse estabelecido prévia e abstratamente. Não é o que acontece com a técnica da distribuição dinâmica, quando o magistrado, avaliando as peculiaridades do caso concreto, com base em máximas de experiências, art.335, CPC, irá determinar quais fatos devem ser provados pelo demandante e pelo demandado.<sup>36</sup>

Dinamarco (2009, p. 76) afirma “são inversões do ônus das prova às alterações de regras legais sobre a distribuição deste, impostas ou autorizadas por lei<sup>37</sup>”. Explica ainda, o

---

<sup>35</sup> Idem. Ibidem. p. 64.

<sup>36</sup> CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revistas dos tribunais, 2006. p. 341.

<sup>37</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit, p. 76.

autor, que a inversão do ônus probatório pode ser proveniente da própria lei, da vontade das partes, ou da decisão do juiz por autorização legal. “A inversão do ônus da prova, portanto, se divide em legal, convencional ou judicial”<sup>38</sup>.

Como exemplo da inversão proveniente da lei (*ope legis*), temos o art. 38, do CDC, o qual independe do caso concreto ou da atuação do juiz, que dispõe: “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

Assim, a norma legal atribui o ônus da prova a quem patrocina a publicidade, independentemente das regras do CPC, havendo, pois apenas uma distribuição legal “prévia e abstrata”.

A inversão convencional, segundo Sérgio Cruz Arenhart (2006), “é aquela ajustada entre as partes”<sup>39</sup> assevera que a convenção é negócio jurídico processual, devendo observar os requisitos necessários para a validade de qualquer negócio: agentes capazes, objeto lícito e forma admitida em lei.

Devendo respeitar os limites do art. 333, parágrafo único, I e II, do CPC: O ônus da prova não pode recair sobre direito indisponível da parte, tampouco tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Já a inversão judicial (*ope judicis*) se opera pelo juiz, o qual redistribui o encargo probatório de acordo com a lei, como exemplo art. 6º, VIII, do CDC, que proclama como direito básico do consumidor a facilitação da sua defesa mediante a inversão do ônus da prova.

A inversão do ônus da prova para que seja aplicada exige dois requisitos que é a verossimilhança da alegação ou hipossuficiência do consumidor, previstos no art. 6º, VIII, do CDC. Já a dinamização do ônus probatório não se fundamenta nestes requisitos, mas apenas em qual das partes tem facilidade de produção da prova, no caso concreto. Embora que nesta também abarca a hipossuficiência, só que aqui é mais abrangente, podendo beneficiar inclusive aquele que não seja hipossuficiente de forma material, mas apenas se encontra com dificuldades de produção da prova.

Assim, segundo Ambrosio (2013), o Código de Defesa do Consumidor visa à proteção exclusiva do consumidor, de forma que nunca considerará o fornecedor hipossuficiente e, conseqüentemente, jamais o beneficiará com a inversão do ônus da prova. A teoria das cargas probatórias dinâmicas, por sua vez, pode beneficiar um fornecedor ou

---

<sup>38</sup> Idem. Ibidem. p. 76.

<sup>39</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro**. Revista Jurídica, n. 343, maio/2006.

qualquer parte que não se apresente hipossuficiente na relação material, desde que demonstre não deter as melhores condições para produzir a prova dos fatos discutidos em juízo.

Dessa forma, como fora exposto à inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do CDC é menos abrangente que a dinamização do ônus da prova ou “teoria das cargas probatória”, pois esta pode beneficiar ambas as partes, desde que se encontre com dificuldades de produção da prova, enquanto aquele deve preencher os requisitos da verossimilhança ou hipossuficiência do consumidor, visando sempre proteger a parte hipossuficiente, trazendo para a relação de trabalho o trabalhador.

A dinamização do ônus da prova ou ainda a teoria das cargas probatórias, visa garantir uma jurisdição justa, garantindo a cooperação de ambas às partes para um processo justo, ou seja, garante a todos o acesso à justiça.

### 2.1.3 Teoria da *probatio diabólica reversa*

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova somente poderá ser aplicada se o litigante dinamicamente onerado ter a possibilidade e oportunidade de produzir a prova, é a chama *probatio diabólica reversa*.

Nesse sentido, Graziella Ambrosio (2013, p. 63) afirma:

[...] a redistribuição do ônus da prova tem espaço se essa decisão não causar um ônus excessivo à outra parte que não se encontrava inicialmente onerado, sob pena de se desvirtuar os próprios objetivos da teoria. Além disso, os litigantes não podem ser surpreendidos com a flexibilização da reparação do ônus da prova, devendo ser oportunizada a plena produção probatória, bem como a decisão que determina essa dinamização deve ser fundamentada, de forma a se harmonizar o abrandamento da regra clássica com os princípios do contraditório e da segurança jurídica.<sup>40</sup>

Dessa forma, a redistribuição do ônus da prova possui em sua base o requisito da ausência de impossibilidade probatória reversa, assim, deverá o juiz verificar a cada caso concreto se a redistribuição da carga probatória tem o condão de gerar prejuízo à parte onerada, sob pena de violação à garantia constitucional da ampla defesa. Por tal razão, somente será legítima a dinamização do ônus da prova se não causar ônus excessivo a parte onerada, causando dessa forma um desequilíbrio processual.

Nesse sentido Graziella Ambrosio (2013, p. 62-63) defende:

---

<sup>40</sup> AMBROSIO, Graziella. op. cit, p. 62.

[...] se a aplicação da teoria da flexibilização das regras estáticas acarretar a mesma dificuldade ou impossibilidade para a parte contrária inicialmente desonerada na respectiva produção da prova, a utilização dessa técnica de dinamização resta frustrada, pois seu objetivo não é punir a parte contrária ou gerar outra situação de desigualdade entre os litigantes. Assim, “a teoria da probatio diabólica reversa, é indispensável que a parte dinamicamente onerada tenha possibilidade real de produção da prova, sob pena de grave violação ao seu direito de defesa e de acesso ao Poder Judiciário”.<sup>41</sup>

Azevedo (2008, p. 15-30) discorre sobre a possibilidade de o litigante dinamicamente onerado cumprir o encargo, dizendo:

[...] a modificação do ônus da prova pelo juiz deve ser sempre pautada pela razoabilidade de tal medida. Assim, segundo o autor, se não há possibilidade de a outra parte cumpri-lo a contento ou se a modificação da regra de distribuição do ônus da prova lhe implicar uma verdadeira pena, em vez de ônus, não se justificará a alteração da regra geral.<sup>42</sup>

“A lei que torne impossível a prova é tão inconstitucional quanto à lei que impossibilite a defesa”<sup>43</sup>. (COUTURE, 2003, P. 48).

A vedação da prova diabólica se interpreta do art. 333, parágrafo único, inc. II, do CPC, que dispõe: “É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando [...] tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”.

Como se vê, a legislação estabelece a possibilidade de convenção entre as partes sobre a distribuição do ônus probatório, mas proíbe que o ajuste torne impossível a produção da prova por uma das partes. Observa-se, que a finalidade do dispositivo é impedir que uma das partes se encontre diante de uma difícil produção probatória em oposição à outra parte, que tem plena condição de produzir a prova.

Zaneti (2011, p. 144) elenca os motivos que inspiraram o legislador na elaboração do art. 333, parágrafo único, inc. II, do CPC, e observa que coincidem com as razões para aplicação da distribuição dinâmica:

Não demoramos muito para que essa reflexão encontre alguns motivos considerados pelo legislador, a saber: (a) coibir a prova diabólica, impossível ou quase impraticável para uma das partes; (b) evitar que uma das partes se utilize de ardis, artifícios ou superioridade técnica/econômica para se sobrepor à outra; (c) combater de forma clara inequívoca e manifesta o desequilíbrio processual nocivo, que pode levar à perda ou aniquilamento de um direito ou, ainda a uma decisão flagrantemente injusta. A esse respeito,

<sup>41</sup> Idem. Ibidem. p.62-63.

<sup>42</sup> AZEVEDO, Antônio Danilo Moura de. **A aplicação da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no processo civil**. Revista Jurídica UNIJUS, Uberava, p. 15-30, 2008.

<sup>43</sup> COUTURE, Eduardo. **Estudios de derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 2003, p. 48.

pergunto ao leitor: quais eram os motivos e fundamentos que elencamos para aplicar a teoria da carga dinâmica da prova? Praticamente os mesmos <sup>44</sup>.

Dessa forma, o dispositivo legal proíbe a prova diabólica e, para coibir, deve-se aplicar a distribuição dinâmica do *onus probandi*, com a atribuição do encargo probatório à parte que tem melhores condições probatórias.

Logo, a distribuição dinâmica do ônus da prova, se revela como importante instrumento para o julgador coibir a prova diabólica, vedada pela ordem legal. Obviamente, esta distribuição dinâmica probatória não se justifica na hipótese de prova diabólica bilateral, ou seja, aquela de difícil produção para ambas as partes. Nesse caso, nenhuma das partes tem condição de produzir a prova e, por isso, não há espaço para a aplicação da distribuição dinâmica, prevalecendo às regras estáticas.

#### **2.1.4 Momento da aplicação da dinamização do ônus da prova.**

Compete ao magistrado alterar o modelo estático de distribuição do ônus da prova, de ofício ou a requerimento da parte interessada na petição inicial, em decisão devidamente fundamentada, no início da fase instrutória, evitando dessa forma que a parte dinamicamente onerada seja pega de surpresa, pois se aplicada no momento da sentença tiraria da parte onerada a oportunidade de produção da prova, violando o princípio constitucional da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e de acesso ao Poder Judiciário.

A dinamização das cargas probatórias não possui cunho punitivo, como exposto no tópico anterior, mas de incentivar a efetiva colaboração das partes no processo. Importante salientar, que a aplicação da referida teoria não precisa recair sobre todos os fatos alegados, objeto do litígio, podendo recair apenas sobre um ou alguns deles, desde que reste constatada a dificuldade da parte que inicialmente é onerada, assim, como a facilidade da parte contrária em produzir a prova.

Neste rumo Ambrosio (2013, p. 67-68), manifesta-se da seguinte maneira:

autor poderá requerer a distribuição do ônus da prova na petição inicial, e o réu terá a oportunidade de manifestar sobre esse pedido na contestação, provando que não se encontra em melhores condições para a produção das provas. Do mesmo modo, o réu, na contestação alegar e provar que o autor

---

<sup>44</sup> ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras sobre o ônus da prova**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 144.

se encontra em melhores condições de demonstrar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito alegado na inicial. Devendo ser concedido ao autor a oportunidade para se manifestar sobre o pedido do réu, provando que não está em melhores condições para a produção probatória.<sup>45</sup>

Adverte ainda Ambrosio (2013):

[...] caso a parte seja surpreendida na sentença com a alteração do modelo clássico de distribuição do ônus da prova, não lhe tendo sido oferecida ciência prévia dessa decisão judicial, bem como a oportunidade de se desincumbir do ônus da prova lhe imposto dinamicamente, sua defesa será seriamente comprometida. Por isso o momento processual mais adequado para a aplicação da dinamização do ônus da prova é na audiência preliminar, quando o juiz verifica os pontos controvertidos, indicando os fatos que deverão ser objeto de prova. Como no processo do trabalho as audiências, em regra, são unas, inexistindo despacho saneador, compete ao Juiz do Trabalho, assim que recebida à defesa e fixada os pontos controvertidos, anunciar às partes a nova distribuição do ônus da prova, determinando, se for o caso, nova audiência em que as partes terão a oportunidade de produzir as provas que desejarem e, assim, desincumbir-se satisfatoriamente do novo encargo processual.<sup>46</sup>

Didier Júnior (2006, p. 528) descreve sobre o momento da distribuição do ônus da prova o seguinte: “a repartição casuística e dinâmica do encargo probatório 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 seu direito fundamental à prova”.<sup>47</sup>

Assim, Boucinhas Filho (2007) ressalta:

[...] a inversão do ônus da prova deve ser sempre uma decisão interlocutória, jamais um critério de julgamento. Dessa forma, deve o juiz comunicar previamente as partes sobre a decisão de inverter o ônus da prova devidamente justificada, permitindo-lhes saber a quem incumbirá à produção das provas e a quem caberá realizar a contraprova de cada uma das assertivas. A comunicação feita somente na sentença que a decisão prolatada decorreu de uma inversão do ônus da prova resulta em injustificável violação ao princípio do devido processo legal e, por conseguinte, em nulidade processual insanável.<sup>48</sup>

A readequação do ônus da prova poderá ocorrer até em grau de recurso, quando o Tribunal identificar evidente desigualdade entre as partes em matéria de prova, determinando o retorno dos autos a vara de origem para reabertura de instrução processual. É de suma

<sup>45</sup> GRAZIELLA, Ambrosio. op. cit, p. 67-68.

<sup>46</sup> Idem. Ibidem. p. 67.

<sup>47</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 528.

<sup>48</sup> BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. A inversão do ônus da prova no processo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1482, 23 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10176>>. Acesso em: 02. jul. 2013.

importância lembrar que essa alteração no modelo rígido de distribuição do ônus da prova somente se aplica em casos excepcionais, quando as partes se encontrarem em grandes desigualdades probatórias. Dessa forma, subverte-se a ordem estática em prol da busca da verdade, de uma jurisdição justa, assegurando sempre a parte dinamicamente onerada o contraditório, informando o juiz às consequências de seu encargo, devidamente fundamentada. Caso contrário à finalidade da dinamização do ônus da prova perderia seu objetivo que a cooperação das partes para um processo justo.

### **2.1.5 Óbice à aplicação da teoria, o poder instrutório do juiz e o dever de colaboração das partes.**

Ambrosio (2013, p. 68-69), afirma que um dos maiores opositores à aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas é o jurista argentino Maximiliano García Grande, o qual escreveu o livro *“Las cargas probatórias dinámicas. Inaplicabilidad”*, ou seja, *“As cargas probatórias dinâmicas. Inaplicabilidade”*.

Segundo o autor argentino supracitado, em primeiro lugar sustenta que a sentença, nos casos de falta de prova eficaz, deve estar fundada em presunções legais e não na distribuição do ônus da prova. Assim, a inversão do ônus da prova, provocada pela aplicação da nova teoria, geraria uma contradição insuperável entre as presunções legais e as regras sobre distribuição do ônus da prova, que devem ser um reflexo daquelas.

Num segundo momento, preconiza o autor que a expressão “melhores condições de prova” pode gerar consequências indesejáveis, pois, salvo alguns casos paradigmáticos e evidentes, na maioria das vezes o juiz não sabe quem se encontra em melhores condições de provar os fatos. Salvo circunstâncias “palpáveis” aos olhos do magistrado, nem sempre se sabe as relações havidas entre as partes e as provas, ou a proximidade entre aquelas e estas.

Num terceiro momento afirma o jurista argentino, que se deve examinar corretamente até onde, existindo um princípio constitucional pelo qual ninguém pode ser compelido a produzir prova contra si mesmo, é legal um instituto que obrigue as partes a produzir prova contra si mesmo. Se, de acordo com Carta Magna, ninguém pode ser obrigado a se declarar culpado pelo mesmo raciocínio, ninguém pode ser obrigado a demonstrar que é inocente, se não existe prova que presuma sua culpabilidade.

Por fim, sobre a “justiça do caso concreto” como base da teoria, o autor argentino assevera ser utópico admitir que o juiz deve aplicar a justiça em cada caso concreto, quando de todos sabido que, pelo colapso judicial reinante, isso é impossível na prática, pois o magistrado tem pouco ou nenhum conhecimento sobre as circunstâncias particulares de cada caso.<sup>49</sup> (GRANDE apud AMBROSIO, 68-69).

Peyrano (2004 apud Graziella, p. 69-70) também argentino contrapõe esse pensamento afirmando:

não se pode negar a importância das presunções em matéria probatória, no entanto, essas são insuficientes, principalmente em situações excepcionais. A teoria das cargas probatórias dinâmicas é de aplicação necessária para aqueles casos cujas particularidades exigem a dinamização ou flexibilização do ônus da prova para que se chegue à verdade dos fatos e, assim, a um resultado justo. Essa teoria ganha espaço para aqueles casos nos quais as regras clássicas de distribuição do ônus da prova operam mal e causam injustiça, por haver sido previstas para os casos mais comuns e corriqueiros, mas que não se aplicam a certos casos específicos. E é precisamente para esses últimos casos que a teoria das cargas probatórias dinâmicas tem aplicação.<sup>50</sup>

Assim, verificado de que o processo atua com uma função estatal e, por isso, tem notória finalidade pública, o juiz não mais se limita a uma atuação passiva e neutra, em que deva apenas observar as partes se digladiarem.

Averiguado que o resultado do processo não interessa somente às partes do litígio, mas, sobretudo ao Estado, a iniciativa probatória não pode ser restrita aos litigantes, devendo se estender ao juiz.

Desse modo, em conformidade com a possibilidade probatória do juiz, o art. 130 do CPC, assim dispõe “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

Além, do poder instrutório do juiz, o art. 339 do CPC, nos traz o dever de cooperação das partes com o Poder Judiciário, que assim preconiza “Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”.

A legislação do processo, como exposto, permite ao juiz a determinação de provas. Caso, umas das partes tenha amplo acesso à prova, pode o juiz através do seu poder instrutório impor o ônus da prova à parte que tenha maior possibilidade probatória.

---

<sup>49</sup> GRANDE apud GRAZIELLA, Ambrosio. **distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 68-69.

<sup>50</sup> PEYRANO apud GRAZIELLA, Ambrosio. **distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 68-69.

Ambrosio (2013, p. 70-71), nesse sentido afirma:

que esta teoria afasta preceitos rígidos e inflexíveis sobre a distribuição do ônus da prova na busca de uma solução justa segundo as circunstâncias de caso concreto. A dinamização do ônus da prova permite que o processo não se desenvolva como uma luta, senão em razão da colaboração das partes com o órgão jurisdicional. O juiz, pelas particularidades do caso e pela conduta desempenhada pelas partes, deve observar se falta dever de colaboração e cooperação entre as partes e também deve reparar quem está em melhores condições de produzir a prova dos fatos, o que não significa que se transfira todo o ônus probatório para uma parte, onerando-a em demasia e despropositadamente, pois a teoria das cargas probatórias dinâmicas pode concorrer com as regras clássicas de distribuição do ônus da prova e, portanto, a outra parte também poderá ser onerada com a demonstração dos fatos que lhe competem. Em consequência, o que se pretende é dinamizar a conduta das partes e do juiz no processo para alcançar a verdade objetiva dos fatos por ambas às partes em solidariedade e colaboração processual<sup>51</sup>.

Segundo Airasca:

a aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas não viola o direito de defesa em juízo, nem o devido processo legal, pelo contrário, ela busca manter a igualdade material e real das partes no processo e se funda no valor justiça, em lograr que no caso concreto seja alcançada a verdade dos fatos e que se prolate uma sentença justa e, ademais, todas as provas coletadas sejam valoradas sempre pelo juiz conforme juízo de valor. (AIRASCA, 2004, apud AMBROSIO 2013, p 72)

Nesse sentido Graziella Ambrosio (2013), afirma que a distribuição dinâmica do ônus da prova não afeta o sistema de presunções legais, pois a fixação do ônus da prova ocorre em momento posterior à identificação daquelas presunções. Ou seja, o juiz no primeiro momento deve verificar se existem presunções legais que favoreçam as partes para, posteriormente, definir a quem cabe provar os fatos que ainda restam controvertidos, pois os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade não dependem de prova, (art. 334, IV, CPC). Ademais, essa teoria não fere o princípio constitucional de que ninguém pode ser compelido a produzir prova contra si mesmo, pois tal garantia se aplica exclusivamente para os casos de investigação ou acusação no âmbito penal, tendo os litigantes o dever de colaborar com a descoberta da verdade real, ainda que essa colaboração prejudiquem seus interesses processuais. Por fim, não há que se falar que a teoria das cargas probatórias dinâmicas causaria surpresas às partes e, assim, criaria riscos ao direito de defesa em juízo, pois se recomenda a aplicação da teoria em estudo por meio de decisão fundamentada e sempre em momento processual que oportunize as partes real possibilidade de ampla produção probatória.

---

<sup>51</sup> GRAZIELLA, Ambrosio. op. cit, p.70-71.

Dessa forma, o que se almeja é dinamizar a conduta das partes e do juiz no processo, objetivando alcançar a verdade dos fatos em solidariedade e colaboração processual entre as partes no litígio, para que assim se possa ter o pleno acesso à justiça e, conseqüentemente uma jurisdição justa e equilibrada.

### **3 APLICAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO.**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz em seu art. 3º, inciso IV, como objetivo principal promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. A proibição à discriminação é um verdadeiro princípio de proteção, de resistência em favor do obreiro. Dessa forma, requer o mínimo de dignidade para a convivência entre os indivíduos de uma sociedade.

Vieira (2010) ressalta os principais diplomas que trazem definições sobre a discriminação:

[...] Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1968), a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979) e a Convenção nº 111 da OIT (1960). Também outras normas da OIT estabeleceram a não discriminação no emprego e na ocupação, como a Convenção e Recomendação nº 122, as Convenções nº 100, 117, 159 e 168, as Recomendações nº 136 e 150. Na CLT, destacam-se as seguintes normas antidiscriminatórias: art. 3º, § único, que proíbe distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalho, bem como entre o trabalho intelectual, técnico e manual; art. 5º, que estabelece que a todo trabalho de igual valor corresponderá igual salário, sem distinção de sexo; arts. 373-A e 392-A, que vedam práticas discriminatórias contra a mulher; o art. 428, que exclui qualquer limite de idade para a pessoa portadora de deficiência quando firmarem contrato especial de aprendizagem; e o art. 461, que versa sobre equiparação salarial.<sup>52</sup>

Todos estes diplomas legais supracitados contra a discriminação laboral se baseiam no princípio da igualdade, principal característica da justiça social (arts. 3º, III, 170, *caput*, e 193, *caput*, CRFB) e tem como principal objetivo eliminar com as injustiças e com a exploração ao trabalhador.

---

<sup>52</sup> VIEIRA, Letícia D'Oliveira. **A prova da discriminação em juízo**. Necessidade da aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2487, 23 abr. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14736>>. Acesso em: 10 sep. 2013.

É neste princípio da igualdade, que a distribuição dinâmica do ônus da prova também se baseia, uma vez que o empregado e empregador estão em posições diferentes, não só pela posição econômica, mas também probatória, pois o empregador na maioria das vezes, por possuir o poder diretivo e fiscalizador é o maior detentor de prova material, como exemplo “contrato de trabalho”. Este princípio eleva o empregado na mesma posição do empregador, e juntamente com o princípio da lealdade, boa-fé processual, cooperação com o poder judiciário, faz com que a flexibilização das regras rígidas seja aplicada no Processo do Trabalho, incumbindo à parte que tem maior facilidade de produzir à prova, garantindo assim o pleno acesso à justiça e uma jurisdição justa.

Nesse sentido, Didier Júnior (2006, p.527) afirma:

[...] a distribuição dinâmica do ônus da prova seria uma decorrência dos seguintes princípios: a) princípio da igualdade (at. 5º, caput, CF e art. 125, I, CPC); b) princípio da lealdade, boa-fé e veracidade (art. 14,16, 17, 18 e 125, III, CPC); c) princípio da solidariedade com o órgão judicial ( arts. 339, 340, 342, 345 e 355 CPC); d) princípio do devido processo legal (art.5º, XIV, CF); e) princípio do acesso à justiça ( art.5º, XXXV, CF), que garante a obtenção de tutela jurisdicional justa e efetiva <sup>53</sup>.

Carneiro Neto (2008, p. 164-165), no mesmo sentido afirma:

não existi qualquer obstáculo à adoção da teoria da carga dinâmica da prova, em razão dos princípios constitucionais consagradores de direito e garantias individuais, tais como a ampla defesa e o contraditório, a igualdade e a dignidade da pessoa humana a qual, dentre outros aspectos, traduz-se na garantia de que todo homem possa demonstrar a verdade das suas alegações e, com isso, buscar a concretização dos seus direitos <sup>54</sup>.

Importante ressaltar que o artigo 125, I, do Código de Processo Civil, dispõe sobre os poderes e deveres do juiz no processo, competindo-lhe “assegurar as partes igualdade de tratamento”. Dessa forma, o litígio entre as partes deve ser com irrestrita igualdade, buscando a verdade, sem a manifestação privilegiada em prol de um dos litigantes. Assim, estaremos no rumo do êxito processual.

Ambrosio (2013, p.93-94) no mesmo rumo, dispõe:

[...] distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho, encontra-se fundamento no princípio da igualdade, cabendo a cada litigante demonstrar as alegações que se apresentam mais fáceis, segundo a sua real capacidade probatória. Funda-se também nos princípios da boa-fé e da lealdade processual que regem a conduta dos litigantes, e lhes impõe o dever de conjugar esforços com o Estado no processo para solucionar o litígio,

<sup>53</sup>DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 6. Ed. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 527

<sup>54</sup> CARNEIRO NETO, Durval. **Processo, jurisdição e ônus da prova no direito administrativo: um estudo crítico sobre o dogma da presunção de legitimidade**. Bahia: Podivm, 2008. p. 164-165

cooperando e trazendo aos autos as provas que estão em seu poder independentemente de haver ou não determinação judicial expressa nesse sentido<sup>55</sup>.

Luduvicé (2003, p. 34), dispõe sobre a lealdade processual trabalhista, preconiza ser “imperiosa a imposição de um mínimo ético na atuação do operador jurídico, sob pena de, a cada dia, nos vermos diante de comportamentos desleais dentro do trâmite de milhões de reclamationária em trâmite perante a Justiça do Trabalho Brasileira”.<sup>56</sup>

A dinamização do ônus da prova aplicada ao processo do trabalho tem como objetivo atingir a igualdade substancial. O juiz deverá verificar no caso concreto se as diferenças entre as partes são acentuadas, fazendo com que não incida as normas rígidas da CLT e do CPC. Assim, a parte que se encontrar com dificuldade terá maior facilidade para defender-se das alegações da parte contrária ou para ter o seu direito concretizado, por meio do ônus estabelecido pelo magistrado.

Ademais, o autor Teixeira Filho, assevera que a dinamização da prova deve ser utilizada quando o art. 818 da CLT for insuficiente para disciplinar a distribuição probatória entre os litigantes. Dessa forma, diz o autor que “competirá ao julgador verificar, em concreto, quem estava apto a produzir a prova, segundo os meios e condições de que realmente dispunha, pouco importando que se trate de prova positiva ou negativa, ou de o interesse fosse desta ou daquela”<sup>57</sup>. (TEIXEIRA FILHO, 2003, P. 126).

A nossa legislação trabalhista e civilista não contém norma positivada adotando a teoria da distribuição dinâmica, mas a doutrina acolhe essa concepção a partir de uma interpretação sistemática dos princípios constitucionais, notadamente dos princípios da igualdade (art. 5º, caput e art. 125, I, CPC), da lealdade, boa-fé e veracidade (arts. 14, 16, 17, 18 e 125 CPC), da solidariedade com o órgão jurisdicional (arts. 339, 340, 342, 345, 355, CPC), do devido processo legal (art. 5º, XIV, CF) e do acesso à justiça justa e efetiva (art. 5º XXXV, CF).

Percebe-se, pois, que o artigo 333 do CPC e 818 da CLT não podem ser lidos isoladamente, mas à luz dos princípios constitucionais informados nos referidos artigos.

Logo não se pode perder de vista que o Direito do Trabalho visa à justiça distributiva, o que se evidencia nos princípios protetivos, da primazia da realidade e da busca da igualdade material, os quais, no caso do processo trabalhista, podem ser acrescidos à

---

<sup>55</sup> AMBROSIO, Graziella. op. cit, 93-94.

<sup>56</sup> LUDUVICÉ, Ricardo Verta. **Lealdade processual trabalhista**. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2003. p. 34.

<sup>57</sup> TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **A prova no processo do trabalho**. 8. ed. ver. e ampl. São Paulo: Ltr, 2003. p. 126.

solidariedade e cooperação das partes na busca da verdade, como fundamento do matriz flexibilizador.

Ambrosio (2013, p. 105), afirma que conforme a distribuição dinâmica do encargo probatório impõe-se a eliminar qualquer tentativa de se restringir o direito à produção probatória, tal como a cômoda postura do empregador que se limita a negar os fatos narrados na petição inicial, valendo-se das regras clássicas de distribuição do ônus da prova. O caráter público do processo moderno, que contempla não apenas interesses das partes envolvidas, mas interesse do Estado na solução justa do processo, não admite que o empregador se esquive da adequada apuração dos fatos, inviabilizando uma melhor prestação jurisdicional.<sup>58</sup>

A Jurisprudência é pacífica sobre o tema em estudo, vejamos:

EMENTA: HORAS EXTRAS. ÔNUS DA PROVA. Acerca do ônus da prova, o sistema processual trabalhista alberga a teoria da aptidão para a produção da prova, mediante a qual, não obstante a regra clássica de distribuição de que trata o artigo 333 do CPC, aplicado subsidiariamente ao processo do trabalho, se vislumbra a possibilidade de inversão do ônus da prova. Aliás, a Consolidação das Leis do Trabalho, por meio do disposto no artigo 852-D, acrescentado pela Lei nº 9.957/2000, acolheu essa hipótese. Robustece tal assertiva a essência do entendimento consagrado na Súmula nº 338 do Tribunal Superior do Trabalho, que enumera circunstâncias nas quais se afigura pertinente a inversão do ônus da prova, como é o caso da apresentação de cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes. BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho (5ª TURMA). Recurso de Revista nº 7806900222003504 7806900-22.2003.5.04.0900. Relator: Emmanoel Pereira. Julgado 13/ 09/ 2006, publicado DJ 13/10/2006. EMENTA: INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. TÉCNICA DE JULGAMENTO CONSENTIDA PELA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA. ATIVAÇÃO JUNTO AO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO. A despeito da natural disparidade de forças que existe entre empregado e empregador, na maioria dos feitos processados perante esta Justiça Especializada, a norma processual do trabalho que trata da distribuição do ônus da prova não contempla expressamente a possibilidade da inversão do ônus da prova. Embora haja sua positivação em outros diplomas processuais, assim não ocorre entre nós. Isso, no entanto, não a afasta do Direito Processual do Trabalho. E, assim, a Justiça do Trabalho não está impedida de se valer dessa técnica de julgamento, podendo utilizá-la sempre que a distribuição dinâmica do ônus da prova assim recomendar. Sua aplicação encontra sólido suporte doutrinário e jurisprudencial, pelo que seu uso é não só possível, mas também recomendável, como imperativa medida de justiça. (BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho, 6ª Turma, Recurso ordinário nº 00235-2009-063-03-00-4, TRT 3ª R., Rel.: Convocado Vitor Salino de Moura Eça, in DeJT 6/12/10, g.o.)

Assim, a distribuição dinâmica do ônus probatório é uma ferramenta que ajuda ao julgador exercer sua função, de uma forma justa, onde todos cooperam para o bom andamento

---

<sup>58</sup> AMBROSIO, Graziella. op. cit, p. 105.

do processo.

Pelo exposto, a teoria das cargas probatórias dinâmicas encontra plena aplicabilidade no âmbito do processo do trabalho, pois existe quanto ao tema uma lacuna na norma no que tange a produção probatória. Ademais a distribuição dinâmica do ônus da prova tem como base os princípios constitucionais, e contribui para uma jurisdição justa.

### 3.1 Limites da distribuição dinâmica da prova

A distribuição dinâmica do ônus da prova significa uma ampliação dos poderes do juiz, que pode excepcionalmente mudar as regras estáticas. Dessa forma, se torna indispensáveis critérios que autorizem tal atuação do órgão jurisdicional, evitando que essa extensão do poder do juiz, se transforme em arbitrariedade, o que não se admite no Estado Democrático de Direito.

Jorge W. Peyrano, propagador da distribuição dinâmica, delineou com clareza os contornos da teoria balizada.<sup>59</sup> Em primeiro lugar, o jurista argentino sustenta que a repartição dinâmica é parcial, ou seja, aplica-se a determinados fatos, não abrangendo todo o material fático.<sup>60</sup> Essa observação já foi exposta acima, quando se afirmou que a inversão do ônus da prova não significa a transferência total do *onus probandi* de uma parte à outra, mas se refere à circunstância específica.

Ademais, argumenta ainda o autor que a distribuição dinâmica não se aplica quando ambas as partes se encontram em situação de difícil produção probatória.<sup>61</sup> Como já fora exposto quando se tratou da proibição da prova diabólica reversa.

Ainda, o processualista argentino afirma que a distribuição dinâmica do ônus da prova não pode acarretar surpresa às partes.<sup>62</sup> Dessa forma, a parte onerada deve estar ciente do encargo para possa se desincumbir.

Assim, a distribuição dinâmica do ônus da prova, permite a inversão do *onus probandi*, quando se depara em casos concretos uma disparidade probatória, ou seja, situação em que uma parte tem maior facilidade de produção da prova, em detrimento da outra.

---

<sup>59</sup> AZÁRIO, Márcia Pereira. **Dinamicização da distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro** – Rio Grande do Sul. 2006. 200f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS, Porto Alegre, 2006, p. 131.

<sup>60</sup> Idem. Ibidem. p. 131.

<sup>61</sup> Idem. Ibidem. p. 131.

<sup>62</sup> Idem. Ibidem. p. 131.

Na relação de emprego, o poder diretivo, fiscalizador e disciplinar do empregador o colocam posição privilegiada para demonstrar em juízo as circunstâncias fáticas que envolvem o contrato de trabalho. Por esta razão, na maioria dos litígios, o empregador tem melhores condições de produção da prova, em detrimento da dificuldade enfrentada pelo empregado. Nestas situações, pode o juiz inverter o ônus da prova quanto às alegações de fato cuja demonstração seja mais fácil ao empregador em razão dos seus poderes empregatícios.

Todavia, se o poder diretivo, fiscalizador, ou seja, os poderes empregatícios que o empregador possui em face do obreiro não conferirem possibilidade da produção probatória, não haverá, portanto, disparidade probatória e, por isso, não se autoriza o afastamento das regras estáticas, pois é inaplicável a distribuição dinâmica do ônus da prova.

Isto não quer dizer que a distribuição dinâmica do ônus da prova poderá ser aplicada somente se o empregador detiver em seu poder a prova. Também se admite a distribuição dinâmica do ônus da prova, quando o empregador embora não disponha da prova, mas tem condição de produzi-la, em vista de seu poder diretivo.

### **3.1.2 Distribuição dinâmica do ônus da prova e motivação judicial**

Importante lembrar a motivação judicial na aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova. Com efeito, a extensão dos poderes do juiz importa na sua maior responsabilidade de motivação judicial, assim o magistrado, deve explicitar as razões que o conduziram à modificação do ônus probatório estático, evitando assim a arbitrariedade, pois estamos diante de um Estado Democrático de Direito.

A técnica da distribuição dinâmica no processo do trabalho decorre da constatação de que o empregador, em decorrência dos poderes empresariais, principalmente de direção e fiscalização, está em melhores condições de produzir a prova.

Assim deverá o juiz justificar e expor os motivos que o motivaram para a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Assim, Artur Carpes (2010, p. 130) afirma:

A atuação do juiz fica, pois, controlada pela coerência lógica do seu raciocínio, devendo ele, na sua motivação, fazer transparecer os critérios que

o levaram a afastar, naquele caso concreto, a incidência da regra do art. 333 do CPC e lançar mão da técnica da dinamização dos ônus probatórios<sup>63</sup>.

Logo, compete ao juiz alterar o modelo estático de distribuição do ônus da prova, com sua decisão fundamentada, explicando quais condições fáticas que o colocaram o litigante em melhores condições probatória, pois a teoria em comento, como já exposto não possui caráter punitivo, mas de incentivar a efetiva colaboração das partes no processo. Relembrando que a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova não precisa recair necessariamente sobre todos os fatos alegados, mas, apenas em um ou alguns objetos da controvérsia, os quais restarem constatadas em melhores condições de produzir provas.

### 3.1.3 Consagração da distribuição dinâmica da prova em projetos de lei

A consagração em lei da distribuição dinâmica do ônus da prova seria um bálsamo para aqueles que consideram a autorização expressa indispensável para modificação do ônus da prova pelo juiz.

Assim, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 3015/2008, proposta pelo Deputado Federal Manoel Júnior (PSB/PB), que acrescenta um novo parágrafo ao art. 333 do CPC, nos seguintes termos: “Art. 333[...] § 2º. É facultado ao juiz, diante da complexidade do caso, estabelecer a incumbência do ônus da prova de acordo com o caso concreto”.

O Deputado Federal Manoel Alves da Silva Júnior, ao propor expos à justificativa que:

As regras de ônus da prova são regras de julgamento, ou seja, são aplicadas no momento em que o juiz vai julgar. Não estabelecem disposições a serem cumpridas pelas partes, não dizem quem deve produzir a prova e sim, quem arca com as consequências da não produção da prova. A norma presente no art. 333 do CPC – Código de Processo Civil estabelece que o ônus da prova é estático: do autor, com relação ao que alega, e do réu, em relação a fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor.

Contudo, a doutrina processualista desenvolveu a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova ou das cargas probatórias dinâmicas que defende que o ônus da prova deve ser distribuído de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

De fato, regras previamente estabelecida em muitos casos, dificultam a produção da prova e acabam por fazer com que a parte arque com as consequências de não ter provado fato de difícil elucidação.

A possibilidade de facultar ao juiz, diante da complexidade do caso, restabelecer as regras de ônus da prova consagra a referida teoria, já aplicada

---

<sup>63</sup> CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 130.

pela jurisprudência, e representa aplicação prática dos princípios constitucionais da adequação, da cooperação e da igualdade entre as partes<sup>64</sup>.

Como podemos observar, a distribuição dinâmica do ônus da prova é a principal finalidade da alteração.

Entretanto, conforme Ambrosio (2013, p. 64) não é a melhor técnica, pois “condiciona à dinamização do ônus da prova a complexidade do caso”<sup>65</sup>. Na verdade, a distribuição dinâmica do ônus da prova se justifica na impossibilidade ou dificuldade probatória de uma parte aliada à facilidade de produção da prova da outra parte em relação aos mesmos fatos.

No mesmo sentido é a observação de Artur Carpes (2010, p.130):

Muito embora a redação do projeto não seja alheia a críticas, na medida em que a dinamização não decorre propriamente da ‘complexidade da causa’, mas sim da desigualdade entre as partes e na excessiva dificuldade na produção da prova por aquele que está onerado, bem compreendida a finalidade da disposição do novo §2º do art. 333, não se pode objetar os benefícios que esta poderá gerar<sup>66</sup>.

A pesar da iniciativa do projeto de lei de alterar o atual CPC, tem sua importância reduzida diante do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, que dispõe expressamente a distribuição dinâmica do ônus da prova, conforme art. 262, *in verbis*:

Art. 262. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

§ 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 261 deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

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

O novo projeto do Código de Processo Civil acolhe a distribuição dinâmica da prova, pois permite o abrandamento das regras rígidas e a inversão do ônus probatório para atribuir à parte em melhores condições de desincumbir.

Importante lembrar que a dinamização probatória é medida excepcional, como já fora exposto, portanto é regra complementar e excepcional, tendo como regra geral a

<sup>64</sup>PL 3015/2008 apresentado em 13/03/2008 pelo Deputado Federal Manoel Júnior (PSB/PB). Disponível:[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=474D5D26B7C0CA3296AC912B3DB12B29.node1?codteor=544501&filename=PL+3015/2008](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=474D5D26B7C0CA3296AC912B3DB12B29.node1?codteor=544501&filename=PL+3015/2008). Acesso: 20 sep. 2013.

<sup>65</sup> AMBROSIO, Graziella. op. cit., p. 64

<sup>66</sup> CARPES, Artur. Op. cit, p. 130.

distribuição estática do ônus da prova, com base na posição processual das partes e na natureza do fato alegado, conforme artigo 333, do CPC.

Dessa forma, o anteprojeto do Novo CPC, se mostra bastante preciso na consagração da dinamização do ônus probatório, pois estabelece o caráter complementar deste modelo, assim como, a observância do contraditório, que a possibilidade do onerado se desincumbir do que fora atribuído.

Não há dúvidas da aplicação do art. 262, supracitado do anteprojeto do Novo CPC no processo do trabalho, pois embora não exista lacuna na Consolidação das Leis do Trabalho “CLT”, através do art. 818, é insuficiente e o art. 333 do CPC é aplicado amplamente pela jurisprudência trabalhista, em virtude dessa insuficiência.

Dessa forma, a plena harmonia da dinamização com os princípios celetista, pois possibilita ao obreiro o acesso à justiça e a igualdade material.

### **3.2 Demandas Trabalhistas à Luz da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova**

Estudado os fundamentos da distribuição dinâmica do ônus da prova e a sua forma de aplicação, examinaremos a seguir algumas matérias trabalhistas, sob a luz da distribuição dinâmica.

Como fora exposto ao longo deste trabalho, a distribuição dinâmica do ônus da prova, autoriza o magistrado fazer a inversão do ônus probatório, conforme as circunstância do caso em análise, em face daquele que estiver em melhores condições de produzi a prova.

Nesse sentido Guilherme Guimarães Feliciano (. 2003. p. 921-926) afirma:

Prevalece no processo laboral a regra da distribuição dinâmica do ônus da prova, que deve levar em conta aspectos como a verossimilhança das alegações, os indícios, as funções do processo e a ponderação harmônica dos direitos fundamentais em colisão<sup>67</sup>.

Examinaremos a seguir quatro grupos de ações apenas em que a teoria da dinamização do ônus probatório impor-se-ia, quais sejam: a) ações que denunciam dano moral, assédio moral e assédio sexual nas relações de trabalho; b) discriminação na relação de trabalho; c) atentado ao meio ambiente laboral; d) jornada de trabalho.

---

<sup>67</sup> FELIIANOS, Guilherme Guimarães. **Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho: critérios e casuística.** Revista LTr: Legislação do Trabalho e Previdência Social, São Paulo, v. 72, n. 8, ago. 2003. p.921-926.

### 3.2.1 Dano moral, assédio moral e sexual na relação de trabalho

Segundo Florindo (2002, p. 53) “dano em sentido amplo, é a diminuição ou subtração de um bem jurídico”<sup>68</sup>.

Graziella Ambrosio (2013, p. 105-106), afirma “dano é toda lesão nos interesses de outrem tutelados pela ordem jurídica, quer os interesses sejam de ordem patrimonial, quer sejam de caráter não patrimonial”<sup>69</sup>.

Dessa forma, dano é toda lesão ao direito de terceiro, seja pela ordem jurídica, patrimonial ou não patrimonial.

O dano moral segundo Caio Mário da Silva Pereira (1996, p. 88) é:

[...] a ofensa a direitos de natureza extrapatrimonial, ofensas aos direitos integrantes da personalidade do indivíduo, como também ofensas à honra, ao decoro, a paz interior de cada um, as crenças íntimas, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, a liberdade, a vida, a integridade<sup>70</sup>.

Assim, Graziella Ambrosio (2013, p. 106), assevera que o “dano moral pode ser entendido como toda lesão causada a um bem não patrimonial ou extrapatrimonial do ser humano, tutelado pelo ordenamento jurídico”<sup>71</sup>.

Afirma ainda a autora, que “nas relações de trabalho, varias figuras podem configurar dano moral, pois o trabalhador, em regra está em posição de subordinação perante o empregador, ficando vinculado às suas ordens e orientação que podem exceder os limites do razoável e provocar um dano a um bem imaterial do obreiro”<sup>72</sup>. (AMBROSIO, 2013, p. 106)

O artigo 5º, X, da CRFB preconiza “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Como visto, violada a intimidade, a vida privada e a imagem das pessoas, é assegurado o direito a indenização, ou seja, nasce para a pessoa a qual teve seu direito violado, o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente.

Ressalta ainda Ambrosio (2013, p. 106)

---

<sup>68</sup> FLORINDO, Valdir. **Dano moral e o direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 53.

<sup>69</sup> AMBROSIO, Graziella. *op. cit.* p. 105-106.

<sup>70</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 88.

<sup>71</sup> AMBROSIO, Graziella. *op. cit.* p. 106.

<sup>72</sup> *Idem*, p. 106.

O dano moral é passível de reparação pecuniária quando houver diminuição ou destruição de um bem protegido pelo sistema jurídico, de ordem moral, capaz de causar repercussões negativas na esfera íntima da pessoa, que podem, inclusive, se estender para a vida familiar, para o convívio social e para o campo profissional da vítima <sup>73</sup>.

VENOSA (2006, p. 276) afirma:

Ao indenizar um dano exclusivamente moral, não se repara apenas o pretim doloris, mas busca-se restaurar a dignidade do ofendido, o que é muito mais do que dizer que a indenização por dano moral é um preço que se paga pela dor sofrida, pois a ilicitude não está apenas na violação de uma norma, mas na ofensa ao direito de outrem. <sup>74</sup>

Assim, PAROSKIA (2008, p. 46) dispõe que a “existência da reparação do dano moral é proteger os chamados direitos da personalidade” <sup>75</sup>.

Ribeiro (2012) definiu o dano moral trabalhista como sendo o “agravo ou o constrangimento moral infligido quer ao empregado, quer ao empregador, mediante violação a direitos relativos à personalidade, como consequência da relação de emprego” <sup>76</sup>.

Dispõe ainda, que o dano moral trabalhista pode ocorrer na fase pré-contratual, por exemplo, quando o empregador divulga que não contratou determinado candidato porque ele é homossexual, negro, ou que seu nome está negativado nos serviços de proteção ao crédito. Pode ocorrer também quando o empregador dá publicidade aos resultados de testes realizados na avaliação do candidato, violando sua intimidade <sup>77</sup>.

Como exemplo temos o julgado:

RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. DANO MORAL. Na esfera trabalhista, as partes contratantes devem sempre guardar o princípio da boa-fé, mesmo na fase das negociações preliminares, haja vista que nela repousa a confiança na consumação da avença. Por isso, a frustração do contrato de trabalho, ainda que na fase preliminar, deve ser motivada, pois à medida que progredem as partes na negociação com a atribuição, inclusive, de providências dirigidas à consumação da proposta, maior é a expectativa gerada no obreiro, podendo acarretar-lhe prejuízos de ordem pessoal e material. Recurso conhecido e parcialmente provido. BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho, 16 Região. Acórdão do processo 01135-2010-016-16-00-0 (RO). Relator: Luiz Cosmo da Silva Junior. Data de julgamento: 01/12/2011 – Data de publicação: 12/12/2011

É na fase contratual que se tem maiores ocorrências de dano moral ao obreiro, pois existe neste momento dependência, medo de perder o emprego e subordinação, e como

<sup>73</sup> Idem. p. 106

<sup>74</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 276.

<sup>75</sup> PAROSKI, Mauro Vasni. **Dano Moral e sua Reparação no Direito do Trabalho**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 46.

<sup>76</sup> RIBEIRO, Juliana Mendanha. **Dano moral trabalhista**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3124, 20 jan. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20893>>. Acesso em: 20 sep. 2013.

<sup>77</sup> Idem. Ibidem.

consequência se expõe o obreiro a todo tipo de constrangimento.

Diogo Nicolau Pítsica leciona:

O dano pode ser infligido quando o empregador deixa de cumprir certas obrigações derivadas do contrato de trabalho, tais como, as de higiene e segurança do trabalho e de respeito a personalidade e dignidade do trabalhador. Também este pode ser autor do dano moral ao empregador se descumprir a sua obrigação acessória, derivada da relação empregatícia, de tratá-lo igualmente, e aos seus representantes, com respeito a sua personalidade e dignidade. (PÍTSICA, 2007, p. 64)<sup>78</sup>.

Dessa forma, o dano moral pode ocorrer de diversas formas na fase contratual, por exemplo, através de revistas pessoais, discriminação, rebaixamento de cargo, assédio sexual e moral, acidentes de trabalho, a dispensa do emprego (por injúria, caluniosa, ou difamatória ou indireta).

Ainda segundo Ribeiro (2012), na fase pós-contratual também podem ocorrer afrontas aos direitos do empregado, principalmente porque o término do contrato de trabalho, muitas vezes, enseja certo mal estar, um sentimento de vingança, o que acaba ocasionando ataques à honra das partes. Vale ressaltar que tanto o empregado quanto o empregador devem, mesmo com o fim do contrato de trabalho, continuar mantendo o respeito recíproco<sup>79</sup>.

Assim, o dano moral praticado pelo empregador ao empregado ocorre quando no seu poder diretivo, disciplinador e fiscalizador comete excessos atingindo assim a honra e desrespeitando a dignidade do empregado. Por isso nas relações trabalho o respeito mútuo é fundamental.

A Consolidação das Leis do Trabalho trata da defesa dos direitos de personalidade, em seu art. 483, quando autoriza o empregado a considerar indiretamente rescindido o contrato de trabalho no caso de “ofensa à sua honra ou de sua família, ou ainda, quando for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo”.

Logo, o dano moral é a lesão ao direito de terceiro, não patrimonial garantido ordenamento jurídico, privando ou diminuindo de alguma maneira, podemos citar como exemplo a integridade, privacidade, liberdade, psicofísica, dignidade, reputação, imagem, intimidade, ou seja, é o abalo da dignidade da pessoa humana, que pode ser alegado tanto pelo empregado ou empregador.

Referente ainda ao dano moral temos o julgado:

---

<sup>78</sup> PÍTSICA, Diogo Nicolau. **Dano Moral Trabalhista. Santa Catarina**: OAB-SC. 200 p. 64.

<sup>79</sup> RIBEIRO, Juliana Mendanha. **Dano moral trabalhista**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3124, 20 jan. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20893>>. Acesso em: 20 sep. 2013.

TST- RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - MOLÉSTIA OCUPACIONAL - CONCAUSA - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO EMPREGADOR. A indenização por danos materiais ou morais, exigível pelo empregado perante o empregador na Justiça do Trabalho (CF, art. 114, VI), tem assento constitucional, mas somente para o caso da ocorrência de culpa ou dolo do empregador ( CF , art. 7º , XXVIII ), o que descarta de plano a aplicação da teoria do risco ou da responsabilidade objetiva previstas legal ( CC , art. 927 , parágrafo único ) ou constitucionalmente ( CF , art. 37 , § 6º ), uma vez que, na compreensão do STF, a responsabilidade trabalhista é exclusivamente contratual, não comportando a civil extracontratual (cfr. ADC 16-DF, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe de 09/09/11). Por outro lado, o patrimônio moral a ser reparado em caso de dano é constituído pela intimidade, vida privada, honra e imagem da pessoa ( CF , art. 5º , X ), não sendo qualquer sofrimento psicológico passível de indenização, senão aquele decorrente diretamente da violação daqueles bens constitucionalmente tutelados. Assim, os critérios para o reconhecimento do direito à indenização são: a) a existência da lesão à bem moral ou material constitucionalmente tutelado; b) o nexo de causalidade da lesão com ação ou omissão imputável ao empregador; c) o dolo ou a culpa deste. 4. -In casu-, o Regional consignou ser cabível a indenização por danos morais, decorrente do reconhecimento de doença profissional equiparável a acidente de trabalho (escoliose e lombalgia), no importe de R\$ 25.000,00, pois o trabalho desempenhado pelo Obreiro, ao longo de quase 10 anos na Reclamada, como ajudante de produção e, mais tarde, como prático de frigorífico, realizando a higienização de todo o setor de presuntaria, inclusive com o descarregamento de ossos, representou concausa do acidente, enquadrando-o no art. 20, I, da Lei 8.213 /91, sendo certo, ainda, que a doença não era degenerativa. Ademais, o órgão. BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, 7º TURMA, Recurso de Revista nº 835851220075120012 83585-12.2007.5.12.0012, Relator: Ives Gandra Martins Filho, julgamento 09/11/2011, publicado DEJT 25/11/2011.

No que concerne ao assédio moral, não existe em nosso ordenamento jurídico previsão específica sobre o conceito, ficando a cargo da jurisprudência e da doutrina estabelecer uma conceituação.

O assédio moral em local de trabalho, segundo Marie-France Hirigoyen (2002, p. 65) “é toda conduta abusiva que cause dano à personalidade do trabalhador”, assim escreve:

Por assédio em um local de trabalho temos que entender toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se, sobretudo por comportamento, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, por em perigo o seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho<sup>80</sup>.

Para Márcia Novaes Guedes (1994, p. 33-35), assédio moral é:

(...) são todos aqueles atos e comportamentos provindo do empregador, do superior hierárquico ou dos colegas, que traduzem “uma atitude de contínua

<sup>80</sup> HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral**: a violência perversa do cotidiano. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 65.

e ostensiva perseguição que possa acarretar danos relevantes às condições físicas, psíquicas e morais a vítima”<sup>81</sup>.

No mesmo sentido, Sônia A. C. Mascaro do Nascimento (2005, p. 23-24) preconiza que:

O assédio moral (mobbing, bullying, harcelement moral ou, ainda, manipulação perversa, terrorismo psicológico) caracteriza-se por uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada, e que expõe o trabalhador a situação humilhante e constrangedora, capazes de causar ofensa à personalidade, à dignidade ou à integridade psíquica e que tenha por efeito excluir a posição do empregado no emprego ou deteriorar o ambiente de trabalho durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções<sup>82</sup>.

Portanto, o assédio moral são agressões graves ao trabalhador, de formas repetitivas e prolongas no tempo, visando a sua desestabilização, atingindo dessa forma a sua saúde psíquica e mental.

Ambrosio (2013, p. 108), afirma que os elementos caracterizadores do assédio moral, doutrina e jurisprudência estão em consonância. São eles:

a) conduta abusiva e grave, como atitude vexatória, perversa, ofensiva ou discriminatória e, ainda, que seja grave na avaliação objetiva de um homem médio; b) repetição e prolongamento no tempo da conduta ilícita, constituindo-se em verdadeira perseguição, pois episódio esporádico não caracteriza o assédio moral; c) finalidade lesiva dos atos praticados, pois o assédio moral pressupõe ato doloso do agente com a finalidade de exclusão da vítima do ambiente do trabalho; d) dano psíquico permanente ou transitório, que ocorre quando a personalidade da vítima é alterada e seu equilíbrio emocional sofre perturbações; e e) nexo de causalidade: deve haver nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta do assediador<sup>83</sup>.

Há controvérsias quanto ao elemento psíquico. Autores defendem não haver a necessidade do dano psíquico para configuração do dano moral, pois poderá haver uma corrosão na vítima sem que necessariamente seja afetada sua integridade psíquica.

Nesse sentido, Alice Monteiro Barros (2005, p. 876), escreve:

Quanto ao último elemento dano psíquico, nós o consideramos dispensável, data vênica de inúmeras posições contrárias. O conceito de assédio moral deverá ser definido pelo comportamento do assediador, e não pelo resultado danoso. Ademais, a constituição vigente protege não apenas a integridade psíquica, mas também a moral. A se exigir o elemento alusivo ao dano psíquico como indispensável ao conceito do assédio moral, teríamos um mesmo comportamento caracterizando ou não a figura ilícita, conforme o

<sup>81</sup> GUEDES, Márcia Novaes. **Terror psicológico no trabalho**. São Paulo: LTr, 2003. p. 33-35.

<sup>82</sup> NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaro. **O assédio moral no ambiente de trabalho**. Revista LTr. Legislação do trabalho e previdência Social, São Paulo, v. 68, n. 8, p. 922-930, ago. 2004.

<sup>83</sup> AMBROSIO, Graziella. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**. São Paulo, Ltr, 2013, p.108.

grau de resistência da vítima, ficando sem punição as agressões que não tenham conseguido dobrar psicologicamente a pessoa (...) <sup>84</sup>.

Graziella Ambrosio (2013, p. 109) declara que se afilia aos autores que defendem a desnecessidade do dano psíquico para a comprovação do assédio moral, assim dispõe:

[...] O dano psíquico pode até aparecer em um caso específico, mas não se trata de elemento configurador indispensável para a caracterização do assédio moral. Ao contrário, o assédio moral será definido pela conduta objetiva do assediador analisada de acordo com os padrões de um homem médio. Se o dano psíquico ocorrer, por outro lado, haverá certamente a elevação do valor da compensação por assédio moral. <sup>85</sup>

Segundo Maria Aparecida Alkimin (2009), o assédio moral pode ocorrer de três formas: através do superior hierárquico aos seus subordinados, de forma descendente; dos empregados ao superior hierárquico, de forma ascendente; e através dos empregados em relação ao colega de serviço, na forma horizontal.

Nesse sentido, temos o seguinte julgado:

**Ementa: ASSÉDIO MORAL. MEIO AMBIENTE DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO.** O assédio moral caracteriza-se com repetidas perseguições a alguém, devendo haver por parte do empregador o ânimo de depreciar a imagem e o conceito do empregado perante si próprio e seus pares, fazendo diminuir sua autoestima. Tal conduta abusiva do empregador ou de superior hierárquico se dá através da repetição diária, por longo tempo, de gestos, atos, palavras, comentários e críticas hostis e depreciativas a um empregado específico, expondo-o a uma situação vexatória, incômoda e humilhante, incompatível com a ética e com o respeito à dignidade da pessoa humana. Inequivoco que esta é a situação retratada nos autos, pois demonstrado de maneira robusta que o preposto agia de forma inadequada em "várias" oportunidades, adotando uma conduta específica principalmente contra o Reclamante. De todo modo, é direito do empregado e dever do empregador, um meio ambiente de trabalho saudável, sendo que tal conceito deve ser entendido em sua mais ampla acepção, contemplando o equilíbrio e respeito que devem existir no ambiente laboral, de forma a resguardar, além da saúde física, também a psicológica do empregado. O empregador detém, desse modo, responsabilidade na preservação da saúde e da integridade física e psicológica de seus empregados, vez que é um direito de todos possuir um meio ambiente ecologicamente equilibrado e que propicie uma sadia qualidade de vida, nos exatos termos do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, sendo que na definição de meio ambiente enquadra-se o meio ambiente de trabalho, conforme inc. VIII do artigo 200 da mesma Carta Magna. Portanto, atitudes desrespeitosas do preposto do empregador, que além de entendidas como assédio moral são atentatórias ao direito do empregado a um saudável meio ambiente de trabalho, devem ser coibidas. BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho- PR, 7ª, 9: 3592120073908 PR 35921-2007-3-9, turma, Relator: Ubirajara Carlos Mendes, publicado: 15/05/2012.

---

<sup>84</sup> BARROS, Alice Monteiro. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005. p. 876.

<sup>85</sup> AMBROSIO, Graziella. op. cit. p.109

Importante destacar que a prática de assédio moral nem sempre é de fácil comprovação, pois ocorre de forma camuflada, visando somente desestabilizar a vítima, normalmente vem através das brincadeiras.

Logo, defende-se a aplicabilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova, devendo a vítima demonstrar a impossibilidade probatória ao juiz, para que as regras rígidas sejam alteradas.

O assédio sexual, ao contrario do dano moral e o assédio moral, supramencionados, está previsto como crime por força da lei 10.224/2001, o qual acrescentou o artigo 216-A, que preconiza: Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

O assédio sexual no ambiente de trabalho consiste em constranger colegas por meio de cantadas e insinuações constantes com o objetivo de obter vantagens ou favorecimento sexual. Essa atitude pode ser clara ou sutil; pode ser falada ou apenas insinuada; pode ser escrita ou explicitada em gestos; pode vir em forma de coação, quando alguém promete promoção para a mulher, desde que ela ceda; ou, ainda, em forma de chantagem<sup>86</sup>.

O assédio sexual não é um problema estritamente trabalhista, mas é na relação de emprego que ele gera nefastas consequências, pois é nas relações de trabalho, o contrato de emprego implica a subordinação jurídica do empregado ao empregador, o qual dirige a prestação de serviço.

Segundo, Rodolfo Pamplona Filho (2001, p. 35): “Assédio sexual é toda conduta de natureza sexual não desejada que, embora repelida pelo destinatário, é continuamente reiterada, cerceando-lhe a liberdade sexual”<sup>87</sup>.

Logo, assédio sexual é o comportamento indesejável e inoportuno, o qual constranja a liberdade sexual do assediado.

Graziella Ambrosio (2013, p. 110) dispõe:

(...) é toda conduta não desejada, de natureza sexual, ou outra conduta baseada no sexo, que afete a dignidade do homem ou da mulher no trabalho. Corresponde a uma admoestação sexual do assediado, impingindo-lhe tratamento degradante, preconceituoso, inconveniente e desrespeitoso no serviço<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> <http://www.eln.gov.br/opencms/export/sites/eletronorte/ouvidoria/assedioMoral.pdf>. aceso em 20 sep .2013.

<sup>87</sup> PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O assédio na relação de emprego**. São Paulo. LTr, 2004. P. 34.

<sup>88</sup> AMBROSIO, Graziella. op. cit, p. 110.

Essa pressão tem componentes de extrema violência moral, à medida que coloca a vítima em situações vexatórias, provoca insegurança profissional pelo medo de perder o emprego, ser transferida para setores indesejados, perder direitos etc.<sup>89</sup>

Belmonte (2007, p. 156), relata:

O indivíduo tem o direito de viver a própria sexualidade, com liberdade de escolha de suas preferências, parceiros e oportunidade de se relacionar. A liberdade de disposição do próprio corpo somente é vedada quando importar em diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes (art. 13, do Código Civil). Caracterizam o assédio sexual os vários comportamentos do empregador ou de prepostos dele que, abusando da autoridade inerente à sua função ou condição, pressionam o empregado para obtenção de favores sexuais. O valor atingido pelo assédio sexual é a liberdade. O constrangimento imposto tolhe a liberdade de escolha do parceiro e do momento, causando humilhação e ofensa à dignidade.<sup>90</sup>

Ambrosio (2013, p. 110), ainda afirma, que “o simples galanteio ou simples comentários de admiração, ainda que impróprios, se exercidos sem qualquer tipo de pressão, promessas ou vantagens, não configuram o assédio para efeito de responsabilidade civil. (...) o jogo de sedução é inerente aos homens e não se pode confundi-lo com a violência sexual”<sup>91</sup>.

Destaca ainda a autora que jurisprudência diferencia duas espécies de assédio sexual:

a) assédio sexual por chantagem (assédio sexual *quid pro quo*); e b) assédio sexual por intimidação (assédio sexual ambiental). O assédio sexual por chantagem tem como pressuposto necessário o abuso de autoridade, referindo-se a exigência feita por superior hierárquico da prestação de favores sexuais sob ameaça de perda de benefícios ou do próprio posto de trabalho. Já o assédio sexual por intimidação se caracteriza por insinuações, incitações e solicitações sexuais inoportunas, verbais ou físicas, com o único objetivo de prejudicar o assediado, gerando para este, receio e temor no ambiente de trabalho. Este tipo de assédio tem o objetivo de interferir no desempenho do assediado, prejudicando-o em suas funções, por meio da criação de um ambiente de trabalho tenso e hostil. 92(AMBROSIO, 2013 P. 110).

A produção probatória, desses três tópicos que foram expostos: dano moral, assédio moral e do assédio sexual, é muito difícil, pois normalmente acontecem em lugares reservados.

Porém, a respeito do dano moral tem prevalecido na jurisprudência brasileira a ideia de que basta a constatação do nexo de causalidade entre dano e a conduta danosa do ofensor

---

<sup>89</sup> <http://www.eln.gov.br/opencms/export/sites/eletronorte/ouvidoria/assedioMoral.pdf>. acesso em 20 sep .2013

<sup>90</sup> BELMONTE, Alexandre Agra. **Danos Morais no Direito do Trabalho**. 3ªed. pág. 156. ed. Renovar. Rio de Janeiro. 2007.

<sup>91</sup> AMBROSIO, Graziella. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**. São Paulo, Ltr, 2013,p.110

<sup>92</sup> Idem. Ibidem. p. 110

para se fazer presente o dever de reparação/compensação do dano moral, ou seja, o dano e os efeitos da conduta ilícita são presumíveis.

Assim, estando presente o nexo de causalidade entre o dano e a conduta danosa, surgirá o direito para a vítima de reparação e compensação do dano, independentemente da comprovação do prejuízo, que muitas vezes é impossível provar.

Ambrosio (2013) ainda resalta que quanto ao assédio moral e o assédio sexual está com dificuldades probatórias no processo a doutrina nacional vem aceitando, que o juiz deve se guiar principalmente pelas provas indiretas (presunções e indícios), pelas máximas de experiências, pela razoabilidade da pretensão, pelos antecedentes da vítima e do acusado, pelas circunstancia em que ocorreram os fatos, bem como valorizar a palavra da vítima.

Contudo, se restarem dúvidas quanto à veracidade dos fatos alegados, cabe ao juiz impor o ônus da prova ao empregador.

Nesse sentido, tem-se o seguinte julgado:

ASSÉDIO SEXUAL. DIFICULDADE DE COMPROVAÇÃO DO ILÍCITO EM JUÍZO. DISPENSA DE PROVA ROBUSTA. INDÍCIOS DE OCORRÊNCIA. CONFIGURAÇÃO. O assédio sexual consiste no ato de constranger alguém objetivando a prática sexual, ato este que se revela nas formas verbal e não verbal, a incluir contatos físicos de cunho libidinoso, utilizando-se o assediador de intimidação ou ameaça, dentro do ambiente de trabalho ou fora dele, sempre a advir da relação profissional. Trata-se, assim, de uma grave e execrável violência à dignidade e à liberdade do ser humano no seio laboral. Sendo assim, consciente o assediador da natureza abominável de seus atos, realiza-os de forma furtiva, longe do alcance de câmeras de vigilância e de olhares de terceiras, mostrando-se o ilícito de difícil comprovação em juízo. Desta feita, a jurisprudência é pacífica em dispensar prova robusta do assédio sexual, entendendo-se comprovado apenas com a apresentação de indícios nesse sentido. No caso, considerando toda a exposição da matéria fática nos autos, a saber, o relato minucioso dos fatos pela autora, as contradições da recorrente e que a única prova constante nos autos esteja a favor da obreira, reconhece-se que esta foi vítima de assédio sexual acometido pelo seu ex-patrão. Recurso conhecido e parcialmente provido. BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho, Recurso ordinário nº 335200810422007 PI 00335-2008-104-22-007, Relator: Arnaldo Boson Paes, julgamento 07/12/2009, publicado: DJT/PI, 18/12/2009.

Importante salientar, a luz da distribuição dinâmica do ônus da prova, o magistrado deve ser prudente na análise do caso concreto, pois empregador também pode está com dificuldade de produzir a prova, caso, que esta inversão probatória não pode implicar prova diabólica para a parte onerada como já fora estudado.

Logo, se ambas as partes do litígio estiverem em situação de difícil acesso a prova, não poderá ser aplicada a teoria da distribuição dinâmica da prova, pois não há disparidade probatória.

### 3.2.2 Discriminação na relação de trabalho

Destacaremos a seguir alguns artigos que vedam qualquer tipo de discriminação contra o ser humano, vejamos:

A Constituição da República federativa do Brasil, em seu art. 5º preconiza:

Art. 5º “caput” Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

O artigo 3º, IV, da Lei maior, elenca os objetivos fundamentais da República brasileira, entre eles está “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

No tocante ao direito do trabalho, mais precisamente o artigo 7º, e incisos, da CRFB vejamos:

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

O art. 373-A da CLT ressalva a discriminação contra o trabalho da mulher:

I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir;

II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível;

III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional;

IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;

V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez;

VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

Segundo Vieira (2010) os diplomas mais importantes de discriminação são:

Lei 5.473/68, que veda a discriminação no acesso a cargo público ou no setor privado; Lei nº 7.716/89, que tipifica os crimes resultantes do preconceito de raça ou de cor; Lei nº 7.670/88, que estende os benefícios aos portadores do vírus HIV; Lei nº 7.670/88, que proíbe a discriminação contra pessoas portadoras de deficiência; Lei nº 8.112/90, art. 5º, § 2º, que prevê a reserva de vagas em concursos públicos às pessoas portadoras de deficiência; Lei nº 8.218/91, art. 93, que dispõe sobre a inserção de pessoas portadoras de deficiência nas empresas; Leis 8.842/94 e 10.741/03, que proíbem a discriminação contra o idoso; e a Lei nº 9.029/95, que proíbe a exigência de atestado de gravidez e outras práticas discriminatórias nas relações de trabalho.<sup>93</sup>

A lei 9.029, art. 1º dispõe que “fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, as hipóteses de proteção ao menor prevista no inciso, XXXIII, art. 7º da CF”.

Como já estudado, a discriminação encontra-se amparo no princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da liberdade. O princípio da igualdade no Estado democrático de Direito é fundamental, o que indica que todos são iguais perante a lei, independentemente de cultura, cor e religião. Assim a violação ao direito da igualdade, significaria tratamento discriminatório.

Assim, Ambrosio (2013, p. 118) afirma que “a vedação a discriminação surgiria como uma necessidade para se resguardar a própria igualdade”<sup>94</sup>.

A Convenção n. 111 da Organização Internacional do Trabalho, art. 1º “a”, traz o conceito de discriminação “(...) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão”.

Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2003, p. 21), conceitua a discriminação da seguinte forma:

(...) toda e qualquer forma, meio, instrumento ou instituto de promoção da distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em critério como raça, cor da pele, descendência, origem nacional ou étnica, gênero, opção sexual, idade, religião, deficiência física, mental ou patogênica que tenha o propósito ou efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais

---

<sup>93</sup> VIEIRA, Letícia D’Oliveira. A prova da discriminação em juízo. Necessidade da aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2487, 23 abr. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14736>>. Acesso em: 3 nov. 2013.

<sup>94</sup> AMBROSIO, Graziella. op. cit, p. 118.

nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer atividade no âmbito da autonomia pública ou privada <sup>95</sup>.

Nesse sentido Graziella Ambrosio (2013, p. 19), preceitua:

[...] são vedadas as práticas de discriminação negativas a qual fere princípios constitucionais vinculados ao assunto, sendo entendido como discriminação positiva o tratamento desigual para pessoas em situações comparáveis, ou seja, as discriminações de pessoas, coisas, fatos e situações na medida em que são admitidas as diversidades de traços entre eles. Assim, as diferenciações só podem ser feitas desde que seja eleito um fator de diferenciação que se justifique racionalmente <sup>96</sup>.

Dessa forma, discriminação é toda diferença injustificada, que viola direitos. Porém, no que concerne o ônus probatório é de sobremaneira difícil ao trabalhador provar a discriminação sofrida no ambiente de trabalho.

Graziella Ambrosio (2013) elenca alguns pontos que torna difícil a prova ao trabalhador: na maioria dos casos, a discriminação se dá de maneira oculta, longe das vistas das testemunhas; outro momento é quando a discriminação é feita perante os trabalhadores, mesmo assim, o trabalhador tem dificuldades para conseguir colegas de trabalho que testemunhem em seu favor, pela razão lógica de que todo obreiro deseja manter seu posto de trabalho.

Exemplo de discriminação disfarçada tem a rescisão do contrato de trabalho, o empregador poderá silenciar o motivo da dispensa, e ainda no ato da contratação, pois o empregador jamais assumirá que deixou de contratar por alguma atitude discriminatória.

Nesse sentido JAKUTIS (2006, p. 163-164) afirma “[...] O remédio mais evidente que existe contra a discriminação, no direito brasileiro, é a indenização pelo dano moral... Sem embargo disso, após a publicação da Lei n. 9.029, de 1995, passou, o trabalhador, a contar com uma nova opção: a reintegração” <sup>97</sup>

Assim, Otavio Amaral Calvet, dispõe:

[...] a vítima de discriminação na admissão possui como tutela específica o “direito à integração”, declarando-se a realização do contrato desde o momento em que deveria ter acontecido, condenando-se o tomador no pagamento do período de inatividade e, ainda, com a obrigação de fazer de se efetivar o labor forçado do trabalhador, integrando-o na empresa, além das indenizações necessárias, inclusive por dano moral; [...] em caso de impossibilidade ou de preferência da vítima, caberá à indenização

<sup>95</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 21

<sup>96</sup> AMBROSIO, Graziella. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**. São Paulo, Ltr, 2013. p. 119

<sup>97</sup> JAKUTIS, Paulo. **Manual de Estudo da Discriminação do Trabalho**. Estudos sobre Discriminação, Assédio Sexual, Assédio Moral e Ações Afirmativas, por meio de comparações entre o Direito do Brasil e dos Estados Unidos. São Paulo: LTr, 2006. p.163-164.

equivalente dobrada, além da indenização por outros danos emergentes, lucros cessantes e compensação por dano moral.<sup>98</sup>

Como exemplo de discriminação na seara laboral, confira-se o seguinte julgado:

EMENTA: REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VIRUS HIV. PRESUNÇÃO DE DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. Presume-se discriminatória a ruptura arbitrária, quando não comprovado um motivo justificável, em face de circunstancial debilidade física causada pela grave doença em comento (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - AIDS) e da realidade que, ainda nos tempos atuais, se observa no seio da sociedade, no que toca à discriminação e preconceito do portador do vírus HIV. A AIDS ainda é uma doença que apresenta repercussões estigmatizantes na sociedade e, em particular, no mundo do trabalho. Nesse contexto, a matéria deve ser analisada à luz dos princípios constitucionais relativos à dignidade da pessoa humana, a não-discriminação e à função social do trabalho e da propriedade (art. 1º, III, IV, 3º IV, e 170 da CF/88). Não se olvide, outrossim, que faz parte do compromisso do Brasil, também na ordem internacional (Convenção 111 da OIT), o rechaçamento a toda forma de discriminação no âmbito laboral. É, portanto, papel do Judiciário Trabalhista, considerando a máxima eficiência que se deve extrair dos princípios constitucionais, a concretização dos direitos fundamentais relativamente à efetiva tutela antidiscriminatória do trabalhador portador de doença grave e estigmatizante, como a AIDS. Pesa ainda mais a presunção de discriminação, no caso concreto, o fato de a Reclamada cessar o contrato de emprego com base em teste de produtividade, no qual o Reclamante certamente seria prejudicado em virtude do debilitado estado de saúde e do tratamento a que se submetia, ainda que tivesse sido facilitado pela Reclamada. Recurso de revista conhecido e provido. BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, 6º Turma, Recurso de Revista nº RR 3178006420085120054 317800-64.2008.5.12.0054, Relator: Mauricio Godinho Delgado, julgamento 01/06/2011, publicado DEJT 10/06/2011.

Como exposto, a proteção normativa é ampla contra a discriminação nas relações de trabalho, mas, existem ainda deficiências para a efetiva proteção dos trabalhadores, é o caso da dificuldade probatória do autor provar suas alegações em juízo, pois na maioria das vezes as discriminações realizadas pelo empregador ou seus representantes “preposto” aos empregados acontecem de forma indireta, camuflada.

É dentro desse contexto de dificuldade probatória por parte do trabalhador que a distribuição dinâmica do ônus da prova assume importância.

Como bem observa juiz Firmino Alves Lima,

Exigir da parte mais fraca a prova da discriminação importa em denegação do acesso à própria justiça por um aspecto formal da legislação instrumental e vem a ser um mecanismo de perpetuação das discriminações existentes neste país, caracterizado por tantas diferenças sociais. Em nada adianta nossa

<sup>98</sup> CALVET, Otavio Amaral. Discriminação na Admissão: Direito à Integração. NTC – Núcleo Trabalhista

Calvet. Disponível em:

<<http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/artigos/Direito%20C3%A0%20Integra%C3%A7%C3%A3o%20-%20Otavio%20Calvet.pdf>> acesso em 01 nov. 2013.

Constituição e nossas leis propugnarem pela igualdade substantiva e a melhoria da condição social dos menos favorecidos, se o acesso a uma provisão jurisdicional justa não é pleno, constituído sobre enormes empecilhos de ordem prática em um processo visivelmente distorcido, com graves resultados.<sup>99</sup>

Dessa forma, a distribuição dinâmica do ônus da prova encontra plena aplicabilidade contra a insuficiência probatória nos atos discriminatórios, observando sempre o limite da prova diabólica e o princípio constitucional da presunção de inocência.

### 3.2.3 Atentado ao Meio Ambiente Laboral

A Constituição Federal proclama em seu artigo 7º, XXII, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. O artigo 170, ainda da Carta Magna dispõe que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano. O artigo 193 determina que a ordem social tem como base o primado do trabalho, enquanto que o artigo 196 preconiza a saúde como um direito de todos, e o artigo 225, ambos da lei maior, assevera que todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que abrange, indubitavelmente, o meio ambiente de trabalho.

Por conseguinte, em decorrências das normas constitucionais supracitadas, o empregador tem o dever de proporcionar um meio ambiente seguro e saudável aos seus empregados.

Graziella Ambrosio (2013, p. 124) escreve:

A redução dos riscos inerentes ao trabalho é direito de todos os trabalhadores, competindo ao empregador observar as normas de segurança e medicina do trabalho e promover os meios necessários para a preservação das agressões à saúde no meio laboral. Nesse sentido, não basta assegurar a percepção de adicionais de remuneração, tal como ocorre com as atividades insalubres e perigosas, mas deve-se, antes de tudo, promover a segurança no trabalho, a fim de eliminar ou reduzir os riscos inerentes à atividade laboral

<sup>100</sup>

O ordenamento jurídico brasileiro, nos casos de acidente de trabalho e doenças ocupacionais adotou como regra geral a teoria da responsabilidade subjetiva. Dessa forma, temos o princípio da culpa como fundamento da responsabilidade.

---

<sup>99</sup> LIMA, Firmino Alves. **A Necessidade e os Fundamentos Legais da Inversão do Ônus da Prova nos Casos de Discriminação**. Disponível em:

<[www.anamatra.org.br/hotsite/conamat06/trab\\_cientificos/teses/firmino%20alves.doc](http://www.anamatra.org.br/hotsite/conamat06/trab_cientificos/teses/firmino%20alves.doc)> acesso em 01 nov 2013.

<sup>100</sup> AMBROSIO, Graziella. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**. São Paulo, Ltr, 2013. P. 124.

Assim, o empregador responderá se restar comprovado que sua conduta culposa, que violou direitos e casou dano a outrem, ou seja, deverá haver nexos causal entre a conduta e o dano, surgindo para a vítima o direito a indenização, conforme dispõe o artigo 186, Código Civil, juntamente com o artigo 7º, XXVII, da CF, que assim dispõe:

Art. 186, CC, caput- Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 7º, CF, caput – São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais:

XXVII- seguro contra acidente de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

Logo como regra geral a responsabilidade do empregador será subjetiva, sendo objetiva apenas nas atividades de risco, ou seja, atividades potencialmente de risco a saúde do empregado, em que estejam evidenciados o dano e a relação de causalidade, aqui não se cogita a culpa do empregador. A responsabilidade objetiva foi inserida pelo artigo 927, parágrafo único, Código Civil.

O risco que alude o parágrafo único do art. 927, do Código Civil, não é o meramente econômico a que se refere o art. 2º da CLT e sim um risco mais acentuado de dano pessoal ao trabalhador.

Nesse sentido, Graziela Ambrosio (2013, p. 127) dispõe “não é um risco qualquer, normal e inerente a qualquer atividade humana e/ ou produtiva, mas a atividade cujo risco a ela inerente é excepcional e incomum, embora previsível; é um risco que dá praticamente como certa a ocorrência de eventos danosos para as pessoas”<sup>101</sup>.

Airton José Cecchin (2007, p. 346) escreve:

Não se pode deixar de reconhecer a atual e forte corrente doutrinária sobre a responsabilidade subjetiva do empregador em acidentes de trabalho, inclusive em atividades perigosas. Por outro lado, também não se pode olvidar que o operador jurídico, mesmo na responsabilidade objetiva, dispõe de mecanismos eficientes para a solução da controvérsia, distribuindo a prova com equidade e justiça processual. Para tanto, poderá utilizar-se, por exemplo, da técnica da inversão do ônus da prova [...] <sup>102</sup>.

Visto o exposto, à luz da distribuição dinâmica do ônus da prova, pode o juiz inverter o ônus da prova para que o empregador suporte o encargo de provar a ausência de culpa e demonstrar que tomou as providências cabíveis para resguardar a integridade física do trabalhador.

No que concerne ao meio ambiente seguro e saudável, temos:

<sup>101</sup> Idem. p. 127

<sup>102</sup> CECCHIN, Airton José. **Aspectos probatórios das ações relativas a acidentes de trabalho**. Paraná. 2007. 417f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Paranaense, UNIPAR, Umuarama, 2007, p. 346.

Ementa. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAL, MORAL E ESTÉTICO. ACIDENTE DE TRABALHO. FUNÇÃO DE -MECÂNICO DE VEÍCULOS- QUEDA DA ENGRENAGEM DA -CAIXA REDUTORA DE CORREIA- SOBRE AS MÃOS. NEGLIGÊNCIA COM O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO. CULPA PRESUMIDA. RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAL, MORAL E ESTÉTICO. ACIDENTE DE TRABALHO. FUNÇÃO DE -MECÂNICO DE VEÍCULOS-. QUEDA DA ENGRENAGEM DA -CAIXA REDUTORA DE CORREIA- SOBRE AS MÃOS. NEGLIGÊNCIA COM O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO. CULPA PRESUMIDA. A preocupação da sociedade, no que se refere às questões correlatas ao meio ambiente, às condições de trabalho, à responsabilidade social, aos valores éticos e morais, bem como a dignidade da pessoa humana, exige do empregador estrita observância do princípio da precaução. Presume-se a culpa do empregador em face das circunstâncias ambientais adversas que deram origem ao acidente de trabalho. A responsabilidade do empregador, no caso, configura-se ante o fato de que a reclamada se absteve de prover os meios necessários a um ambiente de trabalho seguro a seus empregados, a acarretar a exposição do empregado a risco potencial de acidente de trabalho. Esse quadro é ainda reforçado pela conduta de risco da reclamada, que permitiu a atuação do reclamante sem o devido treinamento ou equipamento de trabalho. Assim, sua abstenção ou omissão acarreta o reconhecimento da responsabilidade pelo evento danoso ocorrido. Recurso de revista conhecido e provido. BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, 6º Turma, Recurso de Revista nº 18824720115120003 1882-47.2011.5.12.003, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, julgamento 11/06/2013, publicado DEJT 14/06/2013.

Ementa: INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - DOENÇA DO TRABALHO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR - RESPONSABILIDADE CONTRATUAL - TEORIAS DO RISCO PROFISSIONAL E DO RISCO AMBIENTAL - PROTEÇÃO DO EMPREGADO HIPOSSUFICIENTE - AGRAVO CONHECIDO E IMPROVIDO. A responsabilidade da requerida é contratual, sendo perfeitamente aplicável à inversão do ônus da prova. Ademais, tal inversão se sustenta haja vista a dicção do inciso XXXVIII, do artigo 7º, da Constituição Federal, cuja interpretação sistemática desboca na responsabilidade objetiva do empregador por acidentes de trabalho, seja pela teoria do risco profissional, seja pela teoria da responsabilidade objetiva por danos ambientais, já que o ambiente de trabalho (artificial) também é considerado tutelado pela Lei 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente). BRASIL. Tribunal de Justiça-PR, 6º câmara civil, Agravo de Instrumento nº 2286348 0228634-8, Relator: Anny Mary Kuss, julgamento 17/06/2003.

Assim, ainda que seja a responsabilidade subjetiva do empregador, competindo ao empregado à comprovação do dolo ou culpa, é inequívoco que a empresa detém maiores informações quanto às condições do ambiente de trabalho. Pode-se, assim, aplicar a distribuição dinâmica do ônus da prova, quando a prova se mostrar difícil ao obreiro, pois o empregador possui melhores condições para demonstrar as medidas tomadas no sentido de garantir a saúde e segurança do trabalhador, pois lhe compete à manutenção de um ambiente de trabalho hígido e sadio.

### 3.2.4 Jornada de Trabalho

No Brasil, a jornada de trabalho é regulamentada pela Constituição Federal, e não pode ultrapassar 8 horas diárias, e não considera o período de repouso e refeição, e o tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho, como fazendo parte das horas de trabalho<sup>103</sup>. (JORNADA,.....).

A comprovação da jornada laboral do obreiro tem fundamental importância no cotidiano trabalhista, pois a postulação de pagamento de horas extras é bastante comum nas lides trabalhistas.

Referente ao ônus da prova quanto à prestação de horas extras, o artigo 74, § 2º da CLT, preconiza:

Art. 74 [...]

§ 2º. Para os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso.

Assim para os juízes Vargas; Loguercio (2006):

[...] a Justiça do Trabalho trata-se da responsabilidade do empregador, como titular da direção do processo produtivo, de manter o histórico da relação laboral, incumbindo a ele o ônus de apresentar, quando solicitado em processo judicial, os registros diários da jornada de cada empregado, de modo a tornar possível a perfeita reconstituição dos tempos de trabalho apropriados pelo empregador ao longo do contrato de trabalho<sup>104</sup>.

“Exatamente porque tais registros constituem prova pré-constituída, as exigências formais são rigorosas, entendendo-se não fidedignos os registros caso existam rasuras ou as marcações não indeléveis”<sup>105</sup>. (VARGAS; LOGUERCIO, 2006)

O autor Sergio Pinto Martins (2001, P. 142), assevera que o aludido dispositivo revela norma de fiscalização trabalhista, pois não está inserido no capítulo da CLT sobre o processo do trabalho. Por isso, defende o autor que ônus da prova do trabalho extraordinário é de quem alega, ou seja, do autor, conforme art. 818 da CLT<sup>106</sup>.

<sup>103</sup> <http://www.significados.com.br/jornada-de-trabalho/> visitado em 24 sep. 2013.

<sup>104</sup> VARGAS, Luiz Alberto; LOGUERCIO, Maria Vieira. **Controle eletrônico de ponto e insegurança jurídica**. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2006/luizalbertodevargas/controlreeletronico.htm>. acesso em 24 sep. 2013.

<sup>105</sup> Idem. Ibidem.

<sup>106</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários à CLT**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 142.

Pouco importa à localização formal do dispositivo, mas necessariamente a norma jurídica que dele procede. Dessa forma, o artigo 74, § 2º, da CLT, impõe que o empregador registre a jornada de trabalho de seus empregados, e assim, como visto o artigo mencionado atribui à distribuição do ônus da prova á empresa.

Assim, o artigo 74, § 2º da CLT está em consonância com o princípio da distribuição dinâmica do ônus da prova, pois o empregador está em posição mais confortável de produção probatória, em vista de seu poder diretivo e fiscalizatório, ou seja, está o empregador em posição bastante superior a do empregado, por isso deve suportar o encargo probatório.

Cumprir destacar que na prática, muitas empresas deixam de apresentar os respectivos registros da jornada de trabalho do empregado, deixando de cumprir a obrigação que lhe compete. Por tal razão o TST, através da súmula 338 sistematizou o entendimento quanto ao ônus da prova das horas extras.

TST Enunciado nº 338 - Res. 36/1994, DJ 18.11.1994 - Nova redação - Res.121/2003, DJ 21.11.2003 - Incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 234 e 306 da SBDI-1 - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005.

Determinação Judicial - Registros de Horário - 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. (ex-Súmula nº 338 - alterada pela Res. 121/2003, DJ21.11.2003).

II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex- OJ nº 234 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

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).

Assim, como se pode observar a ausência de registro da jornada de trabalho, gera presunção relativa de veracidade do horário de trabalho aduzido na petição inicial. Ademais, vale ressaltar que os registros de jornada com entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, são chamados de “registro britânico”, pois são manifestamente inverídicas, contendo apenas o horário de trabalho oficial, o qual gera presunção favorável ao empregado.

Como exemplo da aplicação na seara trabalhista, temos:

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO. CONTROLE DE PONTO. HORÁRIOS BRITÂNICOS. PROVA INVÁLIDA. A empresa que conta com mais de dez empregados é obrigada a registrar a jornada mediante controles de frequência. Contudo, se os controles de ponto apresentados demonstrarem horários de entrada e saída uniformes, ou seja, marcações -britânicas- serão inválidos como meio de prova, por não refletirem a realidade da jornada trabalhada, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que

passará a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir. Inteligência da Súmula 338 do Colendo TST. BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho RO: 2725020115010003 RJ , Relator: Flavio Ernesto Rodrigues Silva, Data de Julgamento: 14/05/2012, Décima Turma, Data de Publicação: 2012-05-23.

Ementa: HORAS EXTRAS. EMPRESA COM MAIS DE 10 EMPREGADOS. AUSÊNCIA INJUSTIFICADA DE JUNTADA DE CARTÕES DE PONTO. AGRESSÃO AO DISPOSTO NO ART. 74 , § 2º , DA CLT . JORNADA DE TRABALHO FIXADA COM BASE NO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PONDERAÇÃO DOS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO EXISTENTES NOS AUTOS. A constatação de que a reclamada, na época em que vigorou o contrato de emprego do reclamante, contava com mais de 10 (dez) empregados, implica na exigência de apresentação em juízo dos controles de frequências e horários cumpridos pelo reclamante, à exegese do disposto no § 2º do art. 74 da CLT. Não tendo a demandada juntado tais controles aos autos do processo, nem justificado o porquê de não fazê-lo, aplica-se a ela o disposto no item I da Súmula n. 338 do TST, segundo o qual presume-se verdadeira a jornada declarada na petição inicial, sendo referida presunção relativa, ou seja, podendo ser desconstituída por prova em contrário ou ponderada com base no princípio da razoabilidade e ponderação dos elementos de convicção existentes nos autos, na tentativa de não se convalidar absurdos, como se dá em relação a jornadas de trabalho inverossímeis. BRAZIL, Tribunal Superior do Trabalho -23. Recurso ordinário nº 691201102123008 MT 00691.2011.021.23.00-8, Relator: Desembargador Edson Bueno, julgado 19/06/2012, publicado 20/06/2012.

Portando a jurisprudência, se mostra compatível com o princípio da distribuição dinâmica do ônus da prova, ao passo que transfere ao empregador o ônus de demonstrar a jornada de trabalho do obreiro, através da apresentação do respectivo registro da jornada de trabalho.

Importante destacar que o artigo 74, § 2º, da CLT, não se deve aplica apenas as empresas com mais de 10 empregados, mas a todos os empregadores, independentemente de números de empregados, pois se torna mais difícil ao obreiro demonstrar sua jornada de trabalho em detrimento da pequena quantidade de colegas no trabalho, sendo dessa forma prejudicados.

O empregador está em melhores condições probatórias no que diz respeito ao controle da jornada de trabalho do empregado, pois o seu poder diretivo e fiscalizador, permitem controlar e registrar o horário do trabalho de seus empregados.

Logo, a distribuição dinâmica do ônus da prova, autoriza ao juiz a inverter o ônus *probandi*, independentemente do número de empregados, pois tal situação não afasta a melhor posição probatória do empregador na relação processual.

Assim, o empregador tem a obrigação de manter a jornada de trabalho dos seus empregados, propiciando assim, se caso for uma instrução probatória mais justa. É que a

prova testemunhal normalmente é falha para evidenciar a jornada de trabalho, sobretudo nos casos de longos períodos de contrato de trabalho, não sendo razoável exigir que as testemunhas se recordem dos horários de trabalhos de anos anteriores. Muitas testemunhas, além disso, se revelam tendenciosas e não exprimem a real jornada de trabalho praticada.

Segundo Vargas (2006) a jurisprudência condena invariavelmente o empregador a pagar as horas extras postuladas pelo empregado sempre que se constate, nos autos do processo, que não é permitida a livre marcação do ponto pelo empregado. Infelizmente, são incontáveis os processos judiciais onde se constata a coação patronal para que o empregado registre horários fictícios no ponto, normalmente “batendo o ponto” e voltando para trabalhar<sup>107</sup>.

Nessas hipóteses, o empregador não tem maiores possibilidades para demonstrar a ausência de fraude nos registros de jornada, inexistindo neste caso a disparidade probatória que justifique a aplicação da distribuição dinâmica. Diante disso, cabe ao obreiro o ônus de provar a alegação de invalidade dos registros de jornada.

---

<sup>107</sup> VARGAS, Luiz Alberto; LOGUERCIO, Maria Vieira. **Controle eletrônico de ponto e insegurança jurídica**. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2006/luizalbertodevargas/controloeletronico.htm>. acesso em 24 sep. 2013.

## CONCLUSÃO

A prova constitui direito fundamental decorrente das garantias constitucionais, do devido processo legal e do contraditório, asseguradas no art. 5º, LV, da Constituição Federal, possui grande importância no processo, pois forma a convicção do juiz quanto aos fatos alegados na relação processual e, com isso, viabiliza a prestação jurisdicional e, tem por objeto as alegações sobre os fatos controvertidos e relevantes, admitindo-se prova do direito somente em caráter excepcional. A finalidade da prova, por sua vez, consiste na aproximação máxima da verdade real de modo a formar o convencimento do juiz para alcançar a convicção necessária à decisão.

Igualmente se reveste de importância o ônus da prova. Constatou-se, pois, que o ônus não se confunde com dever ou obrigação, pois o onerado não pode ser compelido a cumprir o ônus, mas o seu atendimento favorece interesse próprio, cuja inobservância a coloca em situação de desvantagem e o seu cumprimento, ao revés, enseja maior chance de êxito processual.

O ônus da prova, pode ser visto no aspecto subjetivo, delineando-se a matéria fática que incumbe a cada litigante provar, e no aspecto objetivo, permitindo que o juiz forneça a prestação jurisdicional mesmo nos casos de insuficiência probatória.

O aspecto subjetivo do ônus da prova, porém, não impõe tarefas processuais às partes, tampouco define rigidamente as matérias a serem provadas pelos litigantes, tendo em vista o princípio da comunhão da prova. Desse modo, tal aspecto subjetivo não constitui uma regra de conduta ou de procedimento, mas corresponde a uma faceta do ônus da prova que informa as partes acerca da sua responsabilidade na instrução processual, evitando surpresas aos litigantes, em respeito à boa-fé processual.

Verificou-se, que as regras sobre o ônus da prova não estabelecem quem deve produzir determinada prova, mas define quem suporta o risco pela sua não produção.

Assim, a situação de insuficiência probatória se resolve pela aplicação da teoria de distribuição dinâmica do ônus da prova.

Observou-se, portanto, que o dispositivo legal do ônus da prova arts. 818, CLT e 333, CPC, contempla a distribuição rígida do ônus da prova, distribuindo o encargo probatório de modo abstrato e prévio, baseando-se na posição processual das partes e na natureza dos fatos alegados, se constitutivos, modificativos ou extintivos.

Dessa forma, evidenciou-se a insuficiência da distribuição do encargo probatório, revelando a necessidade da flexibilização da norma legal. Assim, a distribuição dinâmica do ônus da prova estabelece um modelo complementar que permite a relativização das regras estáticas conforme as especificidades do caso concreto. Dessa forma, se faz uma redistribuição do ônus da prova, atribuindo à parte que tenha melhores condições probatórias.

O princípio constitucional da igualdade impõe uma repartição do ônus probatório garantindo a efetiva isonomia material, ou seja, a igualdade em produção da prova, o que, também em muitas vezes, só se alcança pela distribuição dinâmica.

Ademais, certificou-se que o ordenamento infraconstitucional consagra normas que respaldam a distribuição dinâmica como a proibição da prova diabólica, poderes instrutórios do juiz, dever de colaboração, princípios da lealdade e boa-fé processual.

Pelo que foi exposto, verifica-se a possibilidade de aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho, independentemente de previsão legal explícita.

Assim, buscaram-se parâmetros de aplicação da distribuição dinâmica, sendo aceitos os propostos por Peyrano: a modificação do ônus da prova é parcial, não pode ocorrer quando ambas as partes têm dificuldade probatória e não pode acarretar surpresa às partes.

Portanto, embora o ônus da prova constitua regra de julgamento, o juiz deve advertir às partes quanto a eventual inversão do ônus da prova, em observância ao princípio do contraditório. Verificou-se, ainda, a importância da motivação judicial para controle da atuação do juiz na aplicação da teoria.

Dessa forma, concluiu-se que a distribuição dinâmica do ônus da prova melhor regula o encargo probatório na seara trabalhista, mostrando-se aplicável em diversas matérias referentes à relação de trabalho. Neste sentido, a distribuição dinâmica é apontada como solução para as lides em que o empregado se encontra com dificuldades probatórias ou até impossível, a exemplo das demandas relativas a prática discriminatória, assédio sexual ou assédio moral no trabalho, e aquelas concernentes ao meio ambiente do trabalho.

## REFERENCIA BIBLIOGRAFICA

ALMEIDA, Isis de. **Manual de direito processual do trabalho**. p. 125. 3. Ed. São Paulo: LTr, 1991;

AMBROSIO, Graziella. **A distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo, Ltr, 2013;

AZÁRIO, Márcia Pereira. **Dinamicização da distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro** – Rio Grande do Sul. 2006. 200f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS, Porto Alegre, 2006.

AZEVEDO, Antônio Danilo Moura. **A aplicação da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no processo civil**. Revista Jurídica UNIJUS, Uberaba, p. 15-30, 2008;

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. **A inversão do ônus da prova no processo do trabalho**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1482, 23 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10176>>. Acesso em: 02.jul. 2013.

BUZAID, Alfredo. **Estudos de direito**. São Paulo: Saraiva, 1972;

CALVET, Otavio Amaral. **Discriminação na Admissão: Direito à Integração**. NTC – Núcleo Trabalhista Calvet. Disponível em <<http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/artigos/Direito%20C3%A0%20Integra%C3%A7%C3%A3o%20-%20Otavio%20Calvet.pdf>> acesso em 01 nov. 2013.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revistas dos tribunais, 2006;

CARNEIRO NETO, Durval. **Processo, jurisdição e ônus da prova no direito administrativo: um estudo crítico sobre o dogma da presunção de legitimidade**. Salvador: JusPodivm, 2008.

CARNELUTTI, Francesco, 1936, apud GRAZIELA, Ambrosio. **A distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CECCHIN, Airton José. **Aspectos probatórios das ações relativas a acidentes de trabalho – Paraná**. 2007. 417f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Paranaense, UNIPAR, Umuarama, 2007.

CESÁRIO, João Humberto. **Provas e recursos no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

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

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2006;

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009;

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho: critérios e casuística**. Revista LTr: Legislação do Trabalho e Previdência Social, São Paulo, v. 72, n. 8, ago. 2003. p.921-926.

FLORINDO, Valdir. **Dano moral e o direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2002

GRANDE, Maximiliano García. apud GRAZIELLA, Ambrosio. **A distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo. LTr, 2013.

GUEDES, Márcia Novaes. **Terror psicológico no trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral: a violência perversa do cotidiano**. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

JAKUTIS, Paulo. **Manual de Estudo da Discriminação do Trabalho**. Estudos sobre Discriminação, Assédio Sexual, Assédio Moral e Ações Afirmativas, por meio de comparações entre o Direito do Brasil e dos Estados Unidos. São Paulo: LTr, 2006.

LAMARCA, Antônio. **Processo do trabalho comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 198;

LIMA, Firmino Alves. **A Necessidade e os Fundamentos Legais da Inversão do Ônus da Prova nos Casos de Discriminação**. Disponível em: <[www.anamatra.org.br/hotsite/conamat06/trab\\_cientificos/teses/firmino%20alves.doc](http://www.anamatra.org.br/hotsite/conamat06/trab_cientificos/teses/firmino%20alves.doc)> acesso em 01 nov 2013.

LUDUVICE, Ricardo verta. **Lealdade processual trabalhista**. Tese (Doutorado). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2003.

MARIONE, Luiz Guilherme. **Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo peculiaridades do caso concreto**. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2007;

MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários à CLT**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaro. **O assédio moral no ambiente de trabalho**. Revista LTr. Legislação do trabalho e previdência Social, São Paulo, v. 68, n. 8, p. 922-930, ago. 2004.

PAROSKI, Mauro Vasni. **Dano Moral e sua Reparação no Direito do Trabalho**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PÍTSICA, Diogo Nicolau. **Dano Moral Trabalhista. Santa Catarina: OAB-SC**. 200.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários ao código de processo civil**. 2. ed. Rio de janeiro: Forense, 1958;

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. **A inversão do ônus da prova**. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006;

SANTOS, Gildo dos. **A prova no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1979;

SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário Jurídico**: Academia de Letras Jurídicas. 9. ed. Rio de Janeiro, 2006;

RIBEIRO, Juliana Mendanha. **Dano moral trabalhista**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3124, 20 jan. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20893>>. Acesso em: 20 sep. 2013;

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **A prova no processo do trabalho**. 8. ed. ver. e ampl. São Paulo: LTr, 2003;

VARGAS, Luiz Alberto; LOGUERCIO, Maria Vieira. **Controle eletrônico de ponto e insegurança jurídica**. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/artigos/2006/luizalbertodevargas/controlееlectronico.htm>. acesso em 24 sep. 2013;

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: Responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006;

VIEIRA, Letícia D'Oliveira. **A prova da discriminação em juízo**. Necessidade da aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2487, 23 abr. 2010 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14736>>. Acesso em: 10 set. 2013;

WHITE, Inés Lépori. 2004 apud. GRAZIELLA, Ambrosio. **A distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo. LTr, 2013.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **A prova no processo do trabalho**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2003;

ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras sobre o ônus da prova**. São Paulo: Malheiros, 2011.