

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito
e UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA TOR VERGATA

Cintia Batista Pereira

**O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO: UMA VISAO COMPARADA
BRASIL-ITALIA**

BELO HORIZONTE
2012

Cintia Batista Pereira¹

O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO: UMA VISAO COMPARADA BRASIL-ITALIA

Monografia apresentada no Curso de Especialização em Direito do Trabalho Ítalo-Brasileiro, promovido pela Universidade Federal de Minas Gerais e pela Università Degli Studi di Roma Tor Vergata, como exigência parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho Ítalo Brasileiro.

Professor Orientador: Prof. Maria Rosaria Barbato²

Belo Horizonte

2012

¹Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Aluna do Mestrado em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

² Doutorado em Direito pelo Università degli Studi di Roma Tor Vergata, Itália(2009) Professora Visitante Concursada da Universidade Federal de Minas Gerais , Brasil.

À minha família (base de tudo), com amor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos Professores Doutores Márcio Túlio Viana e Gian Carlo Perone – Coordenadores do Curso de Especialização em Direito do Trabalho Ítalo-Brasileiro –, pelas valorosas aulas ministradas ao longo do curso.

Agradeço, ainda, à minha orientadora, Professora Doutora Maria Maria Rosaria Barbato, que me auxiliou nos momentos de necessidade e cujos ensinamentos jamais serão esquecidos.

RESUMO

O presente artigo versa sobre a distribuição do ônus da prova no processo do trabalho no Brasil e na Itália, cujas premissas essenciais estão presentes no artigo 818 da CLT no Brasil e artigo 2.697 no Código Civil Italiano. A regra disposta nesses artigos impõe a regra geral do ônus da prova de que aquele que alega deve provar. A distribuição do ônus da prova, sob uma nova perspectiva, sobretudo considerando tratar-se de processo trabalhista, em que as demandas fluem com maior rapidez e envolvem em sua grande maioria, direitos de natureza salarial e caráter alimentício, bem como afrontas aos direitos fundamentais, torna-se insustentável se satisfazer tão somente com o modelo estático e senil dos artigos acima mencionados, justificando o movimento de relativização dos referidos dispositivos legais que vem sendo seguidos pelos Tribunais dos dois países. Nesse caminho, o afastamento daquelas regras estáticas e a aproximação da relativização das mesmas, impõe o ônus da prova à parte que se encontrar em melhores condições de produzir a prova, podendo o mesmo recair sobre qualquer uma das partes, a depender das circunstâncias fáticas e processuais de cada uma. A mudança busca uma maior efetividade e eficiência do processo, ensejando, por conseguinte, decisões mais justas e equânimes a cada caso concreto submetido ao crivo do Poder Judiciário. Assim, aquele que detiver aptidão para apresentar ou produzir a prova e não o fizer, terá contra si uma decisão desfavorável, o que tende, no caso em análise, possibilitar ao empregado fazer prova de suas alegações pela entrega espontânea da prova pelo empregador, normalmente o detentor da referida prova.

PALAVRAS-CHAVE: Ônus da Prova; Processo do Trabalho; Comparado Brasil-Itália.

SINTESI

Questo articolo si concentra sulla distribuzione dell'onere della prova nel processo del lavoro in Brasile e in Italia, del quale le premesse essenziali sono presenti all'articolo 818 della CLT (Consolidazione delle Leggi del Lavoro) in Brasile e all'articolo 2.697 del codice civile italiano. La regola imposta per tali articoli predisposti è una regola generale dell'onere della prova di che chi contesta deve dimostrare. La ripartizione dell'onere della prova, su una nuova prospettiva, soprattutto se si considera che si tratta di processo di lavoro, in cui il flusso se impone più velocemente e coinvolgono, nella maggior parte, diritti di natura alimentare e carattere salariale, così come oltraggi ai diritti fondamentali, diventa insostenibile se soddisfare esclusivamente con il modello statico e senile dei articoli sopra menzionati, giustificando il movimento di relativizzazione di tali disposizioni che è stata seguita dai giudici in entrambi i paesi. In questo modo, la rimozione di tali regole e la approssimazione della sua relativizzazione, impone l'onere della prova sul la parte che si incontra in una posizione migliore per produrre prove, e lo stesso onore può cadere su entrambi i parti, secondo le circostanze di fatto e procedurali di ognuna. La modifica mira ad una maggiore efficacia ed efficienza del processo, dando luogo, quindi, a decisioni più giusta e equitative nei singoli casi sottoposti all'esame del potere giudiziario. Così, colui che detiene la capacità di fornire o produrre le prove e non lo fa, avrà contro si stesso una decisione sfavorevole a suo carico, che tende, in questo caso, a possibilitare al lavoratore di provare le sue affermazioni mediante la consegna spontanea della prova da parte del datore di lavoro, di solito il ditentore di tale prova..

PAROLE CHIAVI: Dell'onere della prova; Processo del lavoro; Rispetto Brasile-Italia.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO – A IMPORTÂNCIA SOBRE O ESTUDO DO ÔNUS DA PROVA	8
2. EFICIÊNCIA E EFETIVIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS.....	11
3. O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO NO BRASIL	13
3.1. A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABA- LHO BRASILEIRO.....	15
5. O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO NA ITÁLIA	19
6. CONCLUSÃO.....	23
REFERÊNCIAS	25

1. INTRODUÇÃO

O estudo do presente tema se deu em virtude, sobretudo quanto aos questionamentos no mundo jurídico³ que são feitos em torno do assunto, mas principalmente, poderia se afirmar categoricamente que a vivência forense da presente autora e as inquietações quanto à questão da produção de provas e seus reflexos no processo trabalhista, que impacta diretamente na efetividade e eficiência⁴ da prestação jurisdicional, foram os motivadores do presente estudo.

Assim foi que se deu o início dos estudos, que culminaram dentre outros trabalhos, na significativa importância de se fazer o estudo do referido instituto⁵ no Direito Comparado e entendendo ser de relevante enriquecimento, o estudo do referido instituto na Itália.

Dessa forma, inicialmente para se falar em estudo comparado, deve-se ter em mente que não serão retratados aspectos de um e outro país em separado, mas que serão feitas análises do referido instituto e sua aplicação em ambos os países para uma conclusão comparativa e produtiva.

Assim, estudando a importância do estudo do direito comparado, a autora Lúcia de Lyra Tavares (TAVARES. 2006)⁶ no texto “O ensino do direito comparado no Brasil contemporâneo”⁷, informa que o que ocorre na maioria das vezes ainda hoje, é que acontece de apenas se fazerem uma justaposição de dispositivos do direito nacional e do direito do país

³Incluem-se nesse rol todos os atores jurídicos como advogados, procuradores, magistrados, doutrinadores e estudiosos do tema.

⁴Oportunamente serão abordados os conceitos de efetividade e eficiência, devido à interligação direta com o estudo do presente tema.

⁵ Conforme já defendido por essa autora in PEREIRA, C. B. . Meios de Prova no CPC e no Direito Atual. In: Rosemiro Pereira Leal; Andréa Alves de Almeida. (Org.). Comentários Críticos a Exposição de Motivos do CPC de 1973 e os Motivos para a Elaboração de um Novo CPC. São Paulo: Lemos de Oliveira Editora e Distribuidora Ltda - ME, 2011, v. 01, p. 753-773, para se entender a *construção lógico-jurídica da prova como instituto jurídico*, importa perfazer o caminho já percorrido por Rosemiro Leal, autor da *Teoria Neo-institucionalista do Processo*, que bem ensina o instituto jurídico da prova como sendo o instituto formado a partir dos princípios “*conceptivos de validade e eficácia dos atos probantes em juízo*”, que consistem nos princípios da *indiciariedade* (existência de **elemento** sensível na realidade objetiva), *ideariedade* ou *ideação* (exercício intelectual de apreensão, somatização e transmissão dos elementos pelos **meios** do pensar) e *instrumentalidade* ou *formalização* (**instrumentação** da realidade pensada pela forma legal), concluindo-se que, o referido instituto forma-se a partir de meios (lógico-jurídicos, porque decorrem da lei), que examinarão a existência de elementos, decorrendo na instrumentalização do resultado propriamente dito, ou seja, deve conter tais princípios caracterizados pela existência de elemento, meio e instrumento. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*: primeiros estudos. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

⁶TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. Direito, Estado e Sociedade – V.9 – n. 29 – p 69 a 86 – jul/dez 2006.

⁷Texto revisto e atualizado a partir do relatório ao XVI Congresso de Académie Internationale de Droit Comparé, realizado em Brisbane, de 14 a 20 de julho de 2002.

que se pretende comparar⁸, sem, contudo, realizar o estudo de direito comparado propriamente dito, se satisfazendo tão somente, a maioria dos estudiosos, com remissões ou referências ocasionais a algumas diferenças de destaques entre os países em estudo.

Dessa forma, não se pretende, apenas citar os dispositivos legais que tratam sobre o ônus da prova no Brasil e na Itália, mas sim, fazer o estudo comparado do instituto do ônus da prova em ambos os países, apontando congruências e divergências para possibilitar um estudo profundo sobre o instituto em análise nos dois países.

E para contrapor o estudo estrangeiro, cumpre transcrever a lição do Ilustre Doutrinador Mauro Cappelletti, que assim definiu o significado do estudo comparado:

“... Comparação significa, comumente, obra de síntese realizada sobre a base de dois ou mais ordenamentos ou grupos de ordenamentos jurídicos. Mas todos nós sabemos que não se pode fazer uma obra séria de síntese que não venha fundamentada numa prévia e atenta obra de análise, a qual, em cada caso particular, não se pode fazer mais do que sobre a base de uma adequada experiência dos vários ordenamentos.” (CAPPELLETI, 2001, 13-14)

O autor, na referida obra, trata das dificuldades que um estudioso de direito comparado encontra ao longo do caminho, como dificuldade de línguas, culturas e de pesquisa no ordenamento jurídico estrangeiro propriamente dito, mas referido autor dá mostras de que é possível realizar tal estudo, devendo socorrer ao estudante contemporâneo que atualmente se vive com a ideia globalizadora e de acesso facilitado, por meio dos sistemas eletrônicos e aproximação de culturas, podendo desfrutar das facilidades proporcionadas pela tecnologia e demais simplificações encontradas na atualidade.

No mesmo sentido, Vitor Salino de Moura Eça⁹, fala dessas ideias atuais de globalização e afirma que “*conhecer os sistemas jurídicos estrangeiros sempre fascinou as pessoas dedicadas ao direito. Agora, com o acesso facilitado, é hora do deleite.*”¹⁰(EÇA, 2012, p. 17)

E não haveria melhor maneira de se iniciar o estudo sobre o ônus da prova, partindo da seguinte premissa: o que seria prova?

Francesco Carnelutti (2001, p. 49-57), descreve a figura do juiz como sendo um historiador. Interessante analisar sob este ponto de vista e pensar que o Juiz, no caso concreto,

⁸ Este estudo também é chamado de estudo de direito estrangeiro, por apenas retratar um instituto ou um dispositivo legal em determinado sistema.

⁹ O Professor Vitor Salino de Moura Eça é responsável pela disciplina de Direito Comparado no programa de Pós Graduação *Strictu Sensu* da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

¹⁰ EÇA, Vitor Salino de Moura. *Direito Processual do Trabalho Globalizado*. São Paulo: LTR, 2012, p.17.

se depara com uma hipótese (as alegações trazidas pelas partes). Ele nada sabe acerca das circunstâncias que contribuíram para aquele conflito e para se aproximar ao máximo da certeza ou verdade¹¹, requer seja reconstituído o caso concreto e por meio das provas.

Nesse contexto, pode-se traduzir que a prova é o cerne, a essência do processo.

Em outra obra o mesmo autor, reproduz a metáfora acima citada

“... Um fato é um pedaço de história. E a história é a estrada que percorrem, do nascimento à morte, os homens e a humanidade. Um pedaço de estrada, portanto. Mas da estrada que se fez e não que se está por fazer. Saber se um fato aconteceu ou não quer dizer, portanto voltar atrás. Este voltar atrás é aquilo que se chama fazer a história.” (CARNELUTTI, 2011, p.45)

Para esse autor as provas servem, exatamente para voltar atrás, ou seja, para fazer, ou melhor, para reconstruir a história, devendo ter sempre em mente, contudo, a falibilidade das provas e o risco de o Juiz errar o caminho, pois de fato, são situações que por vezes presenciamos no cotidiano jus laboral, como a ausência de provas, por exemplo, conforme se verá mais adiante.

Certo é que se para o deslinde da controvérsia, o juiz necessita fazer o exame das provas, correndo-se o risco de ser produzida uma decisão sem que as partes tenham conseguido apresentar as provas que entendiam necessárias, por falta de acesso à referida prova, não podendo o Juiz, por ausência de prova (*non liquet*), se furtar de realizar a entrega do provimento jurisdicional.

Assim, diante das dificuldades por que passa o nobre julgador, quando no momento de prolatar sua decisão, não encontra subsídios suficientes para decidir diante da ausência e da fragilidade das provas, consubstanciando na conclusão do autor Francesco Carnelutti, que aqui mencionamos mais uma vez, ao concluir que *as provas deveriam ser como faróis que iluminassem seu caminho na obscuridade do passado; mas frequentemente, esse caminho fica nas sombras* (2001, p. 49-57).

E por qual motivo ocorre essa frustração na tentativa de elucidar os fatos e se chegar à verdade? Provavelmente pelo fato de que aquele que detém a prova, muitas vezes o empregador, ou está apto à apresentá-la em juízo não a faz, ocorrendo ainda de tentar, às vezes, até mesmo destruir as provas produzidas e que por ventura se encontrarem em seu

¹¹ Importante frisar que o processo do trabalho busca pela verdade formal, ou seja, a verdade processual. Os princípios que norteiam o processo do trabalho, visam garantir a igualdade das partes, ressaltando aqui o princípio da isonomia, para suprir a hipossuficiência do empregado diante do empregador, também no processo.

poder, para não se prejudicar, vez que referida prova deporia contra ele. No processo do trabalho, quem, normalmente detém os meios de prova é o empregador, pelo fato de possuir documentos hábeis à provar as alegações da parte, possuir em seu rol de empregados, as testemunhas aptas a elucidar um fato, mas normalmente os meios de prova são, ou frustrados ou não entregues para que o empregador não se prejudique, vez que na maioria das vezes, foi o descumpridor da norma e a apresentação dos documentos pertencentes a ele, o prejudicaria na instrução do processo, motivo pelo qual ele simplesmente não os apresenta e quando muito acaba por destruir as provas que poderiam elucidar o caso.

E aqui nos deparamos com a grande questão posta no processo do trabalho, que tem o objetivo de elucidar, ou ao menos tentar, elucidar essas questões sobre quem deve arcar com o ônus probatório. Como deve ser distribuído esse ônus?

Lado outro, a distribuição do ônus probatório segue regra geral¹² segundo a qual, aquele que alega deve provar.

No ordenamento jurídico brasileiro, consoante a legislação trabalhista, tal regra encontra-se prevista no artigo 818 da CLT, enquanto na legislação italiana, encontra-se prognosticada no artigo 2697.

Ocorre que, conforme acima mencionado, no caso de uma demanda trabalhista, muitas vezes o autor alega, mas não tem condições de provar, vez que o documento que provaria o fato constitutivo de seu direito encontra-se, como já dito, sob o poder do empregador, como os cartões de ponto, por exemplo, no caso de pedido de horas extras, ou como aviso férias, sem o respectivo gozo ou pagamento, no caso de pedido de pagamento das respectivas férias.

Essas situações ainda são alvos de grande polêmica no meio jurídico, acadêmico e doutrinário, pois ainda não se encontrou um procedimento capaz de resolver essas questões, vez que necessitaria da aplicação e utilização da boa fé pelas partes.

Assim, na busca incessante de aclarar essas questões na seara jus trabalhista, devido

¹² A partir do estudo sobre o ônus da prova em alguns sistemas jurídicos, como Uruguai, Peru, Venezuela, Áustria, Portugal, França, pode-se comprovar que a regra geral é que aquele que alega deve provar, cabendo ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu o fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do autor, cumprindo destacar que o artigo 342 do CPC Português dispõe: “Artigo 342.º - (Ônus da prova) 1. Àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado. 2. A prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita. 3. Em caso de dúvida, os factos devem ser considerados como constitutivos do direito.” (Disponível em http://bdjur.almedina.net/citem.php?field=node_id&value=994555. Acesso em 06/04/2012). Transcrição literal.

à hipossuficiência material e processual do trabalhador, alguns estudos foram feitos nesse sentido.

Assim, faremos, a partir de então, o estudo sobre o ônus da prova nos dois sistemas em separado, para ao final, apresentarmos as conclusões acerca do assunto.

2. EFICIÊNCIA E EFETIVIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS

Antes de adentrarmos especificamente ao tema do presente estudo, necessário se faz apresentar, ainda que sucintamente, os conceitos de eficiência e efetividade jurídica, considerando que referidos conceitos embasam diretamente o problema apontado no presente trabalho e, ao mesmo tempo sustenta a solução apresentada para o mesmo.

Assim, conforme estudo apresentado por Edihermes Marques Coelho ¹³, a aplicabilidade e a aplicação de uma norma medem-se por sua eficácia e efetividade jurídica, no sentido de que a efetividade representa o real cumprimento da norma e a eficiência no sentido de atingimento de finalidade da mesma norma.

Dessa forma, uma norma pode ser juridicamente eficaz, mas pode não atingir suas finalidades e vice-versa. Ou seja, a norma possui uma natureza que se refere à eficácia social, no sentido de estar a norma sendo observada pelos seus destinatários e outra natureza ligada ao fato de atingir as finalidades a que se destina. E nesse sentido, dispõe ainda referido autor

“Uma norma sempre é criada em função de um determinado fim a ser atingido direta ou indiretamente. Essas finalidades, com a vigência e a aplicação social da norma (a primeira dimensão da efetividade), poderão ou não ser atingidas – e, sendo atingidas, isso poderá ocorrer em diversos graus. Entende-se que esse atingimento das finalidades, dos seus objetivos específicos, pode também ser chamado de eficiência normativa.”(Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1817>. Acesso em 13/05/2012).

Assim, temos que um importante aspecto a ser observado é o fato de que se a norma está atingindo razoavelmente a finalidade para a qual foi criada, apresenta-se, portanto, eficiente e efetiva, caso contrário, deverá ser tomada alguma medida para que ocorra a eficiência e a efetividade de determinada norma, vez que a incidência de ambas, corrobora com a segurança jurídica. necessária à permanência da paz social, vez que o art. 5º, XXXVI,

¹³Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1817>. Acesso em 13/05/2012.

CR/88 dispõe que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, dispositivo esse, chamado de 'Trilogia da Segurança Jurídica', pois devido a sua composição se dar por três institutos, sustentam e promovem a segurança jurídica. As normas jurídicas, ou o direito mesmo, servem para trazer segurança jurídica à sociedade, garantindo à essa sociedade a aplicação equânime da lei ao caso concreto, bem como comprovando que a lei criada para regular determinada conduta social, cumpre seu papel, pois é cumprida pelos cidadãos e aplicadores da norma, bem como referida norma atinge a finalidade para a qual foi proposta ou criada.

Assim, conforme descrito no tópico anterior, pretende-se analisar aqui, de agora em diante, o ônus da prova no processo do trabalho no Brasil e na Itália, sendo que, pelos conceitos acima descritos (efetividade e eficiência), restará demonstrado que as normas brasileiras e italianas que tratam do assunto, não têm sido suficientes para regular a matéria, mostrando-se, por vezes, ineficiente e ineficaz, o que permite a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, por meio de jurisprudências ou edição de leis infraconstitucionais, conforme se verá a seguir.

Não se pretende propor aqui, a exclusão, diminuição de sua importância ou desconsideração dos mencionados artigos, vez que não existe letra morta na lei, mas existe, no presente caso, a necessidade de relativizá-los, como vem sendo feito pelos Tribunais, para que os mesmos alcancem os objetivos para os quais foram criados.

3. O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO NO BRASIL

Conforme acima citado, o instituto do ônus da prova na legislação laboral encontra-se previsto no artigo 818 da CLT que estabelece a distribuição do ônus probatório.

A norma, traz a disposição das partes no processo quanto à apresentação do *onus probandi* de maneira estática. Ocorre que referido artigo, não é capaz de elucidar as questões suscitadas quanto à distribuição do ônus probatório, cumprindo relativizá-la, como vem sendo feito pelos Tribunais (brasileiro e italiano) e conforme restará demonstrado no presente trabalho, para que se vejam satisfeitas as pretensões judiciais que chegam à Justiça do Trabalho nesses países.

Conforme dito acima, na grande maioria dos casos, as provas hábeis à provar os fatos nos processos trabalhistas ficam guardadas sob o poder do empregador.

Pensando assim, não estaria ele, o empregador, apto à apresentá-las ao processo? E

se é do conhecimento de todos que, como já se disse, os cartões de ponto, por exemplo, ficam guardados com o empregador, por qual razão haveria o autor de fazer prova das horas extras alegadas, sabendo desde o início da dificuldade de produzi-las, justamente pelo fato de o empregador deter os referidos cartões?

Por tal fato e conforme se mostrará em seguida, seria consequência lógica o Tribunal Superior do Trabalho, determinar a inversão do ônus probatório para estabelecer que o empregador que tiver mais de 10 empregados deverá apresentar os cartões de ponto no caso de um processo trabalhista?

Por certo, quando da edição da Súmula 338 pelo C. TST, o que se pretendeu foi a inversão do ônus probatório àquele que tinha mais aptidão, condição, de apresentar a prova ao processo.

Assim é que vem ocorrendo a inversão do ônus da prova, seja por meio de edição de súmulas, ou mesmo pela aplicação da regra de julgamento, pois quando na prolação da decisão o magistrado percebe que aquela parte que deveria apresentar determinada prova não o fez, deverá sofrer as consequências de seu ato, vindo sobre si uma improcedência quanto às suas alegações e pedidos formulados.

Nesse sentido, cumpre destacar que não trata-se de um dever, pois não afigura-se uma obrigação, mas de um ônus, ou seja, de uma faculdade.

Assim, quando a parte que tem o ônus de provar, não o faz, deixa de adquirir alguma vantagem, correspondendo, via de consequência em vantagem para seu *ex adversa*.

Contudo, no processo do trabalho, apenas determinar legalmente, quem carregará o ônus de provar determinados fatos, não se mostra suficiente, pois, em que pese o Tribunal Superior do Trabalho editar súmulas no sentido de atribuir o ônus probatório a quem tem melhores condições de produzir a prova, várias são as situações vivenciadas no cotidiano dos trabalhadores em que a falta de dispositivo legal, impede o autor de fazer a prova de suas alegações.

Como é sabido, o legislador não consegue descrever normas para todas as condutas humanas e, nesse passo, considerando o poder judiciário, como legislador quanto à omissão de leis, devendo julgar o caso concreto e editando súmulas¹⁴ a partir da reiteração de condutas

¹⁴ No caso da Justiça do Trabalho, são editadas além das Súmulas, as Orientações Jurisprudenciais, que têm o condão de vincular as demais decisões às referidas súmulas e OJ's.

e julgados sobre determinado assunto, passa o mesmo a executar a função de legislador¹⁵.

Assim, a moderna concepção de processo como processo constitucionalizado¹⁶, sob a vigência da Constituição de 1988 que instituiu o Estado Democrático de Direito, não mais coaduna com a senil concepção de se entender a distribuição dinâmica do ônus da prova consoante o artigo 818 da CLT, clamando pela aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova.

3.1. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO NO BRASIL

Conforme acima citado, para romper com a retrógrada previsão do ônus probatório constante no artigo 818 da CLT, surge a teoria da carga dinâmica, formulada pelo Professor e Jurista Argentino, Jorge W. Peyrano¹⁷ e que consiste em outorgar o ônus da prova à parte que se apresenta em melhores condições profissionais, técnicas e ou fáticas para produzir a prova.

Referida teoria é considerada pelo direito argentino como uma teoria flexibilizadora, vez que,

“... não admite o estabelecimento prévio e abstrato do encargo”, oportunidade em que “ignorável é a posição da parte no processo”, ou seja, pouco importa se configura polo passivo ou ativo do processo e, como colorário disso, a divisão das provas de acordo com os fatos constitutivos, modificativos, impeditivos e extintivos, os aspectos relevantes para a fixação do encargo da prova abrangem o caso concreto e a natureza do fato a ser submetido a prova, para que a partir daí possa o Juiz eleger qual das partes

¹⁵ Não se pretende com tal afirmação, ignorar a Teoria de Freios e Contrapesos pensada por Maquiavel, (DALLARI 2012. p.214) que se consubstancia no art. 2º da CR/88 e que dispõe que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Vade Mecum Saraiva. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 200, p. 35), de modo que não se pretende aqui, dizer que referido artigo esteja sendo descumprido, mas que diante da edição de Súmulas e OJs pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho, acaba ocorrendo a uniformização das decisões, sem deixar, por óbvio, de analisar o caso concreto, com o fim de trazer segurança jurídica aos cidadãos.

¹⁶ Conforme o Prof. Dr. Dhenis Cruz Madeira, da Escola Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, “O conceito moderno de processo quer significar que a instalação do discurso processual procedimentalizado, assegurado por meio de uma construção dialógica (princípio do contraditório), condição ideal de fala (isonomia) e discussão compartilhada (ampla defesa), garantirá aos participantes construir um provimento legítimo.” (MADEIRA, Dhenis Cruz. 2009 p.178).

¹⁷ MINGHELLI, Thais Domênica. Rompendo com a prévia e abstrata distribuição do ônus da prova: uma abordagem acerca da Teoria da Carga Dinâmica. In Estudos Jurídicos, vol.37, nº 100 – maio/ago 2004, p. 27/55, São Leopoldo, RS: Editora de Periódicos Científicos e Acadêmicos.

litigantes estão em melhores condições de realizar a prova”.(Dall’Agnol Júnior, apud Minghelli 2004, pag. 49-50)

O Brasil recepcionou esta teoria, aplicando-lhe algumas variações.

Assim é que Márcio Túlio Viana(1998)¹⁸, defende que para atender a uma necessidade de sistematização da distribuição do ônus probatório, para haver a inversão do ônus da prova, deve haver a incidência do princípio da aptidão para a prova, princípio do *in dubio pro operário* e princípio da pré constituição da prova, consubstancia-se em resguardar os princípios constitucionais do devido processo legal e contraditório¹⁹.

Na busca pela sistematização da distribuição do ônus probatório, referido autor esclarece que por princípio da aptidão para a prova, deve-se entender que a prova deverá ser produzida pela parte que detém a prova ou tem acesso à mesma, devendo ser mesma ainda, inacessível à parte contrária.

A aplicação do princípio do *in dubio pro operario*, ocorrerá quando, mesmo embora a prova se mostrar insuficiente para o acolhimento da postulação do trabalhador, houver um começo de prova em favor do empregado.

E por fim, aplicar-se-á o princípio da pré constituição da prova, quanto à prova documental, para os casos de documentos que, conforme estabelecidos na lei, o empregador deve manter em seu poder, como por exemplo, aviso de férias assinado pelo empregado, recibos de pagamentos e outros documentos e, quando da necessidade de se fazer prova nesse sentido, deverá o empregador apresentá-la, vez que encontra-se (ou ao menos deveria) apto à apresentá-la ao processo.

Inteligência do autor, que seguindo sua regra de sistematização, devera haver a incidência dos três princípios para que haja a inversão do ônus probatório, sob pena de se ferir os princípios constitucionais acima citados.

No mesmo sentido, de se demonstrar a incidência da teoria argentina na doutrina brasileira, cumpre trazer à discussão, os estudos do Guilherme Guimarães Feliciano²⁰, que conclui pela distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho, sobretudo nos casos de lesão à direitos fundamentais como discriminação no trabalho, atentados ao meio

¹⁸VIANA, Márcio Túlio. Aspectos gerais sobre a prova no processo do trabalho. In BARROS, Alice Monteiro. (Coord.) Compêndio de direito processual do trabalho. p.312/325São Paulo: LTR.

¹⁹ Art. 5º, inciso LV da Constituição da República Federativa do Brasil. BRASIL. Constituição (1988).Constituição da República Federativa do Brasil. Vade Mecum Saraiva. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

²⁰FELICIANO, Guilherme Guimarães. Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho: Critérios e causuística. In: *Revista de Direito do Trabalho*,ano 34. nº131. Jul.-set./2008. p.51/63. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

ambiente laboral, violações à privacidade do trabalhador e de assédio moral ou sexual.

De acordo com o autor a distribuição do ônus da prova no processo do trabalho não pode mais se circunscrever ao modelo liberal e estático dado pelo art. 818 da CLT.

“... Ambas estão inaptas a regular de modo absoluto, a dinâmica de um processo tão veloz, garantista e tuitivo como é o processo do trabalho, que envolve, via de regra pretensões vinculadas à violação de direitos fundamentais.” (FELICIANO, 2008, p. 52)

Defende referido autor que para julgamento de demandas trabalhistas, devem ser consideradas as circunstâncias concretas de cada caso e a natureza dos interesses resistidos, culminando sempre em lesão à direitos fundamentais.

Aponta que a evolução da distribuição do ônus da prova tem caminhado no sentido de aplicar a inversão do ônus da prova nas seguintes hipóteses: Discriminação no mundo do trabalho, sendo considerada, aqui, a discriminação em geral conforme disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que expressamente ensina que todos são iguais perante a lei e nesse sentido, soma-se a Convenção 111 da OIT que tem o objetivo de erradicar toda e qualquer exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, etc; Atentados ao meio ambiente laboral, ao argumento de que é direito de todo empregado gozar de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme insculpido no artigo 225 *caput* da CR/88; Violações à privacidade do trabalhador, como violações à intimidade ou a vida privada, por meio de revistas íntimas, monitoração audivisual nos banheiros e salas de café, sendo o ônus do empregador comprovar que não há ilegalidade ou abuso nos procedimentos adotados; Assédio moral ou sexual, conforme positivado no artigo 216 do Código Penal, cumprindo ressaltar que referida conduta fere a dignidade humana, causando violação a livre determinação sexual e ao direito à tranquilidade psíquica.

O autor alega que a prova do assédio dos demais casos acima apontados, torna-se excessivamente difícil ao trabalhador, vez que o molestamento ocorre nas dependências da Ré, no domicílio desta, dificultando demasiadamente ao Autor apresentar as provas de suas alegações.

Não bastasse isso, normalmente as testemunhas hábeis a provar as alegações das partes, normalmente estão sob a pressão do empregador, ou são seus parentes, dificultando ainda mais a apresentação da prova por parte do Autor.

Ressalte-se por fim que, quanto a esse aspecto, deverá haver um indício de prova²¹ para que ocorra a inversão.

Para fundamentar seu posicionamento, o autor alega que em razão das jurisprudências dos tribunais e das Súmulas editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho, haver um movimento relativizante dos artigos 818 da CLT e 333 do CPC, aplicado subsidiariamente e supletivamente à especializada laboral brasileira.

Citamos a Súmula 212 do C. TST que determina o ônus de provar o término do contrato de trabalho ao empregador, consubstanciando assim, o princípio da continuidade do contrato de trabalho e a Súmula 338 do C. TST, que impõe ao empregador que contar com mais de 10 empregados o registro da jornada, devendo o mesmo apresentar os cartões de ponto no caso de necessidade de prova de horas extras ou jornada de trabalho.

SÚMULA 212 (TST Enunciado nº 212 - Res. 14/1985, DJ 19.09.1985 **Ônus da Prova - Término do Contrato de Trabalho - Princípio da Continuidade** - O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.)

SÚMULA 338 (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, DJ 21.11.2003) 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).

²¹ Entende-se por indício de prova todo o fato, circunstância ou sinal que adquire significação em seu conjunto e conduz o Juiz à certeza sobre um fato desconhecido e relacionado à controvérsia.

O Tribunal Regional do Trabalho elucida a questão e demonstra como a distribuição do ônus da prova tem sido aplicada pelos nossos Tribunais Regionais do trabalho:

“EMENTA: INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. TÉCNICA DE JULGAMENTO. Dispondo uma das partes de documentos cujo porte e manutenção são obrigatórios, o dever de exibição dos mesmos é integralmente seu. Todavia, verificando o Juiz do Trabalho que os mesmos não merecem a menor credibilidade, eis que totalmente divorciados do usual, a simples oferta do meio probatório não o desonera. E considerando-se a maior aptidão de uma das partes para a produção da prova, o que a doutrina qualifica como distribuição dinâmica do ônus da prova, temos como consequência que tal encargo permaneça com o empregador, em virtude dos fatos excepcionais que apontou. Afinal o ordinário se presume e o extraordinário deve ser provado, não obstante os ditames do art. 818/CLT. Destarte, se os cartões de ponto deixam de mostrar qualquer variação horária ao longo dos dias neles retratados, fato que foge absolutamente da realidade, há inexorável deslocamento do ônus probatório, com sua inversão, de modo a que o empregador comprove que a jornada constante dos documentos é verdadeira, sob pena de, ante o insucesso, ver-se condenado a satisfazer o pedido correlato.”(00865-2009-003-03-00-5 RO) Data de Publicação: 24/05/2010 Órgão Julgador: Terceira Turma Relator: Convocado Vitor Salino de M.Eca Revisor: Convocado Jesse Claudio Franco de Alencar Tema: PROVA - ÔNUS Divulgação: 21/05/2010. DEJT.

Pelo Acórdão acima transcrito, resta claro que em determinados casos, deverá haver o deslocamento do ônus probatório, deixando a cargo do empregador o encargo de apresentar referida prova, sob pena de vir a ser atingido por uma decisão desfavorável.

Assim, pelas transcrições acima, resta comprovado que de fato, o ônus da prova tem sofrido certa relativização, devendo sempre considerar que aquele que detém provas ou está em melhores condições de apresentá-la ao processo, deverá fazê-lo sob pena de ter contra si uma decisão desfavorável, o que tende, no caso em análise, possibilitar ao empregado fazer prova de suas alegações pela entrega espontânea da prova pelo empregador, ou no caso de não entrega da prova essencial ao deslinde da controvérsia, pelo empregador, normalmente o detentor da referida prova, sofrerá o mesmo as consequências de seus atos insurgindo contra si uma decisão desfavorável.

4. O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO NA ITÁLIA

A Constituição Italiana de 1948, logo após os terríveis episódios da 2ª Grande Guerra Mundial, estabeleceu o direito do trabalho como garantia de todos os cidadãos naquele país, protegendo assim, tanto o direito material, quanto o direito processual dos trabalhadores

italianos.

Nesse compasso, em que pese não haver na Itália um tribunal especializado do Trabalho, a justiça comum desse país possui seções especializadas, constando dentre uma delas uma que julga os conflitos trabalhistas.

Assim é que todos os procedimentos ocorridos no *iter* processual são ditados pela justiça comum, utilizando-se para tanto do Código Civil e do Código Processo Civil.

Conforme dito alhures, quanto à distribuição do ônus da prova, vige nos ordenamentos jurídicos em geral, a regra de que a parte que alega, deve fazer prova de suas alegações e aquele que as contradiz, deverá fazer prova das contestações apontadas, seguindo, em princípio, referida tradição, o processo do trabalho Italiano.

Nesse país, em matéria de ônus probatório, aplica-se o disposto no artigo 2697.º do Código Civil, com base no qual

(...) cabe à pessoa que invocar um direito fazer a prova perante o tribunal dos factos que constituem o seu fundamento e quem sustentar a ineficácia desses factos ou que o direito deles decorrente se modificou ou se extinguiu tem de demonstrar os factos em que se fundamenta a sua oposição. (Disponível em: http://ec.europa.eu/civiljustice/evidence/evidence_ita_pt.htm. Acesso em 28.03.2012.)

No mesmo compasso, o artigo 414 do CPC italiano²², informa que o autor deve (i) determinar o objeto da demanda, (ii) expor os fatos e o direito nos quais se funda e (iii) indicar especificamente os meios de prova que pretende produzir e quais documentos serão juntados, cabendo assim ao autor a instrução da inicial com documentos e a indicação de outras provas que serão produzidas. O Réu por sua vez deverá depositar a contestação em até 10 dias antes da audiência, instruí-la com fatos e direitos e especificar as provas que pretende produzir, bem como indicar quais os documentos foram juntados à defesa.

Assim,

Por conseguinte, com base nos princípios enunciados, o demandante tem de provar os factos em que assenta o seu pedido, ou seja, os factos que produzem os efeitos jurídicos por si invocados. Por outro lado, cabe ao demandado a prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos que podem implicar a rejeição do pedido do demandante ou a sua neutralização. (Disponível em:

²² ITALIA. Codice di Procedura Civile. Disponível em: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=332723>. Acesso em 12.04.2012.

http://ec.europa.eu/civiljustice/evidence/evidence_ita_pt.htm. Acesso em 28.03.2012.)

De outro modo, se o demandante não provar os fatos constitutivos do seu direito, o seu pedido será indeferido, independentemente da apresentação ou não por parte do demandado.

Assim, conforme dito alhures, a insuficiência de prova tem causado um prejuízo para uma das partes, que deveria demonstrar os fatos constitutivos ou as oposições aos referidos fatos, na medida em que tal insuficiência se equiparada à falta de prova, sobretudo se se analisar sob o ângulo de ser o empregador o detentor das provas que deverão fazer parte do processo.

Assim como ocorre no Brasil²³, o artigo 421 do CPC autoriza o juiz italiano, de ofício e a qualquer momento admitir todo o meio de prova, ainda que fora dos limites estabelecidos no código civil, podendo o juiz, independente de requerimento da parte, determinar a exibição de documento, inclusive em poder de terceiros.

Destaca-se que na Itália, diferentemente do que ocorre no Brasil, a decisão do tribunal não pode basear-se em fatos não provados, ainda que estes sejam possíveis ou altamente prováveis²⁴, o que corrobora a diferenciação dos princípios utilizados por cada país.

Em matéria probatória, vigora no ordenamento italiano, o “princípio dispositivo”²⁵,

²³ O princípio dispositivo ou da demanda que dispõe ser das partes a livre iniciativa da demanda e das provas. Inicialmente, quanto à produção de provas, deveria o Juiz agir de igual modo. Contudo, considerando o poder-dever do Estado de não poder se furtar de proferir uma decisão, referido princípio no Brasil acabou por ser utilizado de maneira irrestrita, deixando de ser o Juiz uma figura estática no processo, para ocupar uma posição ativa, podendo, de ofício determinar produção de provas, oitivas de testemunhas, realizar inspeção judicial, dentre outros meios de prova que possa determinar. No ordenamento jurídico italiano, conforme consta do texto, o juiz, “salvos os casos previstos na lei”, deve fundamentar a sua decisão com as provas propostas pelas partes. Com base nessas considerações, regra geral, o juiz não pode demandar oficiosamente os meios probatórios que podem servir para o conhecimento dos fatos, existindo exceções a este princípio, previstas no Código de Processo Civil, nas seguintes disposições: artigo 257.º: prevê a possibilidade de ordenar oficiosamente o comparecimento de uma testemunha a que outra testemunha tenha feito referência; artigo 317.º: prevê, unicamente nos processos nos julgados de paz, a possibilidade de o juiz ordenar oficiosamente a prova testemunhal se as partes fizeram referência a pessoas susceptíveis de conhecer os fatos(excluindo, por conseguinte, os processos perante o Tribunal ou o Tribunal da Relação "Corte d'Appello"); artigo 118.º: prevê a possibilidade de ordenar a inspeção de pessoas ou coisas; artigo 117.º: prevê a possibilidade de proceder ao interrogatório não formal das partes; artigo 61.º e artigo 191.º: prevêem a possibilidade de o juiz ordenar uma consulta técnica. Fonte: idem 15.

²⁴ Idem 15.

²⁵ Em face ao princípio dispositivo, consta o princípio inquisitivo ou do impulso oficial, que estabelece que o princípio do processo se dará única e exclusivamente por iniciativa das partes, podendo, contudo, ocorrer seu desenvolvimento por impulso oficial, cabendo ao magistrado o desenvolvimento do processo. Referido princípio encontra aparato jurídico no art. 765 da CTL que estabelece que “os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.” No mesmo sentido Carlos Henrique Bezerra Leite, 2010, p. 56-57.

contido no n.º 1 do artigo 115 do Código de Processo Civil, com base no qual o juiz, “salvos os casos previstos na lei”, deve fundamentar a sua decisão com as provas propostas pelas partes, cumprindo ressaltar que o Brasil adota igualmente referido princípio.

Assim, os fatos deduzidos pelas partes, para serem objeto de prova, devem ser relevantes, isto é, a demonstração de cada parte, da relevância ou irrelevância da prova, é susceptível de influenciar a decisão da causa.

A jurisprudência italiana tem sido aplicada no sentido de relativizar o ônus probatório nos casos de discriminação, por exemplo, nos casos de bullying como Cass. S.U., 2004/05/04, N. 8438. O ônus da prova são os apresentados pela ação de violação do artigo. 1218 do Código Civil (Supremo Tribunal Sec Lav, 2000/05/02, n.5491, Cass Sec Lav, 2003/04/09 n.5539; Cass Sez.Lav 2006/06/03, n de 4774²⁶, e no caso de comprovação do tamanho efetivo da empresa, fica a cargo do empregadores e aplicação do artigo 18 da /lei 300/1970²⁷.

Nesse sentido, cumpre destacar que pela dinâmica do processo laboral, a Itália se utiliza igualmente da distribuição dinâmica, no sentido de incumbir o ônus probatório à parte que estiver apto ou em melhores condições de produzi-la.

Assim tem ocorrido, tanto na legislação italiana, quanto nos julgados dos tribunais daquele país, conforme se mostrou no presente trabalho.

Importante ainda destacar que o artigo 2698 do Código Civil Italiano, estabelece a nulidade de qualquer acordo destinado a inverter ou modificar o ônus probatório quando se tratar de direito indisponível ou quando a inversão tornar excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito, indo sempre ao encontro do que ocorre no Brasil, com o objetivo de proteger o empregado, processualmente o hipossuficiente na relação.

Segundo Antônio Vallebona (2006, pag.1), o problema de convencimento do Juiz, devido a ausência ou insuficiência de prova, encontra sua regra de julgamento sobre o ônus da prova pela situação em que, continuando a incerteza sobre os fatos relevantes, o Tribunal deverá pronunciar-se sobre os méritos admitindo suas dúvidas e decretando como perdedor, aquele que prejudicado pela prova assumiu o risco da incerteza.

Assim, igualmente como ocorre no Brasil, constata-se que a Itália, por meio da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova tem aplicado a relativização ou flexibilização, ao

²⁶ Disponível em :<http://www.diritto.net/dirittonet-home/mobbing-bulling/4914-mobbing-e-onere-della-prova.html>. Acesso em 09-05-2012.

²⁷ Disponível em <http://www.altalex.com/index.php?idnot=34274>. Extraído em 09-05-2012.

artigo 2697 do CC e artigo 414 do CPC, que por sua estabilidade, não consegue atender às atuais demandas trabalhistas, distribuindo o ônus probatório àquele se que mostrar mais pronto, apto à apresentar determinada prova no processo, sob pena de lhe advir decisão desfavorável.

4. CONCLUSÃO

Todos os autores de um modo geral, ao falar das angústias pelas quais passa um juiz, normalmente vinculam-no a uma metáfora, na tentativa de explicar, ou quem sabe até mesmo confortar o julgador, vez que se encontra diante de uma tarefa difícil que lhe foi incumbida pelo Estado - a tarefa de dar o provimento jurisdicional pondo fim à lide e trazendo, por isso, a pacificação social.

Assim é que o Juiz, na sua árdua tarefa de muitas vezes (ou sempre) influir diretamente na vida e no futuro das pessoas, tem de, diante do processo e do caso concreto que lhe foi levado, extrair a verdade, por meio, sobretudo das provas para proferir a sentença. Como se disse: influência direta sobre a vida e o futuro das pessoas.

Ledo engano aqueles que pensam ser essa, uma tarefa fácil ou nada penosa, a de se sentar diante de alguns montes de papéis, lê-los e escolher aquele que será vitorioso na demanda, bastando, contudo, que algum do povo se sente, por exemplo, no Tribunal do Júri, como jurado, compondo o corpo desse Tribunal e incumbido de proferir a decisão que mudará a vida de determinada pessoa e até o mesmo o futuro de uma determinada sociedade, para saber que não é nada fácil a tarefa confiada ao julgador.

E assim, utilizando das várias metáforas destinadas aos julgadores, é que os autores inculpem as angústias e as dificuldades vividas por eles, como foi o caso da comparação da figura do Juiz a um historiador e agora, ilustra-se sua atuação por outra figura metafórica empregada e lembrada pelo Prof. Márcio Túlio Viana, que bem observou que,

O juiz - ensina Couture- é como um prisioneiro no cárcere. Dentro de certos limites é livre para ir e vir. Mas se avança um pouco mais, esbarra em grades de ferro.

Um desses ferros é a prova. Tal como o próprio direito, tolhe os passos do Juiz. Mas ao mesmo tempo permite proferir a sua sentença, expressão do seu sentir.(VIANA, 1998. p.312)

Certo é que a prova, constitui-se a essência do processo. Por meio dela é possível ao

Juiz, se aproximar ao máximo da verdade dos fatos para proferir uma decisão justa, mais próxima da realidade de como os fatos ocorreram, tornando-se por isso, além de justa, uma decisão efetiva e eficiente, como se viu acima.

Assim é que não podem mais os ordenamentos jurídicos brasileiro e italiano se utilizarem tão somente do disposto nos artigos 818 da CLT e 2697 CC .

Pela ineficiência e infetividade dos referidos dispositivos, têm sido aplicado o princípio da distribuição do ônus da prova, ou teoria da carga dinâmica, para incumbir àquele que está pronto, apto ou mais próximo da prova, apresentá-la no processo do trabalho.

Por isso carrega o nome de distribuição dinâmica, pois não traz de antemão a incumbência do ônus probatório às partes, mas fixa-o de acordo com a aptidão que cada parte tem de apresentar determinada prova.

Conforme se afirmou, por se tratar de justiça do trabalho, em que se está tratando de parcelas salariais de caráter alimentício e de lesão à direitos fundamentais, não podem mais os ordenamentos jurídicos, permanecerem imóveis, vez que resta clarividente que o processo laboral exige cuidados diferenciados se comparado ao processo comum, sobretudo se considerarmos a desigualdade tanto material quanto processual existente entre empregado e empregador, cumprindo ao direito aplicar determinados princípios para trazer a isonomia conferida às partes, pela Constituição da República de 1988 e aplicar a relativização dos dispositivos legais em estudo.

Partindo desse ponto e, falando em matéria de prova, temos que normalmente quem detém a guarda de documentos referentes ao contrato de trabalho é o empregador, o que inviabiliza a produção de provas pelo Autor (reclamante), estabelecida nos dispositivos legais acima citados, que determinam a prova àquele que alega.

Dessa forma, resta patente que deverá haver a inversão do ônus probatório ou a distribuição dinâmica, para incumbir o detentor de referida prova, o ônus de apresentá-la, sob pena de ter contra si uma decisão desfavorável. Decisão desfavorável de ver-se prejudicado pessoalmente pela não apresentação de determinada prova, consoante conceito de ônus apresentado em tópico anterior.

Tal inversão tem-se apresentado como movimento relativizante das leis que tratam do assunto em ambos os países, pois no Brasil tem sido editadas leis e súmulas no sentido de inverter o ônus probatório à parte que se encontra em melhores condições de apresentá-la, bem como tem sido proferido acórdãos pelos Tribunais do Trabalho utilizando-se, igualmente,

da distribuição dinâmica.

No mesmo compasso, na Itália tem ocorrido a inversão para os casos de discriminação, bullying e outros especificados em lei, mostrando a necessidade de, em determinados casos proceder à inversão do ônus probatório.

Conforme se afirmou no início desse trabalho, para que a norma seja eficiente e eficaz, deve representar o real cumprimento da norma e o atingimento de finalidade dessa mesma norma, de modo que no presente caso, como a norma dos artigos mencionados, não tem sido suficientes para realizar a justiça social, a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, justifica-se para trazer efetividade, eficiência e em consequência a justiça social, motivos pelos quais a aplicação da referida teoria, encontra-se em consonância com os objetivos do Direito e apta a ter sua aplicação imediatamente expandida pelos dois sistemas analisados no presente trabalho.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Vade Mecum Saraiva. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPELLETTI, Mauro. **O Processo Civil no Direito Comparado**. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica. 2001. 116.p.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se Faz um Processo**. 2 ed. Belo Horizonte: Líder Cultura Jurídica. 2001. p.49-57.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. 3 ed. Leme – São Paulo: Edijur. 2011. p. 45.

EÇA, Vitor Salino de Moura. Apresentação do Direito Processual do Trabalho Globalizado, Homenagem à Professora Alice Monteiro de Barros In: EÇA, Vitor Salino de Moura (Coord.) **Direito Processual do Trabalho Globalizado**, Homenagem à Professora Alice Monteiro de Barros, LTR. 2012.p17.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.214.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho: Critérios e causuística. In: **Revista de Direito do Trabalho**, ano 34. nº131. Jul.-set./2008. p.51/63. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

ITALIA. Codice di Procedura Civile. Disponível em: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=332723>. Acesso em 12.04.2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010. p. 56-57.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição: uma inserção no estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2.009, p.156.

MINGHELLI, Thais Domênica. Rompendo com a prévia e abstrata distribuição do ônus da prova: uma abordagem acerca da Teoria da Carga Dinâmica. In **Estudos Jurídicos**, vol.37, nº 100 – maio/ago 2004, p. 27/55, São Leopoldo, RS: Editora de Periódicos Científicos e Acadêmicos.

PEREIRA, Cintia Batista. Meios de Prova no CPC e no Direito Atual. In: Rosemiro Pereira Leal; Andréa Alves de Almeida. (Org.). **Comentários Críticos a Exposição de Motivos do CPC de 1973 e os Motivos para a Elaboração de um Novo CPC**. São Paulo: Lemos de Oliveira Editora e Distribuidora Ltda - ME, 2011, v. 01, p. 753-773.

TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. **Direito, Estado e Sociedade** – V.9 – n. 29 – p 69 a 86 – jul/dez 2006.

VALLEBONA, Antônio. **Allegazioni e prove nel processo del lavoro**. 2006. Publisher, Cedam. p.1.

VIANA, Márcio Túlio. Aspectos gerais sobre a prova no processo do trabalho. In BARROS, Alice Monteiro. (Coord.) **Compêndio de direito processual do trabalho**. 1998. p.312/325. São Paulo: LTR.

Disponível em http://bdjur.almedina.net/citem.php?field=node_id&value=994555. Acesso em 06/04/2012). Transcrição literal.

Disponível em :<http://www.diritto.net/dirittonet-home/mobbing-bulling/4914-mobbing-e-onere-della-prova.html>. Acesso em 09-05-2012.

Disponível em <http://www.altalex.com/index.php?idnot=34274>. Extraído em 09-05-2012.

Disponível em http://bdjur.almedina.net/citem.php?field=node_id&value=994555. Acesso em 06/04/2012.

Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1817>. Acesso em 13/05/2012.