

REVISTA ELETRÔNICA



ÔNUS DA PROVA NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região
V.10 - n.94 - Nov./Dez./20

Expediente

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 9ª REGIÃO

PRESIDENTE

Desembargador
SÉRGIO MURILO RODRIGUES LEMOS

VICE-PRESIDENTE

Desembargador
CÉLIO HORST WALDRAFF

CORREGEDORA REGIONAL

Desembargadora
NAIR MARIA LUNARDELLI RAMOS

CONSELHO ADMINISTRATIVO BIÊNIO 2019/2020

Desembargador Arnor Lima Neto (Diretor)
Desembargador Aramis de Souza Silveira (Vice-Diretor)
Juiz Titular Fernando Hoffmann (Coordenador)
Juiz Titular Luciano Augusto de Toledo Coelho (Vice-Cordenador).
Desembargador Arion Mazurkevic
Desembargador Cássio Colombo Filho
Juíza Titular Ana Paula Sefrin Saladini
Juíza Titular Sandra Mara Flügel Assad
Juíza Substituta Vanessa Maria Assis de Rezende
Juiz Substituto Roberto Wengrzynovski
Juiz Roberto Dala Barba Filho (Presidente da AMATRA IX)

COLABORADORES

Secretaria Geral da Presidência
Assessoria da Direção Geral
Assessoria de Comunicação Social

FOTOGRAFIAS E IMAGENS

Assessoria de Comunicação
Acervos digitais (Creative Commons)

APOIO À PESQUISA

Daniel Rodney Weidman Junior

SETOR DE DIAGRAMAÇÃO E PUBLICAÇÕES DIGITAIS

Patrícia Eliza Dvorak

CURITIBA - PARANÁ
ESCOLA JUDICIAL

Catálogo: Sônia Regina Locatelli - Analista Judiciário - CRB9/546

R454 Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná [recurso eletrônico]. / Tribunal Regional do Trabalho do Paraná. - n. 1 (out. 2011)-
. - Dados eletrônicos. - Curitiba, 2019-

Mensal
ISSN 2238-6114
Modo de acesso: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/>

1. Direito do trabalho - periódicos. 2. Processo do trabalho - periódicos.

I. Título

CDU: 331:347.9(05)

EDIÇÕES PUBLICADAS

CLIQUE PARA ACESSAR



1ª edição
Ação Civil Pública



2ª edição
Revista Íntima



3ª edição
Normas Internacionais



4ª edição
Substituição Processual



5ª edição
Acidente de Trabalho



6ª edição
Normas Coletivas



7ª Edição
Conciliação



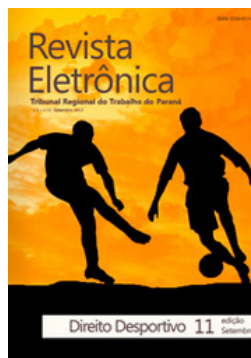
8ª edição
Execução Trabalhista



9ª edição
Conciliação II



10ª edição
Terceirização



11ª edição
Direito Desportivo



12ª edição
Direito de Imagem



13ª edição
Semana Institucional



14ª edição
Índice



15ª edição
Processo Eletrônico



16ª edição
Assédio Moral e
Assédio Sexual



17ª edição
Trabalho Doméstico



18ª edição
Grupos Vulneráveis



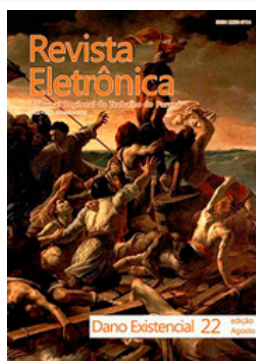
19ª edição
Correio Eletrônico



20ª Edição
Aviso Prévio Proporcional



21ª edição
Dano Moral



22ª edição
Dano Existencial



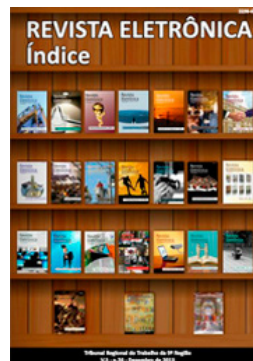
23ª edição
Meio Ambiente
do Trabalho



24ª edição
70 anos da CLT



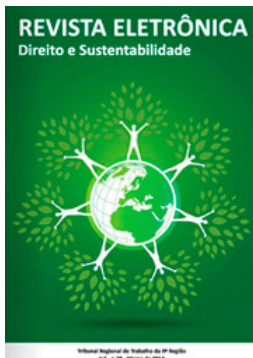
25ª edição
Ética



26ª edição
Índice



27ª edição
Trabalho e HIV



28ª edição
Direito e Sustentabilidade



29ª edição
Copa do Mundo



30ª edição
Trabalho Infantil e Juvenil



31ª edição
Ações Anulatórias



32ª Edição
Trabalho da Mulher



33ª edição
Teletrabalho



34ª edição
Execução Trabalhista II



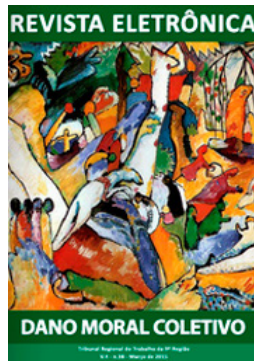
35ª edição
Terceirização



36ª edição
Índice



37ª edição
Equiparação Salarial



38ª edição
Dano Moral Coletivo



39ª edição
Novo Código de
Processo Civil



40ª edição
Recursos Trabalhistas



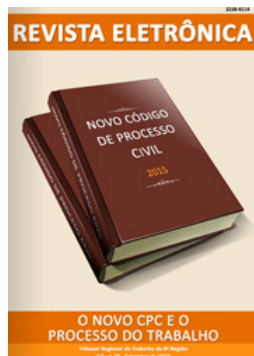
41ª edição
O FGTS e a Prescrição



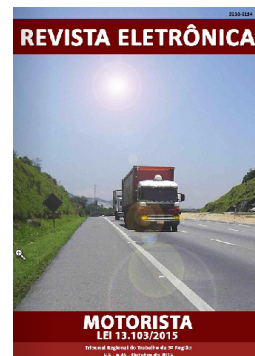
42ª edição
Discriminação no Trabalho



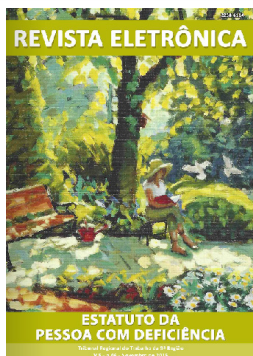
43ª edição
Dumping Social



44ª Edição
O Novo CPC e o
Processo do Trabalho



45ª edição
Motorista



46ª edição
Estatuto da Pessoa
com Deficiência



47ª edição
Índice



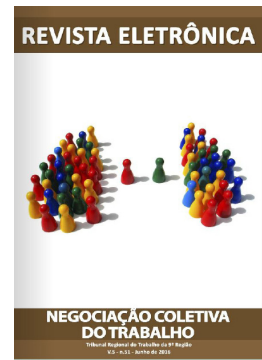
48ª edição
Convenção 158 da OIT



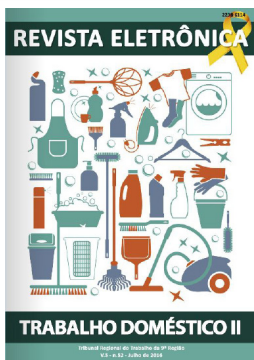
49ª edição
Precedentes, Súmulas
e Enunciados



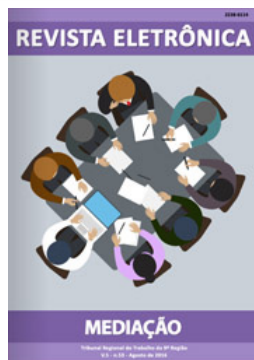
50ª edição
Execução Trabalhista
e o Novo CPC



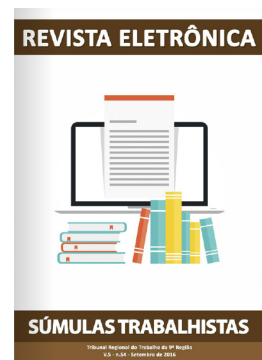
51ª edição
Negociação Coletiva
do Trabalho



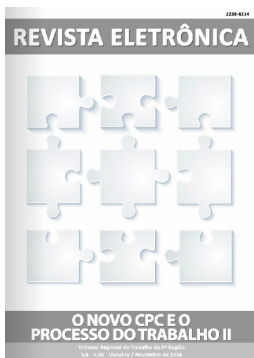
52ª edição
Trabalho Doméstico II



53ª edição
Mediação



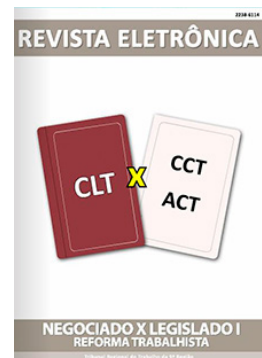
54ª edição
Súmulas Trabalhistas



55ª edição
O Novo CPC e o
Processo do Trabalho II



56ª Edição
Índice



57ª edição
Negociado x Legislado I



58ª edição
Negociado x Legislado II



59ª edição
Rerum Novarum



60ª edição
O Trabalho do Preso



61ª edição
Reforma Trabalhista



62ª edição
Reforma Trabalhista II



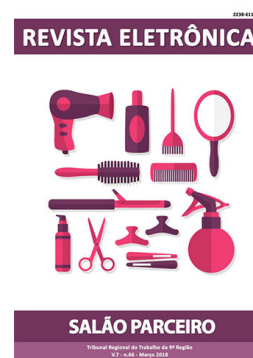
63ª edição
Reforma Trabalhista III



64ª edição
Segurança e Saúde
no Trabalho



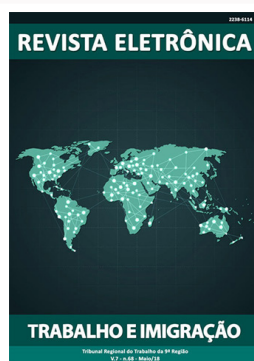
65ª edição
Índice



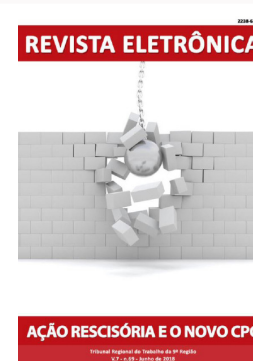
66ª edição
Salão Parceiro



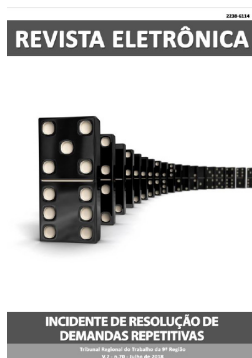
67ª edição
Reforma Trabalhista IV



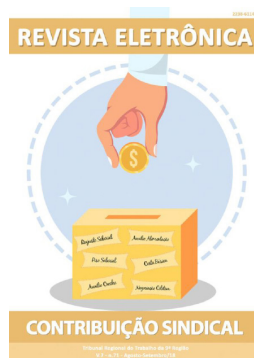
68ª edição
Trabalho e Imigração



69ª Edição
Ação Rescisória e o Novo CPC



70ª edição
Incidente de Resolução de
Demandas Repetitivas



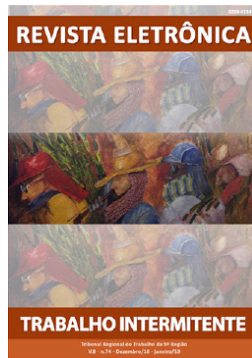
71ª edição
Contribuição Sindical



72ª edição
Terceirização: Antes e Depois
da Reforma Trabalhista



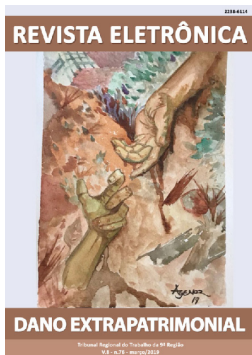
73ª edição
Arbitragem Trabalhista



74ª edição
Trabalho Intermitente



75ª edição
Teletrabalho e a
Reforma Trabalhista



76ª edição
Dano Extrapatrimonial



77ª edição
Execução Trabalhista
e a Reforma de 2017



78ª edição
Direitos Humanos
Trabalhistas



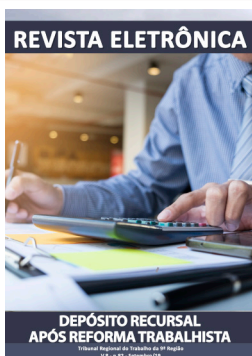
79ª edição
Incidente de Assunção
de Competência



80ª edição
Pejotização



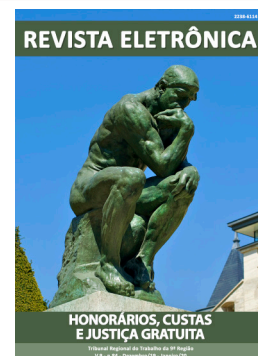
81ª edição
100 Anos da OIT



82ª edição
Depósito Recursal após
Reforma Trabalhista



83ª edição
A Mulher e o Direito do
Trabalho



84ª edição
Honorários, Custas e Justiça
Gratuita



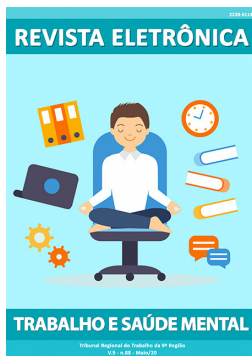
85ª edição
Transação Extrajudicial



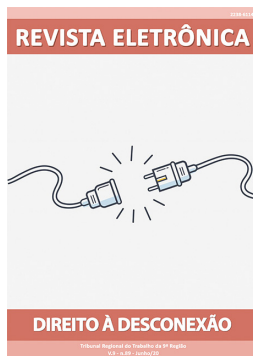
86ª edição
4ª Revolução Industrial



87ª edição
Trabalho Rural



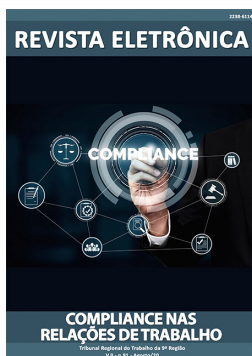
88ª edição
Trabalho e Saúde Mental



89ª edição
Direito à Desconexão



90ª edição
Processo Judicial Eletrônico



91ª edição
Compliance nas Relações
de Trabalho



92ª edição
Repercussão Geral



93ª edição
COVID-19 e as
Relações de Trabalho

Número de Acessos das edições

11/2020

Edição	Tema	
1	Ação Civil Pública	66144
2	Revista Íntima	46110
3	Normas Internacionais	85227
4	Substituição Processual	58307
5	Acidente de Trabalho	52641
6	Normas Coletivas	43730
7	Conciliação	45536
8	Execução Trabalhista	54316
9	Conciliação II	24213
10	Terceirização	40025
11	Direito Desportivo	42212
12	Direito de Imagem	22859
13	Semana Institucional	6443
14	Índice	21053
15	Processo Eletrônico	19740
16	Assédio Moral e Sexual	19492
17	Trabalho Doméstico	31550
18	Grupos Vulneráveis	20789
19	Correio Eletrônico	17218
20	Aviso Prévio	12528
21	Dano Moral	21073
22	Dano Existencial	28315
23	Meio Ambiente do Trabalho	19525
24	70 Anos da CLT	9482
25	Ética	13810
26	Índice	12871
27	Trabalho e HIV	17532
28	Sustentabilidade	20982
29	Copa do Mundo	19110
30	Trabalho Infantil	35143
31	Ações Anulatórias	35129
32	Trabalho da Mulher	49958
33	Teletrabalho	24709
34	Execução Trabalhista	32177
35	Terceirização II	35348
36	Índice	16550
37	Equiparação Salarial	29736
38	Dano Moral Coletivo	41449
39	Novo Código de Processo Civil	53382
40	Recursos Trabalhistas	13263
41	O FGTS e a Prescrição	18182
42	Discriminação no Trabalho	25495
43	Dumping Social	13878
44	O Novo CPC e o Processo do Trabalho	27384

45	Motorista	35251
46	Estatuto da Pessoa com Deficiência	17719
47	Índice	10262
48	Convenção 158 da OIT	14007
49	Precedentes, Súmulas e Enunciados	9838
50	Execução Trabalhista e o Novo CPC	14063
51	Negociação Coletiva do Trabalho	9194
52	Trabalho Doméstico II	7059
53	Mediação	3386
54	Súmulas Trabalhistas	4453
55	O Novo CPC e o Processo do Trabalho II	4512
56	Índice	5765
57	Negociado x Legislado I	7498
58	Negociado x Legislado II	6513
59	Rerum Novarum	3543
60	O Trabalho do Preso	3734
61	Reforma Trabalhista	13388
62	Reforma Trabalhista II	14434
63	Reforma Trabalhista III	8413
64	Segurança e Saúde no Trabalho	3243
65	Índice	3790
66	Salão Parceiro	2869
67	Reforma Trabalhista IV	4629
68	Trabalho e Imigração	2071
68	Ação Rescisória e o Novo CPC	3069
70	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas	4260
71	Contribuição Sindical	2778
72	Terceirização: Antes e Depois da Reforma Trabalhista	2757
73	Arbitragem Trabalhista	2087
74	Trabalho Intermitente	3597
75	Teletrabalho e a Reforma Trabalhista	2988
76	Dano Extrapatrimonial	4185
77	Execução Trabalhista e a Reforma de 2017	2661
78	Direitos Humanos Trabalhistas	2204
79	Incidente de Assunção de Competência	1185
80	Pejotização	2335
81	100 Anos da OIT	2537
82	Depósito Recursal após Reforma Trabalhista	1918
83	A Mulher e o Direito do Trabalho	1254
84	Honorários, Custas e Justiça Gratuita	1676
85	Transação Extrajudicial	2282
86	4ª Revolução Industrial	1699
87	Trabalho Rural	809
88	Trabalho e Saúde Mental	955
89	Direito à Desconexão	1058
90	Processo Judicial Eletrônico	919
91	Compliance nas Relações de Trabalho	1457
92	Repercussão Geral	761
93	COVID-19 e as Relações de Trabalho	1655

Carta ao leitor

A edição desse mês tem como objetivo trazer reflexões a respeito do ônus da prova no Direito do Trabalho. Apresenta-se 7 artigos que discorrem sobre o tema.

O artigo do autor José Affonso Dallegrave Neto analisa o ônus da prova à luz da reforma trabalhista, abordando dentre outros elementos, a distribuição do ônus e os critérios de inversão do ônus probandi.

O autor João Humberto Cesário examina em seu artigo o ônus da prova no processo do trabalho no contexto da reforma trabalhista.

Ricardo Souza Calcini trata do estudo da teoria geral da prova.

Thiago Cipriani analisa a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e sua aplicabilidade no processo do trabalho.

Maria Ivone Fortunato Laraia faz uma análise do ônus da prova no direito processual trabalhista diante da alteração legislativa que deu nova redação ao artigo 818 da CLT.

Magno Federici Gomes e Izadora Gabriele dos Santos Oliveira analisam como é a distribuição do ônus da prova no direito do trabalho e quais foram as mudanças a partir da Lei nº 13.467 de 2017.

Bruna de Sá Araújo demonstra a evolução da distribuição do ônus da prova ao longo do tempo.

Como artigo especial, Maurício de Carvalho Góes e Fernanda Machado analisam a ocorrência do racismo na relação de emprego e a aplicabilidade dos princípios fundamentais na busca da proteção do empregado negro.

Desejamos a todos, boa leitura!

Grupo de Pesquisa da Revista Eletrônica.

Sumário

ARTIGOS

Ônus da prova à luz da Reforma Trabalhista - José Affonso Dallegrave Neto.....	16
O Ônus da Prova no Processo do Trabalho no Contexto Reforma Trabalhista - João Humberto Cesário.....	32
A Teoria Dinâmica do Ônus da Prova - Ricardo Souza Calcini.....	47
A Possibilidade de Aplicação da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Processo do Trabalho por Convenção das Partes - Thiago Cipriani	64
Distribuição do Ônus da Prova no Direito Processual do Trabalho - Maria Ivone Fortunato Laraia.....	79
Ônus Probatório e Desconsideração da Personalidade Jurídica no Processo Trabalhista: uma Análise da Distribuição Sustentável da Prova após a Lei nº 13.467/2017 - Magno Federici Gomes e Izadora Gabriele dos Santos Oliveira.....	94
A Flexibilização Do Ônus Processual Pelo Princípio Da Aptidão Da Prova - Bruna de Sá Araújo	114

ARTIGOS ESPECIAIS

A Relação de Emprego frente ao Racismo Estrutural - Maurício de Carvalho Góes e Fernanda Machado	122
--	-----

ÔNUS DA PROVA À LUZ DA REFORMA TRABALHISTA

José Affonso Dallegrave Neto

Sumário:

1. *Direito fundamental de prova*
2. *Redução do poder de convencimento do julgador no CPC/15*
3. *Distribuição estática e dinâmica do ônus da prova*
4. *Critérios e momento para inversão do onus probandi.*
5. *Ônus da prova na responsabilidade contratual*

1. Direito fundamental de prova.

Quando se fala em produção de prova em juízo, está-se referindo à formação do convencimento por parte do juiz acerca da existência de fatos relevantes do processo¹. Não por acaso que o art. 369 do novo CPC² assegura às partes o direito de provar “a verdade dos fatos” em que se funda a pretensão (pedido

ou defesa), objetivando “influir eficazmente na convicção do juiz”.

Com efeito, o destinatário direto e principal da prova é sempre o julgador. Todavia, as partes também são destinatárias da prova, e assim não apenas quando visam resultados futuros (vg: procedimento judicial prévio ou cautelar), mas como interessadas no reconhecimento jurisprudencial de seus direitos. Pode-se dizer que até mesmo a sociedade é destinatária indireta da prova que levará o (in)deferimento da sua pretensão material. Não por acaso que o Fórum Permanente de Processo Civil, FPPC de Salvador, editou o Enunciado n. 50, assim:

“Os destinatários da prova são aqueles que poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz”

O tema ganha relevo em tempos de aplicação da nova teoria dos precedentes, introduzida pelo CPC/15, onde a *ratio decidendi* integrará um catálogo disponível para ser utilizado em casos análogos.

A propósito do novo paradigma que

1 CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002. v. 3, p. 109.

2 Art. 369 do CPC/2015: As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.



José Affonso Dallegrave Neto

Advogado, Mestre e Doutor pela UFPR; Pós-doutorando pela Universidade de Lisboa (FDUNL); Professor da Escola Judicial da Magistratura Trabalhista do Paraná e PUC/PR.

busca a *unidade do direito* por intermédio da atribuição de força à jurisprudência uniforme das Cortes de Justiça (TRF, TJ e TRT) e dos precedentes das Cortes Supremas (STF, STJ e TST), cabe observar que novo CPC continua a adotar *técnicas repressivas* para atingir a unidade do direito (a exemplo do recurso extraordinário, recurso de revista, embargos de divergência para SDI) e uniformizar a sua aplicação (a exemplo do recurso ordinário, agravo de instrumento e agravo interno).

A novidade introduzida pelo CPC/15 reside justamente em aliar a tradicional técnica repressiva com o alargamento da função das Cortes Supremas e das Cortes de Justiça. Daniel Mitidiero observa o novo viés adotado:

“Nada obstante, o que sobressai da sua leitura é o dever de as Cortes Supremas outorgarem unidade ao direito a fim de que a ordem jurídica passe a ser segura e capaz de prover liberdade e igualdade de todos perante o direito (art. 926), sendo instrumento para tanto o precedente (art. 927). Avulta da sua leitura ainda o dever de as Cortes de Justiça uniformizarem a interpretação de questões relevantes (art. 947) e repetidas (arts. 976 a 987), sendo instrumento para tanto a jurisprudência. Em ambos os casos, precedente e jurisprudência poderão ser objeto de súmulas (art. 926, parágrafos 1º e 2º). Além disso, manteve e ampliou os poderes do relator para estimular a adesão aos precedentes e à jurisprudência (art. 932)”³.

Considerando ser o êxito da produção da prova

3 MITIDIERO, Daniel. Precedentes: Da persuasão à vinculação. SP: Editora Revista dos Tribunais. 2016, pág. 85.

que levará o reconhecimento da pretensão, a sua importância salta aos olhos. Por tais razões, a prova constitui ao mesmo tempo um direito e uma garantia fundamental decorrente do devido processo legal (*due process of law*), o qual assegura o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF⁴). Com efeito, a produção da prova independe de requerimento das partes na petição inicial ou contestação⁵. Ao juiz caberá propiciar não só a ciência da prova, mas a manifestação efetiva do *ex-adverso*, sob pena de nulidade processual.

A prova é sempre das alegações dos fatos e não da norma legal, até porque o direito cabe ao juiz conhecer (*iura novit curia*)⁶. Com

4 Art. 5º, LIV: - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; Art. 5º, LV: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

5 Nesse sentido é a dicção do Art. 852-H, CLT: “Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, ainda que não requeridas previamente”.

6 Ao julgador cabe conhecer o direito federal, devendo o direito estadual, municipal ou estrangeiro ser provado pela parte interessada nos termos do art. 376 do CPC/15. É verdade que são raros os direitos trabalhistas oriundos de normas que não sejam da União Federal, uma vez que é ela quem detém a competência privativa para legislar sobre direito do trabalho, nos termos do art. 22 da CF. Contudo, é possível em alguns casos especiais que uma norma municipal irradie efeitos sobre o contrato de trabalho. Um exemplo disso é a previsão de feriado previsto em lei municipal para efeitos de RSR ou mesmo, na órbita processual, para efeitos de comprovação de prorrogação de prazo recursal por parte do recorrente interessado. A propósito deste casuísmo, invoque-se a Súmula n. 385, I do TST: “I – Incumbe à parte o ônus de provar, quando da interposição do recurso, a existência de feriado local que autorize a prorrogação do prazo recursal (art. 1.003, § 6º, do CPC de 2015). No caso de o recorrente alegar a existência de feriado local e não o comprovar no momento da interposição do recurso, cumpre ao relator conceder o prazo de 5 (cinco) dias para que seja sanado o vício (art. 932, parágrafo único, do CPC de 2015), sob pena de não conhecimento se da comprovação depender a tempestividade recursal”.

base no regramento processual e na melhor doutrina sobre o tema, é possível apontar três classes (cumulativas) de fatos sujeitos à prova judicial:

- fatos *controvertidos*, aqueles afirmados por uma parte e contestados especificamente pela outra, dentro da chamada *litiscontestatio*⁷ (arts. 341 e 374 do CPC/15);
- fatos *relevantes* ao deslinde dos pedidos, prescindindo de prova os fatos notórios (art. 374, CPC/15);
- fatos *determinados*, aqueles identificados no tempo e no espaço, não se concebendo prova sobre fatos genéricos, vez que nem mesmo o pedido poderá ser indeterminado (art. 324 do CPC⁸).

O sistema processual pátrio, em matéria de prova, adota o Princípio do Convencimento Motivado nos Autos, também chamado de Princípio da Persuasão Racional. Assim, ao magistrado cabe formar o seu convencimento com esteio nos elementos que constam dos autos, cabendo invocar aqui a parêmia *quod non est in actis nos est in mundo* (o que não consta nos autos não consta no mundo).

7 "LITISCONTESTATIO. LIMITES DE SENTENÇA. A litiscontestatio é formada pela postulação contida na petição inicial e na defesa, não podendo o Juiz apreciar questão nela não suscitada, ao menos sem violar os arts. 128 e 460, do CPC/73, e, em última medida, o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF/88)." (TRT 5ª R.; RO 84400-21.2009.5.05.0016; Primeira Turma; Relª Desª Marama dos Santos Carneiro; DEJTBA 25.1.2011)

8 Art. 324, CPC/15: O pedido deve ser determinado. § 1º É lícito, porém, formular pedido genérico; I – nas ações universais, se o autor não puder individualizar os bens demandados; II – quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato; III – quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu. § 2º O disposto neste artigo aplica-se à reconvenção.

Aludida premissa restou acolhida pelo Código de Processo Civil anterior (art. 131, CPC/73) e também no atual:

Art. 371, CPC/15: O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Conforme se demonstrará a seguir, houve sutil alteração acerca da redução da amplitude do convencimento do julgador na apreciação da prova, a partir do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15).

2. Redução do poder de convencimento do julgador no CPC/15

O sistema processual pátrio, em matéria de prova, adotava o Princípio do Livre Convencimento Motivado nos Autos. Assim, com espeque no art. 131 do CPC/73, ao magistrado caberia formar o seu convencimento, de *forma livre e pessoal*, mas desde que com fundamento nos elementos dos autos.

Com o advento do novo CPC, a redação sofreu alteração, eliminando-se a expressão "livremente" (*apreciará livremente a prova*⁹). Para boa parte dos juízes e da doutrina nada restou alterado, vez que o livre convencimento motivado remanesce, conforme atestam as regras dos arts. 371 e 372 do CPC/2015, no sentido de que "o juiz apreciará a prova atribuindo-lhe o valor que entender adequado

9 Art. 131, CPC/73: O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

(ora, isso não é livremente?)”, questiona Fernando Gajardoni¹⁰.

Em sentido oposto, outro segmento doutrinário no qual filiamos, sustenta que, ao se retirar do ordenamento processual a expressão “o juiz apreciará *livremente* a prova”, reduziu-se a amplitude do poder de convencimento do julgador. A propósito, Delfino e Lopes, apoiados na doutrina de Lênio Streck, observam com acerto:

‘A verdade é que o “princípio” do livre convencimento motivado não se sustenta em um sistema normativo como o novo CPC, que aposta suas fichas no contraditório como garantia de influência e não surpresa e, por isso, alimenta esforços para se ajustar ao paradigma da intersubjetividade, em que o processo é encarado como um *locus* normativamente condutor de uma comunidade de trabalho na qual todos os sujeitos processuais atuam em viés interdependente e auxiliar, com responsabilidade na construção e efetivação dos provimentos judiciais. O que se quer do juiz não é que se torne *simples estátua na proa do navio* (ou um *robô*), em recuo ao liberalismo processual, mas sim que assuma definitivamente sua *responsabilidade política*. Suas pré-compreensões, seu pensar individual ou sua consciência não interessam

10 Nesse sentido escreveu Fernando da Fonseca Gajardoni, professor de Direito Processual Civil e Arbitragem da FDRP-USP: o autor acrescenta: “Diversamente do almejado por alguns “hermeneutas” do Novo Código, o CPC/2015 não “coisificou” ou “robotizou” o julgador, tolhendo qualquer espaço de liberdade decisória. Além da autonomia na valoração motivada da prova, mesmo em matéria de interpretação do Direito há espaço para a liberdade de convicção”. Fonte: <http://jota.info/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc>

aos jurisdicionados. Pertencem a ele e interessam a si próprio e àqueles com quem convive ou que com ele pretendam coexistir. A jurisdição tem por escopo resolver conflitos conforme o direito, a surgir da interpretação das leis, dos princípios constitucionais, dos regulamentos e dos precedentes com DNA constitucional¹¹.

De nossa parte, cabe registrar que o problema está em distinguir duas expressões sutis, porém diversas. Uma coisa era a previsão legal para o juiz apreciar *livremente* a prova (art. 131, CPC/73). Até aqui havia liberdade para decisões exageradamente subjetivas como esta prolatada pelo STJ:

“Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim.” (Min. Humberto Barros do STJ)¹².

11 In: A expulsão do livre convencimento motivado do Novo CPC e os motivos pelos quais a razão está com os hermeneutas. Fonte: <http://justificando.com/2015/04/13/a-expulsao-do-livre-convencimento-motivado-do-novo-cpc-e-os-motivos-pelos-quais-a-razao-esta-com-os-hermeneutas/>

12 Retirado do artigo, cuja fonte está em <http://justificando.com/2015/04/13/a-expulsao-do-livre-convencimento-motivado-do-novo-cpc-e-os-motivos-pelos-quais-a-razao-esta-com-os-hermeneutas/>

Situação diversa decorre da nova previsão que retirou a expressão “livremente”, reduzindo-se assim o amplo poder discricionário do julgador na valoração da prova. Doravante, o juiz deverá apreciar as provas constantes dos autos e, ao atribuir maior valor a uma em detrimento de outra, fundamentar sua posição com a conjugação de todos os elementos dos autos (§ 3º do art. 489, CPC¹³).

Mencione-se exemplo recorrente do juiz que considera a prova testemunhal do reclamante em detrimento daquela produzida pelo reclamado (ou vice versa). Neste caso, o julgador deverá fundamentar seu convencimento, mas não de forma livre ou por exclusiva convicção pessoal. Caberá, pois, apontar as eventuais fragilidades e contradições da prova que rejeitou em confronto com os demais elementos que prevaleceram em sua convicção pessoal. Vale dizer, não se admite mais a valoração feita por simples subjetivismo do juiz (solipsismo)¹⁴, cabendo aqui a lembrança da célebre expressão de Benthan: “a arte do processo não é essencialmente outra coisa senão a arte de administrar as provas”¹⁵.

.....
convencimento-motivado-do-novo-cpc-e-os-motivos-pelos-quais-a-razao-esta-com-os-hermeneutas/

13 Art. 489, CPC/15: São elementos essenciais da sentença: (...) § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

14 Decisões solipsistas, como esta, ofendem a nova ordem processual: “Inadmissível em nosso sistema jurídico se apresenta a determinação ao julgador para que dê realce a esta ou aquela prova em detrimento de outra. O princípio do livre convencimento motivado apenas reclama do juiz que fundamente sua decisão, em face dos elementos dos autos e do ordenamento jurídico.” (STJ - RESP nº 400977/PE, 4ª T, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, D.J. 03.06.02).

15 BENTHAN, Jeremías. Tratado de las pruebas judiciales. E. Dumont (org.). Trad: Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Valletta, 1971, v. 01.

Além da já mencionada máxima *quod non est in actis non est in mundo*, é preciso invocar o princípio do dispositivo, o qual impõe à parte interessada o ônus de provar os fatos alegados. Com efeito, ao autor caberá demonstrar os fatos constitutivos e, ao réu, os impeditivos, modificativos e extintivos do direito em disputa (art. 818 da CLT combinado com o art. 373 do CPC)¹⁶.

3. Distribuição estática e dinâmica do ônus da prova

No terreno das provas produzidas em juízo há uma aparente contradição (antinomia) entre a garantia de imparcialidade do julgador e o princípio de proteção ao empregado. Não se negue que o processo é um instrumento de atuação do direito material. Logo, sendo a pretensão de natureza trabalhista, não há como negar que nela se encontra arraigada a tutela do trabalhador demandante. Por outro lado, ambas as partes têm direito ao chamado juiz natural (art. 5º, XXXVII), o qual pressupõe a imparcialidade do julgador.

Com efeito, pode-se concluir que a proteção ao empregado se espalha no campo processual, tendo como limite a imparcialidade do magistrado. Vale dizer: o juiz não poderá ser tendencioso, mas apenas tuitivo no limite da estrita aplicação da lei material e seus princípios. O tratamento formal dispensado pelo magistrado às partes deve ser igualitário (art. 139, I, CPC¹⁷), exceto nas situações

.....
16 Registre-se que pelo novo CPC, esta distribuição estática da lei acerca do ônus da prova pode ser modificada diante de peculiaridades da causa relacionadas à chamada prova diabólica ou impossível, conforme regula os § 1º e 2º do art. 373.

17 Art. 139, CPC/15: O juiz dirigirá o processo

em que o próprio legislador conferiu tutela ao demandante hipossuficiente como, por exemplo, nas presunções (Súmula n. 212, TST¹⁸) ou na inversão do ônus da prova (art. 373, § 1º, CPC¹⁹ e Súmula n. 338, TST²⁰ e art. 818, § 1º da CLT).

Sobre este tema, impende transcrever a atenta advertência de Estêvão Mallet que denuncia o anacronismo da concepção de neutralidade do julgador e da noção de igualdade meramente formal que vulnera o pronunciamento jurisdicional efetivo:

“A ideia de dever o Processo permanecer neutro (indiferente à condição peculiar dos litigantes) não se sustenta e

.....
conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

18 Súmula n. 212: “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”.

19 Art. 373 do CPC/15: O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

20 Súmula n. 338: 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. II — A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. 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”.

contrasta com o reconhecimento, hoje pacífico, da insuficiência da igualdade meramente formal para um pronunciamento jurisdicional efetivo e pacificador com justiça. Todavia, ao revés, a legislação processual do trabalho brasileira acha-se ainda presa a tal concepção. Disso resulta o agravamento, no plano processual, das desigualdades já existentes no plano material, com sensível discriminação do litigante dotado de menor capacidade econômica. Há que se reformular tanto o pensamento quanto a estrutura do Processo do trabalho, de modo a combater essa discriminação, indesejável sob qualquer prisma que se queira adotar. Trata-se, no fundo, não de mera faculdade, mas de autêntico dever imposto ao legislador, como resulta do já citado art. 3º, III, da Constituição Federal.”²¹

Na mesma toada crítica, no sentido de conciliar os princípios da imparcialidade do juiz e da proteção axiológica do demandante, Julio César Bebbber assevera com precisão:

“A imparcialidade que se exige do juiz é objetiva (CPC/73, arts. 134 e 135; CLT, art. 801)²², e não subjetiva, podendo ser resumida na ausência de interesse particular na causa. Imparcialidade não significa indiferença axiológica, e juiz imparcial não é sinônimo de juiz insensível ou inerte, mas sim, de juiz que dirige o processo sem interesse pessoal. É juiz comprometido com os ideais de justiça; juiz que não se deixa

21 MALLET, Estêvão. Discriminação e processo do trabalho. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (coords.). Discriminação e processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2000. p. 159.

22 As regras citadas foram recepcionadas e alargadas pelo CPC/15 em seus artigos 144 e 145.

influenciar por fatores estranhos aos seus conhecimentos jurídicos, e dá ao caso o desfecho que corresponde ao que é justo.”²³

Com efeito, ao fixar o *onus probandi*, o magistrado deve ater-se à regra de distribuição prevista na nova redação do art. 818 da CLT, inspirada no art. 373 do CPC, sendo do autor o encargo dos fatos constitutivos, e do réu os fatos impeditivos, modificativos e extintivos. Ao perpassar essa regra distributiva, caberá delimitar os já mencionados fatos que não dependem de prova (arts. 341 e 374 do CPC) e o cabimento do princípio da aptidão da prova.

Segundo Manoel Antônio Teixeira Filho, pelo princípio da aptidão para a prova, 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 que o interesse fosse desta ou daquela parte”²⁴.

No processo trabalhista, em se tratando de produção de prova documental, como, por exemplo, a de comprovar o fornecimento de EPI (equipamento de proteção individual), geralmente a aptidão é do empregador que tem o dever de guardar a documentação da empresa, nos termos da legislação vigente, em especial as NRs do MET (Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego).

EPI. ÔNUS DA PROVA. Cabe à empresa demonstrar, não só o fornecimento do

equipamento de proteção individual, mas também que sua efetiva utilização ocorreu com a eficiência desejada, ou seja, eliminou o agente de risco ou reduziu seus efeitos a patamares inofensivos. Nesse sentido a Súmula nº 289 do TST. (TRT 5ª R.; RecOrd 0000251-60.2013.5.05.0531; 1ª. Turma; Rel. Des. Edilton Meireles de Oliveira Santos; DEJTBA 27/01/2016)

Diante desses referidos princípios (aptidão da prova e tutela ao demandante hipossuficiente), exsurge importante segmento da jurisprudência que pugna, com acerto, pela *inversão do ônus da prova* no campo das ações de indenização por acidente do trabalho:

DOENÇA OCUPACIONAL. ÔNUS DA PROVA DA CULPA. ATRIBUIÇÃO AO EMPREGADOR. Impossível atribuir-se ao reclamante o ônus da prova referente à culpabilidade do empregador. Não dispõe o trabalhador da *aptidão necessária* para produzir a prova nesse sentido, pois é o empregador que dispõe dos meios necessários para demonstrar que não contribuiu para a nocividade do ambiente laboral. Tratando-se de doença profissional é o empregador o único habilitado para demonstrar que todas as medidas de segurança implementadas foram suficientes e adequadas para neutralizar os riscos ambientais respectivos. (TRT 13ª R.; RO 0130613-20.2015.5.13.0027; Segunda Turma; Rel. Des. Wolney de Macedo Cordeiro; DEJTPB 04/11/2016; Pág. 12)

Não se ignore, pois, o princípio do dispositivo que atribui à parte interessada o ônus de provar os fatos alegados (art. 818 da CLT combinado com o art. 373 do CPC/15). Em que pese a força desses argumentos, que consagraram a

23 BEBBER, Júlio César. Princípios do processo do trabalho. São Paulo: LTr, 1997. p. 445. Registre-se que os mencionados artigos 134 e 135 do CPC/73 hoje equivalem aos artigos 144 e 145 do CPC/15, respectivamente.

24 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. A prova no processo do trabalho. 7. ed. São Paulo: LTr, 1997. p. 118.

teoria da distribuição estática do ônus da prova, a moderna concepção de processo atribui poderes mais amplos ao julgador (art. 139, IV e VI, CPC²⁵), mormente para prestigiar a efetividade dos direitos em disputa.

Com efeito, a distribuição do *onus probandi* deixa de ser rígida e generalizada para se tornar dinâmica, com a possibilidade de inversão do critério legal diante de causas peculiares ou presunções legais, consoante dispõe expressamente a nova redação conferida ao art. 818 da CLT, em face da Lei 13.467/17:

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

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

§ 2º. A decisão referida no § 1o deste

25 Art. 139, CPC/15: O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; (...) VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido.

§ 3º. A decisão referida no § 1o deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.” (NR)

4. Critérios e momento da inversão do *onus probandi*

Pode-se dizer que há dois critérios para a inversão do ônus da prova: a) casuístico: de acordo com a maior facilidade ou dificuldade da prova, conforme a peculiaridade da causa; b) decorrente da lei ou das presunções legais.

Em ambos os casos leva-se em conta a equidade e a paridade de armas das partes. Contudo, a inversão do ônus estático não pode caracterizar imposição de *prova diabólica*, situação em que a desincumbência do encargo seja impossível ou excessivamente difícil à parte (art. 818, § 3º).

Por inversão decorrente de aplicação da lei, mencione-se a determinação da juntada dos recibos pelo empregador, conforme dispõe o art. 464 da CLT²⁶ e o já mencionado princípio da aptidão da prova.

“A SBDI-1 desta Corte, no julgamento do E-RR-925-07.2016.5.05.0281, em 12/12/2019, entendeu que o Supremo Tribunal Federal não firmou tese acerca do ônus da prova da culpa in vigilando ou in eligendo da Administração Pública

26 Art. 464 - O pagamento do salário deverá ser efetuado contra recibo, assinado pelo empregado; em se tratando de analfabeto, mediante sua impressão digital, ou, não sendo esta possível, a seu rogo.

tomadora de serviços. Concluiu que incumbe ao Ente Público comprovar que fiscalizou a execução do contrato de terceirização, ao fundamento de que atribuir ao empregado o ônus de provar a fiscalização deficiente por parte do Poder Público significa conferir-lhe o encargo de produzir provas de difícil obtenção (art. 818 § 1º, da CLT). 3. No caso dos autos, a decisão regional, no sentido de atribuir o ônus probatório ao Ente Público, encontra-se em conformidade com o atual entendimento da SBDI-1 desta Corte, incidindo a Súmula nº 333/TST e o artigo 896, § 7º, da CLT como óbices ao processamento da revista. (TST; Ag-AIRR 1000788-10.2018.5.02.0026; 5ª. Turma; Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues; DEJT 04/12/2020; Pág. 3507)

Por presunção de lei²⁷, cite-se o exemplo da Súmula 338 do TST²⁸, que atribui o ônus ao empregador com mais de dez empregados a prova da jornada, implicando presunção *juris tantum* de veracidade do horário de trabalho da inicial, no caso de injustificada inércia ou de demonstração por horários uniformes.

Outro caso de inversão por presunção

27 “Presunção é um processo racional do intelecto, pelo qual do conhecimento de um fato infere-se com razoável probabilidade a existência de outro ou o estado de uma pessoa ou coisa”. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. III, 2ª Edição. Página 113.

28 Súmula nº 338 do TST: I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 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. (...) 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.

ocorre em relação ao despedimento. Nos termos da Súmula nº 212 do TST, 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. Neste sentido é a jurisprudência:

“A imposição da maior penalidade aplicável ao empregado, consistente na rescisão do contrato por justa causa, norteia-se pelos princípios da atualidade, proporcionalidade, gravidade e caráter determinante, necessitando, ainda, da produção de prova robusta sobre o cometimento da infração. Por força, também, do princípio da continuidade da relação de emprego que vigora no direito do trabalho, é ônus do empregador demonstrar, de forma inequívoca, a presença dos motivos e dos requisitos ensejadores da referida modalidade de dispensa.” (TST; AIRR 000695-58.2015.5.05.0035; 3ª; Turma; Rel. Min. Alberto Bressiani; DEJT 04/12/2020; Pág. 2907)

Registre-se ainda que o juiz do trabalho deve ter prontidão para inverter o ônus da prova no caso de verossimilhança da alegação do trabalhador, vez que este demandante é, ao mesmo tempo, hipossuficiente, do ponto de vista econômico, e vulnerável do ponto de vista contratual. Trata-se, pois, do mesmo silogismo aplicado aos demandantes consumidores, *ex vi* do art. 6º, VIII, do CDC (Lei 8078/90). Nessa linha dialética, assevera Júlio Bebber: “não é lícito ao juiz dizer que há verossimilhança ou que reconhece a hipossuficiência, mas que, mesmo

assim, não irá inverter o ônus da prova”²⁹.

Pela redação do art. 373, § 1º, do CPC, e agora pelo § 1º do art. 818 da CLT, a decisão de inversão do *onus probandi* há que ser fundamentada. Resta saber em que momento isso deverá ocorrer no processo do trabalho. Para tanto importa distinguir o *direito de produzir a prova* com o chamado *ônus da prova*. O primeiro constitui direito fundamental das partes, enquanto que o *onus probandi* é o “encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo”³⁰.

Observa-se que ônus é diferente de dever, vez que este (o dever, ao contrário do ônus) há de ser cumprido, sob pena de sanção jurídica. Enquanto o dever vincula e obriga, a tentativa de desincumbência do ônus é mera faculdade da parte na busca da satisfação de um interesse.

O ônus da prova é do tipo *imperfeito* (ao contrário do ônus de recorrer de uma sentença³¹), vez que o encargo que lhe é inerente pode ser desincumbido por atos praticados pelo *ex-adverso*. Sendo mais preciso: o autor pode se desincumbir do ônus de provar o fato constitutivo que lhe incumbia por meio da prova produzida pelo próprio réu. Da mesma forma

o réu, em relação a um fato extintivo, pode se beneficiar da prova produzida pelo autor. A isso se denomina ônus do tipo imperfeito. Ao juiz caberá apreciar “a prova constante dos autos, *independentemente do sujeito que a tiver promovido*”, consoante redação expressa do art. 371 do CPC.

Feitas essas distinções, cabe identificar qual o momento em que o juiz deverá fixar o encargo probatório de cada parte. Não se negue que a teoria do ônus da prova consiste, a rigor, em normas de julgamento, as quais serão aplicadas no caso de ausência de produção de provas. Com efeito, o julgador irá formar o seu convencimento de acordo com as provas constantes dos autos (art. 371, CPC), independente de quem as produziu³².

Registre-se que no antigo Direito Romano, ao julgador poderia se eximir de julgar o caso que não estivesse claro o suficiente. Daí a expressão *non liquet* (do latim: *non liquere*: “que não está claro”). O sistema positivo brasileiro veda a arguição do juízo *non liquet*, prevalecendo o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV). Com efeito, caso ninguém tenha produzido prova nos autos, o prejuízo recairá à parte que detinha o respectivo o encargo probatório, em face da aplicação das regras de distribuição

29 BEBBER, Julio César. Provas no novo CPC e o Processo do Trabalho. In: Coleção Repercussões do novo CPC. Vol. 4 – Processo do Trabalho, 2ª edição: Revista, ampliada e atualizada. Autores: Cláudio Brandão e Estêvão Mallet. Salvador: Jus Podium, 2016, pág. 310.

30 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. III, 2ª Edição. Página 71.

31 O ônus de recorrer de uma sentença desfavorável é do tipo perfeito, vez que somente o titular pode dele se desincumbir, sendo vedada a *reformatio in pejus*.

32 O ônus da prova é sempre um “ônus processual imperfeito”, tendo em vista a possibilidade de ele se desincumbir com a prova produzida pela parte *ex-adversa*. A fim de distinguir o conceito de “ônus imperfeito” do de “ônus perfeito”, registre-se que neste (ao contrário daquele) exige-se da própria parte a iniciativa para dele se desincumbir, a exemplo do que acontece com o ônus de recorrer sempre que a parte interessada pretenda a reforma do julgado a quo, não podendo, para tanto, beneficiar-se do recurso da parte *ex-adversa* para alcançar tal desiderato, uma vez que ao tribunal não cabe a reforma em prejuízo do próprio recorrente (*non reformatio in pejus*).

do ônus. Diante disso, é comum dizer que a teoria do ônus da prova é antes a *teoria das consequências da prova frustrada*.

Não obstante esta ilação, a *fixação* do ônus da prova (e a possibilidade de sua inversão) constitui regra de procedimento do juiz. Conforme dispõe o art. 357 do CPC, o juiz deve, em *decisão de saneamento e de organização do processo*, definir a distribuição do ônus da prova (inciso III) e delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito (inciso IV). O § 3º, do mesmo art. 357 do CPC, completa dizendo que “se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações”.

Ora, no processo trabalho não existe a figura da *decisão de saneamento* com a mesma formalidade do processo civil. Contudo, aquela conversa entre o juiz e as partes (na verdade com os advogados das partes), antes do início da audiência de instrução, não deixa de ser um ato de saneamento do processo. Com efeito, será neste momento de interlocução que o juiz decidirá, com sucinta fundamentação, acerca da inversão (ou não) do ônus estático da prova, *ex vi* do art. 373 e art. 357, § 3º, ambos do CPC. Neste sentido se inspirou o legislador da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/17) para introduzir nova regra na CLT:

Art. 818, § 2º: A decisão referida no § 1o deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido.

Como se vê, a novidade reside na possibilidade de adiamento da audiência nos casos em que o juiz delibere pela inversão do ônus da prova. Cabe sublinhar que aludido adiamento só deverá ocorrer se houver requerimento da parte interessada. Ainda assim, caberá ao julgador, dentro de seu poder discricionário, decidir se há justificativa plausível para tanto, hipótese em que o súbito anúncio da inversão vulnera a garantia da ampla defesa. Caso se perceba que o requerimento da parte tem apenas o escopo de protelar o feito, ao magistrado caberá indeferir o requerimento em prestígio ao princípio da duração razoável do processo (art. 5º. LXXVIII, da CF).

Não se olvide a atual feição da teoria geral do processo, introduzida pelo novo CPC (Lei 13.105/15), que prestigia o maior debate democrático na arena processual, impondo ao juiz a observância dos valores e das normas fundamentais da Constituição Federal (art. 1º, CPC)³³; do contraditório amplo (art. 10, CPC e art. 5º, LV, CF)³⁴, da colaboração e cooperação dos sujeitos do processo (art. 6º, CPC³⁵), incluindo-se os órgãos judicantes nacionais

33 Art. 1o, CPC/15: O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

34 Art. 10, CPC/15: O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Art. 5, LV, CF: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

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

(art. 67, CPC³⁶) e internacionais (art. 26, CPC³⁷); da possibilidade de chamar para o debate outros entes na qualidade de *amicus curie* (art. 138, CPC³⁸), além de proibir qualquer decisão surpresa (art. 9º, CPC³⁹).

Com base nesses critérios objetivos e proficientes, o julgador deverá inverter o ônus da prova sempre que tal procedimento for necessário para atender ao escopo da efetividade do processo e dos direitos fundamentais do demandante vulnerável. A propósito, Otávio Constantino apresenta escorreita senda a ser trilhada pelo magistrado:

“A nosso ver, a fixação do ônus da prova deve percorrer o seguinte caminho: primeiramente, analisam-se as hipóteses do CPC, que trata dos fatos que não dependem de prova, em especial no que se refere às presunções. Se os fatos não dependem de prova, a questão é encerrada antes

36 Art. 67. Aos órgãos do Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum, em todas as instâncias e graus de jurisdição, inclusive aos tribunais superiores, incumbe o dever de recíproca cooperação, por meio de seus magistrados e servidores.

37 Art. 26. A cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil faz parte e observará: I - o respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente; (...IV - a espontaneidade na transmissão de informações a autoridades estrangeiras.

38 Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

39 Art. 9º, CPC – “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”. Registre-se que, por força da IN 39/TST, o art. 9º, do CPC/15, aplica-se ao processo do trabalho, esclarecendo que não se considera decisão surpresa a que as partes tinham obrigação de prever, a exemplo das condições de ação, pressupostos processuais e do recurso.

mesmo de se cogitar o ônus da prova. Na sequência, verificam-se as questões ligadas ao princípio da aptidão para a prova, o qual estabelece que a prova deverá ser produzida pela parte que se encontra em melhores (ou exclusivas) condições para produzi-la, podendo se manifestar de duas diferentes formas: a) pela exibição de documentos e coisas, hipótese em que o empregado poderá se desincumbir de seus fatos constitutivos por meio da prova que se encontra em poder do empregador, enquadrando-se neste conceito a pré-constituição da prova; b) pela inversão do ônus da prova propriamente dito, ocasião na qual o empregador réu será compelido a produzir prova que ainda não exista.”⁴⁰

O Processo do Trabalho é terreno fértil a este norte de efetividade, seja porque os direitos trabalhistas se enquadram como *direitos sociais e fundamentais*, seja pela liberdade que o legislador conferiu ao magistrado, ao editar o art. 765 da CLT:

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

Sobre o tema, assinale a atenta observação de Mauro Schiavi:

“Com efeito, há muito o juiz deixou de ser um convidado de pedra na relação

40 CONSTANTINO, Otávio Augusto. O ônus da prova no processo do trabalho. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo; POMBO, Sérgio Luiz da Rocha (coords.). Direito do trabalho: reflexões atuais. Curitiba: Juruá, 2007. p. 707.

jurídica processual. Na moderna teoria geral do processo, ao juiz cabe zelar pela dignidade do processo, pela busca da verdade real e por uma ordem jurídica justa.

Isso não significa dizer que o juiz está desconsiderando o princípio do dispositivo, ou as regras do ônus da prova previstas nos artigos da CLT e do CPC, ou ao princípio de igualdade de tratamento às partes, (deveras) está apenas garantindo a dignidade da justiça, da aplicação justa e equânime da lei e uma ordem jurídica justa. O entendimento acima ganha corpo no Direito Processual do Trabalho, que tem o princípio do inquisitivo no que tange à iniciativa probatória do juiz (art. 765 da CLT)⁴¹.

Observa-se que o TST está sensível a essa tendência reforçada pelo CPC de 2015:

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DA JORNADA DECLINADA NA INICIAL. SÚMULA 338, TST. (...) IV. De todo modo, constata-se que o TRT de origem não violou o preceito normativo invocado pela agravante (artigo 818 da CLT), não apenas porque lhe deu a devida e escorreita aplicação jurídica, sob o prisma do ônus subjetivo da prova, mas, sobretudo, por ter se valido precipuamente do princípio da persuasão racional do juiz, o qual se caracteriza pela liberdade conferida ao magistrado para valorar o conteúdo probatório carreado aos autos, em observância ao artigo 371 do CPC/2015 e sempre nos limites das provas produzidas, valendo salientar que a declaração de inidoneidade dos

41 SCHIAVI, Mauro. Manual de direito processual do trabalho. São Paulo: LTr, 2008. p. 473.

cartões não se deveu exclusivamente ao fato de eles estarem desordenados, mas por muitos serem ilegíveis ou conterem marcação britânica. (TST; AIRR 0000710-67.2015.5.21.0007; 5ª Turma; Rel. Min. Antônio Barros Levenhagen; DEJT 11/11/2016; Pág. 1433)

A amplitude do poder probatório do magistrado trabalhista ganha relevo quando se está diante de uma ação indenizatória decorrente de acidente, doença, assédio ou qualquer ofensa a um direito de personalidade. É que nessas demandas estão em jogo dois elementos cardeais: um de ordem material, qual seja a efetividade dos direitos fundamentais (art. 5º, X, da CF); outro de ordem processual, qual seja a previsão de arbitramento por parte do julgador (art. 509, I, CPC⁴²)

5. Ônus da prova na responsabilidade contratual

Em se tratando de danos oriundos da responsabilidade civil contratual, o *onus probandi* varia conforme o tipo de inexecução. Assim, quando for incidente sobre obrigação de *resultado*, haverá presunção de culpa do agente, dispensando a prova por parte da vítima⁴³. Quando o dano decorrer da inexecução

42 Art. 509, CPC/15: Quando a sentença condenar ao pagamento de quantia ilíquida, proceder-se-á à sua liquidação, a requerimento do credor ou do devedor: I - por arbitramento, quando determinado pela sentença, convencionado pelas partes ou exigido pela natureza do objeto da liquidação; (equivalente ao art. 475-C, II, do CPC/73).

43 Nesse sentido decidiu recentemente o TST: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONDUTA CULPOSA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. Incabíveis os embargos de declaração quando a parte não demonstra nenhum dos vícios previstos nos artigos 897-

de uma obrigação de *meio*, a vítima terá, a rigor, de comprovar o ato culposo do agente. Ocorre que há certas obrigações patronais de meio que estão catalogadas na lei, a exemplo do art. 157, incisos I a III da CLT:

“Cabe às empresas:

- I — cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;
- II — instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais;
- III — adotar as medidas que se tornem exigíveis, em virtude das disposições deste Capítulo, determinando as obras e reparos que, em qualquer local de trabalho, se façam necessárias.”

Com efeito, eventual acidente do trabalho decorrente do não cumprimento de normas de segurança e prevenção caracterizará inexecução de obrigação legal e contratual. O ônus da prova será invertido nessas situações, seja pela aplicação do princípio da aptidão para a prova, seja porque a obrigação estava revestida de força legal, seja porque a inexecução contratual importa presunção de culpa do agente.

“Nos termos do art. 389 do CC/02, na responsabilidade contratual, para obter reparação por perdas e danos, o contratante não precisa demonstrar a culpa do inadimplente, bastando a prova de descumprimento do contrato. Dessa forma, nos acidentes de trabalho, cabe ao empregador provar que cumpriu seu dever contratual de preservação da integridade física do

.....
A da CLT e 1022 do CPC/2015”. (TST; ED-RR 0001326-36.2012.5.03.0011; Quinta Turma; Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos; DEJT 30/09/16; Pág. 1671)

empregado, respeitando às normas de segurança e medicina do trabalho. Em outras palavras, fica estabelecida a presunção relativa de culpa do empregador.” (STJ, Resp n. 1.067.738, relatora para o Acórdão: Min. Nancy Andrighi, DJU 25.6.2009)

Nesse sentido é a correta ilação de Raimundo Simão de Melo:

“O empregador, no caso de acidente decorrente de condição insegura, deverá, para se isentar da condenação, comprovar que cumpriu as obrigações contratuais no que diz respeito às normas de segurança e medicina do trabalho, pois na responsabilidade contratual, que é o caso, a culpa é presumida, porque há um dever positivo de adimplemento do objeto do contrato.”⁴⁴

Como se vê, em se tratando de obrigações legais de segurança do trabalho, ainda que enquadradas como *obrigações de meio*, o ônus da prova será invertido, recaindo-o sobre o empregador. Ao empregado (vítima do sinistro) caberá apontar os descumprimentos legais, além de requerer que o empregador seja intimado a demonstrar em juízo o seu cumprimento. Vale dizer, ao empregado cabe requerer a juntada de documentos relativos a:

- EPIs — Equipamentos de Proteção Individual (previstos na NR-6);
- PPRA — Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (previsto na NR-9);
- PCMSO — Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (NR-7).

.....
44 MELO, Raimundo Simão de. Responsabilidade objetiva e inversão da prova nos acidentes de trabalho. Revista LTr, n. 70-01, p. 29, jan. 2006.

Todos os requerimentos deverão ser deferidos sob as cominações do art. 400 do CPC⁴⁵. O empregador, para elidir sua responsabilidade, deverá comprovar que observou o seu dever geral de cautela e que cumpriu integralmente as normas de saúde e segurança.

DOENÇA OCUPACIONAL. (...) a empresa não trouxe aos autos o PPRA e o PCMSO, tampouco o termo de entrega e fiscalização dos EPIs, o que denota violação ao seu dever geral de cautela, por omissão do dever de vigilância, proteção à saúde e à integridade física dos trabalhadores, imposto pelo art. 7º, XXII, da CF/88 e art. 157 da CLT. Presentes o dano (patologia diagnosticada), o nexo de concausalidade (conclusão da perícia) e a culpa (negligência) do empregador, resta configurada sua responsabilidade pela doença ocupacional. (TRT 11ª R.; RO 0001764-65.2015.5.11.0001; 3ª Turma; Rel. Des. José Dantas de Góes; DOJTAM 17/10/2016; Pág. 513)

José Cairo Júnior corrobora essa inferência ao asseverar que o empregador, para se eximir da responsabilidade, deverá “provar que adotou todas as medidas preventivas estabelecidas pela norma protetiva laboral ou que o evento danoso foi decorrente de culpa exclusiva da vítima”⁴⁶. Em igual sentido caminha a atenta jurisprudência do STJ acerca do tema:

“Em princípio, cuidando-se de acidente de trabalho, basta ao empregado a prova do nexo causal entre o exercício da atividade laboral e o evento

danoso, cabendo ao empregador, em contrapartida, demonstrar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, qual seja, a inexistência de culpa integral sua ou a existência de culpa concorrente da vítima, esta também admitida pela Turma como circunstância eventualmente atenuadora da responsabilidade civil” (STJ, 4ª. T., REsp n. 621.825/MG, Aldir Passarinho Júnior, DJ 12/12/05)

Da mesma forma, a jurisprudência trabalhista vem observando a escorregia distribuição do ônus da prova nas ações indenizatórias:

“ACIDENTE DE TRABALHO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA CONTRA A EMPRESA Nos acidentes de trabalho, cabe ao empregador comprovar o cumprimento do dever contratual de preservação da integridade física do empregado, respeitando as normas de segurança e medicina do trabalho, estabelecendo-se a presunção relativa de culpa da empresa (Precedente STJ, Resp 1.067.378-GO). Tratando-se de acidente ocorrido com o trabalhador em atividade de risco, inverte-se o ônus da prova contra a empregadora, a quem incumbe demonstrar de forma concreta a adoção de todas as medidas preventivas contra a ocorrência do acidente, pois nessa hipótese, e pela própria função do trabalhador (eletricista), a culpa empresarial é presumida.” (TRT 24ª R.; RO 69700-45.2009.5.24.0005; 2ª Turma; Rel. Des. Francisco das C. Lima Filho; DEJTMS 31.08.2010; p. 11)

Por fim, registre-se que o chamado solidarismo constitucional, previsto nos arts. 3º, III, e 170, III, ambos da Constituição Federal,

45 Antigo art. 359 do CPC/73.

46 CAIRO JÚNIOR, José. O acidente do trabalho e a responsabilidade civil do empregador. São Paulo: LTr, 2003. p. 88.

reforça não o alargamento dos casos de responsabilidade objetiva e culpa presumida, o que atrai a inversão do ônus da prova.

Referências bibliográficas:

BENTHAN, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. E. Dumont (org.). Trad: Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Valletta, v. 01, 1971.

BEBBER, Júlio César. *Princípios do processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.

BEBBER, Julio César. *Provas no novo CPC e o Processo do Trabalho*. In: Coleção Repercussões do novo CPC. Vol. 4 – Processo do Trabalho, 2ª edição: Revista, ampliada e atualizada. Autores: [Cláudio Brandão](#) e [Estêvão Mallet](#). Salvador: Jus Podium, 2016, pág. 310.

CAIRO JÚNIOR, José. *O acidente do trabalho e a responsabilidade civil do empregador*. São Paulo: LTr, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Campinas: Bookseller, vol. 3, 2002.

CONSTANTINO, Otávio Augusto. *O ônus da prova no processo do trabalho*. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo; POMBO, Sérgio Luiz da Rocha (coords.). *Direito do trabalho: reflexões atuais*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 707.

DELFINO, Lúcio. LOPES, Ziel Ferreira. *A expulsão do livre convencimento motivado do Novo CPC: por que a razão está com os hermeneutas?* Acesso em 09/12/2016. Fonte: <http://www.luciodelfino.com.br/enviados/201641922535.pdf>

[luciodelfino.com.br/enviados/201641922535.pdf](http://www.luciodelfino.com.br/enviados/201641922535.pdf)

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. III, 2ª Edição. SP: Malheiros, 2002.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Livre convencimento motivado não acabou no novo CPC*. Fonte: <http://jota.info/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc>. Acesso em 09/12/16.

MALLET, Estêvão. *Discriminação e processo do trabalho*. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (coords.). *Discriminação e processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

MELO, Raimundo Simão de. Responsabilidade objetiva e inversão da prova nos acidentes de trabalho. Revista LTr, n. 70-01, p. 29, jan. 2006.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: Da persuasão à vinculação*. SP: Editora Revista dos Tribunais. 2016.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A prova no processo do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 1997. p. 118.

Publicado originalmente no Livro “Reforma trabalhista ponto a ponto: estudos em homenagem ao professor Luiz Eduardo Gunther. José Affonso Dallegrave Neto, José Affonso. II. Kajota, Ernani. São Paulo: LTr, 2018. Vários Autores”.

O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO NO CONTEXTO REFORMA TRABALHISTA

João Humberto Cesário

1 BREVE ITINERÁRIO LEGISLATIVO DO ÔNUS DA PROVA

O artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, na sua redação original, ditava que a prova das alegações incumbia à parte que as fizesse.

Diante da sua laconicidade, tal preceito na prática não passava de letra morta, razão pela qual ainda ao tempo do Código de Processo Civil de 1973 os juslaboralistas passaram a aplicar o artigo 333 da lei em questão no Processo do Trabalho, para compreenderem, em síntese, que ao autor incumbia a prova do fato constitutivo do seu direito, ao passo que ao réu se impunha comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

O tempo passou e também o artigo 333 do CPC/1973 se tornou obsoleto, principalmente em função das indagações jurídicas advindas da naturalização forense das técnicas de distribuição dinâmica do ônus da prova, razão pela qual o Código de Processo

Civil de 2015 passou a tratar da matéria de modo mais minucioso, fazendo-o no seu artigo 373, para deixar claro, entre outras disposições, que nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, o juiz pode atribuir o ônus da prova de modo diverso daquele estaticamente previsto na legislação, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído¹.

Finalmente, rendendo-se à superioridade técnica da disposição processual civil, a lei nº 13.467-2017 modificou a redação

1 Importa notar, por relevante, que o Enunciado nº 37 do Fórum Permanente de Processualistas do Trabalho, antes mesmo de a Reforma Trabalhista trazer consigo qualquer novidade sobre o tema, já dizia o seguinte: É aplicável ao processo do trabalho a distribuição dinâmica do ônus da prova, prevista no artigo 373, § 1º, do CPC, fixada pelo juiz em decisão fundamentada, com posterior oportunidade à parte afetada de produzir a prova.



João Humberto Cesário

Pós-doutorando em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso. Doutor em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo. Mestre em Direito Agroambiental pela Universidade Federal de Mato Grosso. Professor titular da Escola Superior da Magistratura Trabalhista de Mato Grosso. Autor de livros jurídicos. Juiz do Trabalho.

do artigo 818 da CLT, para de modo quase idêntico ao artigo 373 do CPC/2015, ditar que:

Art. 818. O ônus da prova incumbe:
I - ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
II - ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante.
§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.
§ 2º A decisão referida no § 1º deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido.
§ 3º A decisão referida no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Percebe-se, de tudo o quanto foi dito até aqui, que a rigor a nova redação do artigo 818 da CLT não carrega consigo nenhuma grande novidade legislativa em relação ao ônus da prova. Mesmo assim, compreendemos que a reforma trabalhista coloca à nossa frente uma excelente oportunidade de pôr em debate uma série de questões que ainda não estão suficientemente claras sobre o assunto. É o que faremos a seguir.

2 SIGNIFICADO: ÔNUS SUBJETIVO E ÔNUS OBJETIVO

No campo jurídico, a primeira noção a se dominar no que diz respeito à palavra ônus, é a do seu significado de encargo e não propriamente de dever. Assim, do mesmo modo que o réu não tem o dever de contestar a ação em face de si proposta, devendo assumir, porém, a consequência da sua revelia, a parte não possui propriamente a obrigação de produzir provas, necessitando tolerar, entretanto, o resultado da sua omissão.

Na realidade, a questão é ainda mais complexa, já que o litigante, subjetivamente falando, deve suportar o resultado da sua displicência probatória e, objetivamente argumentando, deve se resignar com o resultado da prova de interesse do adversário que tenha inadvertidamente produzido. Pode-se concluir, portanto, que o ônus da prova detém aspectos omissivos e comissivos, podendo ser encarado tanto pelo seu prisma subjetivo, quanto pela sua angulação objetiva.

Dito de modo mais claro, o ônus subjetivo da prova se destina aos contendores, na medida em que antecipa os fatos relevantes e controvertidos que cada um deles deverá comprovar. Por outro lado, o ônus objetivo da prova se liga à atividade do magistrado, que apreciará as provas produzidas nos autos, independentemente de qual dos litigantes a tenha fabricado.

O CPC/1973 não tratava com clareza do ônus objetivo da prova, que, assim, era objeto de análise apenas doutrinária e jurisprudencial. Tal falha foi corrigida no CPC/2015, na medida em que o artigo 371 deste último diploma estabelece, com tintas

fortes, que o juiz apreciará a prova constante dos autos, “independentemente do sujeito que a tiver promovido” (tratando, assim, do ônus objetivo), cabendo-lhe indicar na decisão as razões da formação do seu convencimento. Quanto ao ônus subjetivo da prova, pelo menos na perspectiva estática ele está distribuído, como já visto na parte introdutória do presente estudo, nos artigos 818 da CLT e 373, I e II, do CPC/2015.

3 DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA DO ÔNUS DA PROVA

Na perspectiva estática, atualmente, seja em função do disposto na CLT ou no CPC, ao autor se impõe provar o fato constitutivo do seu direito e ao réu incumbe demonstrar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito daquele primeiro.

Fato constitutivo do direito do autor, como se sabe, é aquele que, uma vez provado, a princípio garantirá a ele o êxito na demanda. Fato impeditivo do direito do autor, por sua vez, será aquela circunstância especial, em regra de origem legal, capaz de deduzir efeitos do fato constitutivo. Fato extintivo, de outra senda, é aquele que extermina um direito preexistente. Fato modificativo, finalmente, é o evento que permuta as consequências jurídicas do fato constitutivo do direito do autor².

Imagine-se, pois, que o autor se diga ex empregado de uma empresa, postulando, em consequência, a anotação da sua CTPS. Em defesa o réu nega a condição de empregado do trabalhador, cingindo-se a asseverar que

2 Vide, para aprofundamento das definições, inclusive com farta exemplificação, CESÁRIO, João Humberto. Provas no processo do trabalho: de acordo com o novo código de processo civil. Cuiabá: JHC, 2015, p. 110 et seq.

ele jamais prestara a seu favor qualquer tipo de serviço. Nessa situação hipotética o ônus da prova incumbiria ao trabalhador, na medida em que este alegara como fundamento do seu direito a condição de empregado da empresa, sendo certo que esta última se restringira a negar o fato, eximindo-se de trazer à tona qualquer outro que fosse impeditivo, extintivo ou modificativo do pretense direito obreiro.

Situação diferente seria se o trabalhador continuasse a se dizer empregado da empresa, mas o empresário, admitindo a prestação de trabalho, negasse a sua condição jurídica de empregado, argumentando, para tanto, que o obreiro teria meramente trabalhado na condição de autônomo, jamais recebendo ordens, não estando adstrito ao requisito da pessoalidade. Nesse caso o reclamado teria admitido pelo menos em parte o fato constitutivo do direito do autor, qual seja, a prestação de serviços, mas a ele teria somado outro de natureza impeditiva, consistente na execução autônoma de serviços, razão pela qual o ônus da prova a ele pertenceria.

Conceba-se, por outra vertente, que determinado empregado ajuíze ação trabalhista fundada na ocorrência de acidente de trabalho, por via da qual persiga indenização por danos materiais, morais e estéticos. Se o empregador se limitar a negar a ocorrência do infortúnio, o objeto da prova será o acontecimento em si considerado, competindo o ônus da prova ao reclamante, por ser este o fato constitutivo do seu direito. De outro tanto, se o empregador admitir a existência do evento, mas alegar que ele foi gerado por culpa exclusiva da vítima, esta - a culpa exclusiva da vítima - passará a ser o objeto da prova, razão pela qual o encargo probatório incumbirá ao reclamado que fundou

sua defesa em fato impeditivo do direito almejado na primígena.

Avente-se, ademais, que certo empregado tenha ajuizado reclamação para pleitear equiparação salarial, apontando como paradigma um colega de trabalho (artigo 461, *caput*, da CLT). Nesta conjuntura, se o empregador arrimar sua defesa na alegação de que os respectivos trabalhos - do reclamante e do paradigma - não tinham o mesmo valor (§ 1º do artigo 461 da CLT), atrairá para si a carga probante, vez que terá verberado fato impeditivo do direito do autor (S. 6, VIII, do TST).

Idealize-se, por fim, que o empregado assevere na inicial que foi imotivadamente dispensado, mas não recebeu as verbas rescisórias de direito, postulando-as na sequência. Em resposta, a vindicada reconhece a dispensa, mas alega que ela se deu por justa causa (artigo 482, “a”, da CLT), motivo pelo qual não faz jus às rescisórias postuladas. Em tal hipótese, a contestação, lastreada que estava em fato impeditivo do direito do autor, acabou por dirigir à reclamada o ônus da prova.

Os exemplos, por suposto, são inesgotáveis. O fundamental é que o juslaboralista apreenda meticulosamente os conceitos de fato constitutivo, impeditivo, extintivo e modificativo do direito do autor, para que caso a caso se guie com segurança sobre o tema.

4 DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA: O PRINCÍPIO DA APTIDÃO PARA A PROVA E A INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO NO PROCESSO DO TRABALHO

É fundamental saber que relativamente à distribuição do ônus da prova a legislação de

regência a princípio traça diretrizes estáticas para a orientação dos atores processuais. Porém, a atenuação dessas diretivas rígidas, fundada no princípio da aptidão para a prova, vem a cada dia ganhando destaque no Poder Judiciário, tendo atingido com o advento do CPC de 2015 e a CLT reformada de 2017 o seu apogeu legislativo.

Ao contrário do que se possa imaginar, o princípio da aptidão para a prova, do qual decorre a técnica de inversão do encargo probatório, não se trata de tema novo na doutrina. Transcrevemos, para comprovar o asseverado, a lição do processualista italiano Francesco Carnelutti, extraída da sua clássica obra Sistema de Direito Processual Civil:

“Quando a parte se encontrar em condições de poder (materialmente) facilitar a prova, basta para assegurar a disponibilidade da mesma ao juiz, a constituição de um ônus, de tal forma que se não fornecer a prova, o juiz pode ou deve entender contrária à verdade e, da mesma forma, desestimular a afirmação da parte que não a proporcionar, e, correlativamente, entender conforme a verdade, e por isso acolhê-la, à afirmação oposta. A lesão do interesse da parte (interesse em litígio) ameaçada dessa forma atua como estímulo eficaz para a produção da prova. Além disso, a consequência se deduz assim da inatividade da parte fundamenta-se sobre a experiência, e a sentença que se adapta a ela tem maiores possibilidades de ser justa, porque se apesar do estímulo de seu interesse a parte não proporcionar a prova, isto, de acordo com a experiência, dá ensejo para entender que a prova teria sido resolvida em

prejuízo seu.”³

Dessarte, numa perspectiva menos dogmática e mais racional, o Juiz do Trabalho podia em algumas situações emblemáticas, mesmo ao tempo do CPC/1973, atribuir o ônus da prova àquela parte que estivesse em melhores condições de produzi-la, independentemente do balizamento rígido dos vetustos artigos 818 da CLT e 333 do CPC/1973.

Àquele tempo, nem mesmo os positivistas estritos poderiam refutar a óbvia conveniência de adoção pretoriana da conduta em questão. Ocorre que o artigo 6º, VIII, do CDC, elencava (e continua elencando) como um dos direitos básicos do Consumidor 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, fosse verossímil a alegação ou quando fosse ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Naquela ocasião, a questão que importava ser enfrentada era a da aplicabilidade, ou não, da mencionada regra no âmbito do Processo do Trabalho. A resposta era trivial, já que existia quanto ao tema uma notória lacuna axiológica na processualística laboral, que podia e devia ser colmatada pela disposição consumerista.

À guisa de argumentação, ainda que o artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor não existisse ou não pudesse ser aplicado no âmbito processual trabalhista, o princípio da aptidão para a prova com o seu consectário da inversão do encargo probatório poderia ser reverenciado pelo Juiz do Trabalho

por força do disposto no artigo 5º, XXXV, da CRFB, que preconiza o direito de todos terem acesso não apenas formal, mas sobretudo substancial ao Poder Judiciário. Colhemos, a propósito, as notáveis palavras de Eduardo Cambi, que embora não tenham sido escritas com os olhos pousados na realidade trabalhista, calham justas à hipótese:

“O legislador brasileiro, com auxílio do juiz, tem se valido desta técnica, tal como prevê o artigo 6º, VIII, do CDC. Entretanto, essa técnica pode ser utilizada pelo juiz, desde que haja critérios para estabelecer uma discriminação justa, mesmo na ausência de uma lei que expressamente consagre a inversão do ônus da prova, por se tratar de um modo de concretização do princípio constitucional da isonomia, em sentido substancial, e de efetivação da garantia constitucional do contraditório.”⁴

Trazendo a discussão para o presente, podemos dizer que todas essas conclusões ganham indisfarçável reforço legislativo quando percebemos que o CPC/2015 encampou expressamente no seu interior, mais especificamente nos §§ 1º e 2º do seu artigo 373, o postulado da distribuição dinâmica do ônus da prova. Além disso, como já visto, para não deixar margem a dúvidas, a lei nº 13.467-2017 reformou a CLT, para, no pertinente, adotar a visão civilista. Aceita, seja legal ou doutrinariamente, a incidência da inversão probatória no Processo do Trabalho,

3 CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. Vol. II. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 556 e 557.

4 CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 134.

resta assentar as condições básicas do seu aproveitamento.

Iniciando a resposta para o tema proposto, o artigo 6º, VIII, do CDC esclarece que para a inversão do ônus da prova o juiz deverá, segundo as regras ordinárias de experiências, tomar a alegação da parte por verossímil ou enquadrá-la como hipossuficiente.

Na esteira de tal disposição, tanto o § 1º do artigo 373 do CPC/2015, quanto o § 1º do artigo 818 da CLT, estatuem que nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo (previsto estaticamente nos artigos 373, I e II, do CPC/2015 e 818, I e II, da CLT) ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. Sobreleva realçar, por importante, que de acordo com o § 2º do artigo 373 do CPC/2015 e com o § 3º do artigo 818 da CLT, a decisão de inversão não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Assim é que da combinação sinérgica dos artigos 6º, VIII do CDC, 373, §§ 1º e 2º do CPC/2015 e 818, §§ 1º e 3º da CLT, estão fincadas as balizas para a correta adoção pretoriana da técnica processual em estudo, que serão de agora em diante estudadas em tópicos apartados para fins pedagógicos.

4.1 A ALEGAÇÃO DA PARTE QUE A PRINCÍPIO RESPONDE ESTATICAMENTE PELO ÔNUS DE PROVAR DEVERÁ SER VEROSSÍMIL OU ELA DEVERÁ SER TIDA POR HIPOSSUFICIENTE

De acordo com o disposto no artigo 6º, VIII, do CDC, como já visto, para que o ônus da prova seja invertido, o juiz deverá, segundo as regras ordinárias de experiências, tomar a alegação da parte por verossímil ou enquadrá-la como hipossuficiente. É de se discutir, nesse contexto, o que se deve entender por regras ordinárias de experiências, verossimilhança e hipossuficiência.

Segundo o artigo 375 do CPC/2015 o juiz aplicará, no exercício das suas funções jurisdicionais, as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial. Tal preceito não passa da tradução legal da antiga máxima de que o ordinário se presume e o extraordinário se comprova.

As regras da experiência comum povoam a cabeça do julgador, que, com o correr dos tempos, estribado na sua experiência pessoal e profissional, adquire uma percepção bastante sensível e apurada da maneira como os fatos do cotidiano trabalhista se desenrolam.

Já as regras da experiência técnica, muito embora a rigor não se insiram no universo cognitivo do julgador, geralmente formado somente em direito, podem ser apreendidas pela repetição de casos corriqueiros como aqueles relativos a insalubridade, periculosidade ou redução da capacidade laborativa do trabalhador, ressalvada, sempre, a colaboração de um perito da área, cuja

atividade será imprescindível para que a causa seja adequadamente solucionada. Sintetizando, quando a matéria depender de prova técnica, o fundamental para o desate do imbróglio será a realização de perícia, podendo as máximas da experiência técnica apreendidas pelo magistrado no exercício da sua profissão ser utilizadas concomitantemente, até mesmo para fins de inversão do ônus da prova.

De sua vez, a verossimilhança deve considerar, entre outros requisitos: a) o valor do bem jurídico ameaçado de lesão; b) a dificuldade de se provar a alegação; c) a credibilidade, de acordo com as regras de experiência, da alegação⁵.

Por óbvio, a verossimilhança não deve se assentar em um juízo absoluto de verdade, até porque este é impossível de ser alcançado na sua máxima complexidade, ainda que em procedimento de cognição exauriente. Aliás, se a verossimilhança é um elemento de inversão do ônus da prova, é porque ela não se mostra plena enquanto critério de verdade. Deve provir, portanto, da confiabilidade da arguição, lastreada, no mais das vezes, nas máximas da experiência, subministradas pelo que ordinariamente acontece.

A hipossuficiência, ao contrário do que possa parecer à primeira vista, não se trata de um conceito propriamente econômico, sendo relativo, no contexto probatório, à fragilidade probante daquele a quem incumbiria, a princípio, dar a prova em juízo. Não podemos fechar os olhos, entretanto, para o fato de que não raro a hipossuficiência econômica

afetará a capacidade comprobatória do agente, que reprimido pelas vicissitudes financeiras experimentadas ao longo da vida, nem sempre possuirá condições de carrear a juízo um acervo consistente de provas.

Percebe-se, nessa perspectiva, que a inversão do ônus da prova é uma técnica capaz de dar vida ao princípio da paridade de armas probatórias no interior do processo. Não é por outra razão, aliás, que o professor Eduardo Cambi esclarece que *“a inversão do ônus da prova é uma técnica que visa proteger (...) a parte que, na relação jurídica substancial, está em posição de desigualdade, sendo a parte mais vulnerável (v.g., nas relações de trabalho subordinado)”*⁶, sendo certo, porém, que ela *“não se restringe aos aspectos econômicos, mas também devem ser ponderados alguns fatores, tais como acesso às informações, grau de escolaridade, poder de associação e posição social”*⁷.

4.2 A PROVA DAQUELE QUE DETÉM ESTATICAMENTE O ÔNUS PROBATÓRIO DEVE SER DE DIFÍCIL PRODUÇÃO, AO PASSO QUE A PROVA DA PARTE CONTRÁRIA DEVE SER VEICULAÇÃO MAIS SIMPLES

Aqui há de se enfatizar, trazendo o debate desde logo para o campo do Processo do Trabalho, que a utilização da inversão do ônus da prova na processualística laboral baseia-se, no mais das vezes, na constatação de que o empregador, em virtude de deter na relação de emprego os poderes de direção e de fiscalização, possui a obrigação de previamente

5 Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de processo civil comentado artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 271.

6 CAMBI, Eduardo. Curso de direito probatório. Curitiba: Juruá, 2014, p.169

7 CAMBI, Eduardo. Ibid. p.174.

constituir provas do desvencilhamento das obrigações laborais a que esteja jungido.

Assim, não é raro que ocorram situações no cotidiano forense trabalhista que a prova a princípio atribuível ao empregado seja de difícil, improvável ou mesmo impossível (*probatio diabolica*), ao passo que a contraprova do empregador é de fácil realização, na medida em que ele possui em suas mãos o chamado poder empregatício, que se divide em poder diretivo, poder regulamentar, poder fiscalizatório, poder disciplinar e poder de documentação. Em situações que tais, não há dúvida de que a técnica da inversão probatória deve ser utilizada pelo julgador.

Devidamente apresentadas essas imprescindíveis premissas, é chegado o momento de trazer a lume alguns exemplos jurisprudenciais de inversão do ônus da prova no Processo do Trabalho. Dois dos mais eloquentes deles estão catalogados nos incisos I e III da Súmula 338 do TST, a saber:

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.

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.

No primeiro caso, ainda que o réu se restrinja a negar o fato constitutivo do direito

do autor, qual seja, a jornada por ele alegada na petição inicial, não se preocupando em esgrimir outro que seja impeditivo, extintivo ou modificativo do interesse obreiro, deixando de trazer para os autos, caso mantenha mais de dez empregados, os cartões de ponto alusivos à jornada praticada pelo trabalhador, o ônus da prova lhe será dirigido por inversão típica.

Consoante pontuado pouco atrás, a utilização da técnica de repartição dinâmica do ônus da prova no Processo do Trabalho geralmente se baseia nos poderes de direção e de fiscalização que o Direito do Trabalho atribui ao empregador, situação essa que lhe impõe a obrigação a preconstituir provas, principalmente em uma situação dessa natureza, na qual o seu dever está expresso § 2º do artigo 74 da CLT. Desse modo, diante da notória aptidão do reclamado para a produção da prova, o encargo probatório ser-lhe-á direcionado, prevalecendo, caso dele não se desincumba, a jornada articulada na primígena (desde que ela, naturalmente, seja verossímil, consoante exige o artigo 6º, VIII, do CDC).

Já na segunda hipótese, a jurisprudência parte da premissa de que um cartão de ponto contendo anotação invariável de jornada não se mostra digno de credibilidade, vez que as máximas da experiência, subministradas pelo que ordinariamente acontece, eloquentemente indicam que tais anotações sejam fraudulentas, apenas se prestando a sobreporem formas à realidade, em manifesta afronta a um dos mais reverenciados princípios de Direito Material do Trabalho.

Imagine-se, por outro lado, o caso de um trabalhador que depois de trabalhar anos a fio em uma mina de extração de amianto, se veja acometido por neoplasia maligna no

pulmão. Em uma situação como essa, não há como se pensar de modo diferente, a não ser para se compreender, inclusive com fulcro no artigo 21-A da Lei 8.213-9, que existe um nexo técnico epidemiológico, constatável por simples simbiose estatística, entre o trabalho realizado e o agravo experimentado.

Em assim sendo, uma eventual alegação contida na petição inicial de que o câncer foi desenvolvido por causa da atividade desenvolvida na mina de amianto, por ser absolutamente verossímil, conduz à inexorável inversão do ônus da prova, competindo ao empregador, que explora um setor econômico de risco inescandível, o qual inclusive já devastou cidades inteiras na Europa⁸, o ônus de provar, por exemplo, que o trabalhador era um consumidor inveterado de tabaco ou, por via de prova pericial, um tanto mais sofisticada é bem verdade, que havia predisposição genética do empregado para o desenvolvimento da enfermidade. Nesse sentido, embora tratando de outra doença, a jurisprudência da Seção de Dissídios Individuais 1 do Tribunal Superior do Trabalho, que mesmo longa merece reprodução integral devido a sua riqueza de detalhes:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR PELOS DANOS MORAIS DECORRENTES DE DOENÇA OCUPACIONAL PROFISSIONAL DIAGNOSTICADA COMO LER/DORT DE QUE FOI VÍTIMA A EMPREGADA QUANDO DESENVOLVIA A ATIVIDADE DE DIGITADORA – CULPA PRESUMIDA – INDENIZAÇÃO. As doenças ocupacionais são as enfermidades

ocasionadas pela execução do trabalho, “seja pela atividade em si, seja pelas condições ambientais”. No Brasil, o legislador equiparou, para fins de proteção ao trabalho, a doença ocupacional ao acidente do trabalho. Nos termos do artigo 20 da Lei nº 8.213/91, as doenças ocupacionais, são subdivididas em doenças profissionais e doenças do trabalho. Da leitura do referido diploma legal, extrai-se que as doenças profissionais são enfermidades próprias de algumas atividades, peculiares a determinadas profissões, e são reconhecidas como tais pela Previdência Social. Decorrem do risco da atividade, ou seja, da própria função exercida pelo empregado. As doenças do trabalho, por sua vez, são aquelas que podem ser adquiridas ou desencadeadas pelas condições ocupacionais inadequadas em que o trabalho é realizado, expondo o trabalhador a agentes nocivos. Tais doenças não são próprias de determinadas atividades profissionais, mas são consideradas como acidentes do trabalho em virtude da equiparação feita pela lei. Na hipótese dos autos, é incontroverso que a autora, que exercia a atividade de digitadora, foi acometida por doença ocupacional do grupo LER/DORT. A partir dos conceitos legais estabelecidos no artigo 20 da Lei nº 8.213/91, a doutrina vem atrelando a LER/DORT ao conceito de doença profissional quando afirma que essas doenças são “afecções, perturbações funcionais, lesões agudas ou crônicas de quem podem se vitimar os trabalhadores, por força da atividade, de um trabalho ou profissão”. No caso vertente, portanto, o que se está examinando é a responsabilidade do empregador em hipótese em que o empregado apresenta lesões crônicas em decorrência de doença classificada

⁸ Indicamos a leitura de ROSSI, Giampiero. A lã da salamandra: a verdadeira história da catástrofe do amianto em Casale Monferrato. São Paulo: Instituto José Luís e Rosa Sundermann, 2010.

como LER/DORT, resultante do exercício da atividade profissional. É certo que a obrigação de indenizar os danos morais e/ou materiais causados por doenças do trabalho surge para o empregador quando presentes os pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam: o dano causado ao empregado, o ato culposo ou doloso praticado pelo empregador e o nexo causal da ocorrência com o trabalho. Desse modo, a indenização devida pelo empregador em casos de doença profissional pressupõe sempre a sua conduta dolosa ou culposa por violação de dever imposto por lei ou descumprimento de um dever genérico ou um dever jurídico ou obrigação socialmente exigível e esperada, fundando-se a responsabilidade no artigo 927 do Código Civil. Todavia, no caso dos autos, não foi delineado o quadro fático preciso, quanto à ocorrência ou não de efetiva prática ilícita causadora do dano, atendo-se o Tribunal Regional a considerar a possibilidade de reconhecer-se a responsabilidade objetiva. Em contrapartida, entendo ser possível presumir-se a culpa do empregador no presente caso, eis que o quadro fático autoriza o entendimento de que existe uma presunção de culpa do empregador, advinda do fato de que o exercício da função desempenhada pelo empregado originou a doença profissional, já que evidenciada a exposição do empregado a serviços repetitivos e contínuos quando do desempenho de suas funções (digitação de documentos). De acordo com a teoria da presunção de culpa, inverte-se o ônus da prova em favor da vítima, presumindo-se a culpa do empregador no evento danoso, salvo prova em sentido contrário. No caso, desse ônus o reclamado não se desincumbiu,

porquanto não produziu qualquer prova que demonstrasse que ele proporcionou ao empregado condições seguras de trabalho, já que ele tem como obrigação cumprir as normas relativas à saúde do trabalhador, bem como fiscalizar se o desempenho de suas funções estão, na prática, obedecendo a essas orientações. Assim, restando caracterizados o dano, o nexo de causalidade e a culpa do empregador, permanece o dever de reparação moral. Recurso de embargos conhecido e desprovido.⁹

Pense-se, outrossim, na hipótese em que um empregado portador de doença grave, geradora de estigma ou preconceito, como, v.g., a AIDS, seja dispensado injustificadamente do trabalho e pleiteie a reintegração no emprego. Nesse caso, de acordo com a Súmula 443 do TST, a dispensa presume-se discriminatória. Logo, por ser manifestamente verossímil, o empregado não está obrigado a comprovar o fato constitutivo capaz de justificar o seu retorno ao trabalho, impondo-se, de tal arte, a inversão do ônus da prova, a fim de que o empregador elida a presunção relativa existente no caso, demonstrando, por exemplo, que a dispensa não foi arbitrária, tendo na realidade se fundado em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro (aplicação analógica do artigo 165 da CLT).

Refleta-se, finalmente, sobre uma situação mais que corriqueira na Justiça do Trabalho, na qual se discute se o empregado necessita de vale-transporte para se deslocar da residência até o local de realização do trabalho.

9 TST - E-RR 80500-83.2007.5.04.0030, Ac. SDI-1 - Rel. Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho - Red. Min. Renato de Lacerda Paiva – Publicado em 17/05/2013.

Compreendia-se, ao tempo da OJ 215 da SDI-1 do TST, que era do empregado, por ser fato constitutivo do seu direito, o ônus de comprovar a satisfação dos requisitos indispensáveis à obtenção do benefício em questão.

Nada obstante, o fato é que a SBDI I do TST cancelou o aludido verbete na data de 25.04.2011, demonstrando, com tal comportamento, que incide à espécie a técnica da inversão do ônus da prova. Ocorre que como já vimos, o ordinário se presume e o extraordinário se comprova. Não há dúvidas, à luz do antedito apotegma, que principalmente nos grandes centros urbanos, a regra geral é que o empregado necessita do vale-transporte, sendo exceção a sua desnecessidade. Nesse diapasão, é absolutamente normal que a prova deva ser dada pelo empregador, que por via de tecnologias simples e acessíveis como o *google maps*, pode demonstrar com facilidade, por exemplo, que o empregado morava tão perto do emprego, que poderia ir andando até o trabalho. Nesse sentido, a súmula nº 460 não mais deixa margem para dúvidas, ao enunciar expressamente que é do empregador o ônus de comprovar que o empregado não satisfaz os requisitos indispensáveis para a concessão do vale-transporte ou não pretenda fazer uso do benefício.

Inúmeros outros exemplos poderiam ser apresentados. O fundamental nessa matéria, entretanto, é que o juslaboralista tenha em mente que a técnica de inversão do ônus da prova almeja transportar o processo do campo da igualdade formal para o da isonomia substancial, protegendo no plano prático, em honra dos princípios do contraditório e da paridade de armas probatórias, o interesse daquele que teria especial dificuldade em

provar o seu direito.

4.3 DA INVERSÃO NÃO PODE RESULTAR UMA PROVA IMPOSSÍVEL OU EXCESSIVAMENTE DIFÍCIL PARA A PARTE (*PROBATIO DIABOLICA*)

Como já vimos, para que haja a inversão do ônus da prova, são necessários os seguintes requisitos: a) a alegação da parte que responde estaticamente pelo ônus de provar deverá ser verossímil ou ela deverá ser tida por hipossuficiente; b) a prova daquele que detém estaticamente o ônus probatório deve ser de difícil produção, enquanto que a prova da parte contrária deve ser veiculação mais simples.

Por corolário desta última regra, resta claro que até mesmo em virtude do princípio da paridade de armas probatórias, da inversão não poderá resultar um ônus diabólico para aquele a quem se atribuir dinamicamente o encargo de provar. É justamente por isso que o § 2º do artigo 373 do CPC/2015 bem como o § 3º do artigo 818 da CLT, ambos laborando no terreno de manifesta obviedade, se preocuparam em estatuir que a decisão de inversão do ônus da prova não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Imagine-se a seguinte hipótese, mais que corriqueira na Justiça do Trabalho, na qual o autor alega a percepção de salário não contabilizado, postulando, em decorrência, os seus reflexos em horas extras, aviso prévio, 13º salários, férias + 1/3 e FGTS + 40%. Nesse caso, o Juiz do Trabalho se vê diante de uma situação paradoxal, já que ainda que a alegação da inicial seja verossímil (tendo em conta, por exemplo, os salários praticados no mercado) e que a prova do autor seja extremamente difícil (já que

aqueles que pagam salário marginal não deixam rastros contábeis, bancários ou testemunhais da prática), ele não poderá pura e simplesmente inverter o ônus da prova, já que se ele assim o fizesse, dirigiria uma prova diabólica ao réu, consistente no encargo de provar fato negativo (o não pagamento de salário 'por fora').

Nesse caso, o ônus da prova continuará sendo do autor, que por força da distribuição estática prevista nos artigos 373, I, do CPC/2015 e 818, I, da CLT, deverá comprovar o fato constitutivo do seu direito, qual seja, a percepção de salário não contabilizado. Vale adiantar, contudo, que o uma situação como essa abrirá margem para a incidência da técnica de redução do módulo da prova no Processo do Trabalho brasileiro, cujos pormenores estão apresentados no nosso livro *Provas no processo do trabalho: de acordo com o novo código de processo civil*¹⁰.

5 MOMENTO ROCESSUAL DA REPARTIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

É chegada a ocasião, uma vez explicadas as regras de distribuição estática e dinâmica do ônus da prova, de estudarmos um tema de altíssima indagação no direito processual, que diz respeito ao momento em que o juiz deve distribuir o encargo probatório; se durante a instrução ou no momento do julgamento.

Não há como negar que a distribuição do ônus da prova possui duplice escopo. Ao mesmo tempo em que é uma regra de instrução, sendo, pois, um indicativo aos litigantes quanto às provas que devam produzir, é também um sistema de julgamento, servindo como

ferramenta para que o magistrado decida, principalmente naqueles contextos em que não houve prova convincente. Mas a grande questão a ser agora respondida, como já enfatizado, é a do momento processual em que o juiz deverá se pronunciar sobre o tema.

O CPC/1973 não obrigava o julgador a orientar previamente os litigantes quanto às provas que pesavam sobre os seus ombros. Tanto é assim, que o artigo 451 do CPC/1973 se limitava a dizer que, ao iniciar a instrução, o magistrado, ouvidas as partes, deveria apenas fixar os pontos controvertidos sobre os quais a prova incidiria. Tal diretiva, naturalmente, se devia ao fato de que o CPC/1973 somente trabalhava com a perspectiva da distribuição estática do ônus da prova, sendo de se esperar que a parte assistida por advogado soubesse da prova que por imposição legal estava obrigada a dar.

Mesmo àquele tempo, a questão no nosso ponto de vista já era um tanto mais complexa¹¹, merecendo assim tratamento cuidadoso, vez que não é de hoje que a distribuição dinâmica vem se sobrepondo à repartição estática do encargo probatório. Já pensávamos desde então, que principalmente quando o juiz tomasse a iniciativa de inverter o ônus da prova, deveria alertar as partes no ato da audiência, inclusive fundamentando, ainda que de modo conciso, o seu ponto de vista (artigo 93, IX, da CRFB), de modo a prestigiar o mais amplo direito de defesa dos contendores.

Tal perspectiva, para o nosso júbilo, foi expressamente consagrada pelo CPC/2015, que preconiza no seu artigo 373, § 1º, parte final,

11 Vide, quanto ao afirmado, CESÁRIO, João Humberto. *Provas e recursos no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010, p.50 e 51.

10 CESÁRIO, João Humberto. Op. cit. p. 150 et seq.

que quando o juiz atribuir a prova de modo diverso do legalmente previsto, deverá fazê-lo por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído, fazendo-o, naturalmente, pela via da advertência prévia, evitando, assim, surpresas que somente se revelariam por ocasião da sentença¹².

Seguindo a diretriz civilista, a parte inicial do § 2º do artigo 818 da CLT, inserido no corpo do aludido diploma legal por força da lei nº 13.467-2017, revela-se capaz de espantar qualquer dúvida sobre o tema no Processo do Trabalho, já que a sua inteligência preconiza que a decisão de inversão deverá ser proferida antes da abertura da instrução.

Tal diretiva, contudo, será capaz de em alguma medida retardar a prestação jurisdicional trabalhista, vez que a parte final do prefalado § 2º do artigo 818 da CLT ressalva que, a requerimento do interessado, eventual inversão probatória implicará o adiamento da audiência, a fim de que o novo destinatário da prova, sem surpresas ou sobressaltos, se desvencilhe do encargo que passou a pesar sobre os seus ombros, podendo, com efeito, provar os fatos por qualquer meio em direito admitido.

Diante das peculiaridades do problema detectado no parágrafo anterior, que em última análise coloca em rota de colisão os princípios constitucionais do contraditório e do devido processo sem dilações excessivas, dele trataremos a seguir em tópico apartado.

12 Note-se, aliás, na dicção civilista até mesmo quando o juiz não inverte o ônus da prova, ele deve distribuí-lo previamente, na decisão de saneamento, consoante determina o artigo 357, III, do CPC/2015.

6 A PRODUÇÃO DE PROVAS NO CASO DE INVERSÃO DO ENCARGO PROBATÓRIO E O ADIAMENTO DA AUDIÊNCIA: POSSIBILIDADE DE HARMONIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Como já indicado no tópico precedente, o § 2º do artigo 818 da CLT estabelece que a inversão do ônus da prova, ocorrida dinamicamente antes da abertura da instrução, possibilitará que o interessado requeira o adiamento da audiência.

Tal disposição, obviamente, possui arrimo na vedação da surpresa, que é um princípio previsto genericamente no artigo 10 do CPC/2015 como norma fundamental do processo. Dito de outro modo, o aludido preceito almeja evitar que um litigante fique privado do contraditório e da ampla defesa, naquelas circunstâncias em que não tenha trazido uma prova para audiência, acreditando, de boa-fé, que estaticamente o encargo probatório pertencia à parte contrária.

Em que pese a correta intenção da regra enfocada, não é difícil imaginar que ela poderá ser usada como um poderoso mecanismo de procrastinação da prestação jurisdicional. Cumpre ao magistrado, com efeito, buscar uma solução de conformação do procedimento, que sem desprestigiar a vedação da surpresa, seja capaz de garantir, harmonicamente, o contraditório, a ampla defesa e a razoável duração do processo. Pelo menos duas soluções, na nossa visão, serão capazes de viabilizar o alcance do objetivo colimado.

Na primeira delas, por exemplo, principalmente nas ações de rito ordinário, onde comumente ocorre a fragmentação da audiência (ainda que ao arripio da literalidade do artigo 849 da CLT), poderá o magistrado,

em achando viável, inspirado no artigo 357, II e III, do CPC/2015, proferir após a réplica do autor uma breve decisão de saneamento e organização do processo, na qual, entre outras coisas, delimitará as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos, definindo, ademais, a distribuição do ônus da prova. Assim, uma vez intimadas as partes com a necessária antecedência da mencionada decisão, não poderiam elas requerer, senão desnudando a má-fé objetiva com que agiriam, a redesignação da sessão instrutória, sob a alegação de que teriam sido apanhadas de surpresa.

Por outro lado, caso o juiz venha a compreender que a prolação de um despacho saneador seja hábil a aumentar para além do razoável o serviço interno da sua secretaria, poderá adotar uma outra solução de contorno, como, por exemplo, a de cientificar as partes, já na expedição da notificação para a audiência, aquelas circunstâncias que imporiam a inversão do ônus da prova, como, por exemplo, as de há muito catalogadas na súmula 338 do Tribunal Superior do Trabalho. Tal estratégia, simples e eficiente, sem dúvida seria capaz de harmonizar os princípios do contraditório e do devido processo sem dilações indevidas.

7 SÍNTESES CONCLUSIVAS

Uma vez apresentado um trabalho, é sempre saudável veicularmos em tópicos algumas sínteses conclusivas:

- A redação original do artigo 818 da CLT, por ser extremamente lacônica, não disciplinava a contento o ônus da prova no Processo do Trabalho. Assim,

ao tempo do CPC/1973 era aplicado à processualística laboral o artigo 333 do mencionado código. Atualmente, diante da sua melhor construção, o artigo 373 do CP/2015 tem sido usado na jurisdição trabalhista. Atenta a tal fato, a legislação reformadora atribuiu nova redação ao artigo 818 da CLT, que, na sua essência, incorporou a disciplina normativa do artigo 373 do CPC/2015;

- O ônus subjetivo da prova se destina aos litigantes, antecipando os fatos relevantes e controvertidos que cada um deles deverá comprovar. Por outro lado, o ônus objetivo da prova se liga à atividade do magistrado, que apreciará as provas produzidas nos autos, independentemente de qual dos litigantes a tenha fabricado;

- Na perspectiva estática, o autor deve provar o fato constitutivo do seu direito, ao passo que o réu deve provar o fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do autor;

- Atualmente, tanto o § 1º do artigo 373 do CPC/2015, quanto o § 1º do artigo 818 da CLT (na redação reformada), estatuem que nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo (previsto estaticamente nos artigos 373, I e II, do CPC/2015 e 818, I e II, da CLT) ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir dinamicamente o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada;

- A decisão de inversão deverá ser

proferida antes da abertura da instrução, sendo certo, porém, que o § 2º do artigo 818 da CLT ressalva que, a requerimento do interessado, eventual inversão probatória implicará o adiamento da audiência, a fim de que o novo destinatário da prova, sem surpresas ou sobressaltos, se desvencilhe do encargo que passou a pesar sobre os seus ombros;

- Em que pese a correta intenção da regra enfocada, não é difícil imaginar que ela poderá ser usada como um mecanismo de procrastinação da prestação jurisdicional, cumprindo ao magistrado, com efeito, buscar uma solução de conformação do procedimento, que sem desprestigiar a vedação da surpresa, seja capaz de garantir, harmonicamente, o contraditório, a ampla defesa e a razoável duração do processo.

- Tais soluções adviriam, por exemplo, da prolação de um despacho saneador prévio, que, entre outras coisas, deliberaria sobre a distribuição do ônus da prova, de modo que as partes, uma vez intimadas, viriam para audiência sabendo, de antemão, sobre quais fatos deveriam provar. Caso o juiz entenda tal procedimento como contraproducente do ponto de vista da organização dos serviços da sua secretaria, poderia, alternativamente, cientificar as partes, já na expedição da notificação para a audiência, sobre aquelas circunstâncias que imporiam a inversão do ônus da prova.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMBI, Eduardo. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá, 2014.

_____. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Vol. II. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000.

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

_____. *Provas no processo do trabalho: de acordo com o novo código de processo civil*. Cuiabá: JHC, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ROSSI, Giampiero. *A lã da salamandra: a verdadeira história da catástrofe do amianto em Casale Monferrato*. São Paulo: Instituto José Luís e Rosa Sundermann, 2010.

Publicado originalmente no livro “Direito Processual do Trabalho - Novos Rumos. Gilberto Carlos Maistro Junior; Juliane Dias Facó. Organizadores. Editora Foco; 1ª edição. 2019”.

A TEORIA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Ricardo Souza Calcini

RESUMO

O presente artigo trata do estudo da própria teoria geral da prova. Faz importantes considerações sobre ônus da prova, em especial sobre a regra geral de distribuição do ônus da prova e sua inversão. Discorre acerca do liame existente entre os poderes instrutórios do juiz e o momento da aplicação das regras de distribuição do ônus da prova. Analisa a teoria da carga dinâmica do ônus da prova, partindo-se de sua origem e definição. Aborda o direito fundamental do acesso à justiça. Faz referência à recepção da teoria da carga dinâmica pelo ordenamento jurídico brasileiro. Conclui com a abordagem da Reforma Trabalhista no tocante à carga dinâmica do ônus probatório.

PALAVRAS-CHAVES

Teoria da carga dinâmica do ônus probatório. Devido Processo Legal. Novo CPC de 2015. Reforma Trabalhista.

KEYWORDS

Theory of the dynamic load of the burden of proof. Access to justice. New CPC 2015. Labor Reform.

1. Introdução

Do ponto de vista etimológico do termo, “ônus” significa obrigação, dever, encargo de alguém ou de uma das partes. Assim, ônus da prova significa o dever da parte de fazer prova de suas alegações.

A prova consiste em todo meio idôneo e moralmente legítimo de comprovar e demonstrar a existência de um fato¹. Assim, inexistente rol taxativo dos meios de prova, a qual visa formar o convencimento do Magistrado, afetando sua forma de julgar. Possui íntimo liame com as garantias constitucionais do acesso à Justiça, do devido processo legal e do contraditório (art. 5º, XXXV, LIV e LV, CF).²

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

2 CRFB, Artigo 5º. 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, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou



Ricardo Souza Calcini

Mestre em Direito pela PUC/SP. Pós-Graduado em Direito Processual Civil (EPM TJ/SP) e em Direito Social (Mackenzie). Professor de Direito do Trabalho da FMU. Professor Convidado de Cursos Jurídicos e de Pós-Graduação (IEPREV, ESA, Kroton, Católica/SC, Damásio e EPD). Coordenador Editorial Trabalhista da Editora Mizuno.

A doutrina pátria define a prova em dois aspectos, sendo o primeiro de cunho objetivo, e o segundo de caráter subjetivo.

Sobre tal distinção, leciona Humberto Theodoro Júnior:

Há, por isso, dois sentidos em que se pode conceituar a prova no processo: (a) objetivo, isto é, como instrumento ou meio hábil para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia, etc.); (b) e outro subjetivo, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado.³

Quanto ao objetivo da prova, frisa-se que, em regra, essa se refere a fatos pertinentes e controvertidos do processo. Porém, salienta-se que algumas questões fáticas prescindem de prova, tais quais aquelas indicadas no artigo 74 do CPC de 2015⁴. Ainda, com fulcro no axioma do “iuri novit curia”, a prova da existência de direito é excepcional, exigindo determinação do Juiz nesse sentido, como ocorre, por força da lei, nos casos de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário.⁵

.....
administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

3 THEODORO Jr., Humberto. Curso de Direito Processual Civil, 44. ed. vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 456.

4 CPC, Artigo 374. Não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos no processo como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

5 CPC, Artigo 376. A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário

Ademais, é possível pontuar a existência de fases na questão probatória. A primeira consiste no pedido para sua produção; a segunda refere-se ao juízo de admissibilidade pelo Magistrado, que avaliará a pertinência desta; a terceira é a colheita da prova, que, em regra, ocorre na audiência (CPC, artigo 449⁶ c/c CPC; CLT, artigo. 852-H⁷); e, a quarta, se traduz na própria valoração probatória pelo Juiz ao decidir.

Fato é que o Julgador não pode se esquivar de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade em lei. Com isso, na falta de normas jurídicas particulares, o Magistrado aplicará as regras da experiência comum e da técnica, recorrendo à analogia, costumes e princípios gerais do direito (CPC, artigos 140⁸ e 375⁹).

Com efeito, é certo que em nosso ordenamento jurídico vigora a teoria do livre convencimento motivado, também denominada de persuasão racional, a qual se encontra prevista no artigo 371 do CPC¹⁰. Entende-se

.....
provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar.

6 CPC, Artigo 449. Salvo disposição especial em contrário, as testemunhas devem ser ouvidas na sede do juízo. Parágrafo único. Quando a parte ou a testemunha, por enfermidade ou por outro motivo relevante, estiver impossibilitada de comparecer, mas não de prestar depoimento, o juiz designará, conforme as circunstâncias, dia, hora e lugar para inquiri-la.

7 CLT, Artigo 852-H. Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, ainda que não requeridas previamente.

8 CPC, Artigo 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

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

10 CPC, Artigo 371. O juiz apreciará a prova

ser a melhor teoria que concretiza os valores do devido processo legal e da ampla defesa, uma vez que o jurisdicionado deve conhecer os motivos determinantes da decisão.

Segundo tal sistemática, caberá ao Juiz dizer as razões pelas quais decidiu determinado litígio a ele submetido, em atenção ao comando do artigo 93, IX, da CRFB¹¹. Assim, como não há hierarquia entre as provas, pode o Juiz dar preferência a uma prova em detrimento da outra, julgando de acordo com as provas constantes do processo, motivando, para tanto, a sua decisão.

Importante salientar que o CPC de 2015, no §1º do seu artigo 489, traz novas obrigações quanto à fundamentação da sentença, impondo ao Magistrado que aprecie - tópico por tópico - todos os argumentos levantados pelas partes, ainda que absolutamente impertinentes, sob pena de nulidade.¹²

.....
constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

11 CRFB, Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

12 CPC, Artigo 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar

Bem por isso, para o atingimento da verdade, necessário se faz que o Julgador, dentre outras questões, se atenha aos elementos de prova, a qual é verdadeiro instituto de natureza processual, e que tem por escopo formar a sua própria convicção no ato de julgar.

2. Ônus da Prova Estático e o Novo CPC de 2015

No Código de Processo Civil de 1973, a incumbência do ônus da prova encontra-se delineada no artigo 333, segundo o qual o ônus probatório era do autor em relação aos fatos constitutivos de seu direito; ao passo que o ônus se direcionava ao réu quanto à prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da pretensão do autor.

Note-se que esse parâmetro do CPC/1973, que instituiu o chamado “ônus de prova estático”, foi mantido nos incisos do atual artigo 373 CPC/2015:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

- I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
- II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

A tal respeito, José Roberto dos Santos Bedaque traz as suas conceituações:

Fato constitutivo é aquele que dá vida a uma vontade concreta da lei, que tem essa função específica e que normalmente produz esse

.....
seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

feito. *Extinto*, porque faz cessar essa vontade. *Impeditivo* é inexistência do fato que deve concorrer com o constitutivo, a fim de que ele produza normalmente seus efeitos; enquanto o fato constitutivo é a causa eficiente, o impeditivo é a ausência de uma causa concorrente.¹³

Entretanto, o Juiz, de ofício, poderá determinar a realização de provas que julgar necessárias à instrução do processo (CLT, artigo 765¹⁴ c/c CPC, artigo 370¹⁵). Essa permissão legal não deve suprir o ônus da prova das partes, mas, tão-somente, viabilizar a produção de novas provas a fim de auxiliar o Julgador na avaliação das provas que já se encontram nos autos.

E por decorrência direta dos seus poderes instrutórios, o Magistrado há de ter uma atuação intensa na produção das provas, as quais irão embasar, no momento adequado, a formação da sua convicção na prolação da prestação jurisdicional. Para tanto, quando for necessário, pode e deve o Magistrado inverter a sequência originária do encargo probatório, mantendo, assim, a efetiva justiça na distribuição do ônus da prova.

Importante salientar que, na avaliação da prova, o Juiz não deve aplicar o princípio “*in dubio pro operário*” (desdobramento do princípio

13 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 5. ed., São Paulo: RT, 2011, p. 124.

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

15 CPC, Artigo 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

protetor).¹⁶ Isso porque o direito processual do trabalho é um dos ramos do Direito Público, onde se tem a extrema aplicação do princípio da legalidade. As regras processuais informadoras do ônus probatório devem ser observadas pelo Juiz, sob pena de violação do devido processo legal. Na dúvida, o Julgador deve decidir de acordo com o ônus probatório e, na avaliação da prova, pelo princípio da persuasão racional.

3. Teoria Dinâmica do Ônus Probatório

Nada obstante a regra estática do ônus de prova, e sem que haja o comprometimento de sua imparcialidade, o Magistrado, nos dias atuais, não mais deve ser espectador do processo, passando a ter uma conduta mais ativa. Deixa-se de lado a verdade formal dos autos, em busca da efetiva verdade substancial, material e real dos fatos. Concretiza-se, assim, os primados da efetiva pacificação social e da efetividade processual (CRFB, artigo 5º, LXXXVIII¹⁷ c/c Pacto de São José da Costa Rica/69, art. 8º, item I¹⁸).

16 A correta compreensão da índole do Direito do Trabalho mostra-nos que não tem a finalidade de realizar uma justiça comutativa, mas sim uma justiça distributiva. Para tanto impõe-se o combate à desigualdade real, quer se manifeste no campo político, econômico ou social. (PAULA, Carlos Alberto Reis de. A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2001, p. 125).

17 CRFB, Artigo 5º. 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, nos termos seguintes: [...] LXXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

18 CADH, Artigo 8. Garantias judiciais. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por

Sustentar que, agindo deste modo, o Juiz estaria perdendo sua imparcialidade, configuraria, no mínimo, um despautério. Podem muito bem ocorrer, e, de fato, ocorrem situações fáticas onde aspectos relevantes não são trazidos ao processo em decorrência de uma menor sorte econômica de uma das partes, ou mesmo por astúcia de uma delas que omite ou mascara os fatos conforme a sua conveniência e a seu bel-prazer. Nesses casos, o cruzar de braços do Juiz é que caracterizaria uma parcialidade.

Poderosas e irrefragáveis são as palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier firmando seu entendimento, cujo enxerto abaixo trasladado arremata perfeitamente o posicionamento aqui defendido:

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

.....
lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

parâmetro, pois, devem ser concebidas todas as regras do processo, inclusive e principalmente as que dizem respeito ao ônus da prova.¹⁹

Não por outra razão que se fala hoje na denominada “Teoria da Carga Dinâmica do Ônus da Prova”, cuja ideia síntese – nascida na Argentina, por Jorge W. Peyrano²⁰ – é pautada na aptidão do ônus de provar. O novo Código de Processo Civil, inclusive, traz em seu corpo referido instituto, fazendo ressalva, apenas, ao dever do Juiz de infirmar às partes que, em determinado caso a ele submetido, inverterá o ônus de prova, forte do princípio do contraditório substancial.

Para tanto, de se citar o novo §1º acrescido ao artigo 373 do CPC:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

[...]

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada,

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

20 “En tren de identificar la categoría de las ‘cargas probatorias dinámicas’, hemos visualizado - entre otras - como formando parte de la misma a aquélla según la cual se incumbe la carga probatoria a quein - por las circunstancias del caso y sin que interese que se desempeñe como actora o demandada - se encuentre en mejores condiciones para producir la probanza respectiva” (PEYRANO, Jorge W., *Aspectos procesales de la responsabilidad profesional*, in, *Lãs Responsabilidades Profesionales – Libro al Dr. Luis O. Andorno*, coord. Augusto M. Morello e outros, La Plata: LEP, 1992, p. 263).

caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Antonio Janyr Dall’Agnol, em obra específica referente ao assunto à baila, pontifica como premissas decorrentes da “Teoria da Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios”:

a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; b) ignorável é a posição da parte no processo; e c) desconsiderável se exhibe a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos, etc. Releva, isto sim: a) a caso em sua concretude e b) a ‘natureza’ do fato a provar - imputando-se o encargo àquela das partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra em melhor condição de fazê-lo.²¹

E, neste cenário, relevante apontar qual deve ser o critério adotado pelo Magistrado para justificar, no caso concreto, a inversão do ônus da prova.

Teoricamente, é possível identificar três correntes no campo doutrinário: (i) a existência de uma presunção em favor de quem, originariamente, teria o encargo; (ii) a aplicação subsidiária do artigo 6º, VIII, CDC²², dada verossimilhança da alegação do trabalhador ou a sua hipossuficiência; e (iii) quem seja a parte mais apta, no caso concreto, a se desincumbir do encargo probatório (carga dinâmica quanto

21 DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. Revista Jurídica, Porto Alegre: Notadez/Fonte do Direito, n. 280, fev. 2001, p. 11.

22 CDC, Artigo 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 de experiências.

ao ônus da prova).

O legislador ordinário, por sua vez, optou pela adoção da distribuição dinâmica do ônus da prova, seja para os casos previstos em lei, seja diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.

Nos dizeres de Kfoury Neto:

[...] as regras que determinam a posição da parte litigante - autor ou réu - nos processos, quanto à prova, em geral são imutáveis, ao longo da demanda. No entanto, por decisão do juiz, tais posições podem variar - e o sistema deixa de ser pético, para se tornar dinâmico.²³

Nesse prumo, identificadas uma das hipóteses acima referidas, poderá o Juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso em despacho saneador (CPC, artigo 357, III²⁴), desde que o faça por decisão fundamentada.²⁵ Em assim procedendo, o Juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do

23 KFOURI NETO, Miguel. Culpa médica e ônus da prova. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 127.

24 CPC, Artigo 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: [...] III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373.

25 Tanto a publicidade, como a fundamentação das decisões judiciais, desempenham papéis que são essenciais à transparência do Poder Judiciário. A fundamentação, para que haja possibilidade de controle e de recurso relativamente à decisão. A publicidade, para que se possa conhecer o debate que levou à decisão, inclusive no que se refere aos seus fundamentos. Portanto, publicidade e fundamentação são as duas faces de uma mesma moeda. Complementam-se na busca de algo indispensável em um regime democrático: dar a devida satisfação acerca das decisões do poder público — inclusive em juízo — aos seus destinatários, os cidadãos.

ônus que lhe foi atribuído, ressaltando-se que a decisão não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Com isso, a partir do caso concreto, o ônus de provar pode ser atribuído de maneira dinâmica. E, segundo a doutrina, com o objetivo de:

[...] atender a paridade de armas entre os litigantes e às especificidades do direito material afirmado em juiz [...]. À vista de determinados casos concretos, pode-se afigurar insuficiente, para promover o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, uma regulação fixa do ônus da prova, em que se reparte prévia, abstrata e aprioristicamente o encargo de provar.²⁶

Questão que imediatamente surge diante da possibilidade da atribuição dinâmica do ônus da prova é a relativa à obrigatoriedade do Magistrado de comunicar previamente às partes se o procedimento processual será regido com a atribuição dinâmica do ônus da prova, com relativização da regra geral prevista nos incisos I e II do artigo 373 do NCPC.

A posição que parece mais adequada é a de que as partes sejam previamente comunicadas pelo Juiz, em decisão adequadamente motivada, acerca da decretação da atribuição dinâmica do ônus da prova.

E isso porque o ônus da prova é regra de instrução e/ou procedimento, sendo fundamental, até mesmo diante de uma leitura

constitucional do processo e de um adequado respeito ao princípio do contraditório – aqui visto como ampla participação e diálogo entre os sujeitos processuais –, que o Magistrado estabeleça com clareza, em momento processual próprio, quais serão as regras do ônus da prova que deverão ser observadas no caso concreto.

Note-se que tal visão de se observar não apenas o dever de fundamentação, e, sobretudo, o contraditório substancial que veda a prolação de decisão surpresa, é enfatizada por relevante parcela da doutrina, aqui representada pelo professor Cássio Scarpinella Bueno, que, antes mesmo do surgimento do Novo CPC de 2015, já defendia a regra de instrução e/ou procedimento ao ônus de prova:

Toda temática relativa ao ônus da prova, inclusive as hipóteses de sua inversão, deve ser entendida como regra de procedimento e não como regra de julgamento. Como é o magistrado o destinatário da prova, é importante que ele verifique com cada uma das partes as reais possibilidades da produção das provas de suas alegações em casos em que haja possibilidade de variação das regras gerais [...] Mais ainda quando há, nos diversos procedimentos, um específico momento ou, quando menos, um instante procedimental mais oportuno, para que o magistrado, se volte precipuamente à análise dos pontos controvertidos e sobre a necessidade da produção de sua prova correlata. Não há como, na atualidade do pensamento do direito processual civil, entender diferentemente. Tratar o ônus da prova como mera regra de julgamento, de juízo, acaba revelando uma visão privatista que desloca o magistrado dos fins – que

26 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 395.

são invariavelmente públicos – do processo.²⁷

Da mesma opinião também já compartilhava o professor Luiz Guilherme Marinoni:

Ninguém duvida que o juiz pode julgar favoravelmente à parte que não cumpriu o ônus da prova, uma vez que o julgamento pode se basear em provas produzidas de ofício ou mesmo em provas produzidas pela parte contrária. Mas isso não retira a importância de que as partes saibam, de forma prévia, a quem incumbe o ônus da prova, pois, se esse ônus não precisa ser necessariamente observado para que a parte obtenha um resultado favorável – e nesse sentido seria correto sustentar que o ônus da prova não é um verdadeiro ônus -, não há como negar que a parte deve ter ciência prévia do que deve fazer para ter um julgamento favorável independentemente de outras provas, produzidas de ofício ou pela parte contrária.²⁸

Logo, claro está que as partes precisam saber qual é a regra do ônus da prova que será considerada no procedimento, notadamente porque elas necessitam ter conhecimento como podem contribuir, com a devida participação no processo, e com base no direito constitucional à prova, para a obtenção de uma sentença de mérito favorável à sua pretensão.

Parece evidente, pois, que esclarecer previamente quais serão as regras do

procedimento que regerão o trâmite processual, dentre elas a do ônus da prova, está dentro das diretrizes do princípio da cooperação²⁹ e do dever de o Magistrado aplicá-lo em sua dinâmica relação com os demais sujeitos processuais. Afinal, o princípio da cooperação este que está hoje previsto no artigo 6º do NCPC: *“Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”*.

E no tocante à conduta do juiz no curso do processo, Miguel Teixeira de Sousa ensina que o magistrado tem os seguintes deveres decorrentes da cooperação: (i) dever de esclarecimento (o juiz deve solicitar às partes explicações sobre o alcance de suas postulações e manifestações); (ii) dever de prevenção (as partes devem ser alertadas do uso inadequado do processo e da inviabilidade do julgamento do mérito); (iii) dever de consulta (o juiz deve colher manifestação das partes preparatória de sua própria manifestação ou decisão); (iv) dever

29 No processo cooperativo, modelo de processo civil característico do atual Estado Constitucional, não se pode conceber um procedimento que não seja estruturado senão a partir de um diálogo constante entre o juiz e as partes ao longo de todas as fases procedimentais, inclusive a respeito daquelas questões cognoscíveis de ofício. Quanto maior for esse diálogo, com maior facilidade as partes aceitarão o comando contido no elemento imperativo da decisão a elas destinado e mais consistente será a justificativa que o elemento lógico conferirá ao elemento imperativo da decisão. Evitar o processo de surpresas ou o processo de armadilhas deve ser uma premissa a ser respeitada por todos os sujeitos do processo, mais particularmente pelo julgador que, afinal, produz as decisões a repercutir na vida dos sujeitos parciais do processo.

27 Bueno, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Vol. 2, Tomo I. 5ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 290.

28 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. 2ª. Edição. São Paulo: RT, 2011. p. 177.

de auxílio (incentivar as partes no sentido de superar dificuldades relativas ao cumprimento adequado de seus direitos, ônus, faculdades ou deveres processuais).³⁰

Destarte, do ponto de vista normativo, claro está que o Magistrado, caso venha a alterar a distribuição do ônus da prova, deve alertar as partes, em decisão motivada, e, preferencialmente, em momento prévio ao início da fase de instrução - tudo de modo a permitir que os sujeitos processuais possam estar conscientes da regência probatória que será adotada no trâmite do procedimento.

Não por outra razão que o Novo CPC de 2015, exatamente neste mesmo sentido, chancelando a perspectiva do ônus da prova como regra de instrução, prevê no inciso III do seu artigo 357 que na decisão de saneamento e de organização do processo, o Julgador deve definir a distribuição dinâmica do ônus da prova, desde que observados os requisitos do artigo 373 do NCPD.

Portanto, de acordo com o próprio NCPD, a decisão de saneamento do processo seria o momento adequado para a definição da distribuição do ônus da prova, embora não haja vedação a adoção de tal prática em momento anterior ou posterior ao saneamento, afinal, não há que se falar em preclusão contra o Magistrado.

Assim, caso o juiz, por exemplo, após a leitura da petição inicial e da contestação, já tenha condições de aferir se estão presentes as condições legais para a atribuição dinâmica do

ônus da prova, parece plausível que ele deve, desde logo, já decidir se aplicará o §1º do artigo 373 do NCPD, não precisando, pois, aguardar a fase de saneamento do processo.

Lado outro, caso, no decorrer da instrução, pareça mais clara ao Magistrado a presença dos requisitos da atribuição dinâmica do ônus da prova, mostra-se plausível, desde que observadas as normas fundamentais do Novo CPC de 2015, que seja determinada a dinamização do ônus da prova.

O mais importante é que o Julgador não venha a permitir que a fase de instrução do processo ocorra e finalize sem que as partes estejam claramente conscientes se houve – ou não – a atribuição dinâmica do ônus da prova, de modo a se evitar que apenas sejam comunicadas da dinamização do ônus da prova na sentença, o que, por evidente, é absolutamente vedado pelo devido processo legal e pelo atual Caderno Processual Civil, o qual não permite o modelo das “decisões surpresa”.

De se ver a opinião do professor André Pagani de Souza que, nesse caso específico, é cristalina ao afirmar o seguinte:

É importante ressaltar que a flexibilização das regras sobre o ônus da prova pode gerar uma decisão surpresa, na hipótese de o magistrado não informar as partes previamente que não observará a distribuição do ônus, tal qual disciplinada pelo art. 333 do código de processo civil. Em outras palavras, o órgão judicial não pode informar as partes que flexibilizou as regras sobre o ônus da prova somente no momento do julgamento. É de rigor que ele, observando o seu dever de prevenção decorrente do princípio do

30 SOUSA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. Revista de Processo, n. 86. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 174-184.

contraditório, advirta as partes sobre o ônus da prova no caso concreto, para que as partes possam atuar de modo a influenciar na preparação do julgamento.³¹

Na mesma linha, Daniel Penteadó de Castro enfatiza que:

Filiamo-nos ao entendimento de que o magistrado deverá alertar as partes sobre a possibilidade de inversão, o que implica numa dilação probatória mais densa e garantidora da defesa de ambas as partes litigantes na demanda. Aliás, sob esse enfoque, assegurar aos litigantes a produção das provas que se fizerem necessárias (principalmente ao réu, já ciente da possibilidade da inversão), certamente conduzirá a um julgamento mais seguro e equânime, à medida que cada parte produzirá a prova que entender necessária e estará ciente do ônus que lhe compete, deixando, portanto, de se surpreender com a regra da inversão de imediato na sentença.³²

Destarte, é possível a dinamização do ônus da prova em momento posterior à fase de saneamento, sempre com a ressalva de que tal atribuição dinâmica se deu antes do encerramento da fase de instrução e com observância das normas fundamentais que hoje regem o CPC de 2015. Tudo de modo a se permitir, de fato, que haja tempo processual

31 SOUZA, André Pagani. *Vedação das decisões – surpresa no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 178.

32 CASTRO, Daniel Penteadó de. *Poderes instrutórios do juiz no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 161.

hábil para a produção da prova determinada pelo Magistrado.

4. Prova Negativa (“diabólica”)

Do ponto de vista processual, dois elementos são necessários na inversão do ônus da prova, quais sejam, a decisão motivada e a oportunidade de provar, sem que a decisão possa ensejar uma “*probatio diabólica reversa*”.

Essa diretriz, inclusive, está prevista hoje no §2º do artigo 373 do Novo CPC, que expressamente referenda a proibição da “prova negativa”, a saber:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:
[...]

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

A partir da leitura de citado preceito legal, infere-se, pois, que o ordenamento jurídico pátrio preconiza, como regra, a distribuição sem dinamismo do “*onus probandi*”. E isso porque, em grande parte dos casos, tal inversão causaria extrema dificuldade de produção da prova, podendo acarretar a denominada “prova diabólica”.

Essa situação, portanto, representa a prova do fato negativo, que é aquela modalidade de prova impossível, ou excessivamente difícil de ser produzida no processo. É a hipótese de se provar algo que não ocorreu.

Nesse sentido, exemplos práticos da prova do fato negativo são os consubstanciados na prova, pelo réu, de sua inocência; da prova, pelo demandado, de inexistência de sua citação

para responder ao processo; da prova de direitos indisponíveis ou intergeracionais; entre outras.

5. Reforma Trabalhista e a Jurisprudência do TST

Já foi dito aqui neste estudo que a finalidade da prova é formar a convicção do Juiz a respeito dos fatos da causa, sendo o Magistrado o destinatário da prova.

Assim sendo, a regra do ônus de prova não se traduz em instituto peculiar e inerente apenas ao ramo do Direito Processual Civil; ao revés, sua aplicabilidade encontra grande incidência na seara trabalhista, sendo certo que a legislação celetária já previa uma norma específica sobre o assunto, em seu artigo 818, que, dada sua incompletude, sempre atraiu a aplicação supletiva das normas do Código de Processo Civil.

Para tanto, de se citar a redação originária do artigo 818 da CLT: *“A prova das alegações incumbe à parte que as fizer”*. E, note-se, que o uso da palavra *“originária”* foi proposital, na medida em que a Lei nº 13.467/2017, que institui a chamada Reforma Trabalhista, passou a regular o instituto do ônus da prova de forma totalmente distinta na legislação celetista e, mais, aproximou o processo do trabalho ao processo civil, ao incorporar, basicamente, as regras dos artigo 373 do CPC de 2015, a saber:

Art. 818. O ônus da prova incumbe: (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

I - ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito; (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

II - ao reclamado, quanto à existência

de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 1o Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 2o A decisão referida no § 1o deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 3o A decisão referida no § 1o deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

Impende salientar que, antes mesmo da edição da Lei da Reforma Trabalhista, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho, com fulcro na redação primitiva do artigo 818 da CLT, já estabelecia diretrizes de aplicabilidade prática acerca do ônus de prova nos processos trabalhista, em situações pontuais descritas por sua jurisprudência consolidada, sem ter a pretensão, por óbvio, de esgotar a temática.

Nesse diapasão, é salutar a transcrição dos verbetes sumulares que, editados antes da

Lei nº 13.467/2017, traziam o delineamento do ônus de prova em questões mais recorrentes e discutidas no âmbito dos processos laborais, a saber:

SUM-6 EQUIPARAÇÃO SALARIAL. ART. 461 DA CLT (redação do item VI alterada) – Res. 198/2015, republicada em razão de erro material – DEJT divulgado em 12, 15 e 16.06.2015. [...]

VIII - É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial.

SUM-16 NOTIFICAÇÃO (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

Presume-se recebida a notificação 48 (quarenta e oito) horas depois de sua postagem. O seu não-recebimento ou a entrega após o decurso desse prazo constitui ônus de prova do destinatário.

SUM-212 DESPEDITAMENTO. ÔNUS DA PROVA (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

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

SUM-338 JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 234 e 306 da SBDI-I) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005.

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. II - A

presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. 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.

SUM-460 VALE-TRANSPORTE. ÔNUS DA PROVA - Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03.06.2016.

É do empregador o ônus de comprovar que o empregado não satisfaz os requisitos indispensáveis para a concessão do vale-transporte ou não pretenda fazer uso do benefício.

SUM-461 FGTS. DIFERENÇAS. RECOLHIMENTO. ÔNUS DA PROVA

- Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03.06.2016. É do empregador o ônus da prova em relação à regularidade dos depósitos do FGTS, pois o pagamento é fato extintivo do direito do autor (art. 373, II, do CPC de 2015).

Assim sendo, o atual artigo 818 da CLT, como dito alhures, incorporou os regramentos do citado artigo 373 do CPC, notadamente porque foram repetidas, basicamente, as redações dos incisos I e II, além dos §§ 1º e 2º, do artigo 373 do CPC, para os incisos I e II, além dos §§ 1º e 3º, do artigo 818 da CLT.

Bem por isso, reiterem-se aqui os comentários já feitos aos dispositivos do Código de Processo Civil, e que foram discorridos alhures neste presente estudo, até porque a lógica constante do CPC é exatamente idêntica àquela adotada na CLT. Afinal, o legislador

reformista se limitou a transcrever, para o interior da Consolidação das Leis do Trabalho, as normas basilares do CPC de 2015, colocando-se um ponto final na incompletude da legislação celetista acerca da adoção da “teoria dinâmica do ônus probatório”.

Acontece, porém, que duas foram as novidades que chamaram a atenção quando do advento da Lei nº 13.467/2017, sendo a primeira aquela relativa à atual previsão da regra §2º do artigo 818, e, a segunda, quanto à não incorporação dos §§3º e 4º do artigo 373 do CPC.

No tocante à regra do 2º do artigo 818 da CLT, note-se que essa não estava contida no Caderno Processual Civil. E isso se deu porque no processo do trabalho não há a figura do chamado “despacho saneador”, delineado no artigo 357, III, do CPC, de modo que primeiro contato do Magistrado Trabalhista com a ação ocorre, via de regra, em audiência, na qual se concentra a prática de todos os atos processuais.

Essa é a razão pela qual, se houver a prolação de decisão que aplicar a “Teoria da Carga Dinâmica do Ônus da Prova”, esse comando judicial deverá ser feito antes mesmo da abertura da instrução processual. A lógica, neste caso, é para justamente evitar a prolação de decisão “surpresa”³³, prestigiando-se o devido processo legal constitucional, que prioriza o contraditório substancial e a ampla defesa.³⁴

Interessante pontuar que a inversão do

33 CPC, Artigo 9o. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

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

ônus de prova pelo Julgador não acarretará, automaticamente, o adiamento da audiência trabalhista. Isso porque, segundo o artigo 849 da CLT, a audiência na Justiça do Trabalho é UNA³⁵, o que representa dizer que nela são realizadas as tentativas de conciliação, a apresentação de defesa e o oferecimento de réplica, a colheita dos depoimentos das partes e testemunhas, e, mais, nela são ofertadas eventuais razões finais, com a conseqüente prolação da sentença judicial.

Deste modo, quando a lei menciona “a requerimento da parte”, em realidade, a intenção do legislador foi permitir que a parte prejudicada, caso seja proferida decisão com a inversão do ônus probatório, se manifeste na primeira vez em que tiver de falar nos autos.³⁶

Bem por isso, o adiamento da audiência não será ato automático a ser proferido pelo Juiz Trabalhista, pois, como dito, dependerá de prévio requerimento da parte. E para que isso aconteça o correto é que os pontos controvertidos do processo sejam delimitados na própria audiência, após a reclamada oferecer sua contestação aos termos da petição inicial.

Com o oferecimento da peça defensiva, o Magistrado passa a ter plenas condições, em conjunto com as partes e seus advogados, de fixar as matérias efetivamente controversas, e que exijam a produção de outras provas que não aquelas já constantes dos autos – em regra, de natureza documental.

35 CLT, Artigo 849. A audiência de julgamento será contínua; mas, se não for possível, por motivo de força maior, concluí-la no mesmo dia, o juiz ou presidente marcará a sua continuação para a primeira desimpedida, independentemente de nova notificação.

36 CLT, Artigo 795. As nulidades não serão declaradas senão mediante provocação das partes, as quais deverão argui-las à primeira vez em que tiverem de falar em audiência ou nos autos.

E justamente no ambiente de audiência é que reside a principal discussão em torno do adiamento da instrução para a oitiva de testemunhas. E isso ocorre porque, como é cediço, as partes devem trazer suas respectivas testemunhas, com vistas a produzir as provas dos fatos por elas alegados em petição inicial e contestação.³⁷

Dessarte, se as partes litigantes, que estão presentes em audiência, já estão acompanhadas de suas testemunhas, parece não existir prejuízo de ordem processual quando o Magistrado Trabalhista decide por inverter o ônus probatório, notadamente porque o alcance da prova está circunscrito às matérias expostas nas peças inicial e de defesa.

Neste ponto, acertado o artigo celetista ao prever que o adiamento da audiência se dará, apenas e tão-somente, a requerimento da parte prejudicada.³⁸ E isso, claro, após terem sido fixados os pontos controvertidos pelo Julgador, com a prolação de decisão que acolhe a sistemática do ônus dinâmico da prova, antes mesmo que seja iniciada a abertura da instrução processual.

E aqui, exatamente no momento em que há o pedido de adiamento da audiência, competirá à parte demonstrar, cabalmente, o prejuízo suportado com a inversão do ônus de prova³⁹. Deverá, pois, esclarecer as razões pelas

quais há efetiva impossibilidade de continuidade da audiência, uma vez que, por força do §1º do artigo 818 da CLT, tem ela a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído pelo Magistrado.

Assim sendo, caso sejam insuficientes os documentos colecionados com sua peça defensiva e, mais, se as testemunhas eventualmente presentes igualmente não tiverem reais condições de testemunhar sobre os fatos controvertidos – que, por decisão judicial, inverteu do ônus de prova –, a reclamada ostentará o direito de requerer o adiamento da audiência. Note-se que idêntico procedimento poderá ser aplicado à pessoa do reclamante.

A redesignação, em tal hipótese, deve ser obrigatoriamente acolhida e deferida pelo Julgador, como medida a evitar futura nulidade do julgado, por cerceamento de defesa, afinal, se o juízo atribuiu o ônus de prova de modo diverso, a concessão de oportunidade à parte de desincumbir de tal ônus que foi imposto pelo Julgador é medida que se impõe!

De resto, o legislador reformador não encampou as regras do Novo CPC que possibilitam a distribuição diversa do ônus da parte por convenção entre as partes. Tal hipótese, consoante os §§3º e 4º do artigo 373 do CPC, poderá ser celebrada antes ou durante o processo, não podendo ser aplicada, contudo, quando recair sobre direito indisponível da parte ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Essas são as exatas dicções dos §§3º e 4º do artigo 373 do CPC:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

.....
salvo nas nulidades absolutas.

37 CLT, Art. 845. O reclamante e o reclamado comparecerão à audiência acompanhados das suas testemunhas, apresentando, nessa ocasião, as demais provas.

38 CLT, Artigo 794. Nos processos sujeitos à apreciação da Justiça do Trabalho só haverá nulidade quando resultar dos atos inquinados manifesto prejuízo às partes litigantes.

39 Segundo o princípio da Transcendência ou prejuízo (“pas de nullite sans grief”), só haverá nulidade dos atos se houver manifesto prejuízo à parte que o argui,

[...]

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Entretantes, a não recepção de aludidos dispositivos processuais ao texto celetista, à época da vigência do Novo CPC de 2015, já encontrava óbice na Instrução Normativa nº 39/2016, editada pelo Tribunal Superior do Trabalho, a qual teve por finalidade regulamentar as normas do NCPC aplicáveis, não aplicáveis, e com aplicabilidade em termos ao Processo do Trabalho.

Para tanto, de se citar o artigo 2º, VII, da IN 39/2016 do C. TST:

Art. 2º Sem prejuízo de outros, não se aplicam ao Processo do Trabalho, em razão de inexistência de omissão ou por incompatibilidade, os seguintes preceitos do Código de Processo Civil:

[...]

VII - art. 373, §§ 3º e 4º (distribuição diversa do ônus da prova por convenção das partes).

6. Conclusão

A garantia de acesso à Justiça (CF/88, art. 5º, XXXV), modernamente interpretada como acesso à ordem jurídica justa⁴⁰, é princípio

40 Expressão utilizada pelos autores Cappelletti e Garth, para designar essa atual fase do direito processual civil, comprometida com o oferecimento de resultados práticos para o jurisdicionado, por intermédio da

constitucional que reflete sobre o processo como um todo, inclusive com relação ao instituto da prova, e, em especial, sobre a questão do ônus da prova.

É certo que a CLT, em seu art. 818, após a Lei da Reforma Trabalhista, adotou, a um só tempo, a teoria estática do ônus da prova, ao fazer a diferenciação entre os fatos constitutivos – de prova do reclamante; e os fatos obstativo em geral – de prova do reclamado; como também encampou a teoria da carga dinâmica do ônus probatório, com limite aos casos em que é vedada a prolação de prova negativa (“diabólica”).

Assim, como medida a relativizar o então sistema estratificado, previsto que era no artigo 333 do CPC/1973 e na redação original do artigo 818 da CLT, é que o legislador reformista abarcou a moderna teoria da “carga dinâmica do ônus da prova”, cuja ideia síntese – nascida na Argentina, por Jorge W. Peyrano – é pautada na aptidão do ônus de provar. Trata-se, em realidade, do desdobramento do devido processo legal⁴¹, da garantia da ação e da ampla defesa, além da efetiva concretização do direito material a partir da garantia de igualdade substancial das partes no processo.

Nesse viés, o legislador ao conferir livre efeito ao poder instrutório ao Magistrado, trouxe evidente compatibilização com o instituto da prova, a qual, inclusive, pode ter sua realização determinada de ofício, por aplicação do princípio da verdade real.

Sobreleva anotar, ainda, que, conquanto

jurisdição pública (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 08).

41 Nesse sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 19. ed. v. I, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 40.

haja certa discussão doutrinária, atualmente o ônus de prova é regra de procedimento, e não mais de julgamento. Isso porque, consoante previsões dos artigos 373, §1º, do CPC c/c 818, 2º, da CLT, é necessário que o Magistrado, antes de iniciar a fase instrutória, cientifique às partes sobre o ônus processual de cada uma delas, em respeito ao princípio da segurança jurídica.

Deste modo, em homenagem ao contraditório substancial, deve o Magistrado fixar o ônus da prova ao delimitar os objetos controvertidos da demanda, para se evitar a prolação das chamadas “decisões surpresas”.

Neste viés, com o crescente ativismo judicial dos Tribunais – o qual, segundo o Ministro Luis Roberto Barroso, não é um fato, mas sim uma atitude – o Magistrado não se limita mais e, unicamente, à vontade da lei. Possui, em realidade, certo poder criativo que decorre da própria Lei Maior, e não de suas vontades políticas.

Em conclusão, o Juiz deixa de ser mera “boca da lei”, e passa a ser “boca da justiça” (Montesquieu). E, para cumprir tal propósito, o processo deve servir ao direito material, ao mesmo tempo em que aquele é servido por este. Esta relação simbiótica, de complementariedade cíclica, foi denominada de “teoria circular dos planos do direito material e do direito processual” (Carnelutti).

7. Referências Bibliográficas

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 5. ed., São Paulo: RT, 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. Vol. 2, Tomo I. 5ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 19. ed. v. I, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

CASTRO, Daniel Penteadó de. **Poderes instrutórios do juiz no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. **Distribuição dinâmica dos ônus probatórios**. Revista Jurídica, Porto Alegre: Notadez/Fonte do Direito, n. 280, fev. 2001.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2ª. Edição. São Paulo: RT, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001.

PEYRANO, Jorge W., **Aspectos procesales de la responsabilidad profesional**. Lãs Responsabilidades Profesionales – Libro al Dr. Luis O. Andorno, coord. Augusto M. Morello e outros, La Plata: LEP, 1992.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Aspectos do novo processo civil português**. Revista de Processo, n. 86. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

THEODORO Jr., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 44. ed. vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

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

Publicado originalmente na Revista "Revista TST - vol.84 - nº3 - jul-set 2018".

A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO POR CONVENÇÃO DAS PARTES

Thiago Cipriani

RESUMO

O presente trabalho analisar a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e sua aplicabilidade no processo do trabalho para, ao final, responder se é possível a aplicação da referida teoria por convenção das partes. A teoria defende que o ônus da prova deve ser distribuído de acordo com cada caso concreto, cabendo provar àquele com melhores condições, independentemente de sua posição no processo ou da natureza do fato a ser provado. A pesquisa será elaborada por meio do método indutivo, utilizando-se de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Processo do Trabalho; Distribuição dinâmica do ônus da prova; Convenção das partes.

ABSTRACT

This article intends to analyze the theory of the dynamic distribution of the burden of proof and its applicability in the labor claims in order to finally answer if it is possible to apply the

theory by convention of the parties involved. The theory argues that the burden of proof should be distributed according to each specific case, and it should be imposed to the one with the best conditions to proof, regardless of his position in the grievance or the nature of the fact to be proved. The research will be elaborated through the inductive method, using bibliographic research.

Keywords: Labor Claims; Dynamic Distribution of The Burden of Proof; Convention of The Parties.

1. INTRODUÇÃO

O artigo analisará a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e sua adoção pela Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017, popularmente conhecida como Reforma Trabalhista.

O objetivo é examinar as peculiaridades da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova a fim de entender o instituto para ao final responder a hipótese proposta: é possível



Thiago Cipriani

Graduado Direito, pela Universidade Regional de Blumenau – FURB, Pós Graduado em Direito Penal, pelo Centro Universitário Leonardo Da Vinci – Uniasselvi, Pós Graduando em Direito Público Constitucional e Administrativo, pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali. Advogado.

a aplicação da referida teoria no processo do trabalho por convenção das partes, tal qual ocorre no processo civil?

A importância do tema ganha relevância quando se está diante de um instituto cuja incorporação ao ordenamento jurídico ocorreu recentemente, havendo vários pontos nebulosos que demandam estudo mais aprofundado.

No Código de Processo Civil de 2015, o legislador optou por permitir que o ônus da prova fosse distribuído por decisão judicial ou por convenção das partes, exceto em caso de direito indisponível ou quando a prova se tornasse excessivamente difícil para uma das partes.

O processo do trabalho, porém, requer cuidados prescindíveis ao processo civil, tendo em vista que a relação de emprego, por sua natureza, tende a estabelecer uma situação de desigualdade, onde o trabalhador acaba por se submeter a situações de desvantagem para obter e manter seu emprego.

Para o desenvolvimento do trabalho, pretende-se elaborar uma breve reflexão sobre o ônus da prova e as teorias que buscam uma forma eficiente de distribuí-lo entre as partes processuais. Em um segundo momento a intenção é buscar fundamentos que justifiquem a inserção da teoria em nosso ordenamento jurídico e estudar os critérios para sua aplicação. Ao final, tendo as bases necessárias, buscar-se-á resposta para a questão central do artigo.

O presente trabalho visa contribuir com a facilitação do entendimento da teoria das cargas probatórias dinâmicas e avançar na discussão acerca das principais problemáticas constadas.

2. AS PRINCIPAIS TEORIAS SOBRE A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Um dos mais conhecidos cânones processuais é representado pelo brocardo latino que diz: *Quod non est in actis non est in mundo* (em tradução livre: o que não está nos autos, não está no mundo). Significa dizer que o juiz não poderá julgar com base em provas que não vieram à sua cognição através do processo.

Cambi¹ observa que a reconstrução completa e fidedigna dos fatos em litígio é muitas vezes utópica, entretanto, cabe ao julgador apreciar a prova dos autos para maximizar as chances de deliberar-se conforme a verdade provável.

A referida regra, apesar de um tanto arcaica e em evidente descompasso com os princípios fundamentais do processo hodierno, continua vigente e largamente aplicada.

Entretanto, é sabido que nem sempre o processo possui provas aptas a formar a convicção do juiz; por outro lado, mesmo que em estado de dúvida, lhe é vedado pronunciar-se *non liquet* (deixar de julgar).

Para a solução deste problema surgiu o instituto do ônus da prova, que é um dos principais instrumentos para o alcance de uma decisão judicial, estabelecendo uma dinâmica processual e possibilitando ao juiz o seu pronunciamento mesmo diante da ausência de provas aptas a formar seu convencimento.

Além desse aspecto objetivo, onde o ônus

1 CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – Exegese do art. 373, §1º e 2º do NCPC. Revista de Processo, vol. 246 (agosto 2015), disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.246.04.PDF>. Acesso em: fevereiro de 2019.

é visto como regra de julgamento, há também o ônus subjetivo, que se trata do encargo da parte produzir a prova e cooperar com o desenvolver do processo².

O Código de Processo Civil de 1973 adotou a teoria estática da distribuição do ônus da prova, onde cabe ao autor fazer prova dos fatos constitutivos de seu direito; o réu, por sua vez, deverá provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Originalmente, a Consolidação das Leis Trabalhistas trazia uma regra de distribuição do ônus da prova bastante lacônica e, por isso, ineficaz. Por isso, o judiciário passou a aplicar o artigo 818 da Consolidação das Leis Trabalhistas combinado com o artigo 333 do Código de Processo Civil de 1973.

A norma estatuída na legislação processual brasileira sofreu forte influência das teorias de Chiovenda, Carnelutti e Betti.

No entanto, o processo atual, pautado pelos princípios da Constituição Cidadã, busca se livrar dos resquícios da concepção liberal-formalista, a qual se contentava com o alcance de uma verdade meramente formal e via o processo como instrumento direcionado a satisfazer o interesse de determinadas classes.

Nessa esteira, a distribuição estática do ônus da prova, tal qual proposta pelo Código de Processo Civil de 1973 e, conseqüentemente, pela Consolidação das Leis Trabalhistas, vinha sofrendo fortes críticas doutrinárias.

Aliás, os antigos estudiosos do processo Bentham e Demogue já trataram criticamente a distribuição estática do ônus da prova.

Bentham, baseado na doutrina colhida

2 LOPES, João Batista. A prova no direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 47.

por Bar e Laband no direito barbárico, propunha uma distribuição não estática do ônus da prova, incumbindo o encargo à parte que puder satisfazê-lo com menos inconvenientes³.

Demogue, por sua vez, defendia que deve prevalecer o princípio da solidariedade e não o da independência das partes. Segundo Soares de Faria, citado por Azário⁴, a teoria de Demogue pode ser resumida por duas regras: (a) não é necessário à parte provar todas as condições necessárias para a existência de seu direito, bastando que prove as condições que o tornam verossímil; (b) a obrigação de provar, conforme as peculiaridades de cada caso, deverá ser imposta à parte que se desincumbir do ônus com menos incômodo.

A necessidade de conformar a regra da distribuição do ônus da prova ao processo hodierno fez surgir a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

A referida teoria, também conhecida como teoria das cargas probatórias dinâmicas, tem como seu principal precursor o jurista Jorge W. Peyrano e é amplamente difundida na Argentina, principalmente no campo da responsabilidade profissional⁵.

Não há, contudo, consenso entre os doutrinadores sobre local e época que surgiu a teoria da distribuição dinâmica do ônus da

3 PACIFICO, Luiz Eduardo Boaventura. O ônus da prova no direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 2001.

4 AZÁRIO, Márcia Pereira. Dinamicização da distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro. Rio Grande do Sul: Lume, 2006, p. 45. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/7478>>. Acesso em: fevereiro de 2019.

5 AZÁRIO, Márcia Pereira. Dinamicização da distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro, p. 121. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/7478>>. Acesso em: fevereiro de 2019.

prova.

A referida teoria tem vestígios na doutrina de Bentham, que defendia que o ônus da prova deveria ficar a cargo da parte que pudesse satisfazê-lo com maior facilidade e menos inconvenientes⁶. Micheli também contribuiu nas primeiras linhas da teoria, lançando mão da ideia de que “[...] a distribuição do ônus da prova deveria ser feita por meio de uma valoração dinâmica em substituição a uma concepção abstrata e estática do fenômeno”, ou seja, a distribuição se daria conforme o caso concreto⁷.

No entanto, foi no final do século XX que alguns juristas argentinos, coordenados por Peyrano e fazendo uso da doutrina de James Goldschmidt, sistematizaram a teoria, chamando-a de *Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas*⁸.

A teoria busca flexibilizar as regras de distribuição do ônus da prova, facilitando sua aplicação no caso concreto. Busca também a igualdade substancial entre as partes e a aplicação do princípio da solidariedade no processo, deixando a produção da prova a cargo da parte com melhores condições de se desincumbir de tal encargo⁹.

Chama-se atenção para o fato de que

6 PACIFICO, Luiz Eduardo Boaventura. O ônus da prova no direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 84.

7 CREMASCO, Suzana Santi. A distribuição dinâmica do ônus da prova. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 70-71.

8 CREMASCO, Suzana Santi. A distribuição dinâmica do ônus da prova. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 71.

9 AZÁRIO, Márcia Pereira. Dinamicização da distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro, p. 124. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/7478>>. Acesso em: fevereiro de 2019.

esta teoria não ignora as regras clássicas de distribuição do ônus da prova, mas pretende completá-las e aperfeiçoá-las, através da flexibilização de sua aplicação nas hipóteses em que quem deveria provar, segundo as regras tradicionais, encontra-se impossibilitado por motivos que são alheios a sua vontade¹⁰.

Assim, segundo Souza, as regras da teoria clássica não são negadas pelos doutrinadores que defendem a teoria da distribuição dinâmica, ela apenas não é considerada absoluta, inflexível e em condições de solucionar todos os casos¹¹. A teoria das cargas probatórias dinâmicas representa um *plus* à teoria instituída no sistema processual clássico, buscando aprimorá-la¹².

Para Didier Júnior, Braga e Oliveira¹³, a distribuição estática, como regra absoluta e impassível de exceções, atrofia o sistema processual, vez que nem sempre a parte tem condições de se desincumbir do encargo imposto pela lei, o que, fatalmente, resultará em um obstáculo na busca da verdade e, conseqüentemente, em uma decisão desfavorável àquele impossibilitado de provar.

10 AZÁRIO, Márcia Pereira. Dinamicização da distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro, p. 125. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/7478>>. Acesso em: fevereiro de 2019.

11 DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 4. ed. Salvador: Editora Podivm, 2009. v. 4, p. 92.

12 CREMASCO, Suzana Santi. A distribuição dinâmica do ônus da prova. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 73.

13 DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 4. ed. Salvador: Editora Podivm, 2009. v. 4, p. 92.

A teoria das cargas probatórias dinâmicas rompe com as regras rígidas e estáticas de distribuição do ônus da prova, transformando-as em flexíveis e adaptáveis ao caso concreto. Para tanto, não há relevância na posição processual da parte (autor ou réu) e na espécie do fato (constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo), cabendo ao juiz, através de seu poder discricionário, e respeitando os preceitos legais, encarregar a parte que entenda em melhores condições de produzir a prova¹⁴.

Segundo Barberio, citado por Carpes¹⁵, “[...] o que se propõe é a flexibilização do esquema básico, ou a dinamização daquele módulo estático previsto na lei, em determinados casos concretos, especialmente naqueles em que, face a suas peculiaridades, a prova se torna excessivamente difícil para a parte onerada e, em contrapartida, mais fácil àquela inicialmente desonerada. [...] Através do funcionamento do ônus dinâmico, acaba-se com o imobilismo do arquétipo legal: transfere-se maior peso probatório sobre uma das partes, provocando, por via de consequência, o alívio do ônus da outra.”

Em suma, conforme leciona Dall’agnol Júnior¹⁶, a teoria das cargas probatórias dinâmicas

14 CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – Exegese do art. 373, §1º e 2º do NCPC. Revista de Processo, vol. 246 (agosto 2015), disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.246.04.PDF>. Acesso em: fevereiro de 2019.

15 CARPES, Artur. Ônus dinâmico da prova. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 75.

16 DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 4. ed. Salvador: Editora Podivm, 2009. v. 4, p.

se alça sobre as seguintes premissas: i) o encargo não deve ser repartido prévia e abstratamente, mas, sim, casuisticamente; ii) sua distribuição não pode ser estática e inflexível, mas, sim, dinâmica; iii) pouco importa, na sua subdivisão a posição assumida pela parte (se autor ou se réu); iv) 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.

Segundo Ferreira¹⁷, a distribuição dinâmica do ônus da prova se manifesta duplamente no processo: i) regra de procedimento para guiar a produção do arcabouço probatório; ii) regra de julgamento endereçada ao julgador para que aprecie as provas colimadas.

Até pouco tempo atrás inexistia previsão legal para a aplicação da referida teoria no processo brasileiro (havia a teoria da inversão da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor, que é diferente na teoria da distribuição dinâmica). Por isso a entrada da teoria das cargas probatórias dinâmicas em nosso sistema jurídico se deu por sugestão doutrinária e acolhimento judicial.

Importante lembrar que a lei deve ser valorada de acordo com a Constituição Federal, de forma que a repartição do ônus da prova prevista em lei deve estar de acordo com as normas constitucionais e em consonância com os princípios fundamentais do ordenamento

96.

17 FERREIRA, Eduardo de Campos. A distribuição dinâmica do ônus da prova no Novo Código de Processo Civil e os processos coletivos. Revista dos Tribunais, volume 971 (setembro 2016), disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rtrib_n.971.12.PDF>. Acesso em: fevereiro de 2019.

jurídico.

Em razão disso, a distribuição dinâmica do ônus da prova entrou para o rol de normas positivas do ordenamento jurídico brasileiro através da Lei 13.105/2015, o Novo Código de Processo Civil, e, mais recentemente, através da Lei 13.467/2017, a Reforma Trabalhista.

3. FUNDAMENTOS DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Na exposição de motivos do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil reconheceu-se que o direito processual, para se harmonizar com o Estado Democrático de Direito, deve proporcionar à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos. Destacou-se também que o direito material será inócuo sempre que não houver a garantia de sua realização por meio de um processo eficiente.

O processo é entendido como um “[...] instrumento a serviço da ordem constitucional”¹⁸, devendo ser reflexo dos princípios e direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal.

Por isso, o Novo Código de Processo Civil adotou a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, possibilitando ao julgador a redistribuição do encargo probatório em determinadas hipóteses.

É o mesmo raciocínio adotado pelos idealizadores da reforma trabalhista.

Assim, de acordo com a nova legislação,

18 CRUZ, Danilo Nascimento; PIAULINO CRUZ, Karine Rodrigues. Processo civil contemporâneo: aspectos conceituais; constitucionalização e tutela jurisdicional efetiva. Academia Brasileira de Direito Processual Civil, p. 4. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/O%20PROCESSO%20CIVIL%20CONTEMPORANEO%20-%20ASPECTOS%20CONCEITUAIS.pdf>>. Acesso em: fevereiro de 2019

o juiz poderá redistribuir o ônus probatório sempre que houver previsão legal, quando as peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de uma das partes de produzir a prova assim sugerir, ou, ainda, quando houver maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.

É importante dizer que, em que pese a adoção da teoria das cargas probatórias dinâmicas, o legislador não abdicou da regra clássica (aquela adotada pelo Código de Processo Civil de 1973), tornando-a regra, excepcionável sempre que o caso concreto sugira.

Antes do advento do Novo Código de Processo Civil e da Reforma Trabalhista, adotava-se uma forma abstrata e estática de eleger a parte responsável pela produção da prova, fato que, por vezes, impossibilitava um provimento jurisdicional justo.

A nova regra, que possibilita distribuir o ônus probatório de forma flexível e dinâmica, sempre pautado nas condições do caso concreto, busca dar ao processo a necessária conformação com os cânones constitucionais.

A adoção da teoria solidarista se justifica à medida que a Constituição Federal preocupou-se em garantir às partes o direito fundamental a um processo justo, com observância ao princípio do Devido Processo Legal, garantindo-se o efetivo contraditório e a ampla defesa¹⁹.

A referida teoria está fundamentada nos direitos à ordem jurídica justa, à igualdade substancial e à prova, sendo instrumentalizada pelos poderes instrutórios do juiz e pelo princípio da cooperação entre os sujeitos

19 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O projeto do CPC: críticas e propostas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 15.

processuais.

Nessa esteira, pode-se dizer que o processo não é um jogo onde vence o mais astuto (ao menos não deveria ser), é sim um instrumento de justiça, um meio de que se vale a parte para efetivar um direito garantido, oferecendo resultados satisfatórios e efetivos²⁰.

Para alcançar a justiça é primordial que se estabeleça a igualdade entre os litigantes²¹, esta igualdade não deve ser meramente formal, mas substancial. Isto é, aos litigantes deve ser garantida a igualdade na sua concepção aristotélica, tratando-se igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na exata medida de sua desigualdade.

Pensando nisso, a doutrina processual hodierna preocupa-se cada vez mais em instituir mecanismos que garantam a paridade de armas entre os litigantes, propiciando igualdade às partes na formação do convencimento judicial.

A distribuição estática do ônus probatórios já não se prestava a dar a “necessária fluidez à igualdade substancial entre as partes, o que fundamenta a necessidade de sua respectiva dinamização”²². Nesse diapasão, o direito à igualdade é um dos principais fundamentos que justifica a forma de distribuir o ônus da prova adotada pela nova legislação.

Não bastasse, é também motivo para a

20 DINAMARCO, Cândido Rangel. Os conflitos e a ordem jurídica justa. Disponível em: <http://xoomer.virgilio.it/leonildoc/curso/dina4.htm>. Acesso em: fevereiro de 2019.

21 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário. Migalhas, 29 de junho de 2017, disponível em <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI261126,31047-Garantia+do+tratamento+paritario>>. Acesso em: fevereiro de 2019.

22 CARPES, Artur. Ônus dinâmico da prova. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 84.

doção da referida teoria o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que consubstancia o direito à ordem jurídica justa como reflexo do direito de ação. Segundo Marinoni²³, o direito de ação não se satisfaz com uma resposta jurisdicional formal e desvinculada da justiça, requerendo a “[...] fixação de técnicas processuais idôneas à efetiva tutela dos direitos”, o que vincula o legislador a desenvolver meios adequados a prestação jurisdicional e o juiz a atuar “[...] quando à luz das circunstâncias concretas do caso, revela-se omissa ou inadequada a técnica tipificada na lei”.

Por fim, pode-se dizer que a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova se presta a efetivar a garantia do direito fundamental à prova, o qual visa instrumentalizar o processo de métodos que possibilitem a elucidação dos fatos entregues à tutela jurisdicional.

Não basta, porém, a legislação instrumentalizar um processo justo, é necessário que os sujeitos processuais ajam com lealdade e cooperação recíproca. Nesse sentido, surge o princípio da cooperação dos sujeitos processuais, que impõe ao juiz uma postura ativa na produção probatória e às partes o dever de agir com lealdade, probidade e boa-fé, devendo colaborar efetivamente à solução justa do litígio.

Nesta perspectiva aponta-se a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova como alternativa para o juiz, à luz do caso concreto, incumbir a produção da prova à parte que efetivamente tenha melhores condições de fazê-lo.

23 CARPES, Artur. Ônus dinâmico da prova. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 77-78

4. CRITÉRIOS PARA A APLICAÇÃO DA TEORIA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA – ESPECIALMENTE NO PROCESSO DO TRABALHO APÓS A PROMULGAÇÃO DA LEI N. 13.467/17

No Brasil, a teoria das cargas probatórias dinâmicas foi precedida pela teoria da inversão do ônus da prova, prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor.²⁴

A legislação consumerista prevê a facilitação da defesa dos direitos do consumidor, inclusive através da “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 de experiências.”

Interessante notar que o Código de Defesa do Consumidor data de 1991, o que significa dizer que foi criado já sob a roupagem da Constituição Federal de 1988, ficando evidente a mudança de postura legislativa em relação ao tema.

Não se deve ignorar, porém, que a inversão do ônus da prova é diferente da teoria da distribuição dinâmica. Na primeira, o ônus da prova é repartido de acordo com as regras clássicas e, ante a hipossuficiência da parte ou verossimilhança de sua alegação, o juiz pode inverter o ônus da prova²⁵; na segunda, o ônus da prova é distribuído de forma flexível e dinâmica de acordo com as condições da parte no caso concreto. As teorias se assemelham entre si

24 AZÁRIO, Márcia Pereira. Dinamicização da distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro, p. 125. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/7478>>. Acesso em: fevereiro de 2019.

25 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 194.

por se pautarem em princípios semelhantes, porém diferem em sua essência e na forma de aplicação.

Dito isto, passa-se à análise acerca da aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, positivada no artigo 373, §1º, do Novo Código de Processo Civil e, posteriormente, adotada expressamente no processo do trabalho através do artigo 818, §1º da Consolidação das Leis Trabalhistas.

A primeira inovação da reforma trabalhista foi incorporar ao texto celetista a regra clássica de distribuição do ônus da prova, prevista no Código de Processo Civil e já adotada na praxe do processo do trabalho. Isto é, a reforma positivou que cabe ao Reclamante a prova dos fatos constitutivos de seu direito e ao Reclamado a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do Reclamante.

O §1º do artigo 818 da Consolidação das Leis Trabalhistas, por sua vez, faculta ao juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, ou seja, distribuir o ônus da prova de forma dinâmica.

A dinamização da carga probatória se justifica diante de alguns critérios alternativos, quais sejam: (a) previsão legal; ou (b) peculiaridade da causa relacionada à impossibilidade ou à extrema dificuldade da parte cumprir o encargo associada à maior facilidade da outra parte de provar o fato contrário.

Visa-se com isso atribuir o ônus da prova à parte que tenha melhores condições de cumprir este encargo, municiando o magistrado de instrumentos para que possa distribuir o ônus da prova de acordo com a realidade do caso concreto.

Nesse contexto, segundo Dall’Agnol

Júnior²⁶, “[...] a solução alvitada tem em vista o processo em sua concreta realidade, ignorando por completo a posição nele da parte (se autora ou se ré) ou a espécie do fato (se constitutivo, extintivo, modificativo, impeditivo). Há de demonstrar o fato, pouco releva se alegado pela parte contrária, aquele que se encontra em melhores condições de fazê-lo.”

O magistrado não está preso a critérios prévios, gerais ou abstratos. A repartição se dará casuisticamente, através de critérios dinâmicos decorrentes das regras de experiência e do senso comum, que possibilitarão aferir qual dos litigantes tem mais facilidade de provar. Segundo Didier Júnior²⁷, explora-se “[...] a dinâmica fática e axiológica presente no caso concreto, para atribuir a carga probatória àquele que pode melhor suportá-la”.

O principal critério que possibilita a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova é “[...] a dificuldade ou a impossibilidade de o litigante a quem, pelas cargas de repartição clássicas, toca o encargo de produzir a prova respectiva”²⁸. Isto é, a aplicação da referida teoria justifica-se a partir do momento em que a parte inicialmente onerada de produzir a prova encontra dificuldade em

fazê-lo, seja por sua condição hipossuficiente ou pela impossibilidade de acesso à prova.

A dificuldade ou impossibilidade de cumprir o encargo probatório pode decorrer de uma série de razões – cultural, social, econômica, técnica etc. – sendo todas igualmente aptas a possibilitar a distribuição dinâmica do ônus de provar. Desta forma, é necessário restar demonstrado de forma objetiva algum empecilho para o cumprimento do encargo²⁹.

Não basta, porém, a dificuldade ou impossibilidade de produção da prova por uma das partes, é necessário que a contraparte encontre possibilidade ou maior facilidade em trazer a prova aos autos³⁰.

Caso ambos os litigantes estejam impossibilitados de produzir a prova, a aplicação da distribuição dinâmica dos encargos não trará uma solução justa, afrontando o direito fundamental à igualdade substancial. Transferir o encargo à parte impossibilitada de produzir a prova não é resolver o problema e sim sentenciar sua provável sucumbência.

A propósito, o §3º do artigo 818 da Consolidação das Leis Trabalhistas dispõe que a decisão que dinamizar o ônus da prova “não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.” Trata-se do cânone processual de vedação da atribuição do ônus de produzir uma prova diabólica.

Em razão disso, para que se faça uso da distribuição dinâmica, é necessário que a prova seja unilateralmente diabólica, ou seja,

26 DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 4. ed. Salvador: Editora Podivm, 2009. v. 4, p. 93.

27 DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 4. ed. Salvador: Editora Podivm, 2009. v. 4, p. 94.

28 CREMASCO, Suzana Santi. A distribuição dinâmica do ônus da prova. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 86.

29 CREMASCO, Suzana Santi. A distribuição dinâmica do ônus da prova. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 87.

30 CREMASCO, Suzana Santi. A distribuição dinâmica do ônus da prova. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 87,

impossível ou de difícil produção para uma das partes, porém possível para a outra. Por outro lado, caso uma das partes seja culpada pela situação de inesclarecibilidade, deverá esta arcar com a sucumbência³¹.

Segundo Didier Junior, citado por Carvalho³², a dinamização do ônus probatório não deve criar uma situação de impossibilidade para a outra parte, nesse caso a teoria não deve ser aplicada, e, não se sanando a dúvida do Juízo, impõe-se a utilização da “regra da inesclarecibilidade, de forma a analisar qual das partes assumiu o risco da situação de dúvida insolúvel, devendo esta ser submetida a decisão desfavorável.”

Nesse sentido, o jurista argentino Jorge W. Peyrano traçou três critérios balizadores para a aplicação da teoria, quais sejam: (a) a aplicação se dá de forma parcial, incidindo apenas sobre determinados fatos, de forma que não haverá total supressão da distribuição clássica; (b) a igualdade (substancial) de condições das partes impossibilita a aplicação da teoria; e (c) a aplicação não poderá acarretar em surpresa para as partes³³.

Enoque Ribeiro dos Santos³⁴ expõe detalhadamente a questão aplicada diretamente

na Justiça do Trabalho: “Dessa maneira, diante de uma situação de prova diabólica, em que o autor, ou o réu, terá dificuldade de produzir a prova, o juiz pode determinar que a parte contrária o faça, invertendo-se o ônus da prova. Em vista disso, em um caso concreto em que a prova seja muito difícil para uma parte e a prova do fato contrário seja mais fácil, o juiz poderá inverter o ônus da prova. Tal procedimento refere-se à chamada inversão do ônus da prova *ope iudicis*, que significa inversão do ônus da prova por decisão judicial. Apesar de a norma determinar que essa decisão deva ser fundamentada, essa determinação nem mesmo necessitaria estar estampada na CLT, posto ser evidente que a decisão deve ser fundamentada, como qualquer decisão judicial. Por óbvio que a decisão do juiz, ao inverter o ônus da prova, deve estar fundamentada, não podendo agir ao seu livre alvedrio. Consequentemente, o juiz somente deve inverter o ônus da prova se houver fundamento ou dificuldade de prova ou facilidade de prova do fato contrário. São exemplos, no processo do trabalho, os conflitos envolvendo insalubridade, periculosidade, doenças ocupacionais, entre outros. Nesses casos, o empregador possui maiores condições de provar que o ambiente de trabalho é salubre, não é perigoso, já que as Normas Regulamentadoras (NRs) do Ministério do Trabalho (MTb) 15 e 16 preconizam que as empresas que tenham um potencial ambiente de trabalho insalubre e/ou perigoso devem, obrigatoriamente, manter alguns laudos técnicos feitos por profissionais habilitados da área, como, por exemplo, o PPP (Perfil Profissiográfico Previdenciário), o PPRA (Programa de Prevenção de Riscos Ambientais), o LTCAT (Laudo Técnico das Condições

31 DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 4. ed. Salvador: Editora Podivm, 2009. v. 4, p. 90.

32 LISBOA, Daniel; MUNHOZ José Lucia. Reforma trabalhistas comentada por juizes do trabalho: artigo por artigo. São Paulo: LTR, 2018, p. 416.

33 AZÁRIO, Márcia Pereira. Dinamicização da distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro, p. 131. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/7478>>. Acesso em: fevereiro de 2019.

34 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Curso de direito processual do trabalho, 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2018.

Ambientais de Trabalho), o PCMSO (Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional).”

Em que pese ser óbvio e já previsto pelo inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal, o §1º do artigo 818 do Consolidação das Leis Trabalhistas dispôs que a decisão que redistribuir o ônus da prova deverá ser fundamentada pelo juiz.

Assim, presente a discricionariedade do magistrado em interpretar a lei com base nos preceitos constitucionais, o princípio da motivação terá condão de dar publicidade ao uso do poder discricionário, que deverá guardar os limites impostos pela própria Constituição³⁵.

Por fim, é possível afirmar que os parâmetros e limites para a aplicação do método de distribuição do ônus da prova, apesar de já alinhados na legislação, somente ganharão contornos efetivos com o passar do tempo e com os debates doutrinários e jurisprudenciais.

5. A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO POR CONVENÇÃO DAS PARTES

Nas relações de trabalho a disparidade entre os polos da demanda é acentuada, posto que, na maioria dos casos, o empregado não dispõe da capacidade informacional do empregador³⁶, detentor da documentação

35 SAÍKI, Silvio Luís de Camargo. A norma jurídica da motivação das decisões. Revista Jurídica da Presidência, Brasília: Centro de Estudos Jurídicos da Presidência, v. 9, n. 88, p. 01-17, dez/2007 a jan/2008. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/270>>. Acesso em: fevereiro de 2019.

36 ABRAMIDES, Natália Marques. A aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho. Migalhas, 13 de junho de 2018, disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI281599,71043-A+aplicacao+da+teoria+da+distribuicao+dinamica+do+onus+da+prova+no>>.

organizada decorrente da relação jurídica estabelecida.

Essa adequação do ônus probatório ao caso concreto, levando em consideração as aptidões das partes, é medida de Justiça e está de acordo com os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal³⁷.

Questão interessante e objeto central desta pesquisa é a (im)possibilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova por convenção das partes no processo do trabalho, conforme prevê o art. 373, §3º do Código de Processo Civil.

A Consolidação das Leis Trabalhistas, quando tratou do assunto, nada falou sobre a possibilidade de convenção das partes acerca da dinamização do encargo probatório.

Sabe-se que o artigo 769 da Consolidação das Leis Trabalhistas dispõe que “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.”

Assim, diante da ausência de vedação expressa por parte do legislador, parece haver um viés que conduza para o entendimento de possibilidade da convenção do tema entre as partes.

Por outro lado, antes da edição da Lei n. 13.467, conhecida por Reforma Trabalhista, o Tribunal Superior do Trabalho havia editado a Instrução Normativa n. 39, onde autorizava a

.....
Acesso em: fevereiro de 2019.

37 CHEHAB, Gustavo Carvalho. A teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova e a sua aplicação no processo trabalhista brasileiro. Revista do TRT10, Escola Judicial, disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/75034/2015_chehab_gustavo_teorias_dinamica.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: fevereiro de 2019.

aplicação do instituto da distribuição dinâmica do ônus da prova previsto no Código de Processo Civil, exceto quanto ao §3º do art. 373, justamente aquele que permite a convenção das partes sobre a dinamização do encargo probatório.

Parece evidente que o Tribunal Superior do Trabalho entendeu que o referido instituto não guarda compatibilidade com o processo trabalhista, ao menos não antes da Reforma Trabalhista.

Na edição da Lei n. 13.467/2017 o legislador fez inserir na Consolidação das Leis Trabalhistas o princípio da prevalência do convencionado sobre o legislado, dando amplo alcance interpretativo a dispositivos como o artigo 444, que prevê acentuada liberdade na estipulação contratual entre empregado e empregador.

O alcance do referido artigo vai ainda mais além àqueles considerados altos empregados, cujo distinção dos demais se dá pela escolaridade e remuneração.

Inevitável é a conclusão que os dois pontos de vistas podem encontrar plausibilidade. Entretanto, a interpretação mais adequada é sempre aquela que se harmoniza com os princípios gerais do ordenamento jurídico como o da dignidade da pessoa humana, da igualdade substancial entre as partes, do acesso à justiça, da lealdade, da boa-fé, e da colaboração entre as partes³⁸.

O objetivo do instituto da distribuição dinâmica do ônus da prova é a facilitação da produção da prova. Entretanto, possibilitar a livre convenção do assunto entre empregadores e empregados poderá ensejar um efeito

contrário ao esperado, outorgando-se aos empregadores um perigoso instrumento capaz de fulminar o direito de ação dos empregados.

Em obra doutrinária elaborada por juízes trabalhistas, a conclusão foi a de que, ao contrário do processo civil, o negócio processual do processo trabalhista deve ser visto com ressalvas, sempre com o intuito de proteger o trabalhador hipossuficiente. Desse modo, nessa obra doutrinária, concluiu-se pela impossibilidade de convenção acerca da distribuição dos encargos probatórios.³⁹

Em que pese a ausência de uma resposta definitiva, o próprio Tribunal Superior do Trabalho tende a manter o entendimento exposto na Instrução Normativa n. 39, deixando a cargo exclusivo do julgador a decisão sobre a distribuição do ônus da prova, o que será feito sempre com estrita observância às peculiaridades do caso concreto.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria das cargas probatórias dinâmicas é tema relativamente novo no Brasil e, até a edição do Novo Código de Processo Civil, em 2015, inexistia previsão legislativa acerca de sua aplicabilidade em nosso ordenamento jurídico

A consequência disso, para uma pesquisa, é a pouca multiplicidade de referências bibliográficas. No entanto, os autores abordados trouxeram um conteúdo amplo e coeso, suprimindo assim a falta de variedade bibliográfica.

No tocante ao ônus da prova, cada país adotou a teoria que, culturalmente e

38 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2015.

39 LISBOA, Daniel; MUNHOZ José Lucia. Reforma trabalhistas comentada por juízes do trabalho: artigo por artigo. São Paulo: LTR, 2018, p 413.

historicamente, mais se amoldava ao seu ordenamento jurídico. O Brasil, país de colonização portuguesa, herdou uma cultura jurídica formal-liberalista, fator determinante para a adoção da teoria de distribuição estática e abstrata dos encargos probatórios no processo civil.

Entretanto, cada vez mais a doutrina tende a afirmar a relevância de um processo harmonizado com a Constituição Federal, pautado nos princípios e direitos fundamentais.

O processo contemporâneo, principalmente o processo trabalhista, tende a abstrair-se do formalismo exacerbado, tornando-se cada vez mais simples, servindo como instrumento para a realização do direito material e para a resolução justa e efetiva das lides.

No Brasil a adoção de uma teoria solidarista se iniciou pelo Código de Defesa do Consumidor, que adotou a possibilidade de inversão do ônus da prova.

Posteriormente, por sugestão doutrinária, o judiciário passou a aplicar a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, principalmente nos processos relacionados à responsabilidade profissional.

Finalmente, no ano de 2015, a teoria das cargas probatórias dinâmicas foi expressamente adotada pela Lei n. 13.105, o Novo Código de Processo Civil. A partir de então ganhou força sua aplicação no processo do trabalho.

Com a edição da Lei n. 13.467, conhecida por Reforma Trabalhista, passou-se a replicar expressamente a norma prevista no Código de Processo Civil, estabelecendo-se como regra a distribuição estática do ônus probatório, mas com possibilidade de o juiz dinamizar o ônus probatório, encarregando a parte em melhores

condições de produzir a prova.

Pelo estudo desenvolvido tem-se que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova é uma técnica de repartição dos esforços probatórios que rompe com as regras rígidas e estáticas propostas pela teoria clássica, defendendo que o ônus da prova deverá ser distribuído casuisticamente, de forma flexível e dinâmica.

Desta forma, a referida teoria defende que os encargos probatórios não devem ser repartidos de forma prévia e abstrata, mas sim de acordo com o caso concreto. Neste tipo de distribuição passa a ser irrelevante a natureza do fato (constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo) ou a posição das partes no processo (autor ou réu), importarão tão somente suas condições – financeiras, técnicas, social, de acesso a informação etc. – de produzir a prova.

Assim, de acordo com o §1º do artigo 818 da Consolidação das Leis Trabalhistas, a dinamização da carga probatória se justifica diante de alguns requisitos, quais sejam: (a) previsão legal; (b) peculiaridade da causa relacionada à impossibilidade ou à extrema dificuldade da parte cumprir o encargo; (c) à maior facilidade de provar o fato contrário.

Presume-se que o principal critério para a aplicação da referida teoria é a constatação da desigualdade entre as partes, onde uma possui melhores condições de produzir a prova.

Pode-se afirmar que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova encontra respaldo na Constituição Federal, devendo ser aplicada como instrumento de justiça e para concretização dos direitos fundamentais à ordem jurídica justa, à igualdade substancial e à prova.

Diante disso, torna-se possível

considerações mais pontuais sobre a hipótese formulada na presente pesquisa: é possível, tal qual no processo civil, a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova por convenção das partes?

A pesquisa desenvolvida sugere que não.

O direito do trabalho, diferentemente do direito civil, exige maior protecionismo a uma das partes, notadamente pela natural relação de desequilíbrio estabelecida, onde o empregador costuma estar em uma situação probatória muito mais confortável que o empregado.

Deixar a distribuição do ônus da prova ser livremente convencionada pelas partes pode criar um efeito contrário à própria natureza do instituto, que é de facilitar a vinda da prova ao processo. Nesse passo, a convenção das partes poderá acarretar em uma cláusula oblíqua de restrição ao acesso à justiça.

O próprio Tribunal Superior do Trabalho, ainda antes da edição da lei que reformou na Consolidação das Leis Trabalhistas, havia entendido que a distribuição dinâmica do ônus da prova seria passível de aplicação no processo do trabalho, exceto quanto à possibilidade de convenção entre as partes. Tal entendimento, mesmo com o ânimo do legislador em outorgar maior autonomia às partes, parece prevalecer.

A relação de hipossuficiência no direito do trabalho não pode ser negada e somente o protecionismo legislativo e a boa condução do processo judicial tem aptidão para mitigar a desigualdade.

Portanto, a melhor resposta parece ser a de que o processo do trabalho recebeu muito bem a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, mas esta deve se dar mediante decisão judicial e não por convenção das partes.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMIDES, Natália Marques. A aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho. Migalhas, 13 de junho de 2018, disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI281599,71043-A+aplicacao+da+teoria+da+distribuicao+dinamica+do+onus+da+prova+no>>. Acesso em: fevereiro de 2019.

AZÁRIO, Márcia Pereira. Dinamicização da distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro. Rio Grande do Sul: Lume, 2006, p. 45. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/7478>>. Acesso em: fevereiro de 2019.

CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – Exegese do art. 373, §1º e 2º do NCP. Revista de Processo, vol. 246 (agosto 2015), disponível em < http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.246.04.PDF>. Acesso em: fevereiro de 2019.

CARPES, Artur. Ônus dinâmico da prova. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 75.

CREMASCO, Suzana Santi. A distribuição dinâmica do ônus da prova. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p. 70-71.

CRUZ, Danilo Nascimento; PIAUILINO CRUZ, Karine Rodrigues. Processo civil contemporâneo: aspectos conceituais; constitucionalização e tutela jurisdicional efetiva. Academia

Brasileira de Direito Processual Civil, p. 4. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/O%20PROCESSO%20CIVIL%20CONTEMPORANEO%20-%20ASPECTOS%20CONCEITUAIS.pdf>>. Acesso em: fevereiro de 2019.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 4. ed. Salvador: Editora Podivm, 2009. v. 4.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Os conflitos e a ordem jurídica justa. Disponível em: <http://www.leonildocorrea.adv.br/curso/dina4.htm>. Acesso em: fevereiro de 2019.

FERREIRA, Eduardo de Campos. A distribuição dinâmica do ônus da prova no Novo Código de Processo Civil e os processos coletivos. Revista dos Tribunais, volume 971 (setembro 2016), disponível em: < http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.971.12.PDF>. Acesso em: fevereiro de 2019.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2015.

LISBOA, Daniel; MUNHOZ José Lucia. Reforma trabalhistas comentada por juízes do trabalho: artigo por artigo. São Paulo: LTR, 2018.

LOPES, João Batista. A prova no direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário. Migalhas, 29 de junho de 2017, disponível em <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI261126,31047-Garantia+do+tratamento+paritario>>. Acesso em: fevereiro de 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O projeto do CPC: críticas e propostas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PACIFICO, Luiz Eduardo Boaventura. O ônus da prova no direito processual civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 2001.

SAÍKI, Silvio Luís de Camargo. A norma jurídica da motivação das decisões. Revista Jurídica da Presidência, Brasília: Centro de Estudos Jurídicos da Presidência, v. 9, n. 88, p. 01-17, dez/2007 a jan/2008. Disponível em: < <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/270>>. Acesso em: fevereiro de 2019.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Curso de direito processual do trabalho, 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2018.

SILVA, Nelson Finotti. Um juiz mais ativo no Processo Civil. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 83, 24 set. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4356>>. Acesso em: fevereiro de 2019.

Publicado originalmente na “Revista dos Tribunais - vol.102/2019 - p.189-209 - nov-dez 2019”

DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

Maria Ivone Fortunato Laraia

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1. PROVAS E ÔNUS DA PROVA
 2. ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL
 3. ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL TRABALHISTA. ALTERAÇÃO DA REDAÇÃO DO ARTIGO 818 DA CLT
 - 3.1 DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL TRABALHISTA
 - 3.2 DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL TRABALHISTA
 4. APLICAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA E DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO
 5. CONCLUSÃO
- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INTRODUÇÃO

A Lei n.º 13.467 de 13 de julho de 2017, que altera a Consolidação da Leis do Trabalho – CLT, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho, traz, sem qualquer sombra de dúvida, profundas mudanças na legislação trabalhista. Conhecida como a *Lei*

da Reforma Trabalhista, introduz e altera vários artigos da Consolidação das Leis do Trabalho tanto em relação ao Direito Material do Trabalho, quanto em relação ao Processo do Trabalho.

Causadora de grandes polêmicas, mencionada lei é considerada por muitos como geradora da precarização das condições de trabalho e responsável por restringir o acesso dos trabalhadores ao judiciário e por outros, em sentido contrário, é muito elogiada, sob o argumento de que será responsável pela criação de inúmeros postos de trabalho e pela pacificação social porque reduzirá consideravelmente as ações trabalhistas.

Dentre as alterações trazidas pela reforma, a nova redação dada ao artigo 818 da CLT, atualiza a regra da distribuição do ônus da prova, quando traz expressamente a regulamentação da distribuição estática e dinâmica do ônus da prova e certamente trará impactos positivos no Processo do Trabalho.

Pretende-se, com este estudo, fazer uma análise do ônus da prova no direito processo trabalhista, diante da alteração legislativa que deu uma nova redação ao artigo 818 da



.....
 Maria Ivone Fortunato Laraia

Especialista, Mestre e doutora em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professora de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho da PUC-SP, no curso de Especialização. Advogada trabalhista.

CLT, bem como verificar a sua aplicação nos Tribunais Trabalhistas.

1 PROVAS E ÔNUS DA PROVA

As provas são meios pelos quais se pretende a demonstração da verdade dos fatos alegados no processo. Ensina Nelson Nery Junior que provas são:

Meios processuais ou materiais considerados idôneos pelo ordenamento jurídico para demonstrar a verdade, ou não, da existência e verificação de um fato jurídico¹.

Será a partir da verdade alcançada através da prova produzida que o julgador formará a sua convicção e deferirá, ou não, os direitos pleiteados. Na visão de Osvaldo Alfredo Gozaini:

Con esta tendencia se concreta la idea de una sola versión para la verdad. Carnelutti elimina el mito de la verdad formal, para centrarla en los hechos que con la prueba se determinan. No se refiere al tipo de circunstancias que deben probarse, ni a la apreciación que sobre ellas se há de realizar, porque estas cuestiones dependen del sistema legal imperante. Com esta regla, el objeto de la prueba persigue la seguridad de encontrar em los relatos y afirmaciones una verdad única que permita llegar a la sentencia componiendo la litis com justicia y razón².

1 NERY JUNIOR, Nelson, Rosa Maria Andrade Nery. Código de Processo Civil Comentado. 4ª ed. Revista e ampliada. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 832.

2 DIDIER JR, Fredie, Eduardo Ferreira Jordão, coordenadores. *Teoria do Processo: Panorama*

O princípio do devido processo legal, baseado no enunciado “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”(art. 5º, LIV da CF/88), acrescido do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV da CF/88), do contraditório e da plena defesa (art. 5º, LV da CF/88), além dos princípios da efetividade e da duração razoável do processo, constituem as garantias processuais necessárias para sua correta interpretação e solução. Segundo José Afonso da Silva:

O princípio do devido processo legal entra agora no Direito Constitucional positivo com um enunciado que vem da Carta Magna inglesa: *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal* (art. 5º, LIV). Combinado com o direito de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) e o contraditório e a plenitude de defesa (art. 5º, LV), fecha-se o ciclo das garantias processuais. Garante-se o *processo*, e quando se fala em ‘processo’, e não em simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais”, conforme autorizada lição de Frederico Marques³.

No Processo do Trabalho, o fundamento

.....
Doutrinação Mundial. La Verdad Y La Prueba por Osvaldo Alfredo Gozaini. Salvador, JusPodium, 2007, p. 743.

3 DIDIER JR, Fredie, Eduardo Ferreira Jordão, coordenadores. *Teoria do Processo: Panorama Doutrinário Mundial. La Verdad Y La Prueba por Osvaldo Alfredo Gozaini. Salvador, JusPodium, 2007, p. 743.*

legal das provas está previsto nos artigos 818 a 830 da CLT. Todavia, até a reforma trabalhista, a doutrina e a jurisprudência complementavam mencionados dispositivos, com fundamento nos artigos 769 da CLT e 372 do CPC, com as disposições previstas para o tema no Código de Processo Civil.

Nos termos do artigo 369 do CPC, a prova pode ser produzida por todos os instrumentos previstos em lei, desde que moralmente legítimos e não sejam por ela vedados, assegurando o princípio da atipicidade da prova. Habitualmente utilizamos como meio de prova, a prova documental, a confissão das partes, a prova testemunhal, perícias e inspeção judicial. Todavia, outros meios de prova podem ser criados para influir eficazmente na convicção do juiz, ainda que não especificado no CPC ou utilizado habitualmente com essa finalidade.

O objeto da prova são os fatos que se funda o pedido ou a defesa, eis que o Juiz conhece o direito (*"juria novit curia"*), todavia algumas exceções são verificadas quando a alegação se funda em direito municipal, estadual, estrangeiro e consuetudinário, os quais devem ter o teor e a vigência provados pela parte, se assim determinar o Juiz (art. 375 do CPC). O mesmo ocorre em relação às Convenções Coletivas de Trabalho, aos Acordos Coletivos de Trabalho, às Convenções da OIT não ratificadas e aos regulamentos de empresa.

Fatos notórios, afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, admitidos, no processo, como incontroversos (confissão real) e em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade, não precisam ser provados.

Em regra, é vedada a produção de prova ilícitas no processo, conforme previsto no art.

5º, LVI da CF/88. No Processo do Trabalho, onde verificamos o princípio da proteção e a dificuldade na produção de algumas provas, a regra da vedação da utilização de provas ilícitas foi abrandada. A jurisprudência trabalhista, em algumas situações, quando se depara com a alegação de que a prova foi obtida de modo ilícito, se socorre do princípio da proporcionalidade (art. 8º do CPC de 2015) ou do princípio da ponderação, segundo o qual, os interesses devem ser sopesados, a fim de que a decisão proferida seja a mais justa para o caso concreto. Em relação ao tema da proibição da prova ilícita, Nelson Nery Junior afirma que:

A jurisprudência de nossos tribunais tem enveredado corretamente para a tese intermediária, encontrando a medida ideal para a aplicação do princípio da proporcionalidade, quando proclama que, "não se cuidando de interceptação de conversa telefônica ou de outro meio ilegal ou moralmente ilícito, mas simplesmente de reprodução de conversa mantida pelas partes e gravada por uma delas, há de ser esta gravação admitida como prova em juízo, a teor do CPC/1973 383 (CPC 422), independentemente a admissibilidade da referida prova do conhecimento de sua formação pela outra parte⁴.

O ônus da prova é um encargo atribuído pela lei às partes envolvidas no processo, que gera consequências na obtenção da pretensão posta em juízo. Nelson Nery Junior define ônus de provar da seguinte forma:

A palavra vem do latim, *onus*, que

4 NERY JUNIOR, Nelson, Georges Abboud. Direito Constitucional Brasileiro. Curso Completo. São Paulo: RT, 2017, p. 211.

significa carga, fardo, peso, gravame. Não existe *obrigação* que corresponda ao descumprimento do ônus. O não atendimento do ônus de provar coloca a parte em desvantajosa posição para a obtenção do ganho de causa. A produção probatória, no tempo e na forma prescrita em lei, é ônus da condição de parte⁵.

Entendemos que o ônus da prova não é uma penalidade, uma obrigação ou um dever, mas sim uma faculdade da parte em praticar determinado ato que, quando não praticado, gera como consequência, a preclusão. Quando um fato é alegado, é necessário prova-lo, razão pela qual, em regra, quem alega têm o ônus de provar suas alegações (art. 818 da CLT). Para cada fato alegado pela parte surge um ônus de prova-lo. Apesar da existência do ônus da prova, uma vez produzida, a prova pertence ao processo e poderá ser utilizada indistintamente, conforme esclarecido por Leonardo Tibo Barbosa Lima:

O ônus da prova surge, portanto, a cada alegação feita pelas partes. Todavia, a sua incumbência pode alterar durante o processo, antes ou depois da produção de prova. Entretanto, o Juiz só deve decidir com base no ônus da prova quando não tiver sido produzida a prova sobre um fato, porque, caso a prova tenha sido produzida, ela será do processo e não da parte, pelo princípio da aquisição (art. 371 do CPC de 2015). Dessa forma, se o ônus de provar determinado fato for de “A”, mas a prova for feita por “B”, o Juiz conhecerá

da prova normalmente, sem qualquer empecilho⁶.

Sendo assim, em um primeiro momento, o que se pretende é saber se o resultado da instrução processual foi completo ou não. Sendo completo o resultado, haverá o convencimento do juiz, e pouco importa saber quem produziu a prova ou de quem era o ônus probatório. Todavia, sendo incompleto o resultado da prova na instrução processual, pela ausência de provas, nasce o problema de saber quem tinha o ônus de produzi-la e não o fez. O ônus da prova, quando não houver provas no processo, será analisado pelo juiz que julgará de forma contrária àquele que detinha o ônus, todavia, dele não se desincumbiu.

2 ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

O artigo 373 do Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, que prevê a distribuição do ônus da prova, tem parentesco com os arts. 2.697 e 2.698 do Código Civil italiano. Nos termos do artigo 2.697 e 2.698 do Código Civil italiano “Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l’inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si e’ modificato o estinto deve provare i fatti su cui l’eccezione si fonda.” E ainda, “Sono nulli i patti con i quali e’ invertito ovvero e’ modificato l’onere della prova, quando si trata di diritti

5 NERY JUNIOR, Nelson, Rosa Maria Andrade Nery. Código de Processo Civil Comentado. 4ª ed. Revista e ampliada. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 835.

6 LIMA, Leonardo Tibo Barbosa. Lições de Direito Processual do Trabalho. Teoria e Prática. Atualizado à luz do CPC de 2015 e da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/17). 4ª edição. São Paulo, LTr, 2017, p. 234.

di cui le parti non possono disporre o quando l'inversione o la modificazione ha per effetto di rendere a una delle parti eccessivamente difficile l'esercizio del diritto.”

Ambos os diplomas positivaram as regras estática e dinâmica de repartição do ônus da prova, semelhante ao que já havia sido adotado pelo Código Civil português de 1966 (Código Civil português, artigo 344⁹⁷, atualizado pela Lei 59/99, de 30/06), como podemos verificar no parágrafo 1º do artigo 373 do Código de Processo Civil Brasileiro de 2015.

A legislação esparsa brasileira, também já previa hipóteses de inversão do ônus da prova: a) no CDC⁸, em favor do consumidor; b) no CDC⁹, em matéria de publicidade o ônus é de quem patrocina; c) em ações judiciais de aposentadoria¹⁰, em favor do segurado.

7 CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS, (Atualizado até à Lei 59/99, de 30/06), DECRETO-LEI Nº 47 344, de 25 de Novembro de 1966

ARTIGO 344º (Inversão do ónus da prova)

1. As regras dos artigos anteriores invertem-se, quando haja presunção legal, dispensa ou liberação do ónus da prova, ou convenção válida nesse sentido, e, de um modo geral, sempre que a lei o determine.

2. Há também inversão do ónus da prova, quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado, sem prejuízo das sanções que a lei de processo mande especialmente aplicar à desobediência ou às falsas declarações.

8 artigo 6º, VIII, do CDC “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 de experiências;”.

9 artigo 38, do CDC “Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.”

10 § 1º do Art. 29-A da Lei 8.213/90 “Art. 29-A. O INSS utilizará as informações constantes no Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS sobre os vínculos e as remunerações dos segurados, para fins de cálculo do

Como o juiz não pode deixar de decidir, aplicando-se o *non liquet*, as controvérsias são resolvidas através da utilização de critérios expressos na legislação processual. Esses critérios são as regras da distribuição do ônus da prova. São eles que justificam o fato de que mesmo quando o material probatório não é suficiente para esclarecer adequadamente os fatos alegados, seja pela falta de provas ou pela impossibilidade de saber qual foi a melhor prova, o juiz decida em desfavor daquele que tinha o ônus de provar e não o fez satisfatoriamente.

A distribuição do ônus da prova prevista no Código de Processo Civil pode ser estática ou dinâmica¹¹. Pela distribuição estática, em regra a prova é da parte que alega os fatos, mas se o demandado alegar fatos modificativo, extintivos e impeditivos do direito do autor, será seu o ônus de provar tais fatos (art. 373, I e II do CPC de 2015). Já a distribuição dinâmica, será o juiz que irá atribuir o ônus da prova não a quem alega, mas sim a quem tem melhores condições de produzir a prova (art. 373, § 1º, do CPC de 2015).

.....
salário-de-benefício, comprovação de filiação ao Regime Geral de Previdência Social, tempo de contribuição e relação de emprego. (...) § 1o O INSS terá até 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da solicitação do pedido, para fornecer ao segurado as informações previstas no caput deste artigo.”

11 Para Leonardo Tibo Barbos Lima, são três: “estática, dinâmica e invertida” (...) “Distribuição invertida ou inversão do ônus da prova. A inversão do ônus da prova é uma técnica aplicada à produção da prova. Ela está prevista no art. 6º, VIII, do CPC, e agora também no art. 373, § 3º, do CPC de 2015.”.LIMA, Leonardo Tibo Barbosa. Lições de Direito Processual do Trabalho. Teoria e Prática. Atualizado à luz do CPC de 2015 e da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/17). 4ª edição. São Paulo, LTr, 2017, p. 235.

3 ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL TRABALHISTA. ALTERAÇÃO DA REDAÇÃO DO ARTIGO 818 DA CLT

A redação anterior à reforma trabalhista, era incompleta, não abarcando as situações em que inexistia prova nos autos ou as hipóteses em que houve a produção satisfatória de provas por ambas as partes, todavia elas estavam conflitantes. Segundo a redação antiga do artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, “a prova das alegações incumbe à parte que as fizer”.

Inegável que o artigo 818 da CLT não resolvia as regras do ônus da prova. O novo texto da Reforma Trabalhista, dado pela Lei 13.467/17, inspirado na doutrina e na jurisprudência vigente, incorporou ao processo trabalhista as disposições do artigo 373 do CPC/2015, tanto em relação a distribuição estática (incisos I e II), quanto em relação a distribuição dinâmica do ônus da prova (§1º). A Reforma Trabalhista, neste particular, não fez mais que alterar o texto legal do artigo 818 da CLT, para constar expressamente o que o direito processual civil já havia pacificado e o que a jurisprudência trabalhista utilizava em sua grande maioria. Mesmo antes da alteração efetuada pela reforma trabalhista, o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da IN n. 39, já havia entendido que os §§ 1º e 2º do art. 373 do CPC eram aplicáveis ao processo trabalhista.

A seguir, comparamos o texto do artigo 373 do CPC/2015 e a nova redação do

artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, após a Reforma Trabalhista:

Artigo 373 do CPC 2015	Artigo 818 da CLT, após a Reforma Trabalhista
<p>Art. 373. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.</p> <p>§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do <i>caput</i> ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.</p> <p>§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.</p> <p>§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I – recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.</p> <p>§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.</p>	<p>Art. 818. O ônus da prova incumbe: I – ao reclamante, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante.</p> <p>§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.</p> <p>§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido.</p> <p>§ 3º A decisão referida no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.</p> <p>Sem correspondente ao § 3º do CPC/2015</p> <p>Sem correspondente ao § 4º do CPC/2015</p>

A reforma trabalhista corretamente normatizou uma prática já verificada na

jurisprudência durante a vigência dos Códigos de Processo Civil de 1939, 1973 e 2015 e afastou de vez a tese de que o artigo 818 tinha uma redação simplificada propositalmente por parte do legislador, que tinha expressamente afastado a aplicação do CPC, pela falta de omissão em relação a esse tema. Conforme ressaltado pelo professor Homero Batista Mateus da Silva:

1. (...). A expressão clássica do art. 818 original, no sentido de que a prova incumbe a quem fizer as alegações, foi objeto de profundas reflexões pela doutrina trabalhista, que invariavelmente atribuíam ao empregador o encargo de demonstrar os fatos, muitos deles negados, com documentação, perícias e testemunhos que ele supostamente estava mais propenso a fazer¹².

3.1 DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL TRABALHISTA

A nova redação do artigo 818 da CLT, assim como o Código de Processo Civil, ao distribuir o ônus da prova de forma estática, considerou dois aspectos: a) posição da parte na ação trabalhista (autor ou réu) e b) natureza dos fatos que fundamenta sua pretensão (constitutiva, extintiva, impeditiva ou modificativa).

A doutrina, assim como o artigo 818 da CLT, classifica os fatos deduzidos quanto à natureza e os seus efeitos jurídicos produzidos, em constitutivos, modificativos, impeditivos ou extintivos.

Fato constitutivo é aquele que gera o direito pleiteado em juízo pelo autor. O titular

do direito descreve o fato, enquadra em uma ou mais hipóteses normativas e formula os pedidos decorrentes. Nessa hipótese, cabe ao autor provar esse fato constitutivo de seu direito. Como exemplo de fatos constitutivos do direito, poderíamos pensar em um contrato verbal, firmado entre o autor e o réu, sem o devido registro em sua CTPS, com o inadimplemento de todas as verbas decorrentes do que foi acordado. Nessa hipótese, o réu pode utilizar-se da defesa direta negando todos os fatos alegados pelo autor e nessa hipótese, não pesaria sobre ele qualquer ônus de fazer prova, exceto em relação à eventuais contraprovas.

Todavia, o réu pode ainda, utilizar a defesa indireta, trazendo fatos novos em sua defesa, que não negam os fatos trazidos aos autos pelo autor, mas modificam, extinguem ou impedem o direito que o autor alega possuir. Nesse caso, será do réu o ônus de comprovar suas alegações. O réu poderá utilizar três tipos de fatos novos na defesa indireta: fatos extintivos, fatos impeditivos ou fatos modificativos do direito afirmado pelo autor.

Fato extintivo é o que retira a eficácia do fato constitutivo do direito do autor, como ocorre quando existe a comprovação do pagamento da verba pleiteada ou a comprovação de que ela já foi fulminada pela prescrição quinquenal.

Fato impeditivo é um fato de natureza negativa, que obsta a produção de efeitos ou o próprio direito do fato constitutivo, alegado pelo autor. Como exemplo temos a comprovação de que o pagamento do aviso prévio e da multa de 40% do FGTS pleiteados não são devidos, porque houve um pedido de demissão efetuado pelo autor, devidamente documentado de forma escrita na data da rescisão contratual.

Fato modificativo é aquele que pressupõe

12 SILVA, Homero Batista Mateus da. Comentários à Reforma Trabalhista. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 151.

válido o direito, mas se comprovado alterará o direito. É o que ocorre quando o reclamado admite a prestação de serviços do autor, mas em uma modalidade contratual diversa da do vínculo de emprego, como por exemplo o trabalho autônomo.

Verificamos que a Reforma Trabalhista adotou expressamente a concepção estática do ônus da prova, todavia como essa regra não abarca algumas situações, diante dos diversos obstáculos em relação à produção da prova, acrescentou a distribuição dinâmica do ônus da prova, com a possibilidade da sua inversão (§1º do art. 818 da CLT).

3.2 DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL TRABALHISTA

A Jurisprudência dos Tribunais, em algumas situações, já mitigava as regras clássicas do ônus da prova, invertendo o ônus da prova a partir da aplicação do artigo 6º, VIII do CPC, diante da condição de hipossuficiência do empregado em relação ao empregador, ou com fundamento no artigo 852-D da CLT, que estabelece que “o juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerando o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica”, em busca da verdade real.

A teoria das cargas probatórias foi estudada e desenvolvida na Argentina, por Jorge Walter Peyrano e Julio O. Chieppini. Conforme mencionados juristas argentinos, era utilizada pela jurisprudência a regra da carga probatória

estática, que muitas vezes eram insuficientes e inadequadas, todavia, modernamente as decisões judiciais procuravam aplicar a justiça ao caso, nascendo as regras acerca da carga da prova:

Hasta tiempos no demasiado distantes, el tema no se prestaba a mayores sutilezas. Básicamente, las reglas de la carga probatoria seguían siendo estáticas y no eran otras que las arriba reseñadas, em cuanto a lo fundamental. Pero, ya más modernamente, la praxis – una vez más – alertó a la doctrina respecto de que dichas bases resultaban a veces insuficientes o bien inadecuadas. [...]

Por ello fue que, paulatinamente y al impulso de decisiones judiciales que procuraban la justicia del caso, comenzaron a nacer reglas acerca de la carga de la prueba que, inclusive, desbordaron el encuadre que realizó del tema el legislador contemporáneo¹³.

Sobre os juristas Jorge Walter Peyrano e Julio O. Chieppini, Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, destaca que:

“ o grande mérito do pioneiro estudo sobre o ônus dinâmico das provas, dos juristas argentinos Jorge W. Peyrano e Julio O. Chiappini, no ano de 1976, foi o de revelar essa orientação jurisprudencial e sintetizar o princípio que acaba sendo, rotineiramente, utilizado em tais precedentes: o ônus da prova deve recair sobre a parte que se encontre em melhores condições profissionais, técnicas ou

13 PEYRANO, Jorge Walter; CHIAPPINI, Julio O. Lineamentos de las cargas probatorias “dinámicas”. In: WHITE, Inés Lépori (Coord.). Cargas probatorias dinámicas. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 15-16

fáticas para produzir a prova do fato controvertido¹⁴.

A distribuição dinâmica do ônus da prova tem fundamento no princípio da aptidão da prova, autorizando a inversão do ônus estático. Pelo princípio da aptidão para a prova, o ônus da prova deve recair sobre aquele que puder produzi-la com maior facilidade, com o menor sacrifício, ou sem uma dificuldade excessiva, gerando uma igualdade substancial dos litigantes no processo.

A teoria do ônus dinâmico da prova é criticada por parte da doutrina e jurisprudência, sob o argumento de que majora os poderes do juiz na condução do processo, surpreende as partes no processo, causa insegurança jurídica e dificulta o contraditório. Em sentido diverso, Mauro Schiavi argumenta que:

“(...) a tendência do processo civil contemporâneo sinaliza na majoração dos poderes do juiz na instrução do processo. De outro lado, diante dos princípios da cooperação e boa-fé objetiva das partes, estas devem produzir as provas necessárias à descoberta da verdade. Além disso, os referidos princípios constitucionais da isonomia real, livre convicção do magistrado e acesso real à justiça impõem ao magistrado posturas destinadas a assegurar o equilíbrio do processo, bem como a produção da prova.

De outro lado, a moderna doutrina vem sustentando que o ônus da prova, além de ser regra de julgamento, é também uma regra de instrução processual, devendo o juiz, antes de realizar os

atos instrutórios, analisar as teses da inicial e da defesa, bem como os fatos e as circunstâncias do processo, e fixar o ônus da prova à parte que esteja em melhores condições de produzi-la.

Trata-se, inegavelmente, de uma tendência mundial do processo de majoração dos poderes do juiz na direção do processo, a fim de que os litigantes sejam tratados com isonomia real e a justiça seja implementada com maior efetividade. Não se trata de arbítrio do juiz, pois terá que justificar, com argumentos jurídicos, sob o crivo do contraditório, diante das circunstâncias do caso concreto, a aplicação da carga dinâmica da produção da prova¹⁵.”

A regra da distribuição dinâmica, prevista no § 2º do artigo 373 do CPC, agora também vem expressa no § 1º do artigo 818 da CLT, como já previsto pela IN 39 do TST. Ao utilizar essa regra, o julgador deverá, antes do momento da produção da prova, conferir oportunidade para a parte se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. Se proferida em audiência, a parte interessada poderá requerer o seu adiamento para possibilitar a produção da prova.

Essa inversão do ônus da prova, conforme expressa previsão legal, não pode “gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”. Trata-se da chamada prova diabólica. A *probatio diabólica* pode ser verificada em algumas situações de hipossuficiência, em situações em que se exige prova de fato negativo ou de obstáculos na instrução processual originados pela parte adversa.

14 PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. O ônus da prova. 2. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 222-223.

15 SCHIAVI, Mauro. A Reforma Trabalhista e o Processo do Trabalho: Aspectos Processuais da Lei n. 13.467/17. São Paulo: LTr, 1. ed., 2017, Pg. 103 e 104.

Na nova redação do artigo 818 da CLT, não verificamos alteração correspondente ao § 3º do CPC/2015, eis que continua inaplicável a distribuição diversa do ônus da prova por convenção das partes, diante da incompatibilidade dessa regra processual civil ao processo do trabalho.

Mauro Schiavi entende que a teoria da carga dinâmica do ônus da prova, não se confunde com a inversão do ônus da prova, embora com ela tenha contatos, pois a inversão pressupõe a presença de critérios previstos na lei, e que exista uma regra pré-fixada para o ônus da prova, já a carga dinâmica se assemelha no princípio da aptidão para a prova, não necessitando a presença de verossimilhança da alegação do autor¹⁶. No mesmo sentido é o entendimento de Eduardo Cambi:

(...) não há na distribuição dinâmica do ônus da prova uma inversão nos moldes previstos no art. 6º, inc. 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 de distribuição dinâmica, quando o magistrado, avaliando as peculiaridades do caso concreto, com base em máximas de experiência (art. 335 do CPC), irá determinar quais fatos devem ser provados pelo demandante e pelo demandado¹⁷.

Em sentido contrário, entendimento que compartilhamos, Homero Batista não diferencia a teoria da carga dinâmica do ônus da prova e a inversão do ônus da prova, fundamentando

que a inversão do ônus possui algumas regras podendo estar prevista em lei ou ser decidida pelo juiz:

A inversão possui algumas regras básicas, para não apanhar ninguém de surpresa nem tornar excessivamente difícil o encargo probatório:

- a) depende de previsão em lei ou da constatação de impossibilidade ou de excessiva dificuldade; serve como exemplos casos em que o trabalhador faleceu e os dependentes não conseguem acessar documentos; atas de eleição e de funcionamento da CIPA ou do SESMET, bem assim o cronograma de metas do PPRA, que eventualmente podem ser obtidos junto à entidade sindical, mas que são mais facilmente encontradas no departamento pessoal da empresa, porque têm guarda obrigatória; documentos relacionados com quadro de carreira e planos de cargos e salários, que, embora possam ter sido depositados na Superintendência Regional do Trabalho ou na entidade sindical, acham-se em poder da direção da empresa; comprovante de salário do paradigma, pois o empregador detém toda documentação funcional do colega, ao passo que o reclamante possui apenas informações verbais ou tem de contar com a boa vontade do colega de emprestar-lhe a carteira de trabalho para fotocópia;
- b) depende de decisão prévia do juiz (o § 1º menciona decisão fundamentada, mas toda decisão há de ser fundamentada);
- c) caso se trate de decisão tomada em audiência, uma ou inicial, provocará o adiamento da sessão, para o aparelhamento da parte;
- d) a excessiva dificuldade de uma parte deve preferencialmente representar

16 SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. São Paulo: LTr, 12. ed., 2017, p. 709.

17 CAMBRI, Eduardo. A prova civil: admissibilidade e relevância. São Paulo. RT, 2006, p. 341.

a “maior facilidade” da outra parte, o que parece se encaixar em todos os exemplos acima apresentados; no entanto, uma excessiva dificuldade não pode ser suprida por outra excessiva dificuldade (§ 3º), caso em que o juiz deverá ou se abster da inversão do ônus da prova ou julgar por outros meios cabíveis, inclusive por indícios e pelo uso da equidade (ambos assuntos esquecidos por muitos estudos de processo do trabalho)¹⁸.

Verificamos na jurisprudência temas recorrentes em matéria de inversão do ônus da prova, normalmente pelo fato de uma das partes deter a documentação comprobatória, ter maior facilidade na produção da prova ou, ainda, ter excessiva dificuldade na sua produção.

Entendemos que a inversão do ônus da prova, mesmo sendo uma exceção à regra adotada pelo sistema probatório, é necessária para que se possa atingir maior eficácia na busca da justiça das decisões judiciais, porque essa opção possibilita a busca da verdade real para a parte que dificilmente conseguiria comprovar suas alegações. A aplicação da teoria dinâmica, com a inversão do ônus da prova, possibilita o restabelecimento do equilíbrio processual entre as partes, diante da eliminação das diferenças de capacidade de produção da prova.

4 APLICAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA E DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

As regras processuais, relativas ao ônus da prova previstas no Código de Processo Civil, são habitualmente utilizadas no Direito Processual

18 SILVA, Homero Batista Mateus da. Comentários à Reforma Trabalhista. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 152.

Trabalhista, para que se entregue a tutela efetiva dos direitos materiais aos trabalhadores. Nos Tribunais Trabalhistas, verificamos alguns exemplos sobre a distribuição estática e dinâmica da carga probatória, por meio de algumas súmulas, o que só vem a comprovar sua aplicabilidade antes mesmo da nova redação do artigo 818 da CLT.

É o que verificamos em relação a equiparação salarial, típico exemplo de distribuição estática do ônus da prova, onde “é do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial”. (Súmula n.º 6, VIII, do TST). O empregado irá fazer prova do fato constitutivo de seu direito, ou seja, da mesma função desenvolvida, que o trabalho era contemporâneo com o paradigma, foi prestado ao mesmo empregador e na mesma localidade. A empresa por sua vez, irá fazer prova em relação a uma alegação de maior produtividade e perfeição técnica do paradigma, a existência de quadro de carreira ou da adoção, por meio de norma interna da empresa ou de negociação coletiva, plano de cargos e salários, e o tempo de serviço para o mesmo empregador, que antes da reforma trabalhista, não seja superior a dois anos na função em comparação com o paradigma, e, após a reforma trabalhista, não seja superior a quatro anos no serviço e a diferença de tempo na função não seja superior a dois anos do paradigma (art. 461, §§ 1º e 2º da CLT).

Outro exemplo, é o vale-transporte, onde temos a previsão de que “É do empregador o ônus de comprovar que o empregado não satisfaz os requisitos indispensáveis para a concessão do vale-transporte ou não pretenda fazer uso do benefício” (Súmula n.º 460 do TST).

Em relação duração do trabalho, em algumas ocasiões verificamos a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, diante da inegável dificuldade do trabalhador provar suas alegações. Nos termos da Súmula 338 do TST, III, a distribuição do ônus considera a aptidão da prova: “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”. A orientação da Súmula é no sentido de que o empregado não marca o controle de jornada todos os dias no mesmo horários, eis que seria impossível mencionado procedimento com tamanha precisão. São os chamados cartões de ponto britânicos, esclarecendo que o empregado deverá impugnar mencionada anotação e pontuar que são inválidos por não refletir a jornada efetivamente laborada. Caso contrário, mesmo tendo a reclamada juntado cartões britânicos e não tendo o empregado impugnado o seu conteúdo, serão considerados como válidos.

No mesmo sentido, a Súmula 212 do TST dispõe que: “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.” O ônus foi invertido diante da presunção de que o empregado, parte hipossuficiente da relação tende a permanecer no emprego e com fundamento no princípio da continuidade da relação de emprego.

A Súmula 443 do TST, por sua vez, presume que a dispensa foi discriminatória em algumas situações e inverte o ônus da prova,

pacificando o entendimento de que “Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.”

A doutrina cita como exemplos de matérias de inversão do ônus da prova, temas de saúde e segurança do trabalho, danos morais, materiais e estéticos, diante da dificuldade do autor da ação produzir a prova, bem como do melhor aparelhamento da empresa para a sua produção. Sobre a inversão do ônus da prova, em tema de saúde e segurança, Francisco Meton Marques de Lima, comenta que:

Ignorando essa vontade da lei, muito juízes, nas reclamações de adicional de periculosidade ou insalubridade, determinam que o reclamante providencie a perícia; como ele não pode pagar perito, seu direito se perde. Ora, se as condições narradas caracterizam o trabalho insalubre ou perigoso, relacionadas nos normativos como tais, cabe ao empregador o ônus da prova em contrário. Aliás, nem se trata de inversão, mas de ônus de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Se o trabalhador alega que operava uma caldeira e requer adicional de insalubridade por excesso de calor e o empregador contesta afirmando que a caldeira não é quente, ou que algum equipamento neutraliza o calor, cabe a ele provar, porque, de ordinário, caldeira é quente. Mas não escanchar sobre o hipossuficiente esse ônus¹⁹.

19 LIMA, Francisco Meton Marques de. Reforma trabalhista: entenda ponto por ponto/ Francisco Meton Marques de Lima, Francisco Péricles Rodrigues Marques de Lima. São Paulo: LTr, 2017, p.131.

Importante consignar, que o artigo 611-A da CLT, incluído pela Lei n.º 13.467/2017 e alterado pela MP 808/2017, dispõe que o negociado irá prevalecer sobre o legislado, observados os incisos II e VI do caput do art. 8º da Constituição Federal, na “modalidade de registro de jornada de trabalho” (inciso X) e no “enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada e locais insalubres” (inciso XII). Todavia, não houve nenhuma alteração nos artigos 74 e 193 da CLT, quanto à exigência de manutenção de registros escritos do horário e em relação à realização de perícia. Dessa forma, havendo uma negociação coletiva entre as partes deverá o juiz na instrução processual observar os parâmetros legais da legislação trabalhista, sob pena de nulidade, na forma do artigo 9º da CLT.

Algumas hipóteses de inversão do ônus da prova admitidas no Processo do Trabalho são previstas concretamente em decisões sumuladas do TST e sempre que não estiverem previstas, mas forem determinadas pelo magistrado, haverá a necessidade de conferir oportunidade às partes, sendo designada nova data de audiência para possibilitar a produção de provas e a ampla defesa.

5 CONCLUSÃO

Verificamos que a nova redação dada ao artigo 818 da CLT pela Lei 13.467/2017, atualiza a regra da distribuição do ônus da prova e traz impactos positivos no Processo do Trabalho. Busca pacificar a controvérsia existente, adotando norma processual expressa em relação a distribuição estática e dinâmica do ônus da prova, a exemplo das normas previstas no CPC/2015.

Corretamente altera o texto legal trabalhista, preservando a coerência, harmonia e completude do ordenamento em relação ao código de processo civil, nos exatos termos do artigo do artigo 769 da CLT e artigo 15 do Código de Processo Civil. Isso porque já havia a expressa previsão do artigo 769 da CLT, que prevê a utilização subsidiária do Direito Processual Comum, abrangendo as regras de ônus da prova do Código de Processo Civil e do Código de Defesa do Consumidor. No mesmo sentido, o artigo 15 do Código de Processo Civil dispõe que na ausência de normas que reguem o processo trabalhista, suas disposições serão aplicadas supletiva e subsidiariamente, o que inclui as regras de ônus da prova.

A nova redação dada pela Lei 13.467/2017 ao artigo 818 da CLT, que traz ao Processo do Trabalho a possibilidade da inversão do ônus da prova, possibilita a igualdade substancial entre as partes no processo e constata que elas apresentam condições diferenciadas no momento da produção das provas. A ampliação dos poderes do juiz do trabalho no momento da distribuição do ônus da prova, confere ao trabalhador a possibilidade de acesso a provas que antes não seria possível de produzir. Como já mencionado, a aplicação da teoria dinâmica com a inversão do ônus da prova, possibilita o restabelecimento do equilíbrio processual entre as partes, diante da eliminação das diferenças de capacidade de produção da prova. Assim, são respeitados os princípios do devido processo legal, do acesso à justiça, do contraditório e da plena defesa, à luz dos art. 5º, LIV, XXXV, LV da CF/88, além dos princípios da efetividade e da duração razoável do processo.

As decisões encontradas até o presente momento, a respeito do tema, ainda não são

suficientes para afastar a incerteza quanto ao procedimento a ser seguido em relação a aplicação do ônus da prova no Processo do Trabalho. Até que haja uma nova definição sobre o tema, devemos ter cautela e acompanhar toda a evolução doutrinária e jurisprudencial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. *Direito Processual do Trabalho. Belo Horizonte*: Del Rey, 2006.

CAMBRI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo. RT. 2006.

CASSAR, Vólia Bomfim, Leonardo Dias Borges. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Método, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho, Gabriela Neves Delgado. *A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo, LTr, 2017.

DIDIER JR, Fredie, Eduardo Ferreira Jordão, coordenadores. *Teoria do Processo: Panorama Doutrinário Mundial*. Salvador, JusPodium, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Tomo III, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

GIGLIO, Wagner D. e Claudia Giglio Veltri Corrêa. *Direito processual do trabalho*. 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 4ª ed., São Paulo: LTr,

2006.

LIMA, Francisco Meton Marques de. *Reforma trabalhista: entenda ponto por ponto*/ Francisco Meton Marques de Lima, Francisco Péricles Rodrigues Marques de Lima. São Paulo: LTr, 2017.

LIMA, Leonardo Tibo Barbosa. *Lições de Direito Processual do Trabalho. Teoria e Prática*. Atualizado à luz do CPC de 2015 e da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/17). 4ª edição. São Paulo: LTr, 2017.

MARTINS, Juliane Caravieri. *Reforma trabalhista em debate: direito individual, coletivo e processual do trabalho*/ Juliane Caravieri Martins, Magno Luiz Barbosa, Zélia Maria Cardoso Montal, organizadores. São Paulo: LTr, 2017.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. A celeridade não se alcança sem mecanismos de solução extrajudicial. In: *Revista Consultor Jurídico*. 30.01.2015.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 22ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007.

NAHAS, Thereza. *CLT Comparada Urgente*/ Thereza Nahas, Leone Pereira, Raphael Miziara. São Paulo: RT, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson, Rosa Maria Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado*. 4ª ed. Revista e ampliada. São Paulo: RT, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson, Georges Abboud. *Direito*

Constitucional Brasileiro. Curso Completo. São Paulo: RT, 2017.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova.* 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

PEREIRA, Leone. *Manual de Processo do Trabalho.* São Paulo: Saraiva, 2011.

SARAIVA, Renato. *Curso de Direito Processo do Trabalho.* 3ª ed. São Paulo: Método, 2006.

PEYRANO, Jorge Walter; CHIAPPINI, Julio O. Lineamentos de las cargas probatórias “dinâmicas”. In: WHITE, Inés Lépori (Coord.). *Cargas probatórias dinâmicas.* Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

SCHIAVI, Mauro. *A Reforma Trabalhista e o Processo do Trabalho: Aspectos Processuais da Lei n. 13.467/17.* São Paulo: LTr, 1. ed., 2017.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho.* São Paulo: LTr, 12. ed., 2017.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à Reforma Trabalhista.* São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* São Paulo, Malheiros, 16 ed., 1999.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição.* São Paulo, Malheiros, 2 ed., 2006.

Publicado originalmente no Livro “Reforma trabalhista em perspectiva: desafios e possibilidade / Zélia Maria Cardoso Montal, Luciana Paula de Vaz Carvalho, (organizadoras). – 2. ed. – São Paulo: LTr, 2018”.

ÔNUS PROBATÓRIO E DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO PROCESSO TRABALHISTA: UMA ANÁLISE DA DISTRIBUIÇÃO SUSTENTÁVEL DA PROVA APÓS A LEI Nº 13.467/2017¹

Magno Federici Gomes
Izadora Gabriele dos Santos Oliveira

RESUMO: A prova é um dos elementos mais importantes do direito processual, pois é a partir dela que se verifica a veracidade das alegações das partes. O presente estudo buscou desenvolver uma análise de como é a distribuição do ônus da prova no direito do trabalho e quais foram as mudanças a partir da promulgação da Lei nº 13.467 de 2017. Para tanto, fez-se uso do método teórico documental do tipo dedutivo, lançando mão de análises sumulares, doutrinárias e legais. Concluiu-se que a distribuição do ônus probatório no direito do trabalho, após a reforma trabalhista, é muito mais interessante

para o trabalhador, mais justa e consentânea com os preceitos constitucionais, na medida em que gera mais segurança e menos riscos de prejuízo ao empregado.

Palavras-chave: Ônus da prova. Direito do Trabalho. Teorias da prova.

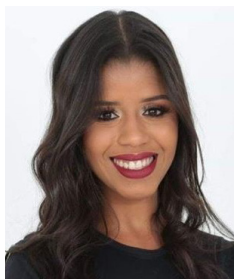
ABSTRACT: Evidence is one of the most important elements of procedural law, since it is on the basis of that evidence that the parties' allegations are true. The present study sought to develop an analysis of the distribution of the burden of proof in labor law and what were the

¹ Trabalho financiado pelo Projeto FAPEMIG nº 22869, resultante dos Grupos de Pesquisas (CNPQ): Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA), NEGESP, Metamorfose Jurídica e CEDIS (FCT-PT).



Magno Federici Gomes

Estágio Pós-doutoral em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal (Bolsa CAPES/BEX 3642/07-0). Estágios Pós-doutorais em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto-Espanha (Bolsa da Cátedra UNESCO e do Gobierno Vasco-Espanha). Mestre em Educação pela PUC Minas.



Izadora Gabriele dos Santos Oliveira

Advogada na Sion Advogados. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Autora do Livro: Direito ambiental, economia e relações internacionais: terras raras, guerra comercial e Teoria dos Jogos. Pesquisadora no Grupo Laclima.

changes since the promulgation of Act 13.467 of 2017. For this purpose, the documentary theoretical method of the deductive type was used, launching summary, doctrinal and legal analyzes. It was concluded that the distribution of the burden of proof in labor law after the labor reform is much more interesting for the worker, more just and in accordance with the constitutional precepts, as it generates more safety and less risk of harm to the employee.

Keywords: Burden of proof. Labor Law. Theories of proof.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Conceito de prova: breves considerações sobre os princípios da prova no processo trabalhista. 2 Teorias sobre o ônus da prova: modelo estático e dinâmico de distribuição do ônus probatório 3 O ônus da prova no direito do trabalho antes da reforma trabalhista e delimitação dos meios de prova em direito admitidos. 4 O ônus da prova no processo trabalhista após a Lei 13.467/ 2017: aplicação do Código de Processo Civil de 2015. 5 Peculiaridades do ônus da prova no direito do trabalho. 6 Reforma trabalhista e o ônus da prova na desconsideração da personalidade jurídica. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A prova se mostra como um dos elementos mais importantes do processo, na medida em que é ela que ratifica as alegações feitas pelas partes. Posto isto, necessária se faz a análise de sua natureza e de seus variados aspectos.

O dilema que se pretendeu solucionar se baseou na seguinte questão: após a reforma trabalhista, identificada pela Lei nº 13.467 de

2017, como ficou a distribuição do ônus da prova e quais seus aspectos e características?

Assim, buscou-se definir o conceito de prova e determinar a aplicação do ônus *probandi* no direito processual do trabalho. Como objetivos específicos, pretende-se demonstrar a importância da dinamização do ônus e sua aplicação no processo trabalhista.

A presente pesquisa se justifica na medida em que, na relação de emprego, tem-se uma parte que é hipossuficiente e subordinada em diversos aspectos a outra. Neste sentido, mostra-se crucial a análise da prova nas reclamações trabalhistas e de como ela será realizada com a nova lei e se será mais favorável ou mais prejudicial ao trabalhador, neste novo paradigma.

Para tanto, fez-se uso do método teórico documental do tipo dedutivo, com análise de doutrina, legislação e jurisprudência. O marco teórico foram as obras de Didier Júnior (2013) e Theodoro Júnior (2015).

O trabalho conta com a conceituação do termo prova e o estabelecimento dos princípios da prova no direito do trabalho. Em um segundo momento, avaliou-se as teorias de distribuição do *ônus probandi*, analisando os sistemas estático e dinâmico da prova. Logo após, delineou-se os contornos da distribuição probatória antes da reforma trabalhista. Ato contínuo, examinou-se os meios de prova em direito admitidos e a distribuição após a promulgação da Lei nº 13.467/2017. Verificou-se, ainda, as súmulas 338 e 212 do TST, fazendo uma análise das mesmas. Por fim, buscou-se analisar o ônus da prova no processo trabalhista com aplicação harmônica do Código de Processo Civil (CPC) de 2015, no que tange à desconsideração da personalidade jurídica.

1 CONCEITO DE PROVA: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA PROVA NO PROCESSO TRABALHISTA

A prova é um elemento de extrema importância no processo como um todo, na medida em que é instrumento para fazer valer perante o juiz, as alegações das partes. “Ocorre que ao juiz incumbe estabelecer, ao decidir a causa, quais dessas alegações são ou não verdadeiras e, para isso, é preciso que ele forme seu convencimento” (CÂMARA, 2017, p. 200). Tal convencimento é também influenciado pelas provas produzidas pelas partes durante o rito processual.

Diante dessa situação, necessário se faz o delineamento da formação da convicção do magistrado e a construção do convencimento do mesmo. Nessa perspectiva cumpre evidenciar as formas de convencimento do juiz instituídas através da história.

Tem-se, dessa forma, o sistema de valoração legal, da livre convicção do magistrado e da persuasão racional. O primeiro mostra-se obsoleto, tenda em vista que estabelece ao juiz um papel de mero espectador que aplica a norma de acordo com o valor tarifado das provas, sem raciocinar muito sobre elas e sobre o quanto podem influenciar na decisão (BRAGA; OLIVEIRA; DIDIER JÚNIOR, 2013, p. 41).

O sistema da livre convicção, por sua vez, estabelece uma relação contrária ao citado anteriormente, na medida em que o juiz não é mero espectador do processo. Nesse caso há um desequilíbrio no que tange à atuação do magistrado que se mostra arbitrário e discricionário na valoração dos meios probatórios, já que não há nenhum limite estabelecido para tal aplicação, “vai ao extremo

de permitir o convencimento extra-autos e contrário à prova das partes” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 878).

Por outro lado, o sistema da persuasão racional estabelece um viés democrático na valoração das provas. Isto porque, ao juiz cabe valorar as provas, desde que apresente fundamentação coerente e consistente para tal conduta.

Nestes termos, tem-se:

De qualquer forma, a liberdade na apreciação dos elementos relativos à demonstração das alegações fáticas poderia ensejar a inconveniente possibilidade de o juiz isolar certa prova, para dar-lhe força suficiente para formar seu convencimento, com total ou parcial eliminação do exame e avaliação dos demais elementos probatórios produzidos no processo. [...] Adotando o novo Código o princípio democrático da participação efetiva das partes na preparação e formação do provimento que haverá de ser editado pelo juiz para se chegar à justa composição do litígio, entendeu o legislador de suprimir a menção ao “livre convencimento do juiz” na apreciação da prova. Agora está assentado, no art. 371 do NCPC, que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 1113).

Nota-se, dessa forma, que a metodologia de análise das provas que se mostra mais consentânea aos princípios e regras constitucionais, é o da persuasão racional, que, como supra elucidado, traz à tona o dever de

fundamentação das decisões, que, por sua vez, é um preceito constitucional.

Sobre o assunto disciplina Reichelt e Luis Alberto:

A compreensão de um modelo no qual a prova vem definida como um argumento empregado na tarefa de persuasão racional do juiz, tendo por objetivo a formação do convencimento jurisdicional, demanda a adoção de um esforço situado em duas dimensões fundamentais. A primeira delas exige a decomposição da estrutura argumentativa que lhe é subjacente, com o exame de seus diversos componentes, delimitando-se os seus significados e funções. A idéia é romper as barreiras da superficialidade, de maneira a identificar critérios de controle de racionalidade da prova cível, os quais apresentarão dúplici utilidade. De um lado, esses critérios atuam na dimensão da atividade desenvolvida pelos sujeitos do processo nos autos com vistas à construção do panorama a ser considerado pelo órgão jurisdicional. Por outro lado, tais parâmetros oferecem, ainda, ganhos no que se refere à identificação dos fatores envolvidos na equação da formação do convencimento jurisdicional e da pauta de racionalidade a ser respeitada no que diz respeito ao entrelaçamento de argumentos diante dos olhos do julgador (REICHELTE; ALBERTO, 2009, p.17).

Afunilando o raciocínio, importa delinear, aqui, quais são os princípios da prova no processo do trabalho: os princípios da necessidade da prova; da unidade probatória; da probidade ou da lealdade da prova, da contradição, da igualdade de oportunidades na

sua produção, da imediação, da legalidade e da obrigatoriedade probatória.

O princípio da necessidade da prova se baseia na ideia de que a mesma é imprescindível para o convencimento do magistrado. Isto porque, as partes podem alegar diversas matérias em suas peças processuais, mas as mesmas se consubstanciam nos elementos probatórios apostos no processo. Dessa forma, “o juiz deve julgar de acordo com o alegado e provado, porque aquilo que não consta no processo não existe no universo jurisdicional, nem mesmo o conhecimento pessoal que do fato possa ter o juiz” (CASSEPP, 2013 s. p.). O princípio da unidade probatória consiste na análise da prova como um conjunto, mesmo que esteja alicerçada sobre várias modalidades probatórias. Já o princípio da lealdade ou probidade da prova, pressupõe a existência de boa-fé entre os litigantes, que não devem agir na tentativa de deturpação da realidade, não podendo-se aplicar provas falsas e/ou ilegais

Importa, aqui, delinear os contornos do princípio da contradição, o qual prevê quase uma espécie de aplicação do contraditório, na medida em que oportuniza à parte “conhecer a prova e discuti-la, inclusive impugná-la pelos meios processuais adequados” (CASSEP, 2013, s. p.).

O preceito da igualdade de oportunidade de provas se baseia no fato de que é dada às partes igual chance de provar e o-fazer pelos mesmos meios de prova. Sendo assim, “o juiz deve tratar as partes igualmente, pois todas as partes têm direito de apresentar meios de prova nos momentos adequados” (FLAGON, 2016, s. p.). O princípio da legalidade estabelece que se a lei prevê uma maneira específica de produção probatória, a mesma somente pode

ser apresentada da forma instituída legalmente. A título de exemplo, o artigo 406, *caput*, do CPC de 2015 estabelece que “quando a lei exigir instrumento público como da substância do ato, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta” (BRASIL, 2015). Ainda no que tange a esse princípio, tem-se que é assegurado a ampla defesa e o contraditório previstos nas normas.

O princípio da imediação prevê que as provas devem ser apresentadas ao juiz que, com base nelas, decidirá a(s) controvérsia(s) do litígio. Prevê-se, ainda, que as provas são melhor elucidadas quando produzidas oralmente, principalmente no que concerne ao processo trabalhista (CASSEP, 2013, s. p.).

Por fim, o princípio da obrigatoriedade parte do pressuposto de que a prova a ser produzida é de interesse das partes e do Estado e, portanto, deve ser revelada obrigatoriamente. Nestes termos, tem-se:

[...] Temos o princípio da obrigatoriedade de prova, segundo o qual, sendo a prova de interesse não só das partes, mas também do Estado, que quer o esclarecimento da verdade, as partes podem ser compelidas pelo juiz a apresentar no processo determinada prova, sofrendo sanções no caso de omissão, especialmente as presunções que passam a militar contra aquele que se omitiu e a favor de quem solicitou (CASSEP, 2013, s. p.).

Após essa explicitação dos princípios que regem a produção de provas no processo trabalhista, necessário se faz o delineamento das teorias do ônus da prova, assunto que será tratado no tópico a seguir.

2 TEORIAS SOBRE O ÔNUS DA PROVA: MODELOS ESTÁTICO E DINÂMICO DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO

Como apresentado anteriormente, a prova é elemento cabal do processo para consolidação dos argumentos alegados pelas partes nos autos. Dessa forma, argumenta Grinover:

De há muito, o processo deixou de ser visto como instrumento meramente técnico, para assumir a dimensão de instrumento ético voltado a pacificar com justiça. Nessa ótica, a atividade das partes, embora empenhadas em obter vitória, convencendo o juiz de suas razões, assume uma dimensão de cooperação com o órgão judiciário, de modo que de sua posição dialética no processo possa emanar um provimento jurisdicional o mais aderente possível à verdade [...] (GRINOVER, 2001, p. 219).

A prova é momento de confronto entre os argumentos apresentados pelas partes e de suas respectivas comprovações, é a partir disso que o juiz vai consolidar seu convencimento e embasar suas decisões. Cumpre ressaltar, aqui, que “o ônus da prova é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo” (DINAMARCO, 2004, p. 71).

Quanto à importância da prova no processo, cumpre destacar o entendimento de Greco Filho:

Para poder declarar a procedência ou improcedência do pedido, o juiz examina a questão em dois aspectos, evidentemente interligados, mas

que podem ser lógica e idealmente separados: o direito e o fato. Apesar de superada pelas modernas teorias da filosofia do direito, a explicação de que a sentença contém um silogismo é bastante elucidativa e pode ser utilizada para ilustrar o processo de aplicação do direito ao caso concreto. É possível entender que o juiz, na sentença, desenvolve um raciocínio silogístico. A premissa maior é a norma jurídica, norma geral de conduta; a premissa menor é a situação de fato concreta; a conclusão é a decisão de procedência ou improcedência do pedido. Se a interpretação do direito é função da mais alta relevância no processo de efetivação da ordem jurídica, ela somente se torna possível mediante a análise de uma situação de fato trazido ao conhecimento do juiz. [...] (GRECO FILHO, 1999, p. 179).

Também quanto à imprescindibilidade da prova para validação dos fatos alegados pelas partes, destaca Didier Júnior:

A noção de prova está presente em todas as manifestações da vida humana e transcende o campo do Direito. É, dos assuntos da *dogmática processual*, aquele que exige do aplicador e do estudioso maior volume de noções de outras áreas do conhecimento. A interdisciplinaridade, aqui, não é apenas um desejo acadêmico: sem observar essa característica, não há como interpretar e aplicar corretamente as regras do direito probatório. Qualquer decisão humana, qualquer que seja o ambiente em que tenha sido proferida (em um baile de carnaval, em um *shopping center* ou em um processo jurisdicional), é resultado de um convencimento produzido a partir do exame de diversas circunstâncias (de

fato ou não); é baseada em diversos elementos de prova. [...]. Cada uma das partes conta a sua versão sobre o que aconteceu. A versão mais bem provada, aquela que vier a convencer o julgador, tem tudo para ser a vencedora. A ‘arte do processo não é essencialmente outra senão a arte de administrar as provas’, como afirmou Bentham, em pensamento clássico (DIDIER JÚNIOR, 2012, p. 17).

Nesse diapasão, é possível delinear duas teorias acerca do ônus da prova, a primeira se trata do modelo estático do encargo *probandi* que estabelece que, comumente, convém a cada parte o ônus de produzir os fundamentos probatórios dos motivos de fato apontados nos autos, logo, “àquele que alegar a pretensão/exceção caberá apresentar meios legais de convencer o juízo da veracidade dos fatos alegados” (MIOTTO, 2015, p. 78).

Dessa forma, a parte que argui um determinado fato, deve prová-lo, sob pena de ter indeferida tal arguição. Nestes termos, preceitua Didier Júnior em relação ao CPC de 1973, mas que se aplica ao direito do trabalho:

O CPC, ao distribuir o ônus da prova, levou em consideração três fatores: a) posição da parte na causa (se autor, se réu); b) a natureza dos fatos em que funda sua pretensão/exceção (constitutivo, extintivo, impeditivo ou modificativo do direito deduzido); c) e o interesse em provar o fato. Assim, ao autor cabe o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo deste mesmo direito (art. 333, CPC) (DIDIER JÚNIOR, 2013, p. 85).

Já quanto à teoria dinâmica do ônus

probatório, tal distribuição entre as partes se mostra mais democrática, porém essa teoria não será objeto desse tópico, sendo tratado posteriormente em tópico adequado no presente artigo.

3 O ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO TRABALHO ANTES DA REFORMA TRABALHISTA E DELIMITAÇÃO DOS MEIOS DE PROVA EM DIREITO ADMITIDOS

Os meios de prova são considerados instrumentos a partir dos quais o juiz pode ver comprovados os fatos alegados pelas partes. Os meios probatórios em direito admitidos no direito do trabalho se mostram em consonância com os aceitos no Processo Civil, dessa forma, cumpre evidenciá-los.

Existem vários meios de prova que podem ser utilizados, o CPC de 2015 elenca alguns, mas não impede que outros sejam empregados desde que não se configurem como prova ilícita e/ou falsa.

Em sendo assim, Bueno expõe os meios de prova:

A doutrina em geral refere-se a 'meios de prova' para designar as formas pelas quais se podem produzir provas em juízo, isto é, como as informações relevantes e pertinentes para a prestação da tutela jurisdicional são levadas ao processo e, conseqüentemente, à apreciação do magistrado. [...]. Os 'meios de prova' expressamente disciplinados pelo Código de Processo Civil são os seguintes: confissão, depoimento pessoal, interrogatório, testemunhas, documentos, perícia e inspeção judicial. O art. 212 do Código Civil, demonstrou, não interfere nesses mecanismos.

E mais: a existência de "meios de prova" expressamente previstas, isto é, tipificadas pelo legislador, não é óbice para que quaisquer outros meios, desde que com respeito aos demais valores do ordenamento, possam ser utilizados pelas partes, pelos terceiros e, até mesmo, pelo próprio juiz de ofício para a mesma finalidade. É esta a consequência do 'princípio da atipicidade das provas' (BUENO, 2011, p. 285).

Quanto a esse assunto, disciplina, também Greco Filho:

Meios de prova são os instrumentos pessoais ou materiais trazidos ao processo para revelar ao juiz a verdade de um fato. O Código disciplina os seguintes meios de prova: depoimento pessoal (arts. 342 a 347), confissão (arts. 348 a 354), exibição de documento ou coisa (arts. 355 a 363), prova documental (arts. 364 a 399), prova testemunhal (arts. 400 a 419), prova pericial (arts. 420 a 439) e inspeção judicial (arts. 440 a 443). Esse rol, porém, não é taxativo. Outros meios, desde que moralmente legítimos, ainda que não especificados, são hábeis a provar a verdade dos fatos (GRECO FILHO, 1999, p. 183).

A primeira prova analisada no presente artigo é a mais comum e normalmente a mais usada, trata-se da prova documental. Para entendê-la, necessária se faz a explanação do que significa documento. Documento é toda coisa que é capaz de demonstrar e confirmar fatos ocorridos no mundo real, realizado e construído pela atividade humana, tais documentos são compostos por símbolos que têm significado para os homens e, por esse

motivo, são aceitos e respeitados dentro da sociedade.

Nestes termos elucida Didier Júnior:

Daí se vê que os elementos que integram o conceito de documento são os seguintes:

a) O documento é uma coisa. O documento, segundo conhecida lição de CARNELUTTI, é um meio de representação real, ou objetiva, no que se distingue da representação pessoal, ou subjetiva.

b) O documento é uma coisa representativa de um fato. Portanto, não é qualquer coisa que pode ser considerada um documento; ela tem que revelar alguma ideia (uma declaração de vontade, de anuência etc.) ou documentar a ocorrência de um fato (uma narração, uma transcrição, uma gravação etc.).

c) O documento é uma coisa representativa de um fato por obra da atividade humana. Ainda que a atividade humana não tenha por objetivo a documentação do fato para posterior utilização disso como meio de prova num processo judicial, é inerente à noção de documento que ele derive de um ato humano (DIDIER, 2013, p. 148).

Outro meio de prova admitido e de fundamental importância é a prova testemunhal, ela se consubstancia em depoimentos orais que são agregados ao processo e que têm por objetivo a reconstrução dos fatos em análise ocorridos. Tal instrumento probatório se divide em depoimento pessoal da parte e de testemunhas. O depoimento pessoal se caracteriza na declaração da parte contrária sobre os fatos ocorridos, já o testemunhal é

o interrogatório de um terceiro na relação processual, mas que de alguma forma presenciou o fato.

Por fim, mais uma prova comumente utilizada desponta-se. Trata-se da pericial que se constitui como uma prova técnica produzida quando os fatos impescindem de um conhecimento específico, o qual o juiz não detém, para melhor reconstituição dos fatos e análise de quem tem o direito. “A prova pericial é aquela pela qual a elucidação do fato se dá com o auxílio de um perito, especialista em determinado campo do saber, devidamente nomeado pelo juiz, que deve registrar sua opinião técnica e científica no chamado laudo pericial” (DIDIER JÚNIOR, 2013, p. 231).

Finda a discussão a respeito dos meios de prova, insta determinar qual é a teoria adotada pelo direito do trabalho e sua análise anterior à reforma trabalhista. A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) não é muito clara no que tange à distribuição do ônus da prova, apenas prevê em seu artigo 818 que “a prova das alegações incumbe à parte que as fizer” (BRASIL, 1943).

Tal modo de distribuição do ônus probatório é o já abordado sistema estático de ônus da prova e apenas o emprego do mesmo, não dá conta das peculiaridades do processo trabalhista. Percebe-se que “o critério da igual distribuição do ônus da prova nem sempre atende as necessidades do processo trabalhista porque sobrecarrega o empregado que não tem as mesmas condições e facilidade do empregador” (BRAGA, 2008, s. p.). Diante dessa percepção, necessária se faz uma análise mais rebuscada sobre a distribuição da carga probatória.

4 O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO TRABALHISTA APÓS A LEI 13.467 DE 2017: APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Preliminarmente, é preciso delinear os contornos acerca da distribuição dinâmica do ônus da prova. Tal modelo probatório se mostra muito mais democrático do que o estático, pois possibilita ao juiz inverter o ônus, conforme a situação casuística, ou seja, é uma forma de abrandar a rigidez do modelo supracitado.

Nestes termos, disciplina Theodoro Júnior:

Não se trata de revogar o sistema do direito positivo, mas de complementá-lo à luz de princípios inspirados no ideal de um processo justo, comprometido sobretudo com a verdade real e com os deveres de boa-fé e lealdade que transformam os litigantes em cooperadores do juiz no aprimoramento da boa prestação jurisdicional. De qualquer modo, esse abrandamento do rigor da literalidade do art. 373 depende de condições particulares do caso concreto que, na evolução do processo, permitam um juízo de verossimilhança em torno da versão de uma das partes, capaz de sugerir, de antemão, a possibilidade de o fato ter ocorrido tal como afirma o litigante a que toca o ônus da prova, mas que, nas circunstâncias, evidencie menos capacidade a esclarecê-lo por completo (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 904).

Ainda nesse meandro, deve-se destacar que a distribuição dinâmica, conhecida também como inversão do ônus da prova, é uma forma de estabelecer a equidade, determinando o

ônus para a parte que tem melhores condições de produzir a prova. Nota-se que não precisa inverter tudo, em alguns casos, há necessidade da inversão apenas para determinados fatos no processo.

A inversão estabelece, pois:

Que a realização da prova compete à parte que tiver maior aptidão para a sua produção e do reconhecimento de que tal distribuição do onus probandi pode, e deve, embasar-se em critérios determinados pela presunção hominis (as máximas de experiência) que possibilitam adotar como verdadeira, até prova em contrário a alegação verossímil. Assim, a inversão do ônus da prova deve ocorrer sempre que as alegações do autor permitirem observar a sua verossimilhança com a verdade dos fatos diante das regras de experiência (BRAGA, 2008, s. p.).

Conforme depreende-se do analisado até o presente momento, verifica-se que a CLT não previa expressamente a distribuição dinâmica antes da promulgação da Lei 13.467/2017, a inversão ocorria às vezes, devido ao artigo 769, da CLT, que estipulava a aplicação subsidiária das regras do CPC de 2015 no processo trabalhista, desde que não fosse incompatível com a mesma.

Nota-se que, com base no disposto no CPC de 2015, há três tipos de distribuição dinâmica. A convencional, baseada no acordo entre as partes, a legal, com previsão nos termos da lei e a judicial, com base na análise do juiz.

A forma convencional de inversão se consubstancia na ideia de transação entre as partes quanto ao ônus de produção das provas,

a fim de tornar o processo mais justo, célere e solidário.

A respeito da inversão convencional do ônus da prova Theodoro Júnior elucida:

Como as partes têm disponibilidade de certos direitos e do próprio processo, é perfeitamente lícito que em cláusula contratual, se estipulem critérios próprios a respeito do ônus da prova, para a eventualidade de litígios a respeito do cumprimento do contrato. Isto porém, só será admissível quando a cláusula referir-se a direito disponíveis, ou quando não tornar impraticável o próprio direito da parte (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 435).

Santos também dispõe:

São portanto, admissíveis convenções regulando o ônus da prova de maneira diversa da estabelecida no art. 333, salvo quando: a) versar a lide sobre direitos indisponíveis, já que, não podendo a parte confessar os fatos, sobre sua prova não poderá igualmente dispor; b) tratando-se de convenção que torne excessivamente difícil o exercício do direito, ao juiz cumprindo resolver caso por caso, pois a matéria se converte numa questão de fato a ser por ele apreciada e decidida. Na última hipótese entram os princípios da equidade, de que deverá valer-se o juiz (SANTOS, 1999, p. 363).

O modo legal se funda na disposição da lei processual que dispõe uma exceção à regra do modelo estático que estipula “ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos” de suas alegações e “ao réu os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor” (BRASIL, 2015). Tal exceção prevê a aplicação

da inversão do *ônus probandi* em casos peculiares. Nesta senda, Destefenni aponta:

Legal (*ope legis*): a inversão decorrente de norma expressa e não da decisão judicial. Bem lembra Kazuo Watanabe que, nesse caso, ‘somente haverá inversão do ônus da prova segundo a posição processual que esteja a ocupar quem é beneficiado pela regra. Se é o patrocinador da publicidade quem, com a afirmativa de veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária, postula uma tutela jurisdicional, não haverá inversão do encargo de provar, pois, nos termos do art. 333, I, do Código de Processo Civil, é seu o ônus da prova se a posição processual dele for de quem assume uma atitude defensiva diante da afirmativa do consumidor de inveracidade ou incorreção da informação ou comunicação publicitária, pois, nesta hipótese, pelas regras do direito processual comum, o ônus da prova seria do autor, na hipótese o consumidor’ (DESTEFENNI, 2006, p. 354).

São casos, pois, que a lei determina que deva ser realizada a inversão, como dispõe Didier Júnior:

A inversão *ope legis* é a determinada pela lei, aprioristicamente, isto é, independentemente do caso concreto e da atuação do juiz. A lei determina que, numa dada situação, haverá uma distribuição do ônus da prova diferente do regramento comum previsto no art. 333 do CPC. Visível é que não há aí qualquer inversão, mas tão-somente uma exceção normativa à regra genérica do ônus da prova. É, pois, igualmente, uma norma que trata

do ônus da prova, porquanto o regule abstratamente, excepcionando a regra contida no art. 333 do CPC (DIDIER JÚNIOR, 2010, p. 82).

Cumpre ainda delinear a forma judicial de dinamização do ônus, que se caracteriza pela decisão do juiz em casos que, embora não convencionados ou expressos no ordenamento jurídico, ele entenda que mereçam ser dinamizados.

Sobre o assunto Destefenni traça alguns aspectos

Judicial (*ope judicis*): decorre de decisão do juiz que inverte a regra tradicional do art. 333 caput, do CPC. A inversão judicial suscita controvérsias. Sandra Aparecida Sá dos Santos conclui que a inversão do ônus da prova é uma garantia constitucional do devido processo legal e que tem por fundamento o princípio constitucional da isonomia: “todos os meios necessários têm de ser empregados para que não se manifeste posição privilegiada em prol de um dos litigantes e em detrimento do outro, no rumo do êxito processual. Somente quanto as forças do processo, de busca e revelação da verdade, são efetivamente distribuídas com irrestrita igualdade, é que se pode falar em processo caracterizado pelo contraditório e ampla defesa”. A inversão do ônus da prova judicial não é automática, de tal forma que compete ao juiz analisar cada caso e verificar a verossimilhança da alegação e a hipossuficiência (DESTEFENNI, 2006, p. 355).

A reforma trabalhista, identificada pela Lei nº 13.467/2017, prevê mudanças no processo

trabalhista no que tange à distribuição do *ônus probandi*, na medida em que positivou a prática já utilizada quando da aplicação subsidiária do CPC de 2015. Nesse sentido, estabelece o § 1º, do artigo 818, da CLT, alterado pela referida Lei:

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

Nota-se que o legislador se preocupou em positivar tal inversão para gerar mais segurança jurídica quando da aplicação da norma. Preocupou-se, também, em instituir tempo hábil para a parte se desincumbir do ônus probatório, nos mesmos termos do CPC de 2015, estabelecendo que “a decisão referida no § 1º deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido” (BRASIL, 2017). Depreende-se, aqui, que a produção das provas é uma regra de julgamento, porém, no caso excepcional da inversão do *ônus probandi*, a mesma é considerada como regra de procedimento para dar garantia à parte, agora facultada a provar, a produção de tal prova.

É nesse aspecto que alguns entendem que a distribuição estática do ônus da prova

pode ser danosa ao empregado, porque pode sobrecarregar a produção probatória, devendo a dinamização, ser mais severa quanto ao empregador do que ao empregado. Neste sentido, têm-se:

O critério da igual distribuição do ônus da prova nem sempre atende as necessidades do processo trabalhista porque sobrecarrega o empregado que não tem as mesmas condições e facilidade do empregador. Assim, a tendência é redistribuir o ônus da prova com maiores responsabilidades para o empregador, à luz dos princípios gerais do direito do trabalho, no intuito de igualar as partes processualmente, observada a hipossuficiência do empregado, a sua subordinação ao empregador, a diversidade de situação econômica (BRAGA, 2008, s. p.).

Insta salientar, que a redação da Lei nº 13.467/2017, no que tange ao art. 818 sobre ônus probatório, cumpriu com o prometido e apresentou uma situação de muito mais segurança e confiança quando da aplicação da norma. Isto porque, a redação antiga da CLT, frisa-se, no que toca à distribuição do *ônus probandi*, já se mostrava ultrapassada e destoante do modelo constitucional de processo, pois por mais que previsse o emprego do disposto no CPC de 2015, a segurança jurídica restava comprometida e a mercê do órgão julgador.

5 PECULIARIDADES DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO TRABALHO

Mesmo antes da promulgação da Lei nº 13.467/2017, a jurisprudência estabelecia

casos peculiares de inversão do ônus da prova no direito do trabalho. Trata-se de questões que, ao entendimento do órgão jurisdicional, tendia a prejudicar sobremaneira a parte hipossuficiente na relação de trabalho quando da imputação a ela de provar fatos que estavam alheios à sua realidade e condição probatórias.

Neste sentido, destacam-se a previsão quanto à jornada de trabalho e comprovação de horas extras e quanto ao fim do contrato de trabalho “quando negados a prestação de serviço e o despedimento” (BRASIL, 2003).

Dessa forma, destaca-se, inicialmente, a Súmula 338 do Tribunal Superior do Trabalho (TST):

JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 234 e 306 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

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) (BRASIL, 2005).

Da análise dessa súmula, depreende-se que a empresa que conta com um quadro de funcionários superior a 10 é obrigada a registrar o ponto destes e manter esses dados sob sua guarda e segurança. Portanto, em um processo judicial em que o empregado alega que realizou horas extras, mas que não tem como provar, e o empregador afirma que essas horas não foram realizadas, o reclamado tem o ônus da prova, e caso não o produza, são aceitos como verdadeiro os fatos alegados pelo reclamante-empregado.

Passa-se, agora, para a análise da súmula 212 do TST que estipula que:

DESPEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado (BRASIL, 2003).

Infere-se do exame da referida súmula que se o empregado alega ter sido demitido do trabalho pelo empregador e este diz o contrário, o ônus de provar que a alegação do autor é descabida é do empregador, pois o princípio da continuidade, que estabelece a permanência do vínculo entre empregado e empregador, colabora para que o término não seja prejudicial ao trabalhador, que se mostra subordinado jurídica e economicamente ao empregador.

A reforma trabalhista introduziu normas

de direito material e instrumental, que precisam ser estudadas pela comunidade jurídica.

6 REFORMA TRABALHISTA E O ÔNUS DA PROVA NA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A partir de um diálogo harmonioso com o CPC de 2015, por meio da Lei nº 13.467/17, o art. 855-A passou a constituir-se como um importante dispositivo da CLT, o qual afirma que os arts. 133 e seguintes do CPC de 2015 se aplicam para tutelar o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica; ou seja, afirma-se que os sócios e administradores da empresa, em regra, os atingidos potencialmente pela aplicação do referido incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, têm direito ao efetivo e antecipado contraditório antes mesmo da decisão que trata sobre o tema no processo. Cumpre salientar que, há possibilidade de deferimento do pedido liminar de tutela provisória antecipada consta no § 2º do art. 855-A da CLT, não excluindo-se a suspensão do processo em virtude da instauração do incidente no art. 133 do CPC de 2015. Já no que diz respeito aos recursos admitidos para impugnar a decisão que deferir a desconconsideração da personalidade jurídica, os mesmos estão previsto no art. 855-A, § 1º da CLT.

A saber:

Art. 855-A. Aplica-se ao processo do trabalho o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015

- Código de Processo Civil.

§ 1º Da decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente:

I - na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do § 1o do art. 893 desta Consolidação;

II - na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo;

III - cabe agravo interno se proferida pelo relator em incidente instaurado originariamente no tribunal.

§ 2º A instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil) (BRASIL, 1943).

Insta salientar, também, a importância do conteúdo previsto no art. 10-A da CLT, o qual estipula acerca da responsabilidade subsidiária do sócio retirante no que diz respeito às obrigações trabalhistas da sociedade no que tange ao tempo em que atuou como o sócio da sociedade. Isto é identificado apenas em processos ajuizados em até 02 anos após a averbação de alteração do contrato social. Outro ponto digno de nota é a matéria prevista no art. 2, § 3º da CLT, o qual disciplina acerca da não caracterização de um grupo econômico apenas pela singela identidade, devendo, para constar tal caracterização, haver a explanação do objetivo integrado, a eficaz comunhão desses objetivos e a atuação de forma conjunta das sociedades participantes do grupo.

Neste sentido, tem-se:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a

prestação pessoal de serviço. [...]

§ 3º Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes (BRASIL, 1943).

Em sintonia semelhante com o CPC de 2015, o disposto no art. 818, § 1º, da CLT prevê a distribuição do ônus da prova de maneira diferente nos casos em que a lei prevê ou antevê peculiaridades do caso no que tange à dificuldade excessiva ou impossibilidade de uma das partes em obter a prova, ou mesmo maior facilidade de obtenção da mesma pela parte contrária, desde que a decisão seja fundamentada, adotando, assim, a chamada teoria das cargas dinâmicas da prova.

Importa salientar, de acordo com o disposto no enunciado 6 do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO), que “a hipossuficiência justificadora da atribuição do ônus da prova é a informativa e não a econômica” (CEAPRO, 2015). Percebe-se que, em resposta aos teóricos que defendem que o ônus é regra de instrução, é previsto no art. 818, § 2º, da CLT, o deferimento da distribuição dinâmica do *ônus probandi* anteriormente à Audiência de Instrução e Julgamento (AIJ). Assim, a jurisdição sustentável aponta que:

Na construção da decisão ideal para o caso concreto, o desafio hermenêutico da jurisdição não é mais um singelo exercício de subsunção do fato à norma, mas sim uma intensa atividade de construção e ponderação, participativa e dialética, que considera os imprescindíveis

aportes transdisciplinares e que projeta cautelosamente os efeitos e as consequências da decisão para o futuro (BODNAR, 2009, p. 106)¹.

Em igual seara, de diálogo harmônico com o CPC de 2015, o disposto atualmente no art. 775 da CLT, dispõe acerca da “contagem dos prazos processuais em dias úteis” (BRASIL, 2015), bem como prevê a redação do art. 219 do CPC de 2015.

Outra modificação importantíssima, e que merece atenção, está prevista no art. 840, § 1º, da CLT e dispõe acerca da exigência de pedido certo, com indicação precisa de seu valor e determinado na petição inicial, bem como acontece no CPC de 2015, a fim de colaborar para o manuseio consciente da ação trabalhista.

É preciso salientar que houve uma alteração no que tange ao art. 843, § 3º, da CLT, uma modificação que, inclusive, se mostra extremamente inovadora no que concerne à prática trabalhista forense. Tal artigo estabelece a não exigência de vínculo empregatício do preposto com a pessoa jurídica reclamada; ato que não o exime, conforme prevê o art. 843, § 1º, de conhecer os fatos no processo alegados. Dessa forma, tem-se:

AÇÃO DE CUMPRIMENTO. SINDICATO PROFISSIONAL. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. PREPOSTO. INEXIGÊNCIA DE VÍNCULO ADMINISTRATIVO OU TRABALHISTA COM A ENTIDADE. O art. 75, item VIII, do CPC, estabelece que a pessoa jurídica será representada em

1 Para aprofundamento na dimensão jurídico política do desenvolvimento sustentável e na jurisdição sustentável, ver também: GOMES; FERREIRA, 2017, p. 94-97, 102-103 e 106-110.

juízo, ativa e passivamente, por quem os respectivos atos constitutivos designarem ou, não havendo essa designação, por seus diretores. No caso, o Estatuto Social do autor diz que compete ao Presidente “Nomear preposto para representar o Sindicato em atos extrajudiciais ou em processos judiciais” (art. 24, “o”). A conclusão a que se chega é que foi conferido ao Presidente do sindicato a prerrogativa para livre indicação de preposto para atuar nos processos judiciais, não havendo necessidade que o representante tenha algum vínculo com a entidade, seja de ordem administrativa ou trabalhista. Incidência, ainda, do art. 843, §3º, da CLT (negrito meu)

(MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Quinta Turma Cível. Recurso Ordinário nº 0011014-23.2017.5.03.0051. Rel. Des. Manoel Barbosa da Silva, Belo Horizonte, 01 mar. 2018. **Diário de Justiça**, Belo Horizonte, 01 mar. 2018).

Outra preocupação tida pelo legislador, foi a catalogação de fixação dos valores previstos a título de indenização por danos morais, de acordo com o estabelecido no art. 223-G, § 1º, da CLT.

Ainda no que diz respeito à comunicação da CLT com o CPC de 2015, o art. 882, da CLT, faz referência explícita ao que prevê o art. 835, do CPC de 2015, no que concerne à indicação dos bens passíveis de penhora, estabelecendo que o executado possa utilizar do seguro garantia para tanto.

Outros pontos importantes no que tange ao processo, destacaram-se durante a pesquisa, porém, o presente trabalho não visa esmiuçá-los, tendo em vista que o foco da pesquisa

é a análise do ônus processual no processo trabalhista. Outro ponto salutar da presente pesquisa, foi informar que a CLT, especialmente no que tange ao ônus probatório, deve ser lida e interpretada em consonância com os preceitos e princípios constitucionais, já que tal análise constitucionalizada é medida que se impõe na modernidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito do trabalho é um ramo do direito muito emblemático e com temas de extrema relevância para a vida em sociedade. No presente trabalho buscou-se, em um primeiro momento, conceituar o termo prova e apresentar os princípios da prova no processo do trabalho. Verificou-se que ela é elemento essencial do processo e descobriu-se que o direito do trabalho conta com 8 princípios específicos no que diz respeito às provas, dos quais se destaca o princípio da necessidade probatória e da obrigatoriedade das provas. O primeiro estabelece que elas são imprescindíveis para o convencimento do juiz e o segundo que existem provas que são tão importantes que o juiz pode obrigar as partes a apresentá-las, tendo em vista seu caráter crucial para os demandantes e para o Estado.

Em um segundo momento, pretendeu-se delinear os contornos das teorias da prova: os modelos dinâmico e estático. Salientou-se que o sistema estático de distribuição do ônus probatório se mostra ultrapassado se aplicado isoladamente, na medida em que pode prejudicar a parte hipossuficiente que não tem condições plenas de produzir a prova necessária para ratificação de seu direito.

Em outro ponto, analisou-se o ônus

da prova no direito do trabalho antes da promulgação da Lei nº 13.467 de 2017, que realizou a reforma trabalhista, bem como os meios de prova em direito admitidos. Destacou-se entre eles a prova documental, a pericial e a testemunhal. Averiguou-se que a CLT não previa a dinamização do *ônus probandi*, tendo que ser dinamizada de acordo com a previsão do CPC de 2015.

No terceiro tópico, delineou-se os o ônus da prova no processo trabalhista após a promulgação da Lei nº 13.467 de 2017 e notou-se que houve uma evolução gritante no aspecto da prova, uma vez que a nova redação previu a distribuição dinâmica e a inversão do ônus probatório de acordo com as peculiaridades do caso.

No quarto capítulo, instituiu-se algumas peculiaridades da dinamização *probandi* no direito do trabalho, analisando a súmula 338 do TST, que prevê que o ao empregador cabe o ônus da prova no que concerne à jornada de trabalho e a súmula 212 do mesmo tribunal que preceitua que é cabível ao empregador provar que não houve a despedida do empregado, em respeito ao princípio da continuidade.

Por fim, analisou-se o ônus da prova no processo trabalhista com aplicação harmônica do CPC de 2015, no que tange à desconsideração da personalidade jurídica, concluindo-se que houve diversas alterações na CLT com a reforma trabalhista no que tange a esse assunto e que as modificações se mostram semelhantes ao disposto no CPC de 2015.

Diante da pesquisa, o resultado alcançado foi de que o ônus probatório, após a reforma trabalhista, ficou mais equânime e seguro, na medida em que permitiu que ocorresse a inversão do ônus para incumbir a parte que tem

melhores condições de prova, de demonstrar um elemento que muitas vezes constitui para a parte contrária uma prova de difícil alcance. Nota-se, pois, que agora tal dispositivo do CPC de 2015 se mostra muito mais democrático e consentâneo com os princípios constitucionais, a fim de alcançar uma jurisdição sustentável.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **CLT comentada: legislação, doutrina, jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ALMEIDA, André Luiz Paes de. **CLT e súmulas do TST comentadas**. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2013.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

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

BODNAR, Zenildo. Os novos desafios da jurisdição para a sustentabilidade na atual sociedade de risco. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 6, n. 12, p. 101-119, jul./dez. 2009. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/19>. Acesso em: 17 jul. 2019.

BRAGA, Márcia Maria Gonçalves. O ônus da prova no processo do trabalho. **Migalhas de Peso**, 2008. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI51740,31047-O+onus+da+prova+no+processo+do+trabalho>. Acesso em: 20 jun. 2018.

BRAGA, Paula S.; OLIVEIRA, Rafael A.; DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. v. 2.

BRAGA, Sergio Murilo Diniz. **Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Líder, 2016.

BRASIL. Lei nº 5.452, de 01 maio 1943. Aprova a Consolidação das leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, mar. de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 20 jun. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 mar. 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 jun. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 jul. 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 10 de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, jul. de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 20 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. Súmula nº 212. 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. **Diário Oficial**, 2018. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-212. Acesso em: 20 maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. Súmula nº 338. 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). **Diário Oficial**, 2018. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-338. Acesso em: 20 fev. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CASSEP, Alexandre Azambuja. A prova no processo do trabalho. **Conteúdo Jurídico**,

São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-prova-no-processo-do-trabalho,42601.html>. Acesso em: 20 fev. 2018.

CEAPRO. **Enunciados Novo CPC**. Ceapro, 2015. Disponível em: <http://www.ceapro.org.br/enunciados.html>. Acesso em: 30 jun. 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

DESTEFENNI, Marcos. **Curso de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. Vol. III.

FLAGON, Pamella. Provas no direito do trabalho. **Jus Brasil**, Teresina, 2016. Disponível em: <https://pamellaflagon1.jusbrasil.com.br/artigos/244893213/provas-no-direito-do-trabalho>. Acesso em: 12 mar. 2018.

GOMES, Magno Federici; FERREIRA, Leandro José. A dimensão jurídico-política da sustentabilidade e o direito fundamental à razoável duração do procedimento. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, n. 52, v. 2, p. 93-111, maio/set. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v2i52.8864>. Acesso em: 27 jun. 2019.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil**

brasileiro. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of court. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 3, nº 102, 2001.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2012.

MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. **Súmulas e orientações jurisprudenciais do TST**: comentadas e organizadas por assunto. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Quinta Turma Cível. Recurso Ordinário nº 0011014-23.2017.5.03.0051. EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL – AÇÃO DE CUMPRIMENTO. SINDICATO PROFISSIONAL. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. PREPOSTO. INEXIGÊNCIA DE VÍNCULO ADMINISTRATIVO OU TRABALHISTA COM A ENTIDADE. O art. 75, item VIII, do CPC, estabelece que a pessoa jurídica será representada em juízo, ativa e passivamente, por quem os respectivos atos constitutivos designarem ou, não havendo essa designação, por seus diretores. No caso, o Estatuto Social do autor diz que compete ao Presidente “Nomear preposto para representar o Sindicato em atos extrajudiciais ou em processos judiciais” (art. 24, “o”). A conclusão a que se chega é que foi conferido ao Presidente do sindicato a prerrogativa para livre indicação de preposto para atuar nos processos judiciais, não havendo necessidade que o representante tenha algum vínculo com a entidade, seja de ordem administrativa ou

trabalhista. Incidência, ainda, do art. 843, §3º, da CLT.

Rel. Des. Manoel Barbosa da Silva, Belo Horizonte, 01 mar. 2018. **Diário de Justiça**, Belo Horizonte, 01 mar. 2018. Disponível em: <https://as1.trt3.jus.br/juris/consultaBaseCompleta.htm>. Acesso em: 09 abr. 2018.

MIOTTO, Carolina Cristina. **Ônus da prova**: uma análise da distribuição estática e dinâmica do ônus da prova e a sua previsão legislativa nos sistemas processuais civis português e brasileiro. 2015. 151f. Tese (Mestrado) – Universidade do Minho, Braga. Disponível em: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/44559/1/Carolina%20Cristina%20Miotto.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2018.

PEREIRA, Leone. **Manual de processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

REICHEL, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2016.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **A prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

VIVEIROS, Luciano. **CLT comentada**: doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Publicado originariamente em: GOMES, Magno Federici; OLIVEIRA, Izadora Gabriele dos Santos. Ônus probatório e desconsideração da personalidade jurídica no processo trabalhista: uma análise da distribuição sustentável da prova após a Lei nº 13.467/2017. **Revista Magister de Direito do Trabalho**, Porto Alegre: LexMagister, nº 92, Ano XVI, p. 40-60, set./out. 2019.

A FLEXIBILIZAÇÃO DO ÔNUS PROCESSUAL PELO PRINCÍPIO DA APTIDÃO DA PROVA

Bruna de Sá Araújo

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. CONTEXTUALIZANDO O ÔNUS DA PROVA. 2. ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO. 3. A FLEXIBILIZAÇÃO DO ÔNUS PROCESSUAL PELO PRINCÍPIO DA APTIDÃO DA PROVA. CONCLUSÕES. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

A distribuição do ônus da prova no processo civil e trabalhista seguiam de forma estática e abstrata em nosso ordenamento jurídico, malgrado as peculiaridades de cada caso concreto, segundo o CPC de 1973 e a CLT de 1943, respectivamente.

Assim, tanto autor quanto réu tinha por definidas suas matérias de prova, o que, em algumas situações, poderia beneficiar uma parte e prejudicar outra, pois, constituindo-se tarefa árdua para a parte que necessitava produzi-la, poderia com facilidade ser apresentada pela outra, que não tinha interesse

em sua existência jurídica por motivos lógicos.

Desde o início do século XIX, o jurista inglês Jeremy Bentham já manifestava a preocupação em se abrandar a disposição rígida de repartição dos encargos probatórios, visando atribuir a carga da prova àquela parte que pudesse produzi-la com menos inconvenientes. Esse pensamento, contudo, não foi acolhido pela legislação brasileira da época, vindo a ser sistematizado na Alemanha, no início do século XX e, no final do século passado, recepcionado na Argentina, onde é hoje largamente aceito pelos Tribunais com o nome de Doutrina de Las Cargas Probatorias Dinámicas (Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas)¹.

O Código de Processo Civil de 2015 rompeu com a regra tradicional de distribuição do ônus da prova, desenvolvida por Chiovenda, jurista italiano, baseada na posição processual

1 AMBRÓSIO, Graziela. A distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2013, p. 56.



Bruna de Sá Araújo

Advogada, especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo IPOG e pela Universidade Federal de Goiás (UFG), pós-graduanda em Direito Previdenciário pela Fasame Coordenadora do Núcleo de Direito do Trabalho do Instituto de Estudos Avançados em Direito (IEAD).

das partes (autor e réu) e na natureza dos fatos discutidos em juízo (constitutivos, modificativos, extintivos ou impeditivos), adequando esse encargo ao caso concreto, com vistas a uma prestação jurisdicional mais justa e adequada à situação ajuizada.

A jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho e de forma sumulada, o Tribunal Superior do Trabalho, davam indícios de pactuar com a teoria dinâmica do ônus da prova, razão pela qual o posicionamento do Poder Judiciário Trabalhista já caminhava para uma flexibilização do artigo 818 da CLT no Processo do Trabalho.

A prova judiciária é a demonstração da verossimilhança da existência de uma determinada realidade. Como todo direito sustenta-se em fatos, aquele que alega possuir um direito deve, antes de mais nada, demonstrar a existência dos fatos em que tal direito se alicerça. Desta forma, cada pretensão resistida deverá ser apreciada dentro do contexto probatório, consoante o princípio da distribuição do ônus da prova.

Em regra os documentos relativos à relação de emprego permanecem sob a guarda do empregador, haja vista que dele é o ônus de comprovar a maioria dos pedidos trabalhistas. Por conseguinte, atualmente não basta apenas cumprir a legislação trabalhista, ainda mais necessário é documentar o cumprimento fiel destes direitos.

O presente artigo demonstrará que a distribuição do ônus da prova no âmbito laboral evoluiu no decorrer do tempo, ainda que de forma lenta. Partindo de uma contextualização do ônus da prova segundo os principais doutrinadores da área, de forma mais específica abordará o ônus da prova no Processo do Trabalho, e, por fim, discorrerá

sobre a flexibilização do ônus processual pelo princípio da aptidão da prova.

1.CONTEXTUALIZANDO O ÔNUS DA PROVA

Conforme vaticina Nelson Nery Junior², a palavra do latim *onus* significa carga, fardo, peso, gravame. Não existe obrigação que corresponda ao descumprimento do ônus. O não atendimento do ônus de provar coloca a parte em desvantajosa posição para a obtenção do ganho de causa. A produção probatória, o tempo e a forma prescrita em lei são ônus da condição de parte.

Fredie Didier³ destaca que:

Ônus é o encargo cuja inobservância pode colocar o sujeito numa posição de desvantagem. Não é um dever e, por isso, não se pode exigir o seu cumprimento. Normalmente, o sujeito a quem se impõe o ônus tem interesse em observá-lo, justamente para evitar essa situação de desvantagem que pode advir de sua inobservância.

Por conseguinte, o ônus da prova é um encargo atribuído a um sujeito para demonstrar determinadas alegações de fato, sob pena de arcar com a situação de desvantagem advinda da não demonstração do fato.

Parte da doutrina classifica o ônus da prova em subjetivo e objetivo. O ônus da prova

2 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 7. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 614.

3 DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarna; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dosefeitos da tutela. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 106-107.

subjetivo pertence às partes, que tem o ônus de comprovar os fatos que alegam, segundo as regras de distribuição da prova. O ônus da prova objetivo é dirigido ao juiz, posto que se reporta ao raciocínio lógico do julgador no ato de decidir, analisando e valorando as provas.

Daniel Amorim Assumpção⁴ esclarece que são destinatários das regras probatórias as partes e o juiz. Às partes, na medida em que as orienta sobre o que lhes cabe comprovar, pois arcarão com as consequências da ausência ou insuficiência da demonstração dos fatos cuja prova lhes cabia. Por sua vez, também dirige-se ao juiz, pois o instituto é igualmente visto como uma regra de julgamento a ser aplicado pelo juiz no momento de proferir a sentença, quando a prova se mostre insuficiente ou inexistente.

2. ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

A redação originária do art. 818 da CLT estabelecia que “o ônus de provar as alegações incumbe à parte que as fizer”. Esta regra, que tem origem em 1943 e dada a sua excessiva simplicidade, cedeu lugar, não obstante a inexistência de omissão do texto consolidado, à aplicação sistemática do art. 373 do CPC, segundo o qual cabe ao autor a demonstração dos fatos constitutivos do seu direito e ao réu, a dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do alegado direito do autor⁵.

Segundo o art. 3º, VII, da Instrução Normativa n. 39/2016 do TST, que dispôs sobre

4 ASSUMPÇÃO, Daniel Amorim. Manual de direito processual civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 420.

5 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 731.

as normas do Novo CPC aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, aplica-se no Processo do Trabalho a distribuição dinâmica do ônus da prova pelo juiz, sendo vedada a aplicação dos parágrafos terceiro e quatro do mesmo artigo, que previa a inversão do ônus da prova por convenção das partes.

Todavia, a Lei n. 13.467/2017 também conhecida como Reforma Trabalhista, concedeu nova redação ao art. 818 da CLT, que passou a adotar a mesma sistemática do CPC/2015, assim como previu a aplicabilidade da denominada carga dinâmica do ônus da prova.

Com efeito, diversos juristas da Justiça do Trabalho já aplicavam a inversão do ônus da prova com fulcro no art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que apresenta dois grandes fundamentos para a possibilidade da inversão: quando for verossímil a alegação ou quando o autor for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência. Afinal, é exatamente o requisito da hipossuficiência (em regra econômica) do empregado perante seu empregador que autoriza o juiz do trabalho a adotar a inversão do *ônus probandi*.

São exemplos de inversão do ônus da prova, no Processo do Trabalho, os conflitos envolvendo insalubridade, periculosidade, doenças ocupacionais, entre outros. Nesses casos, o empregador possui maiores condições de provar que o ambiente de trabalho é salubre, não é perigoso, já que as Normas Regulamentadoras (NRs) do Ministério do Trabalho (MTb) 15 e 16 preconizam que as empresas que tenham um potencial ambiente de trabalho insalubre e/ou perigoso devem, obrigatoriamente, manter alguns laudos técnicos feitos por profissionais habilitados

da área, como, por exemplo, o PPP (Perfil Profissiográfico Previdenciário), o PPRA (Programa de Prevenção de Riscos Ambientais), o LTCAT (Laudo Técnico das Condições Ambientais de Trabalho), o PCMSO (Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional)⁶.

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho já dava indícios da admissão da inversão do ônus da prova nesta especializada. A Súmula 338, item III, dispõe que os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes (cartões de ponto britânicos) 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. Por sua vez, a Súmula 212 prevê que 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.

Leone Pereira⁷ também aponta que a inversão do ônus da prova encontra respaldo nos princípios do acesso à justiça (facilitação da colheita das provas), na proteção ao trabalhador hipossuficiente, na promoção da legislação trabalhista e social e na aptidão da prova.

Apesar de entendimentos contrários quanto ao momento processual para a inversão do ônus da prova, a linha majoritária entende que o momento processual adequado e correto para que o magistrado proceda a inversão do

ônus da prova é antes da audiência de instrução.

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

Leone⁸ ratifica esta linha de entendimento sob a justificativa de que a inversão do ônus da prova é exceção, e não a regra; que este momento processual evitaria surpresas no andamento dos atos processuais, respeitando os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa; e que a inversão do ônus da prova somente na sentença prejudica em muito a produção probatória por parte do reclamado.

3. A FLEXIBILIZAÇÃO DO ÔNUS PROCESSUAL PELO PRINCÍPIO DA APTIDÃO DA PROVA

A distribuição do ônus da prova leva em conta as possibilidades de cada litigante em demonstrar os fatos alegados, conjugados com o que se extrai da experiência e a observação do que ordinariamente acontece. A inversão do ônus da prova é cabível quando a posição processual de uma das partes for apenas defensiva em relação à outra, porque encontra dificuldades de agir em razão de alguma carência. Alegando o réu que a afirmação do autor não é verdadeira ou que carece de

6 SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Curso de direito processual do trabalho. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 448.

7 PEREIRA, Leone. Manual de processo do trabalho. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 591.

8 Ibid., p. 592.

correção, atrairá para si o ônus de provar tais alegações. O juiz verificará, em cada caso, a qual das partes incumbia o ônus da prova, decidindo contra aquela sobre a qual recaía esse ônus (ônus objetivo) e dele não se desvencilhou. Pelo princípio da aptidão da prova, a parte dotada de maiores condições de produzir em juízo a prova exigida deve fazê-lo⁹.

Emília Simeão leciona que no processo vigora o princípio segundo o qual aquele que tiver melhores condições e/ou facilidades de produzir a prova deverá fazê-lo (princípio da aptidão da prova), independente de ser o autor ou o réu. Em se tratando de documentos relativos ao contrato de trabalho ou da relação de trabalho, o empregador ou tomador tem o dever legal de mantê-los em seus arquivos pelo prazo que a lei determina; o empregado e o prestador de serviços, não. Assim, quando demandado, é o empregador ou tomador quem deve trazê-los ao processo sempre que forem exigidos, pois tem melhores condições e facilidades para assim agir¹⁰.

Desta forma, não vigora mais na processualística trabalhista a máxima de que “a prova das alegações incumbe à parte que as fizer”. A distribuição do ônus da prova no âmbito laboral evoluiu no decorrer do tempo, preceitua o princípio da aptidão para a prova que deve produzi-la, não necessariamente, quem detenha o ônus segundo os ditames normativos pertinentes, mas a parte com melhores condições de esclarecer a verdade dos fatos em discussão.

9 SAKO, Emília Simeão Albino. A prova no processo do trabalho: os meios de prova e o ônus da prova nas relações de emprego e trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 28-39.

10 Ibid., p. 40-41.

Como, de regra, os documentos relativos à relação de emprego permanecem sob a guarda do empregador, dele é o ônus de comprovar a maioria dos pedidos trabalhistas. Assim, não basta apenas cumprir a legislação trabalhista pertinente, ainda mais importante é documentar o cumprimento fiel de todos os direitos trabalhistas dos empregados.

A redação do artigo 371 do CPC/2015 deixa claro que a prova pertence ao processo, e não à parte que a produz, ao dispor que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido”. Trata-se do princípio da aquisição processual, uma vez produzida a prova, esta pertencerá ao processo, pouco importando a parte que a produziu. Isso se justifica pela finalidade principal da prova, que é a formação do convencimento do magistrado¹¹.

Assim sendo, não se pode permitir que o empregador, detentor da documentação registrada durante o contrato de trabalho, selecione ou oculte elementos que lhe sejam desfavoráveis na elucidação das questões controvertidas.

No entanto, mister ressaltar que a regra não é absoluta, para a aplicação do princípio da aptidão para a prova, com a inversão do encargo probatório em desfavor do empregador, é indispensável que o trabalhador demonstre minimamente a verossimilhança de sua pretensão, afinal, a presunção de veracidade é relativa.

Caso contrário, seria inviável exigir-se da reclamada que, suprindo a total inércia do autor em comprovar o fato constitutivo do direito por ele alegado, produza prova que a ele beneficie.

11 PEREIRA, op. cit., p. 589.

Da interpretação efetiva do estabelecido no inciso LXIII do art. 5º da Constituição da República extrai-se que ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo (*Nemo tenetur se detegere*).

CONCLUSÃO

Demonstrou-se no presente artigo que o ônus da prova é um encargo atribuído a um sujeito para demonstrar determinadas alegações de fato, sob pena de arcar com a situação de desvantagem advinda da não demonstração do fato. Além disto, parte da doutrina classifica o ônus da prova em subjetivo (aquele que pertence às partes) e objetivo (dirigido ao magistrado).

Apesar de dispor sobre o ônus da prova no âmbito do Direito Processual do Trabalho, a redação originária do artigo 818 da CLT, datada de 1943, era simplista e não atingia o alcance necessário para a época presente, de modo que juristas aplicavam o artigo 373 do CPC de forma subsidiária, segundo o qual cabe ao autor a demonstração dos fatos constitutivos do seu direito, e ao réu, a dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do alegado direito do autor.

O Tribunal Superior do Trabalho embasou a aplicação do artigo em comento ao editar a Instrução Normativa nº 39/2016, entretanto, a Corte Superior barrou a possibilidade de inversão do ônus da prova por convenção das partes, considerando que tal regramento não compatibilizava com a regras protetivas que vigoram no Direito do Trabalho, material e processual.

Diversos juristas da Justiça do Trabalho já aplicavam a inversão do ônus da prova com

fulcro no art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), tendo em vista a condição hipossuficiente do empregado, assim como do consumidor.

Contudo, somente em 2017, com a vigência da Lei n. 13.467 também denominada de Reforma Trabalhista, que houve alteração no artigo 818 que trata do ônus da prova no âmbito desta especializada, replicando a literalidade do art. 373 do CPC/2015 e trazendo previsão expressa quanto à distribuição dinâmica do ônus da prova.

Desta maneira, ainda que de forma atrasada, a legislação sobre o ônus da prova no Processo do Trabalho evoluiu no decorrer do tempo para se adequar de forma mais justa às peculiaridades das relações de trabalho/emprego. A comprovação de fatos e direitos unicamente por parte de quem alega - geralmente o empregado - mina suas chances de obter êxito perante a Justiça do Trabalho, de modo que o princípio da aptidão da prova igualou uma relação que manifestamente é desigual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBRÓSIO, Graziela. **A distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013.

ASSUMPÇÃO, Daniel Amorim. **Manual de direito processual civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarna; ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão,**

precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 7. ed. São Paulo: RT, 2003.

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

SAKO, Emília Simeão Albino. **A prova no processo do trabalho: os meios de prova e o ônus da prova nas relações de emprego e trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Curso de direito processual do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

ARTIGOS ESPECIAIS

A RELAÇÃO DE EMPREGO FRENTE AO RACISMO ESTRUTURAL

Maurício de Carvalho Góes

Fernanda Machado

RESUMO: O racismo é um problema enfrentado mundialmente; um câncer a ser erradicado da sociedade. Infelizmente, sua ocorrência no ambiente de trabalho tem prejudicado a relação trabalhista, criando nesta relação, que já é desigual em sua natureza, um grande abismo. Desta forma se traz à baila a ocorrência do racismo na relação de emprego, e a aplicabilidade dos princípios fundamentais, na busca da proteção do empregado negro.

Palavras-chave: Racismo; Direito do Trabalho; Relação de Emprego; Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; Princípio da Igualdade; Jurisprudência;

ABSTRACT: the racism is a problem faced worldwide; a cancer to be eradicated from society. Unfortunately, your occurrence in the workplace has damaged the labor relationship,

creating in this relation, what's already is unequal in your nature, a big abyss. So brings in the discussion the occurrence of racism on the employment relationship, and the applicability of fundamental principles, in the pursuit of black employed protection.

Keywords: Racism; Labor Law; Employment Relationship; Human Being Dignity Principle; Equality Principle; Jurisprudence;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. ASPECTOS HISTÓRICOS ACERCA DO RACISMO; 2. RACISMO E MERCADO DE TRABALHO; 3. O RACISMO NA RELAÇÃO DE EMPREGO: REALIDADE E CONSCIÊNCIA; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS

.....
Maurício de Carvalho Góes

Advogado trabalhista. Sócio do Escritório TozziniFreire Advogados. Doutor em Direito pela UNISINOS, Mestre em Direitos Fundamentais pela ULBRA/RS. Especialista em Direito do Trabalho pela UNISINOS. Professor de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho da Escola de Direito da PUC/RS.

Fernanda Machado

Advogada. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho, pela UFRGS.

INTRODUÇÃO

O negro possui papel fundamental no corpo social brasileiro, devendo-se destacar, ainda, sua fundamental contribuição para o desenvolvimento desta Nação onde, em virtude disto, sofreu danos irreparáveis, em virtude da escravidão. Através de muita luta, conquistaram a abolição da escravidão, em 1888. Porém, tal conquista não foi completa, pois o negro, historicamente, foi expelido para os subúrbios, vivendo de forma totalmente desigual perante a sociedade elitista, identificada como branca, que continuamente expõem o negro a práticas racistas humilhantes, ferindo sua dignidade.

Com o passar dos tempos, onde tais práticas deveriam mudar radicalmente, percebe-se que o racismo persiste, de forma velada, o que torna muito mais complicado a sua detecção e, até mesmo, sua comprovação. Ainda, muito mais delicado é quando a prática de atos racistas ocorre dentro do ambiente de trabalho, que já é um ambiente desigual por natureza, tendo em vista o poder econômico do empregador e a hipossuficiência do empregado nesta relação.

Nesta esteira, o presente artigo tem por escopo abordar a relação de emprego frente ao racismo estrutural, onde pretende-se, em poucas palavras, discorrer sobre o histórico do negro no Brasil, abordando a questão racista, e adentrando na seara do racismo no Direito do Trabalho, trazendo pesquisas que demonstram a desigualdade entre brancos e negros, a ocorrência do racismo no ambiente de trabalho, e o entendimento jurisprudencial atual, além da aplicabilidade dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da igualdade na efetivação dos direitos trabalhistas do negro.

1 ASPECTOS HISTÓRICOS ACERCA DO RACISMO

Em um contexto mundial, percebe-se que a luta contra o racismo é constante à décadas, pois a utilização da mão de obra negra, de forma escrava, não foi algo apenas atrelado ao Brasil, embora deve-se reconhecer que o Brasil fora o maior porto de desembarque de escravos negros do mundo¹. Se expandir o olhar sobre a ocorrência do racismo, no uso da mão de obra dos negros, na condição de escravos, irá se observar que diversos países se utilizaram das técnicas de contrabando de seres humanos para seu crescimento econômico, acarretando na denegrição de uma população por seu fator racial, que sofre até os dias atuais, não de uma forma tão explícita, como no passado, mas de uma forma velada.

A escravidão propriamente dita não se deu apenas pelo fato dos portugueses transportarem os africanos para desenvolvimento da mão de obra no Brasil, mas pela forma com a qual dispensavam tratamento aos negros: navios negreiros com condições desumanas, onde

1 “Não há documentos precisos sobre a chegada dos primeiros escravizados ao Brasil, mas os desembarques oficiais tiveram início na década de 1530, também destinados à indústria da cana, que começava a despontar em algumas capitanias. Em 1583, o Brasil contava 14 mil escravos, um número que subiria constantemente até o auge do tráfico no País, entre 1800 e 1850, período em que 2,3 milhões de negros aportaram aqui. O Brasil foi o país que mais recebeu escravos nas Américas. Quatro em cada dez negros que cruzaram o Atlântico até a segunda metade do século 19 tiveram como destino nosso país – um total de 4,8 milhões de africanos. As áreas fornecedoras mudaram ao longo dos tempos, mas a maior parte dos negros desembarcados por aqui eram de Angola e do Congo, seguidos dos escravizados em Moçambique e na região do Golfo de Benim, entre Gana e Nigéria.” (SCHRÖDER, André. A Era da Escravidão. Super Interessante. Editora Abril, 29 mar de 2020. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/especiais/a-era-da-escravidao/>> Acesso em 18 jul de 2020).

muitos morriam antes que viessem a chegar no destino, sendo aqueles que não sobreviviam, por fatores de saúde muitas vezes, simplesmente descartados ao mar, além do tratamento como simples mercadorias nas praças, quando eram analisados e comprados pelos senhores brancos, além de castigos seus senhores, jamais percebendo uma remuneração pelo trabalho desenvolvido, alojamento em galpões imundos e úmidos, denominadas “senzalas”, acorrentados para que não houvesse fuga, amontoados uns sobre os outros, e tantos outros fatores bárbaros, impiedosos, que fizeram da população negra no Brasil, uma população praticamente taxada como serviçal ou, muitas vezes, nem humana².

Emmanuel Teófilo Furtado Filho comenta o período da escravidão no Brasil da seguinte forma:

O negro passou a ser a grande máquina produtiva da sociedade colonial brasileira, proporcionando às elites de então a exaltação da ociosidade frente ao trabalho manual que era inferior e degradante. Retorna-se a um instituto que se pensava superado no mundo ocidental. [...] a escravidão era, portanto, essencial para a sobrevivência do colono europeu no Brasil nas novas terras. A incorporação dos negros à sociedade brasileira ocorreu, desse modo, através da violência, da opressão e do desrespeito à dignidade humana. Assim foi também no período do ouro e do café: o negro escravizado sempre garantiu, com seu trabalho, o sucesso dos diversos ciclos econômicos da colonização brasileira.³

2 GARAEIS, Vítor Hugo. “A História da Escravidão Negra no Brasil.” Disponível em: < <https://www.geledes.org.br/historia-da-escravidao-negra-brasil/> >. Acesso em: 11 jul de 2020.

3 FURTADO FILHO, Emmanuel Teófilo. Combate

Porém, diante desta realidade existente o negro não ficou à mercê totalmente dos seus senhores brancos, mas lutou em prol de sua liberdade com afinco, o que muitas vezes custou sua vida para que seus irmãos pudessem sair do julgo dos senhores.

Resume Valter Roberto Silvério lecionando que “a reação mais contundente ao regime colonial, no caso brasileiro, foi sem nenhuma dúvida as várias experiências quilombolas que a historiografia oficial sempre tentou desconsiderar ou reduzir sua importância”⁴.

E esta é mais uma questão a ser pensada, sobre o porquê desde a antiguidade até o presente momento, tantos aspectos culturais da luta dos negros foram *ocultados* de certa forma, e o reconhecimento por todo processo passado por eles. O avanço de conquistas por parte da população negra é lento, tem barreiras, muitas vezes sem apoio governamental e, principalmente da sociedade em geral, que acaba por tratar atos racistas como mera brincadeira, sem compreender a gravidade existente na prática. A saber, que o Dia da Consciência Negra⁵ só foi reconhecido

.....
à discriminação racial no Brasil e na França: estudo comparado da efetivação das ações afirmativas. São Paulo: LTr, 2013. p. 63.

4 SILVÉRIO, Valter Roberto. Ação afirmativa e o combate ao racismo institucional no Brasil. Cadernos de Pesquisa, São Paulo, n. 117. p. 230.

5 “O Dia Nacional de Zumbi e da Consciência Negra, celebrado em 20 de novembro, foi instituído oficialmente pela lei nº 12.519, de 10 de novembro de 2011. A data faz referência à morte de Zumbi, o então líder do Quilombo dos Palmares – situado entre os estados de Alagoas e Pernambuco, na região Nordeste do Brasil. Zumbi foi morto em 1695, na referida data, por bandeirantes liderados por Domingos Jorge Velho. A data de sua morte, descoberta por historiadores no início da década de 1970, motivou membros do Movimento Negro Unificado contra a Discriminação Racial, em um congresso realizado em 1978, no contexto da Ditadura Militar Brasileira, a elegerem a figura de Zumbi como

e institucionalizado em 2011, 316 anos após a morte de um dos maiores lutadores e precursores da liberdade dos negros, Zumbi dos Palmares.

2 RACISMO E MERCADO DE TRABALHO

Após a abolição da escravatura os negros saíram em busca da tão sonhada liberdade. Porém o que eles não esperavam era se deparar com a realidade que lhes fora imposta; não tinham moradia, instrução, roupas, dinheiro, suporte, auxílio dos governantes à época, por exemplo. Então, muitos acabaram por retornar aos senhores de escravos, por uma mão de obra mísera, mal podendo manter-se com a “remuneração” que percebera, outros, sem condições de inserir-se em uma sociedade branca racista, que considerava-se superior aos negros, foram enxotados das cidades, vivendo em comunidades isoladas, em condições míseras, iniciando o crescimento dos subúrbios e de uma longa história de discriminação que acarreta em danos a

.....
um símbolo da luta e resistência dos negros escravizados no Brasil, bem como da luta por direitos que seus descendentes reivindicam. [...]. Com a redemocratização do Brasil e a promulgação da Constituição de 1988, vários segmentos da sociedade, inclusive os movimentos sociais, como o Movimento Negro, obtiveram maior espaço no âmbito das discussões e decisões políticas. [...] A figura de Zumbi dos Palmares é especialmente reivindicada pelo movimento negro como símbolo de todas essas conquistas, tanto que a lei que instituiu o dia da Consciência Negra foi também fruto dessa reivindicação. O nome de Zumbi, inclusive, é sugerido nas Diretrizes Curriculares Nacionais para Educação das Relações Étnico- Raciais e para o Ensino de História e Cultura Afro-Brasileira e Africana como personalidade a ser abordada nas aulas de ensino básico como exemplo da luta dos negros no Brasil.” (FERNANDES, Cláudio. 20 de novembro - Dia Nacional da Consciência Negra; Brasil Escola. Disponível em: <<http://brasilecola.uol.com.br/datas-comemorativas/dia-nacional-da-consciencia-negra.htm>>. Acesso em: 11 jul de 2020).

sociedade até hoje.

Outro aspecto a ser analisado a respeito disto, é o advento das indústrias e do desenvolvimento da modernização no Brasil; a mão de obra passou a ser exportada, sendo fornecida por imigrantes europeus, sendo os negros analisados como uma mão de obra desqualificada diante destes, acarretando uma disputa desigual por oportunidades de trabalho.

Resta evidente que a realidade do negro, apesar das condições desumanas que antes vivera, agravou com o decorrer dos anos, com a sua sonhada “liberdade”. A população negra acabou por ser enxotada, tentando sobreviver em meio a sociedade que lhes impôs uma forte concorrência, como já visto.

Logo, o negro, aquele que fora fundamental para o desenvolvimento da história do Brasil e chave fundamental para o enriquecimento da elite que aqui habitava, passou a ser alvo de uma discriminação sem igual, criada pela mente desta, que se mantém até agora. Maria Aparecida Silva Bento afirma que “a elite fez uma apropriação simbólica crucial que vem fortalecendo a autoestima e o autoconceito do grupo branco em detrimento dos demais, e essa apropriação acaba legitimando sua supremacia econômica, política e social. **O outro lado dessa moeda é o investimento na construção de um imaginário extremamente negativo sobre o negro, que solapa sua identidade racial, danifica sua autoestima, culpa-o pela discriminação que sofre e, por fim, justifica as desigualdades raciais** [grifo nosso].”⁶.

Além de todo este preconceito a ser

6 BENTO, Maria Aparecida Silva. Branqueamento e branquitude no Brasil. In: Vieira Júnior, Ronaldo Jorge Araújo, 2011. p. 25.

enfrentado, o negro tornou-se alvo de mais um adjetivo totalmente pejorativo, chamado de “preguiçoso”. Sarita Amaro relata que “diante da ausência de hostilidade racial extrema ou manifesta contra os negros, **tornou-se corrente acreditar e difundir que no Brasil não há desigualdade racial: se os negros são pobres, é porque são acomodados e preguiçosos.** Com base em mitos e estereótipos desse tipo, reificou-se a consciência de opinião pública e passaram-se a justificar graves injustiças sociais [grifo nosso]”⁷. Não estava se levando em conta se os negros tinham oportunidades, se tinham acesso à educação, saúde, ou apoio governamental, mas apenas adjetivando e tapando os olhos para a realidade, justificando a mentalidade criada pela elite branca.

Quando se pensa na questão educacional, há outra problemática a ser enfrentada. Segundo pesquisa realizada pelo IBGE, há uma grande diferença do acesso à educação pela comunidade negra, onde “das pessoas na faixa etária entre 15 e 24 anos que frequentavam o nível superior, 31,1% dos estudantes eram brancos, enquanto apenas 12,8% eram negros e 13,4% pardos. Esse levantamento ainda aponta que enquanto para o total da população a taxa de analfabetismo é de 9,6%, entre os brancos esse índice cai para 5,9%; e entre pardos e pretos a taxa sobe para 13% e 14,4%, respectivamente”⁸. Até

7 AMARO, Sarita. Racismo, igualdade racial e políticas de ações afirmativas no Brasil. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015. p. 29.

8 SILVA, Andrew Souza. Somos iguais em quê? Dados sociais mostram que negro continua na inferioridade. RBA – Rede Brasil Atual. Publicado em abr de 2020. Disponível em: <<https://www.redebrasilatual.com.br/blogs/blog-na-rede/2020/04/somos-iguais-em-que-dados-sociais-mostram-que-negro-continua-na-inferioridade/>>. Acesso em 19 jul de 2020.

este momento o racismo era algo explícito, porém, a partir de certo momento iniciou-se o mascaramento do racismo. Em 1931 fundou-se a FNB⁹, que posicionou-se pela luta dos direitos dos negros; a Frente foi extinta em 1937 pelo atual presidente, Getúlio Vargas, que não deixou de reconhecer o apoio que tivera pelo grupo e deu-se o início a inserção de medidas trabalhistas protetivas, que incluíam e favoreciam o negro.

A Frente Negra Brasileira – FNB foi a organização negra mais importante da primeira metade do século XX. Com tendências nacionalistas e anti-imigrantes, a FNB tornou-se um partido político em 1930 e buscou integrar os negros à sociedade brasileira através da mobilidade social. [...] Embora Vargas houvesse dado fim à FNB em 1937, conforme fizera com todos os partidos políticos, ele reconheceu o apoio que lhe fora dado pela Frente ao iniciar uma série de reformas para proteger

9 “A Frente Negra Brasileira foi fundada em 16 de setembro de 1931 e durou até 1937, tornando-se partido político em 1936. Foi a mais importante entidade de afro-descendentes na primeira metade do século, no campo sócio-político. A Frente Negra foi um movimento social que ajudou muito as lutas pelas posições do negro aqui em São Paulo. (...) Todas essas entidades cuidavam da parte recreativa e social, mas a Frente veio com um programa de luta para conquistar posições para o negro em todos os setores da vida brasileira. Um dos seus departamentos, inclusive, enveredou pela questão política, porque nós chegamos à conclusão de que, para conquistar o que desejávamos, teríamos de lutar no campo político, teríamos de ter um partido que verdadeiramente nos representasse. A consciência que existia na época eu acho que era muito mais forte que a que existe agora. Quando o negro sente uma pressão, quando qualquer agrupamento humano sente uma pressão, procura um meio de defesa. (...) Muitas famílias não aceitavam, inclusive, empregadas domésticas negras; começaram a aceitar quando se criou a Frente Negra Brasileira.”. (QUILOMBO HOJE. Frente Negra Brasileira. Disponível em: <<https://www.geledes.org.br/hoje-na-historia-1931-80-anos-da-frente-negra-brasileira/>>. Acesso em: 11 jul de 2020).

os trabalhadores locais da competição com os imigrantes, assegurando assim que um grande número de negros e mulatos ingressasse na crescente força de trabalho pela primeira vez e dando-lhes preferência para empregos governamentais. Desde a era Vargas, os brasileiros se orgulham de seu carnaval e futebol, não apenas pela alta qualidade, mas também por representarem a autoimagem da harmonia multirracial e o espírito festivo do Brasil para o resto do mundo. Vargas integrou de modo simbólico os negros e mulatos à cultura nacional brasileira, o que contribuiu para dissolver o protesto dos negros.¹⁰

Apartir deste momento o negro começou a viver uma nova realidade na sociedade brasileira, visualizado e adquirindo força para lutar pela igualdade na coletividade. E, ao mesmo tempo que obtinha tal força, “o Estado brasileiro começou a aprovar leis antirracistas, principalmente como resposta a variadas exigências externas. As Constituições brasileiras de 1934 e 1946, enfatizavam a igualdade perante a lei (isonomia), independente de raça, apesar de o documento de 1934 também restringir a imigração de descendentes africanos. [...] Em 1958, o Brasil ratificou a Convenção da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e ocupação de 1958 (Convenção 111), que curiosamente determinava a promoção das vítimas da discriminação racial no mercado de trabalho.”¹¹.

Apesar de todo este processo de tentativa de inserção do negro na sociedade,

10 TELLES, Edward. Racismo à brasileira: uma nova perspectiva sociológica. Rio de Janeiro: Relume Dumará: Fundação Ford, 2003. p. 54.

11 TELLES, Edward. Racismo à brasileira: uma nova perspectiva sociológica. Rio de Janeiro: Relume Dumará: Fundação Ford, 2003. p. 55.

ainda havia barreiras a serem transpostas pela comunidade negra, que continuava no cenário da desigualdade, discriminação e injustiça social. O governo à época tentava mascarar a realidade, “mesmo depois que o meio acadêmico constatou a existência do racismo no Brasil, o governo militar proclamou com confiança a inexistência de discriminação racial no país, em seu relatório de 1970 para o CERD¹²”¹³.

Todo este processo, por mais que tenham ocorrido significativos avanços, resultou em uma sociedade visivelmente desigual na atualidade, onde o racismo é tratado como um tabu, muitos afirmam que não existe, outros afirmam que até existe, mas é algo da cabeça da comunidade negra e que eles são detentores da própria discriminação. Alguns quando questionados até dirão que já viram um ato discriminatório, mas se indagados se praticaram algum, negarão prontamente. E a prova disto é que, segundo pesquisa do Censo de 2010¹⁴,

12 “O Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial foi instituído em virtude do art.º 8.º da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial com o objetivo de controlar a aplicação, pelos Estados Partes, das disposições desta Convenção. Os Estados Partes apresentam relatórios ao Comitê onde enunciam as medidas adotadas para tornar efetivas as disposições da Convenção. Os relatórios são analisados pelo Comitê e discutidos entre este e representantes do Estado Parte em causa, após o que o Comitê emite as suas observações finais sobre cada relatório: salientando os aspectos positivos bem como os problemas detectados, para os quais recomenda as soluções que lhe pareçam adequadas.” (DHnet DIREITOS HUMANOS NA INTERNET. Comitê sobre Eliminação da Discriminação Racial. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/abc/onu/comites_racial.htm>. Acesso em: 11 jul de 2020).

13 TELLES, Edward. Racismo à brasileira: uma nova perspectiva sociológica. Rio de Janeiro: Relume Dumará: Fundação Ford, 2003. p. 58.

14 CENSO 2000. Disponível em: <www.ibge.org.br>. Acesso em: 19 jul de 2020.

os negros e pardos seguem até os dias atuais percebendo salários mais baixos que os brancos. Sarita Amaro, que aprofundou seu estudo sobre as políticas raciais no Brasil, utilizando-se do referido Censo, explica que os brancos “ganham 2,4 vezes mais, com destaque para a região sul, em que a população branca percebe 70% mais que aquela que se autodeclarou preta”¹⁵.

Ou seja, na atualidade o negro tem dificuldade de adentrar no mercado de trabalho e, posteriormente, tem a tendência de receber remuneração menor que brancos, além de deparar-se com a discriminação no ambiente de trabalho.

Com todo este contexto inicia-se uma via dolorosa para os negros brasileiros: adentrar no mercado de trabalho e manter-se com dignidade, sem que venham ser alvo de discriminação e venham receber por seu trabalho de forma igualitária a uma pessoa branca, e, quiçá, ocupar cargo de liderança. Ocorre que vivemos no Brasil um racismo estrutural¹⁶ que acaba por realizar uma segregação do negro da sociedade.

Segundo pesquisa realizada no ano de 2019, pelo Pnad (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios), há diferença de 45% no salário entre brancos e negros, e quando se analisa a

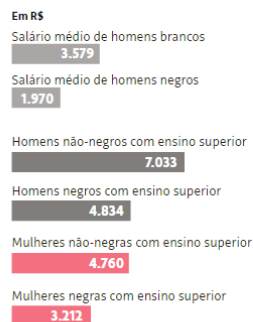
situação entre brancos e negros que possuem curso superior, ainda há diferença salarial de 31%. Abaixo, colaciona-se a pesquisa realizada pelo veículo citado¹⁷:

Racismo e mercado de trabalho

R\$ 770 bilhões

é impacto do racismo na economia

Diferença salarial média entre homens brancos e negros



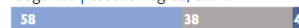
Quem tem mais oportunidade de estudo?

■ Brancos ■ Ambos ■ Negros

Segundo pessoas não-negras, em %



Segundo pessoas negras, em %

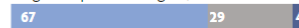


Quem tem mais oportunidade no mercado de trabalho?

Segundo pessoas não-negras, em %



Segundo pessoas negras, em %



Fonte: Instituto Locomotiva a partir da PNAD 2019 IBGE | Valores inflacionados para julho de 2019 pelo INPC e Pesquisa do Instituto Locomotiva com 1.170 pessoas

O especialista sociólogo Luiz Chateaubriand afirmou, em entrevista ao Jornal Estado de Minas que “o racismo é um componente da estruturação do mercado de trabalho. Sob qualquer aspecto que se observe, a raça pesa, é um condicionante que influencia o lugar do negro nos postos de trabalho”, e ainda demonstra que para que ocorra mudanças são necessários dois passos significativos, explicando que “é preciso equalizar as liberdades de acesso à educação, em qualquer nível, que permitam às pessoas ingresso independente da raça. No mundo do trabalho, também tem que haver um bom sistema de cotas, solução que não é permanente, mas necessária para se alcançarem percentuais melhores, especialmente na esfera

15 AMARO, Sarita. Racismo, igualdade racial e políticas de ações afirmativas no Brasil. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015. p. 34.

16 O que é racismo estrutural? É essa naturalização de ações, hábitos, situações, falas e pensamentos que já fazem parte da vida cotidiana do povo brasileiro, e que promovem, direta ou indiretamente, a segregação ou o preconceito racial. Um processo que atinge tão duramente — e diariamente — a população negra. (JURADO, Maria Teresa Ferreira. O Que é Racismo Estrutural. Brasil de Direitos — ago 2019. Disponível em: https://www.brasildedireitos.org.br/noticias/488-o-que-racismo-estrutural?utm_source=google&utm_medium=ads&utm_campaign=search&gclid=EAlaIqobChMI6Ov1hrjX6gIVggiRCh1iPQtvEAAYBCAAEgl-cvD_BwE. Acesso em 18 jul de 2020).

17 UNIÃO GERAL DOS TRABALHADORES. Racismo gera diferença salarial de 31% entre negros e brancos, diz pesquisa. Folha de São Paulo. Publicado em: 06 jan de 2020. Disponível em: < <http://www.ugt.org.br/index.php/post/23577-Racismo-gera-diferenca-salarial-de-31-entre-negros-e-brancos-diz-pesquisa>>. Acesso em: 19 jul de 2020.

privada.”¹⁸.

A dificuldade a ser enfrentada é grande, de acordo com a matéria publicada pela Agência Brasil, 60% dos negros afirmam já terem sido vítimas de discriminação no ambiente de trabalho em um estudo realizado pela Consultoria Etnus, onde foram ouvidas cerca de 200 pessoas, entre 18 a 50 anos. A publicação destaca que “entre as principais dificuldades para conseguir entrar no mercado de trabalho, os entrevistados elencaram a falta de qualificação (43%) em primeiro lugar, seguida pelo racismo (34%) e por não ter o domínio da língua inglesa (31%). “As consequências do racismo interferem diretamente na qualidade de vida e produtividade dos trabalhadores ao psicossomatizar em seus corpos, contribuindo para o adoecimento de talentos, e, ainda, fazendo com que o rendimento não seja desenvolvido tanto quanto poderia. Sob a perspectiva empresarial, um ambiente que propaga o racismo contribui significativamente para a baixa produtividade do colaborador, para o desenvolvimento de doenças físicas e psíquicas”, apontou Fernando Montenegro, idealizador da pesquisa.”¹⁹.

E, para acabar com essa desigualdade que há no mercado de trabalho, no que tange

a remuneração, não está tão perto do fim, muito pelo contrário, ainda há uma grande caminhada pela frente. Atualmente, até houve a constatação de que a diferença no recebimento do salário entre brancos/negros diminuiu em 2015, porém não é o suficiente. Em matéria publicada pelo Uol Empregos²⁰, de São Paulo, ficou demonstrado que mesmo com essa diminuição, os negros recebem apenas 59,2% dos rendimentos dos brancos em 2015.

Num ranking de 140 países, o Brasil encontra-se na 10ª posição como país desigual, segundo dados do Programa de Desenvolvimento Humano das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud), e ainda “considerando dados de 2015, vemos que os brancos ganhavam, em média, o dobro que os negros. No período de 20 anos, os negros ganhavam 45% do valor de 57% dos brancos. Se for mantido o mesmo ritmo, a equiparação da renda média dos negros com os brancos ocorrerá somente em 2089.”²¹. Em atualização, pode-se conferir, segundo o IBGE, que “o rendimento de pessoas brancas é 73,9% maior do que o da população negra. De acordo com o estudo publicado em novembro de 2019, o rendimento médio mensal dos brancos é de R\$ 2.796, enquanto o de negros e pardos é de R\$ 1.608. Uma diferença maior que R\$ 1 mil. [...] O rendimento médio mensal da população de pessoas brancas, que é de R\$ 4.795, foi 53,3% superior ao da

18 LOPES, Valquiria. Pesquisa constata discriminação racial recorrente no mercado de trabalho. Minas Gerais, Jornal Estado de Minas. Publicado em: 23/07/2017. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2017/07/23/interna_gerais,885946/negros-ainda-sofrem-desigualdade-no-mercado-de-trabalho.shtml>. Acesso em: 24 out. de 2017.

19 CRUZ, Elaine Patrícia. Estudo aponta que 60% já foram vítimas de racismo no ambiente de trabalho. – São Paulo, Agência Brasil. Publicado em: 26/04/2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-07/estudo-aponta-que-60-ja-foram-vitima-de-racismo-no-ambiente-de>>. Acesso em 11 jul de 2020.

20 UOL, Diferença cai em 2015, mas negro ganha cerca de 59% do salário do branco. São Paulo, UOL. Publicado em 28/01/2016. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2016/01/28/diferenca-cai-em-2015-mas-negro-ganha-cerca-de-59-do-salario-do-branco.htm?cmpid=copiaecola>>. Acesso em 11 jul de 2020.

21 SANTIAGO, Tatiana. Mulheres negras são as que mais sofrem com desigualdade em SP, aponta pesquisa – São Paulo, G1. Publicado em 24/10/2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/mulheres-negras-sao-as-que-mais-sofrem-com-desigualdade-em-sp-aponta-pesquisa.ghtml>>. Acesso em: 24 out. de 2017.

população de negros, que ganha em média R\$ 3.127 por mês.”²².

Vale a pena destacar que é muito mais saudável ao obreiro e a comunidade que a questão discriminatória seja trabalhada de forma preventiva, sendo abordada no ambiente de trabalho e verificada antes de sua ocorrência. Melhor fosse que políticas preventivas fossem criadas em todas as empresas, onde todos os empregadores tivessem a consciência do prejuízo causado pela discriminação racial e viessem promover a igualdade e a preservação da dignidade da pessoa do trabalhador.

Porém, infelizmente, hodiernamente não funciona desta forma, como se vê em diversas empresas, onde se percebe que, para que o negro adentre no mercado de trabalho, mantenha-se sem que venha ser alvo de práticas discriminatórias e conquiste a oportunidade de perceber o mesmo montante que um branco e possa, também, como de direito, ocupar cargos de chefia e confiança, é necessário que os direitos fundamentais entrem em ação, garantindo a aplicação dos direitos em relação ao negro, como cidadão igual a qualquer outro.

3 O RACISMO NA RELAÇÃO DE EMPREGO: REALIDADE E CONSCIÊNCIA

Ao analisar todo contexto histórico do racismo e a discriminação negativa²³ sofrida

22 CARDIM, Maria Eduarda. Rendimento mensal de brancos é 73,9% maior do que o de negros – Correio Braziliense. Publicado em nov de 2019. Disponível em: < <https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/brasil/2019/11/13/interna-brasil,806070/rendimento-mensal-de-brancos-e-73-9-maior-do-que-o-de-negros.shtml> >. Acesso em 19 jul de 2020.

23 Deve-se ter em mente que existem dois tipos de

pelos negros, percebe-se a necessidade de ferramentas para defesa e garantia da integridade desta comunidade.

Neste aspecto, para garantia dos direitos do cidadão²⁴, entram os direitos fundamentais, que buscam a preservação da dignidade da pessoa humana e a igualdade na sociedade. E o que garantem que tais direitos tenham tal importância, são suas características, “que os distinguem dos “demais direitos”: historicidade,

discriminação, a discriminação positiva e a discriminação negativa. O que se entende por discriminação negativa? É aquela que fere a dignidade do ser humano, o fazendo sentir-se reduzido, abaixo, dos demais. A discriminação positiva é a que garante aos desfavorecidos, por algum motivo, a igualdade aos demais. Assegura George Marmelstein que “o Estado brasileiro, em face do dever de respeito e proteção, tem o dever de combater a discriminação negativa (art. 5o, incs. XLI e XLII)8 e, ao mesmo tempo, por força do dever de promoção, tem o dever de estimular a discriminação positiva (art. 3o da CF/88). Por isso, na verificação da validade de leis que prevejam medidas compensatórias para grupos em desvantagem social, o papel do juiz deve ser menos rigoroso do que quando estiver analisando a constitucionalidade de leis que promovam uma discriminação negativa. Qualquer discriminação negativa é suspeita e merece passar por um teste de proporcionalidade bem rigoroso. Já as discriminações positivas somente devem ser invalidadas se ficar manifestamente provada a sua desproporcionalidade. Pode-se dizer, nesse contexto, que as medidas que adotam a discriminação negativa presumem-se inconstitucionais, enquanto as discriminações positivas presumem-se válidas, somente podendo ser afastadas se violarem comprovadamente algum critério da proporcionalidade. Dentro da problemática da discriminação positiva, surgem questões interessantíssimas envolvendo a constitucionalidade de leis que favorecem determinados grupos sociais que historicamente foram marginalizados (como os negros, os pobres, as mulheres, os portadores de deficiência, os idosos, os índios etc.). ” (MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016. p. 441).

24 “Pode-se, portanto, conceituar os direitos humanos fundamentais como aqueles que, num determinado momento histórico, garantem aos homens condições mínimas para uma vida digna em sociedade.” (SILVA, Ana Emilia Andrade Albuquerque da. Discriminação racial do trabalho. São Paulo, LTr, 2005. p. 14).

universalidade, limitabilidade, concorrência, irrenunciabilidade, inalienabilidade, imprescritibilidade”²⁵.

Destarte, cabe explicitar que tais direitos fundamentais estão inseridos no Direito do Trabalho²⁶, logo presume-se sua aplicabilidade imediata²⁷. E, como já visto, para que estes direitos sejam efetivados no Direito do Trabalho é necessário um portal para que possam adentrar, sendo este o Princípio da Proteção, que garante a aplicação dos direitos fundamentais na proteção do trabalhador, o que é uma característica própria do Direito do Trabalho. Aborda Vólia Cassar Bomfim:

O **caráter socializante** do Direito do Trabalho vem inspirando todos os outros ramos do Direito, pois realça a finalidade social e o caráter coletivo

25 OLMOS, Cristina Paranhos. Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória. – São Paulo: LTr. 2008. p. 39.

26 “Inicialmente, destaca-se que, no ordenamento jurídico pátrio, não restam dúvidas de que os direitos fundamentais estão presentes nas relações individuais e coletivas de trabalho. Tal influência se justifica, não só pela própria natureza e pelos princípios de Direito do Trabalho, como também pelo fato de que a Constituição Federal de 1988 adveio como um marco na garantia dos direitos fundamentais, ainda mais no Direito do Trabalho que não existem dispositivos específicos de limitação do poder diretivo do empregador.” (GÓES, Maurício de Carvalho. A equiparação salarial como instrumento garantidor da isonomia nos contratos de emprego. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2009. p. 93.)

27 “A despeito de alguma divergência, a doutrina e a jurisprudência reconhecem, em termos gerais, que o mandamento da imediata aplicabilidade alcança todas as normas de direitos fundamentais, independentemente de sua localização no texto constitucional, o que, além disso, guarda sintonia com o teor literal do art. 5.o, § 1.o, da CF, visto que este expressamente faz referência às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais e não apenas aos direitos individuais constantes do art. 5º.” (SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.p. 368).

do Direito, menos preocupado, como outrora, com o individual e o patrimônio, abandonando o caráter privatista do direito comum. **Por conta disso, a clássica inércia do Estado foi rompida pioneiramente pelo Direito do Trabalho para, através de uma legislação imperativa, garantir direitos mínimos e fundamentais à pessoa humana, adotando o princípio da proteção ao hipossuficiente (caráter tuitivo ou protetivo) [grifo nosso].**²⁸

Vale destacar que a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT), aprovou na sua 1ª Jornada²⁹, 17 enunciados garantindo a aplicação dos direitos fundamentais no Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Ainda, explana-se a forma com que os direitos dos trabalhadores se inserem na ordem dos direitos fundamentais constitucionais, e sobre tal temática leciona Ingo Wolfgang Sarlet:

Convém lembrar desde logo (visto que tal aspecto será objeto de posterior consideração) que, ao positivar uma série de princípios fundamentais, **a CF, no dispositivo que elenca os assim chamados fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito (art. 1º), previu os valores sociais do trabalho e a livre-iniciativa no mesmo inciso (IV) e com a mesma relevância e hierarquia axiológica**, evidenciando um compromisso com a simetria entre capital e trabalho, no mínimo, contudo,

28 BOMFIM, Vólia. Direito do trabalho – 11.ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. p.

29 BRASIL. Enunciados Aprovados na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho. Disponível em: <<http://www.enamat.gov.br>> Acesso em 11 jul de 2020.

espancando qualquer leitura parcial e sectária [grifo nosso].³⁰

Destaca-se que, em relação ao racismo, a aplicação dos direitos fundamentais é de suma importância, onde, na Constituição Federal de 1988, está registrada expressamente a proibição quanto a qualquer tipo de discriminação³¹, para garantia do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio da igualdade.

Tendo em vista a realidade brasileira referente ao racismo, é de plena compreensão que haja uma segurança maior no tocante a garantia dos direitos fundamentais de um trabalhador que além de estar numa relação desigual pelo fator socioeconômico, é negro num país discriminatório que, como já analisado, demonstra índices maiores de desemprego e remuneração menor que a percebida por um branco. Expõe Fabio Rodrigues Gomes sobre a existência prática da discriminação, mesmo diante de uma gama de Convenções e Tratados, do qual o Brasil é signatário:

A rigor, mesmo sob o enfoque internacional, a discriminação odiosa, calcada no preconceito racial, foi devidamente banida da relação de emprego, em largo espectro, por meio das Convenções n. 97, n. 100, n. 111, n. 117 e n. 122 da OIT, da Convenção

30 SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Ana de Oliveira Frazão (coordenadores). – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 21.

31 “Art. 5º, XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 jul de 2020).

Internacional da ONU sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 21 de dezembro de 1965, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (art. 24) e mesmo da Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 7º). Ocorre que, mesmo diante de tamanha rede de proteção, podem-se encontrar, **na vida prática brasileira**, casos nos quais o **empregado foi ofendido (sendo chamado de “negrinho” pelo sócio do empreendimento) ou a empregada assediada em razão de sua etnia (cotidianamente pressionada e humilhada, sendo chamada de “macaca” pelo seu superior hierárquico)** [grifo nosso].³²

Assim, mesmo com toda construção antidiscriminatória existente na sociedade, o Brasil não se livra da realização de atos racistas na convivência da coletividade. É certo que isto dá-se por um contexto histórico, como já analisado. Analisando os casos jurisprudenciais, detecta-se que se faz imprescindível a aplicação dos direitos fundamentais, no que tange a reparação do dano moral³³ causado ao trabalhador após realizado o ato discriminatório:

AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO

32 GOMES, Fabio Rodrigues. Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Ana de Oliveira Frazão (coordenadores). – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 309.

33 “... dano moral, em sentido amplo, é a lesão provocada por ato antijurídico de outrem, sem a concordância do lesado, a interesses ou bens imateriais deste, tutelados pelo Direito, ensejando compensação pecuniária.” (PAROSKI, Mauro Vasni. Dano Moral e sua Reparação no Direito do Trabalho, 2ª Ed., 2008, Curitiba: Juruá, p. 49).

MONOCRÁTICA. INJÚRIA RACIAL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. 1. A interpretação sistemática da Constituição da República e dos seus princípios e direitos fundamentais, notadamente, os valores sociais do trabalho, a dignidade da pessoa humana, a melhoria das condições sociais do trabalhador e a função social da propriedade (arts. 1º, III e IV, 7º, caput e 170, III e VIII), aponta para direção diametralmente oposta à discriminação de trabalhadores por motivo de qualquer ordem, inclusive em razão de raça ou cor. No mesmo compasso, a Convenção 111 da OIT e o Pacto de San José da Costa Rica, ambos ratificados pelo Brasil. 2. Entendimento que também encontra amparo na legislação ordinária (Lei nº 9.029/95) a qual prevê proibição de discriminações sob diversos aspectos, elencadas de forma exemplificativa [...]. 5. **Caso em que a situação experimentada pelo autor, se reveste de ilicitude e abuso de direito, caracterizando injúria racial.** Sofrimento e o abalo emocional resultantes da situação em foco (*in re ipsa*), sendo cabível a condenação da ré no pagamento de indenização por danos morais. Todavia, esta Turma Julgadora, nesta composição, por maioria de votos, prevalecendo o voto médio proferido pelo Exmo. Des. Alexandre Correa da Cruz, **entendeu pelo provimento do agravo regimental interpostos para fixar a indenização por danos morais em R\$ 10.000,00.** (grifo nosso).³⁴

34 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região - TRT-4 - ROT: 00208572920175040004, Data de Julgamento: 29/07/2020, 2ª Turma. Disponível em: <<https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/886435581/recurso-ordinario-trabalhista-rot-208572920175040004/inteiro-teor-886435591?ref=serp>>. Acesso em: 03 ago de 2020.

No caso acima depara-se com racismo explícito, onde o reclamante sustenta na Inicial que o seu supervisor lhe proferira as seguintes palavras:

“Você tem que montar um quilombo, porque sua esposa é negra”; “seu filho que irá nascer será um negrinho de cabelos duros”. Outrora, o superior hierárquico se dirigia ao autor zombando de sua família, dizendo que teria relações sexuais com a irmã do autor, bem como xingando a mãe do mesmo dos mais horríveis vocábulos [grifo nosso].³⁵

No juízo de origem havia sido arbitrada a indenização por dano moral, em razão do racismo, em R\$ 10.000,00, que sabiamente foi majorado, como destacado, em R\$ 50.000,00. Como demonstra o relato do reclamante, tais palavras utilizadas por seu supervisor foram deveras chocantes pois, além de ferir a dignidade do trabalhador, também atingiu sua família:

[...] RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. DANOS MORAIS CAUSADOS AO EMPREGADO. CARACTERIZAÇÃO. GRAVES OFENSAS VERBAIS TIPIFICADORAS DE CONDUTA PRECONCEITUOSA E RACISTA. DESRESPEITO À CONDIÇÃO HUMANA. A responsabilidade civil do empregador pela reparação

35 PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região - RR - 831-24.2012.5.09.0011, 5ª Turma, Redator Ministro: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 25/11/2014, Data de Publicação: DEJT 15/05/2015. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/188931248/recurso-de-revista-rr-8312420125090011/inteiro-teor-188931269?ref=juris-tabs#!>>. Acesso em: 26 out. de 2017.

decorrente de danos morais causados ao empregado pressupõe a existência de três requisitos, quais sejam: a conduta (culposa, em regra), o dano propriamente dito (violação aos atributos da personalidade) e o nexo causal entre esses dois elementos. O primeiro é a ação ou omissão de alguém que produz consequências às quais o sistema jurídico reconhece relevância [...]. O segundo elemento é o dano que, nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho, consiste na “[...] subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral”. Finalmente, o último elemento é o nexo causal, a consequência que se afirma existir e a causa que a provocou; é o encadeamento dos acontecimentos derivados da ação humana e os efeitos por ela gerados. **No caso, o quadro fático registrado pelo Tribunal Regional revela que o autor era tratado verbalmente pelo seu superior hierárquico de forma desrespeitosa e com termos chulos, na frente de seus colegas de trabalho, inclusive mediante a utilização de palavras de baixo calão; era chamado de burro, King Kong, macaco, preto e vagabundo, agressividade também constatada por prova documental (e-mails). Houve atitude discriminatória, racista e preconceituosa, materializada na adjetivação dirigida ao reclamante, especialmente pela circunstância alusiva à cor de sua pele, pois, como dito, apesar da comum atitude ofensiva, os negros eram**

particularmente atingidos, segundo revelou a prova registrada no acórdão.

Demonstrado o dano decorrente da conduta do empregador, deve ser mantido o acórdão regional que o condenou a indenizá-lo. Recurso de revista de que não se conhece. [...].³⁶ (grifo nosso)

No presente caso destaca-se mais um ato racista ocorrendo no ambiente de trabalho, desta feita comprovado por prova documental, por e-mails, onde o empregador discrimina o trabalhador pela sua raça, com adjetivos totalmente pejorativos, atentando contra sua dignidade.

Destarte, em continuidade, realiza-se uma análise dos direitos fundamentais e sua efetividade no Direito do Trabalho em relação ao racismo, analisando, de forma sucinta, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade, com suas particularidades.

Quando se trata do princípio da dignidade da pessoa humana, para que se possa analisá-la frente ao Direito do Trabalho, como proteção do empregado negro, faz-se necessários contextualizá-la, e para tal conceitua Ingo Wolfgang Sarlet:

O conceito que se propõe, vale repisar, representa uma proposta em processo de reconstrução, visto que já sofreu dois ajustes desde a primeira edição, com o

36 BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho - RR 228600-85.2005.5.02.0068, 7ª Turma, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 11/02/2015, Data de Publicação: DEJT 20/02/2015. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=228600&digitoTst=85&anoTst=2005&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0068&submit=Consultar>>. Acesso em: 26 out. de 2017.

intuito da máxima afinidade possível com uma concepção multidimensional, aberta e inclusiva da dignidade da pessoa humana. Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direito e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.³⁷

Verifica-se que o princípio da dignidade da pessoa humana está ligado a própria razão de ser do indivíduo, está conectado a sua essência, não sendo possível que ele venha abrir mão de seu direito, pois é algo que lhe garante a cooperação junto a sociedade, vivendo em harmonia com os demais.

No tocante ao Direito do Trabalho, a inserção de tal princípio é deveras importante, uma vez que ele garante a proteção do trabalhador³⁸.

37 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988. 9 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 73.

38 “De outra banda, ainda sobre a aplicação dos direitos fundamentais nas relações de emprego, registra-se que existem situações concretas que se configuram como nítidos desdobramentos da aplicação dos direitos fundamentais nas relações de emprego, considerando o caráter de pessoa humana do trabalhador. Assevera-

Não há como separar a ideia do trabalhador sem que venha, o empregador, zelar pela sua dignidade, pois, como visto, a dignidade está ligada a algo intrínseco do obreiro. Ressalta-se que o foco principal do Direito do Trabalho é o trabalhador, é a seu resguardo e zelo para a tentativa do reequilíbrio da relação.

Causa prejuízo ao trabalhador de forma discriminatória significa atentar diretamente contra a sua dignidade e, nem que o mesmo tente abrir mão de algo intrínseco a si ato não poderia, tendo em vista que a sua dignidade é algo “irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida dignidade. Assim, compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, a dignidade pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida [...]”³⁹.

.....
se, por oportuno, que os desdobramentos ora aludidos decorrem sobremaneira do fundamento da dignidade da pessoa humana, na medida em que o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 acabou por ampliar o campo de atuação dos direitos fundamentais, abrangendo, por conseguinte, as relações de emprego. [...]. ... todas as manifestações que influenciaram na criação de uma normatização do trabalho subordinado invocavam a dignidade do trabalhador como valor decorrente dos próprios direitos humanos. Apenas por essa natureza e característica, portanto, seria justificável a inserção dos direitos fundamentais nas relações de emprego, por força do fundamento da dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana merece ser considerada como um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida (grifo nosso).” (GÓES, Maurício de Carvalho. A equiparação salarial como instrumento garantidor da isonomia nos contratos de emprego. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2009. p. 99-100)

39 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais da Constituição Federal

Quando se fala na efetivação à proteção do trabalhador, traz-se a Constituição Federal, que assegura a dignidade da pessoa humana na garantia dos direitos do trabalhador. Discorre Vólia Cassar Bomfim:

A Constituição preserva os direitos mínimos indisponíveis assegurados aos trabalhadores. Os arts. 5º, 7º, 8º, 9º, 10 e 11 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelecem direitos mínimos aos trabalhadores, que devem ser preservados. Neles reúnem-se as disposições basilares sobre Direito do Trabalho, que são parâmetros iniciais na aplicação deste Direito. **Os direitos mínimos são irrenunciáveis e são preservadores da dignidade da pessoa humana** [grifo nosso].⁴⁰

No mercado de trabalho, verifica-se que, algumas vezes, a discriminação aparece e se desenvolve na forma do assédio moral, se perpetuando com o tempo, não ocorrendo somente em um momento, sendo mais danoso ao trabalhador, pois com o decorrer dos dias vai lhe afetando a saúde psíquica e mental. Sônia Mascaro Nascimento entende que:

O assédio moral (mobbing, bullying, harcèlement moral ou, ainda, manipulação perversa, terrorismo psicológico) caracteriza-se por ser uma conduta abusiva, de natureza psicológica, **que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada, e que expõe**

.....
de 1988. 9 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 53.

40 BOMFIM, Vólia. Direito do trabalho – 11.ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, 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. [...]. Na formulação atual, o assédio moral é concebido como uma forma de “terror psicológico” praticado pela empresa ou pelos colegas, que também é definido como **“qualquer conduta imprópria que se manifeste especialmente através de comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos capazes de causar ofensa à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, de colocar seu emprego em perigo ou de degradar o clima de trabalho”**, ou mesmo como “prática persistente de danos, ofensas, intimidações ou insultos, abusos de poder ou sanções disciplinares injustas que induz naquele a quem se destina sentimentos de raiva, ameaça, humilhação, vulnerabilidade que minam a confiança em si mesmo” [grifo nosso].⁴¹

A partir disso se conclui o quão prejudicial se torna ao trabalhador negro a prática do ato racista no seu ambiente de trabalho, visto que está locado na condição fornecedor de mão de obra para perceber o ganha pão para si e sua família. Assim, quando sofre um ato discriminatório no ambiente onde deveria estar protegido, dado as demais desigualdades já existentes na relação de trabalho, torna-se

.....
41 NASCIMENTO, Sonia Mascaro. O assédio moral no ambiente do trabalho. ConJur, 2008. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2008-dez-11/assedio_moral_existencia_doenca_psiquica>. Acesso em: 11 jul de 2020.

totalmente vulnerável e acaba por adoecer, tendo sua dignidade ferida, seu próprio eu ferido.

Mesmo com toda segurança criada, através da Constituição Federal de 1988, através de ratificações de Convenções e Tratados internacional, além de diversas leis para assegurar o direito do negro, percebe-se que há, quase diariamente, práticas racistas ocorrendo no mercado de trabalho, sem falar em toda sociedade. Demonstra a existência do racismo no ambiente de trabalho as seguintes decisões abaixo:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. No caso, inequívoco que o reclamante foi vítima do que se chama de racismo estrutural, que se desenha pela naturalização de ações e falas que, no seu bojo, promovem e estimulam, ainda que indiretamente, a segregação e o preconceito racial. Reconhecido o dever de indenizar da reclamada que não coibiu a conduta do seu empregado.⁴²

Verifica-se no presente caso a ocorrência da discriminação pelo supervisor do reclamante, que o chamava de “negão”, nunca lhe chamando pelo seu nome, e o incitava que “abandonasse o emprego”. E ainda se traz à baila:

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ASSÉDIO SEXUAL. CRIME DE RACISMO. Comprovado que os superiores hierárquicos e colegas de trabalho

praticaram crimes de racismo e discriminação quanto à origem da empregada, culminando com o assédio sexual explícito, impõe-se a condenação na indenização por dano moral.⁴³

Observa-se na análise do caso acima que a reclamante foi submetida a abordagens absurdas, seu supervisor continuamente proferia palavras profanas a ela, mostrando seu órgão sexual a achacando de diversas formas e, seus colegas, demonstrando que o racismo pode ocorrer de forma horizontal, na relação entre trabalhadores, a chamavam de “jumenta”, “cabeção”, “paraíba”, além de expor diversas outras palavras discriminatórias e agressivas.

Não há dúvidas da inserção do princípio da dignidade da pessoa humana no Direito do Trabalho, porém, infelizmente, na maioria das vezes percebe-se que este demonstra-se muito mais na ocorrência da discriminação, quando deve-se analisar se o obreiro sofreu ou não tal ato, se foi constrangido, discriminado, tendo sua dignidade ferida por tal ato.

Não se pode esquecer que tal princípio deve andar de mãos dadas com o princípio da igualdade, o que se passa a analisar, tendo em vista que todos os seres humanos devem ter resguardado seu direito à sua dignidade e à sua igualdade, onde, da mesma forma como foi analisado e conceituado o princípio da dignidade da pessoa humana, antes que se analise sua aplicabilidade do Direito do

42 RIOGRANDEDOSUL.TribunalRegionaldoTrabalho da 4ª Região – TRT-4 - ROT: 00214219620175040007, Data de Julgamento: 02/06/2020, 5ª Turma. Disponível em: <<https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/855256725/recurso-ordinario-trabalhista-rot-214219620175040007?ref=serp>>. Acesso em: 03 ago de 2020.

43 RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região – RO 0011423-68.2013.5.01.0059, 3ª Turma, Relatora: Raquel de Oliveira Maciel. Data do Julgamento: 22/02/2017. Data de Publicação: 02/02/2017. Disponível em: <<http://bd1.trt1.jus.br/xmlui/bitstream/handle/1001/856736/00114236820135010059-DO-ERJ-02-02-2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y&theme-path=PortalTRT1/>>. Acesso em: 03 ago de 2020.

Trabalho, conceitua-se o princípio da igualdade, a qual será feito nas palavras de Alexandre de Morais:

A igualdade se configura como uma eficácia transcendente, de modo que toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrar compatibilidade com os valores que a Constituição, como norma suprema, proclama. O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, **impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas.** Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social. A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida,

sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos [grifo nosso].⁴⁴

Quando se aplica o princípio da igualdade, como já citado, espera-se que não haja tratamento diferenciado para pessoas que se encontram em situações idênticas. Logo, no Direito do Trabalho, sabe-se que há desigualdade entre as partes, sendo objetivo de tal princípio proteger o empregado perante seu empregador, tentando formar uma igualdade entre as partes, tratando de forma desigual, os desiguais. Ou seja, o princípio da igualdade no Direito do Trabalho vem para assegurar a dignidade do obreiro vedando qualquer tipo de prática discriminatória⁴⁵.

Explica-se ainda que “[...] qualquer atitude praticada pelo empregador ou seus prepostos que tenha por objetivo descartar o empregado ou diferenciá-lo dos demais empregados da empresa por mero capricho, implicância ou convicções calcadas em critérios que considerem o sexo, a idade, a raça, a origem, a cor ou outros critérios inerentes à personalidade ou à vida do trabalhador, ensejará possível configuração de ato discriminatório e ofensivo aos preceitos constitucionais de igualdade. [...] Ademais, destaca-se que, em sentido amplo, não obstante a preocupação antidiscriminatória consignada pelos artigos 3º, 5º e 7º da Carta Federal, em 1958, a Convenção

44 MORAES, Alexandre de. Direito constitucional – 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017. p. 35-36.

45 “A palavra discriminação traz consigo, desde suas origens, seu principal significado, que é a ideia de estabelecer uma diferença, uma desigualdade”, ou seja, “ela quebra a complexa e fundamental norma de tratamento igual entre os seres humanos” (LIMA, Firmino Alves. Teoria da Discriminação nas Relações de Trabalho, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 25).

11 da Organização Internacional do Trabalho já preconizava a coibição da discriminação no emprego e na ocupação. **A recepção de tal convenção obriga o Estado que ratificá-la a implantar políticas de aumentar a igualdade de oportunidades, combatendo a discriminação no acesso à formação profissional, no processo de admissão no emprego, nas ocupações e nas condições de trabalho [grifo nosso].**⁴⁶

Quando se fala da igualdade no campo racial, não se pode esquecer de abordar as ações afirmativas⁴⁷, que é o meio de promoção de igualdade para comunidade negra, tanto no mercado de trabalho quanto na educação.

A partir deste momento, passa-se a analisar a presente temática no entendimento dos Tribunais Regionais do Trabalho e no Tribunal Superior do Trabalho:

[...] INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DISCRIMINAÇÃO RACIAL. CARACTERIZAÇÃO. O quadro fático delineado revela que o reclamante fez prova do assédio moral e do

46 GÓES, Maurício de Carvalho. A equiparação salarial como instrumento garantidor da isonomia nos contratos de emprego. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2009. p. 122-123.

47 “O que são ações afirmativas? Entende-se por ações afirmativas o conjunto de medidas especiais voltadas a grupos discriminados e vitimados pela exclusão social ocorridos no passado ou no presente. Qual o objetivo das ações afirmativas? O objetivo das ações afirmativas é eliminar as desigualdades e segregações, de forma que não se mantenham grupos elitizados e grupos marginalizados na sociedade, ou seja, busca-se uma composição diversificada onde não haja o predomínio de raças, etnias, religiões, gênero etc. Como são feitas as ações afirmativas? Por meio de políticas que propiciem uma maior participação destes grupos discriminados na educação, na saúde, no emprego, na aquisição de bens materiais, em redes de proteção social e de reconhecimento cultural.” (BRASIL. Ministério da Educação – Educação para as Relações Étnico-Raciais, Disponível em: <<http://etnicoracial.mec.gov.br/acoes-afirmativas>>. Acesso em: 11 de jul de 2020).

“racismo” praticado pelo encarregado da reclamada, ao longo de anos, fato que ensejou a compensação por preconceito racial, a título de dano moral. **O preconceito racial não é tolerado e deve ter inibição pela indenização reparatória contra o infrator do princípio constitucional que reza a igualdade.** O sofrimento decorrente da discriminação racial, embora não possa ser mensurada a dor, faz necessário que o julgador determine o valor a ser pago pelo empregador pelo sofrimento causado ao empregado. Busca-se imputar ao empregador uma pena pelo ato ilícito e ao empregado atenuar o sentimento de injustiça. Decisão que tem fundamento no princípio da não discriminação racial não pode ser reformada. Recurso de revista não conhecido. [...] [grifo nosso].⁴⁸

No caso acima a reclamada insurgiu-se, pleiteando a reforma da decisão que condenou a pagamento por danos morais ao reclamante, que apontou na inicial a prática de discriminação por seu instrutor, Francisco, que, durante todo o período do contrato de trabalho, lhe perseguira, com práticas racistas, ferindo sua integridade. No corpo da decisão percebe-se colacionado alguns fragmentos da inicial, onde o referido instrutor se referirá da seguinte forma ao obreiro, onde “por exemplo, se tivesse algum atraso ou quebrasse algum veículo ‘só podia ser’, ‘a cor não nega’ ou ‘oh, racinha’, ‘preto comigo é no 38’, onde várias

48 BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho - RR-206700-53.2009.5.09.0022, 6ª Turma. Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data do Julgamento: 07/11/2012. Data de Publicação: DEJT 09/11/2012. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=122602&anoInt=2012>>. Acesso em: 27 out. de 2017.

pessoas presenciaram o ato”⁴⁹, o que aponta destacadamente o rompimento do direito a igualdade do trabalhador, obtendo tratamento diferenciado perante seus colegas. Ainda, sobre a discriminação racial em ambiente de trabalho:

ACÚMULO DE FUNÇÕES. Salvo ajuste em contrário, o exercício cumulativo de tarefas, numa mesma jornada de trabalho, para um único empregador não justifica o pleito de pagamento de “plus” salarial, nos termos do art. 456, parágrafo único, da CLT. Provimento negado ao recurso.⁵⁰

Embora a ementa não seja reveladora, analisa-se no seu corpo a ocorrência da discriminação no ambiente de trabalho, mediante ameaças constantes de dispensa pelo fator racial. A reclamada pleiteava em seu Recurso de Ordinário que fosse reformada a sentença com a exclusão do pagamento ou minoração da indenização por danos morais, que fora arbitrada em R\$ 12.000,00 pelo Juízo de origem. A prova testemunhal, como peça fundamental, demonstrou a ocorrência do racismo, onde o empregador se referia aos negros de sua empresa como “essa negrada”,

49 BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho - RR-206700-53.2009.5.09.0022, 6ª Turma. Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data do Julgamento: 07/11/2012. Data de Publicação: DEJT 09/11/2012. Disponível em: < <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=122602&anoInt=2012>>. Acesso em: 27 de out. de 2017.

50 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região – RO 0021351-68.2015.5.04.0001, 2ª Turma. Relatora: Tania Rosa Maciel de Oliveira, Data do Julgamento: 30/03/2017. Data de Publicação: DEJT 31/03/2017. Disponível em: < https://pje.trt4.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_tipo=2&p_grau=2&p_id=4GlxBrTLjCI%3D&p_idpje=5fV40u3QO98%3D&p_num=5fV40u3QO98%3D&p_npag=x>. Acesso em: 27 out. de 2017.

“vou acabar com essa tigrada”, “tem muito negro na minha empresa”. Logo, não há que se falar em não ferimento dos direitos fundamentais do obreiro, uma vez que teve sua dignidade e sua igualdade ferida:

PEDIDO DE DEMISSÃO. VÍCIO DE CONSENTIMENTO. Contando a autora com menos de um ano de contrato de trabalho, a homologação da sua rescisão contratual não era impositiva, a ela incumbindo, pois, o ônus de provar o alegado vício de consentimento no pedido de demissão, do qual não se desincumbiu. Apelo da ré a que se dá provimento.⁵¹

No caso colacionado o racismo ocorreu por parte de um cliente da reclamada que, sabendo do ocorrido, não se preocupou em assegurar os direitos do reclamante, que solicitou a sua transferência para outra unidade, tendo registrado queixa-crime contra o cliente, que diariamente ia até o comércio. Tal cliente se referia a obreira dizendo que deveria fazer tudo que ele queria por conta de sua cor, jogando dinheiro no chão e ordenando que a trabalhadora se abaixasse para pegar. Configura-se claro ato discriminatório e, condenatório a ré pelo fato de possuir o poder diretivo e não zelar pela obreira, não atentando para sua proteção.

Logo, percebe-se com tal análise que todo ato discriminatório fere a isonomia do empregado, e tal prática deve ser totalmente

51 SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região – RO 0001471-35.2014.5.02.0081, 3ª Turma. Relator Kyong Mi Lee, Data do Julgamento 05/04/2016. Data de Publicação: DEJT 13/04/2016. Disponível em: <<http://search.trtsp.jus.br/easysearch/cachedownloader?collection=coleta004&docId=492b3e1bbddf521b59f9625ae-047ad44db3dbe91&fieldName=Documento&extension=pdf#q=discrimina%C3%A7%C3%A3o%20racismo>>. Acesso em: 27 out. de 2017.

rechaçada pelo empregador, pelo colega de trabalho do obreiro e por aqueles que usufruem dos serviços fornecidos pela empresa. Finalizando tal tópico, colaciona-se a explicação de Alexandre Agra Belmonte:

O direito à igualdade está caracterizado no princípio da isonomia, consubstanciado no art. 5º, caput, da CRFB. **Daí resulta o direito que tem a pessoa, de não ser discriminada por motivos de origem, sexo, raça, cor, religião, idade, deficiência física ou outro atributo que caracterize mero preconceito. Assim, ofende o direito quem viola o art. 373-A, da CLT, exigindo exame de esterilidade para admissão ou impondo como condição discriminações como cor, raça ou religião.** O empregador que trata o empregado de forma pejorativa por ter cor negra ou ser do sexo feminino, responde pelo dano moral causado [grifo nosso].⁵²

Assim, se verificam exemplos concretos da tentativa de aplicabilidade do princípio da igualdade no tocante ao racismo, no Direito do Trabalho, garantindo ao trabalhador a segurança no seu ambiente de trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo procurou discorrer acerca do histórico do racismo no Brasil, bem como sua ocorrência na relação de emprego. Por todo o exposto, se verifica que a prática racista já deveria ser algo a ser extirpado da sociedade, pois não lesa somente o negro, mas toda

estrutura social.

Porém, até que seja superado este tema, se faz necessário a aplicação dos Direitos Fundamentais, garantidos na Constituição Federal do Brasil (1988), para garantir os direitos inerentes à pessoa humana, no que tange o negro.

Desta forma, se conclui que, para que haja equilíbrio na relação entre o empregador e o empregado negro, se faz necessário métodos preventivos contra todo e qualquer ato racista, que venha ocorrer por parte de colegas, ou do próprio empregador, atendendo a dignidade do negro, lhe garantindo, como é garantido a todo trabalhador, seus direitos como ser humano.

Muitas empresas tem se utilizado de *compliance* trabalhista, que poderá ser uma efetiva ferramenta de integração de boas práticas trabalhistas, gerando impactos positivos em toda organização, principalmente no que tange o relacionamento interpessoal entre os funcionários, onde se busca o respeito e o bom convívio entre todos, além outros benefícios para corporação. Nesta direção, tem se evitado diversas ações trabalhistas, desenvolvendo nos colaboradores o senso de respeito e boa convivência, independente de origem, sexo, cor, religião, etc., como previsto no Texto Constitucional.

Na falha do empregador em evitar o ato racista, ou até mesmo praticá-lo, está constatado, através da jurisprudência, que o Judiciário tem se posicionado contra todo ato racista, condenando a empresa ao pagamento de danos morais, buscando a tentativa da reparação do dano causado ao empregado negro de forma pecuniária, trazendo a efetivação dos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

52 BELMONTE, Alexandre Agra. Danos Morais no Direito do Trabalho, 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 161.

REFERÊNCIAS

AMARO, Sarita. Racismo, igualdade racial e políticas de ações afirmativas no Brasil. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015. p. 34.

BELMONTE, Alexandre Agra. Danos Morais no Direito do Trabalho, 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 161.

BENTO, Maria Aparecida Silva. Branqueamento e branquetude no Brasil. In: Vieira Júnior, Ronaldo Jorge Araújo, 2011. p. 25.

BOMFIM, Vólia. Direito do trabalho – 11.ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. p.

BRASIL. Enunciados Aprovados na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho. Disponível em: <<http://www.enamat.gov.br>> Acesso em 11 jul de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 jul de 2020).

BRASIL. Ministério da Educação – Educação para as Relações Étnico-Raciais, Disponível em: <<http://etnicoracial.mec.gov.br/acoes-afirmativas>>. Acesso em: 11 de jul de 2020).

BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho - RR 228600-85.2005.5.02.0068, 7ª Turma, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 11/02/2015, Data de Publicação: DEJT 20/02/2015. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=228600&digitoTst=85&anoTst=2005&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0068&submit=Consultar>>. Acesso em: 26 out. de 2017.

BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho - RR-206700-53.2009.5.09.0022, 6ª Turma. Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data do Julgamento: 07/11/2012. Data de Publicação: DEJT 09/11/2012. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=122602&anoInt=2012>>. Acesso em: 27 out. de 2017.

BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho - RR-206700-53.2009.5.09.0022, 6ª Turma. Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data do Julgamento: 07/11/2012. Data de Publicação: DEJT 09/11/2012. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=122602&anoInt=2012>>. Acesso em: 27 de out. de 2017.

CARDIM, Maria Eduarda. Rendimento mensal de brancos é 73,9% maior do que o de negros – Correio Braziliense. Publicado em nov de 2019. Disponível em: <<https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2019/11/13/interna-brasil,806070/rendimento-mensal-de-brancos-e-73-9-maior-do-que-o-de-negros.shtml>>. Acesso em 19 jul de 2020.

CENSO 2000. Disponível em: <www.ibge.org.br>. Acesso em: 19 jul de 2020.

CRUZ, Elaine Patrícia. Estudo aponta que 60% já foram vítimas de racismo no ambiente de

trabalho. – São Paulo, Agência Brasil. Publicado em: 26/04/2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-07/estudo-aponta-que-60-ja-foram-vitima-de-racismo-no-ambiente-de>>. Acesso em 11 jul de 2020.

DHnet DIREITOS HUMANOS NA INTERNET. Comitê sobre Eliminação da Discriminação Racial. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/abc/onu/comites_racial.htm>. Acesso em: 11 jul de 2020).

FERNANDES, Cláudio. 20 de novembro - Dia Nacional da Consciência Negra; Brasil Escola. Disponível em: <<http://brasilecola.uol.com.br/datas-comemorativas/dia-nacional-da-consciencia-negra.htm>>. Acesso em: 11 jul de 2020).

FURTADO FILHO, Emmanuel Teófilo. Combate à discriminação racial no Brasil e na França: estudo comparado da efetivação das ações afirmativas. São Paulo: LTr, 2013. p. 63.

GARAEIS, Vítor Hugo. “A História da Escravidão Negra no Brasil.” Disponível em: <<https://www.geledes.org.br/historia-da-escravidao-negra-brasil/>>. Acesso em: 11 jul de 2020.

GÓES, Maurício de Carvalho. A equiparação salarial como instrumento garantidor da isonomia nos contratos de emprego. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2009. p. 93.

GOMES, Fabio Rodrigues. Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Philippe

Vieira de Mello Filho, Ana de Oliveira Frazão (coordenadores). – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 309.

JURADO, Maria Teresa Ferreira. O Que é Racismo Estrutural. Brasil de Direitos – ago 2019. Disponível em: https://www.brasildedireitos.org.br/noticias/488-o-que-racismo-estrutural?utm_source=google&utm_medium=ads&utm_campaign=search&gclid=EAlalQobChMI6Ov1hrjX6glVggiRCh1iPQtvEAAyBCAAEgl-cvD_BwE>. Acesso em 18 jul de 2020).

LIMA, Firmino Alves. Teoria da Discriminação nas Relações de Trabalho, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 25).

LOPES, Valquiria. Pesquisa constata discriminação racial recorrente no mercado de trabalho. Minas Gerais, Jornal Estado de Minas. Publicado em: 23/07/2017. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2017/07/23/interna_gerais,885946/negros-ainda-sofrem-desigualdade-no-mercado-de-trabalho.shtml>. Acesso em: 24 out. de 2017.

MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016. p. 441).

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional – 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017. p. 35-36.

NASCIMENTO, Sonia Mascaro. O assédio moral no ambiente do trabalho. ConJur, 2008. Disponível em: < <https://www.conjur.com>.

br/2008-dez-11/assedio_moral_existencia_doenca_psiquica>. Acesso em: 11 jul de 2020.

OLMOS, Cristina Paranhos. Discriminação na relação de emprego e proteção contra a dispensa discriminatória. – São Paulo: LTr. 2008. p. 39.

PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região - RR - 831-24.2012.5.09.0011, 5ª Turma, Redator Ministro: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 25/11/2014, Data de Publicação: DEJT 15/05/2015. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/188931248/recurso-de-revista-rr-8312420125090011/inteiro-teor-188931269?ref=juris-tabs#!>>. Acesso em: 26 out. de 2017.

PAROSKI, Mauro Vasni. Dano Moral e sua Reparação no Direito do Trabalho, 2ª Ed., 2008, Curitiba: Juruá, p. 49).

QUILOMBO HOJE. Frente Negra Brasileira. Disponível em: <<https://www.geledes.org.br/hoje-na-historia-1931-80-anos-da-frente-negra-brasileira/>>. Acesso em: 11 jul de 2020).

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região – RO 0011423-68.2013.5.01.0059, 3ª Turma, Relatora: Raquel de Oliveira Maciel. Data do Julgamento: 22/02/2017. Data de Publicação: 02/02/2017. Disponível em: <<http://bd1.trt1.jus.br/xmlui/bitstream/handle/1001/856736/00114236820135010059-DOERJ-02-02-2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y&themepath=PortalTRT1/>>. Acesso em: 03 ago de 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região - TRT-4 - ROT:

00208572920175040004, Data de Julgamento: 29/07/2020, 2ª Turma. Disponível em: <<https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/886435581/recurso-ordinario-trabalhista-rot-208572920175040004/inteiro-teor-886435591?ref=serp>>. Acesso em: 03 ago de 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região – RO 0021351-68.2015.5.04.0001, 2ª Turma. Relatora: Tania Rosa Maciel de Oliveira, Data do Julgamento: 30/03/2017. Data de Publicação: DEJT 31/03/2017. Disponível em: <https://pje.trt4.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_tipo=2&p_grau=2&p_id=4GlxBrTLjCI%3D&p_idpje=5fV40u3QO98%3D&p_num=5fV40u3QO98%3D&p_npag=x>. Acesso em: 27 out. de 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região – TRT-4 - ROT: 00214219620175040007, Data de Julgamento: 02/06/2020, 5ª Turma. Disponível em: <<https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/855256725/recurso-ordinario-trabalhista-rot-214219620175040007?ref=serp>>. Acesso em: 03 ago de 2020.

SANTIAGO, Tatiana. Mulheres negras são as que mais sofrem com desigualdade em SP, aponta pesquisa – São Paulo, G1. Publicado em 24/10/2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/mulheres-negras-sao-as-que-mais-sofrem-com-desigualdade-em-sp-aponta-pesquisa.ghtml>>. Acesso em: 24 out. de 2017.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região – RO 0001471-35.2014.5.02.0081, 3ª Turma. Relator Kyong Mi Lee, Data do Julgamento 05/04/2016. Data de Publicação: DEJT 13/04/2016. Disponível em: <<http://search.trtsp.jus.br/easysearch/cachedownload?collection=coleta004&docId=492b3e1bbbdf521b59f9625ae047ad44db3dbe91&fieldName=Documento&extension=pdf#q=discrimina%C3%A7%C3%A3o%20racismo>>. Acesso em: 27 out. de 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Ana de Oliveira Frazão (coordenadores). – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 21.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988. 9 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 73.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.p. 368).

SCHRÖDER, André. A Era da Escravidão. Super Interessante. Editora Abril, 29 mar de 2020. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/especiais/a-era-da-escravidao/>> Acesso em 18 jul de 2020

SILVA, Ana Emilia Andrade Albuquerque da. Discriminação racial do trabalho. São Paulo, LTr, 2005. pag. 70.

SILVA, Andrew Souza. Somos iguais em quê? Dados sociais mostram que negro continua na inferioridade. RBA – Rede Brasil Atual. Publicado em abr de 2020. Disponível em: <<https://www.redebrasilatual.com.br/blogs/blog-na-rede/2020/04/somos-iguais-em-que-dados-sociais-mostram-que-negro-continua-na-inferioridade/>>. Acesso em 19 jul de 2020.

SILVÉRIO, Valter Roberto. Ação afirmativa e o combate ao racismo institucional no Brasil. Cadernos de Pesquisa, São Paulo, n. 117. p. 230.

TELLES, Edward. Racismo à brasileira: uma nova perspectiva sociológica. Rio de Janeiro: Relume Dumará: Fundação Ford, 2003. p. 54.

UNIÃO GERAL DOS TRABALHADORES. Racismo gera diferença salarial de 31% entre negros e brancos, diz pesquisa. Folha de São Paulo. Publicado em: 06 jan de 2020. Disponível em: <<http://www.ugt.org.br/index.php/post/23577-Racismo-gera-diferenca-salarial-de-31-entre-negros-e-brancos-diz-pesquisa>>. Acesso em: 19 jul de 2020.

UOL, Diferença cai em 2015, mas negro ganha cerca de 59% do salário do branco. São Paulo, UOL. Publicado em 28/01/2016. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2016/01/28/diferenca-cai-em-2015-mas-negro-ganha-cerca-de-59-do-salario-do-branco.htm?cmpid=copiaecola>>. Acesso em 11 jul de 2020.

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

Prezados autores,

A Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Revista Científica de periodicidade mensal é divulgada exclusivamente por meio eletrônico a partir do site www.trt9.jus.br. Adota temática singular a cada edição e se destina a publicar artigos acórdãos, sentenças, condensa entendimentos jurisprudenciais sumulados ou organizados em orientações, resenhas, convida para publicação observadas as seguintes normas.

1. Os artigos ou decisões devem ser encaminhados à análise do Conselho Editorial, para o e-mail revistaelectronica@trt9.jus.br
2. Os artigos serão técnico-científicos, focados na área temática de cada edição específica, sendo divulgada a sequência dos temas eleitos pela Escola Judicial do TRT-9ª Região, mediante consulta;
3. Os artigos encaminhados à Revista Eletrônica devem estar digitados na versão do aplicativo Word, fonte Calibri corpo 12, espaçamento entrelinhas 1,5, modelo justificado, com títulos e subtítulos em maiúsculas alinhados à esquerda, em negrito. A primeira lauda conterá o título do artigo, nome, titulação completa do autor, referência acerca da publicação original ou sobre seu ineditismo e uma foto;
4. Os artigos encaminhados à publicação deverão ter de preferência entre 8 e 12 laudas, incluídas as referências bibliográficas. Os artigos conterão citações bibliográficas numeradas, notas de rodapé ordenadas e referências bibliográficas observarão normas vigentes da ABNT, reservando-se o Conselho Editorial da Revista Eletrônica o direito de adaptar eventuais inconsistências, além de estar autorizado a proceder revisões ortográficas, se existentes;
5. A publicação dos artigos não implicará remuneração a seus autores, que ao submeterem o texto à análise autorizam sua eventual publicação, sendo obrigação do Conselho Editorial informá-los assim que divulgada a Revista Eletrônica;
6. O envio de artigos ou decisões não pressupõe automática publicação, sendo sua efetiva adequação ao conteúdo temático de cada edição da Revista Eletrônica pertencente ao juízo crítico-científico do Conselho Editorial, orientado pelo Desembargador que organiza as pesquisas voltadas à publicação.
7. Dúvidas a respeito das normas para publicação serão dirimidas por e-mails encaminhados à revistaelectronica@trt9.jus.br

Respeitosamente.

CONSELHO EDITORIAL



TRT-9ª REGIÃO
Escola Judicial