

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

JORGE DA SILVA WAGNER

**A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA DEMISSÃO POR ATO
DISCRIMINATÓRIO**

São Paulo
2015

JORGE DA SILVA WAGNER

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA DEMISSÃO POR ATO DISCRIMINATÓRIO

Monografia apresentada à Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo, como
requisito à obtenção da aprovação no Curso
de Especialização em Direito do Trabalho.

Professor: Marcelo Morelatti Valença

São Paulo

2015

A minha esposa, Fátima, companheira de todas as horas, incentivadora maior e torcedora vibrante de todo o meu aprimoramento profissional.

Agradeço, primeiro e sempre, a Deus, pela força de vontade e dedicação concedida, propulsora de mais uma conquista.

Agradeço, também, imensamente, o Professor Marcelo Morelatti Valença, pelos ensinamentos, orientações e sugestões.

Resumo

O preconceito possui muitas faces, e a discriminação negativa é aquela que prejudica determinado grupo ou cidadão pela criação de situações injustas. O preconceito é exteriorizado a partir de diversos pretextos, como raça, sexo, idade, religião, classe social, orientação política, orientação sexual etc. Na seara juslaboral, é a demissão em razão de ato discriminatório realizado pelo empregador contra seu empregado, e resulta no direito à reintegração do empregado e, conseqüentemente, ao pagamento das verbas do período em que permaneceu afastado, e à indenização por danos morais sofridos, ou ainda em conversão ao dobro dos salários. O presente trabalho tem como objetivo o estudo da inversão do ônus probatório no processo do trabalho. De acordo com os artigos 333 do CPC e 818 da CLT, baseados em uma visão estática, a prova das alegações incumbe à parte que as fizer. Contudo, a teoria dinâmica do ônus da prova rompe com a concepção estática da distribuição de tal ônus, considerando o processo em sua concreta realidade, atribuindo-se o ônus da prova à parte que, pelas circunstâncias fáticas, tiver melhores condições para demonstrar os acontecimentos do caso específico, independentemente de sua posição. O estudo realizado seguiu a metodologia do tipo bibliográfica, qualitativa, parcialmente exploratória. Do estudo, concluiu-se que no âmbito juslaboral, muito embora a Consolidação adote a visão estática, admite-se a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova, em razão do princípio da igualdade, dos poderes instrutórios do juiz, da colaboração das partes e da boa-fé. Por fim, considerou-se que a inversão poderá ocorrer em momentos diversos, entretanto, seria o mais oportuno que ocorra na fase de instrução, evitando assim surpresas e garantindo o contraditório.

Palavras-Chave: Direitos Trabalhistas – Processo do Trabalho – Justiça do Trabalho – Inversão do Ônus da Prova

Extracto

El prejuicio tiene muchas caras, y la discriminación negativa es la que perjudica un determinado grupo o ciudadano, mediante la creación de situaciones injustas. El prejuicio se exterioriza a través de diversos pretextos, tales como raza, género, edad, religión, clase social, orientación política, orientación sexual, etc. En el ámbito iuslaboral, es el despido por acto discriminatorio de un empleador contra su empleado, y se traduce en el derecho a la reintegración del empleado y, en consecuencia, al pago de los fondos del periodo durante el cual se mantuvo apartado, y a la indemnización por daño moral, o conversión en duplicación de los salarios. Este trabajo tiene como objetivo estudiar la inversión de la carga probatoria en el proceso de trabajo. De conformidad con los artículos 333 del CPC y 818 de la CLT, basado en una visión estática, la prueba de las alegaciones incumbe a la parte que lo hace. Sin embargo, la teoría dinámica de la carga de la prueba se rompe con el diseño estático de la distribución de tal carga, considerando el proceso en su realidad concreta, asignándose la carga de la prueba a la parte que, por las circunstancias factuales, tiene mejores condiciones para demostrar los hechos del caso concreto, independientemente de su posición. El estudio realizado siguió la metodología bibliográfica, cualitativa, parcialmente exploratoria. A partir de ese estudio, se concluyó que en el campo iuslaboral, aunque la CLT adopte el punto de vista estático, se admite la aplicación de la teoría dinámica de la carga de la prueba, en razón del principio de igualdad, de los poderes instructorios del juez, de la cooperación de las partes y de la buena fe. Finalmente, se consideró que un cambio puede ocurrir en diferentes momentos, pero el más oportuno es que ocurra en la fase de instrucción, evitando sorpresas y así garantizando el contradictorio.

Palabras-llave: Derechos Laborales – Proceso de trabajo – Justicia Trabajo – Carga de la prueba de Inversion

Introdução.....	9
1 - Definição do Ônus da Prova.....	11
2 – Distribuição do Ônus da Prova na História.....	13
3 – Legislação sobre Ônus da prova.....	16
3.1 - O art. 333 do Código de Processo Civil atual.....	16
3.2 – O art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho.....	18
3.3 - O art. 6ª, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor.....	21
3.4 - O art. 373 do Novo Código de Processo Civil.....	24
4 – Meios Probatórios.....	28
4.1 – Depoimento.....	29
4.2 – Confissão.....	30
4.3 – Documento.....	31
4.4 – Testemunha.....	32
4.5 – Perícia.....	33
4.6 – Inspeção Judicial.....	34
5 – Inversão do Ônus da Prova.....	36
5.1 – Momento de Inversão.....	36
5.2 - Teoria dinâmica. Teoria estática.....	39
5.3 - Situações Práticas quanto o Ônus e a sua Inversão.....	41
5.3.1 - Ônus da Prova de Fato Negativo.....	46
5.3.2 – A Inversão como Meio de Acesso a Justiça.....	49
5.3.3 - Princípio da Aptidão para a Produção da Prova.....	52
6 – Inversão do Ônus da Prova nas Despedidas Discriminatórias.....	55
6.1 –Súmula 443 do TST.....	59
6.2 – Lei 9.029/1995.....	61
6.3 – Convenções 111 e 158 da OIT.....	63
7 – Conclusões.....	65
8 – Bibliografia.....	66

Introdução

Prova nada mais é do que a demonstração da existência ou veracidade daquilo que se alega como fundamento do direito que se defende ou que se contesta, para que assim o julgador consiga proferir decisão com convicção.

Segundo João Monteiro, “prova é uma indução lógica, um meio com que se estabelece a existência positiva ou negativa do fato probando, e é a própria certeza dessa existência”.

Ao autor cabe provar seu direito postulado, e ao réu provar que há um impedimento ou um ato modificativo ou até extintivo do direito alegado pelo autor.

O instituto da inversão do ônus da prova é um dos mais importantes institutos criados para facilitar o acesso e a defesa à parte hipossuficiente da relação e a comprovação de seu direito alegado.

No caso de despedida discriminatória, além da hipossuficiência inerente à figura do empregado, há a dignidade humana a ser preservada, o que justificaria a inversão do ônus em detrimento do empregador.

O presente trabalho pretende desenvolver a pesquisa, diz respeito a aplicabilidade da teoria da carga dinâmica das provas no processo trabalhista.

De acordo com esta teoria, desenvolvida inicialmente no Direito argentino pelo professor e processualista Jorge Peyrano relativamente aos processos em que se discutia indenização por erro médico, a carga da prova (ônus da prova) caberia à parte que tem melhores condições de produzir a prova, seja porque a situação mais cômoda, seja porque dispõem dos meios menos onerosos para tal mister.

Dessa forma, a regra clássica de que o ônus da prova é de quem alega o fato é afastada.

No direito pátrio, a regra sobre o ônus da prova está estabelecida nos artigos 333, do Código de Processo Civil, 373, do Novo CPC e 818, da Consolidação das Leis do Trabalho que dispõem que cabe ao autor o ônus quanto aos fatos constitutivos do seu direito e ao réu o ônus quanto aos fatos modificativos, impeditivos e extintivos do direito do autor.

Entretanto, existem exceções positivadas: nos artigos 333, do CPC, 373, parágrafo único, do Novo CPC, 6º, inciso VIII, do CDC, a Súmula 443, do TST, as Convenções 111 e 158 da OIT, e por fim a Lei 9029/1995.

A problemática se situa em verificar se os artigos 333, do CPC, e 373 do Novo CPC e o 818 da CLT são impositivos, imperativos, e assim, só comportam as exceções expressas prescritas pelo legislador, ou se a norma do dispositivo em questão pode ser flexibilizada, tal como estabelece a teoria da carga dinâmica das provas.

1 - Definição do Ônus da Prova

A doutrina não é unânime sobre a definição de ônus da prova. Há quem entenda que se trata de uma obrigação processual; outros defendem que é um encargo da parte demonstrar os fatos que alega em juízo.

De acordo com De Plácido e Silva, a palavra do latim *onus* (carga, peso, obrigação), na significação técnico-jurídica, entende-se como todo encargo, dever ou obrigação que pesa sobre uma coisa ou uma pessoa, em virtude de que estar obrigada a respeitá-los ou a cumpri-los.¹

Ensina Cândido Rangel Dinamarco que 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 decisões a serem proferidas no processo.²

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci, ônus representa um encargo, uma responsabilidade, uma incumbência. Possui um sentido negativo, valorando-se como obrigação da qual não se pode subtrair, sob pena de sofrer as consequências desfavoráveis ao próprio interesse. É exatamente nesse prisma que se deve captar o ônus da prova.³

Ao discorrer sobre o tema, Mauro Schiavi diz que é um dever processual que incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito, e ao réu quanto aos fatos modificativos, extintos e impeditivos do direito do autor, que, uma vez não realizado, gera uma situação desfavorável à parte que detinha o ônus e favorável à parte contrária, na obtenção da pretensão posta em juízo.⁴

O ônus da prova assume uma posição importante somente quando a instrução do processo não possibilita um convencimento seguro das questões apresentadas, ou seja, quando o julgador se depara com um *no liquet*.

O magistrado diante do dever de julgar a questão, haverá de se valer da regra legal da distribuição do ônus probatório entre as partes, quando constatar que o material probatório não é suficiente para esclarecer os fatos, situação em que na ausência de elementos sobre determinado ponto, desfavorecerá a parte que teria o ônus de prová-lo.

¹ DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário Jurídico. 3 v. Rio de Janeiro: Forense. p. 282.

² DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 3 v. 6ª ed. São Paulo: Malheiros. p 70.

³ NUCCI, Guilherme de Souza. Prova no processo penal. São Paulo: RT. 2009.p. 22. *apud* SCHIAVI. Mauro. Provas no Processo do Trabalho. 4ª ed. São Paulo. LTr. 2014. p. 82.

⁴ SCHIAVI, Mauro. Provas no Processo do Trabalho. 4ª ed. São Paulo: LTr. 2014. p. 83.

Não é um encargo imposto às partes: a legislação impõe certas consequências em razão da ausência de provas, resultados nocivos, cabendo ao interessado evitar a sua ocorrência.

Há quem diga que o ônus da prova seria uma regra de conduta direcionada às partes, que indica quais os fatos a que cada um incumbe provar, conhecido também como ônus subjetivo de acordo com Barbosa Moreira. Ocorre que é possível que as provas produzidas sejam escassas para demonstrar o ocorrido.

Entretanto, mesmo sem prova, impõe-se ao magistrado o dever de julgar, uma vez que é vedado o *non liquet*.

Segundo Barbosa Moreira, o ônus da prova objetivo é uma norma de julgamento que o magistrado deve observar quando do julgamento acaso não encontre a prova dos fatos, que demonstre qual das partes pesava o encargo de provar determinado fato e não o fez, suportando uma decisão desfavorável.

Explica o ônus subjetivo Barbosa Moreira: “O desejo de obter a vitória cria para o litigante a necessidade, antes de mais nada, de pesar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão, e de esforçar-se, depois, para que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa. Fala-se, ao propósito, de ônus da prova, num primeiro sentido (ônus subjetivo ou formal).”

E segue comentando o ônus objetivo: “A circunstância de que, ainda assim, o litígio deva ser decidido torna imperioso que alguma das partes suporte o risco inerente ao mau êxito da prova. Cuida então a lei, em geral, de proceder a uma distribuição de riscos: traça critérios destinados a indicar, conforme o caso, qual dos litigantes terá de suportá-los, arcando com as consequências desfavoráveis de não se haver provado o fato que lhe aproveitava. Aqui também se alude ao ônus da prova, mas num segundo sentido (ônus objetivo ou material)”.⁵

Assim, ônus subjetivo é regra de conduta para as partes, enquanto que o ônus objetivo é regra de julgamento a ser aplicada pelo magistrado em caso de insuficiência nas provas produzidas.

⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Julgamento e ônus da prova” Temas de Direito Processual Civil – segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 74-75 in DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA. Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Vol 2. 2ª ed. Bahia: Jus Podium. 2008. p. 73.

2 - Distribuição do Ônus da Prova na História

O estudo do ônus da prova remonta à antiguidade, mas as referências são escassas, dificultando o estabelecimento de um critério preciso para partição do ônus da prova entre os litigantes.

Dessa forma, o ponto de partida de nossa investigação é o Direito Romano, não só porque se fundava no princípio do livre convencimento do juiz, cabendo às partes, por sua conta e risco, formular suas afirmações quanto fornecer as provas, mas também porque o juiz era autorizado a não se pronunciar sobre a contenda, quando não suficientemente instruída, pelo *sibi non liquere*.

Não obstante as fontes esparsas, há o que parece dois únicos títulos no *Corpus Iuris Civilis*, que se ocupam da matéria (D. 22. 3 e C. IV. 19), o correto é que os aspectos fundamentais do problema não escaparam à fina intuição de juristas e magistrados, que procuram aplicar determinadas regras de valor universal.

São do direito as regras “*semper onus probandi ei incumbit qui dicit*” ou “*semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*” (o ônus da prova incumbe a quem afirma ou age). Assim se dispôs porque o primeiro que ingressava em Juízo era o autor; conseqüentemente, como era ele quem afirmava, o *onus probandi* lhe era atribuído (“*actori incumbit onus probandi*”). Desse modo, o encargo da prova não se transferia ao réu, mesmo que negasse os fatos alegados pelo autor (“*ei incumbit probatio qui dicit, no negat*”: *Paulus*, “*Digesto*”, Livro XXII, Título III, de “*probationibus et praesumptionibus*” fragmento n. 2).⁶

No Direito Romano vigorou a máxima – *semper onus probandi ei incumbit qui dicit* – ou seja – *semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*. Incumbe o ônus da prova a quem diz, ou afirma, ou age, como a interpretação era gramática, tudo parecia mostrar que o autor cumpria o ônus da prova, no entanto como a defesa não implica apenas em negar o fato afirmado pelo autor, consistindo também na articulação muitas vezes, de outra afirmação por parte do réu que também deve ser provada, surgiu a regra *reus in excipiendo fit actor*, assim enunciada por Ulpiano *reus in exceptione actor est*.⁷

⁶ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. A Prova no Processo do Trabalho. 8ª ed. São Paulo: LTr. 2003. p. 111.

⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. Vol. 2. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

Manoel Antonio Teixeira Filho, faz uma interessante relação dos glosadores até o Código de Processo Civil de 1939, que vale o relato:

“Posteriormente, os glosadores, manuseando os textos romanos e baseados em *Paulus* (“Digesto, Livro XXII, Título III, fragmento n.2), elaboraram um sistema de distribuição da carga probatória calcado em duas regras fundamentais: “*afirmatia non neganti incumbit probatio*” e “negativa no *sunt probanda*”.

A partir daí, empenhou-se equivocadamente a doutrina em pôr à frente, na elaboração de critérios voltados à distribuição desse ônus, se a prova era positiva ou negativa, pois se sustentava ser impossível a segunda. Essa atitude constitui a grande característica do Direito medieval, que se infiltrou em parte do Direito português antigo e acabou por repercutir no Código de Processo Civil Brasileiro, de 1939, em cujo art. 209, § 1º, se estatui: “Se o réu, na contestação, negar o fato alegado pelo autor, a este incumbirá o ônus da prova;”⁸

No período em que direito germânico prevaleceu, o processo era dividido em duas etapas: uma concernente à sentença de prova, onde o magistrado declarava a que cabia o ônus, geralmente ao réu, em razão de o autor não reclamar um direito seu, mas a injustiça do comportamento do réu; a segunda etapa, em que a parte sujeita ao ônus era quem deveria produzir a prova, geralmente tinha um caráter formal absoluto, determinando o prejudgamento da causa.

Somente após mil anos, com o renascimento do Direito Romano, é que voltam a serem aplicados os princípios acima mencionados do Direito Romano clássico.

Entretanto, com as limitações da atividade judicial segundo a regra *iudex debet iudicare secundum allegata et probata partium* (o juiz deve julgar segundo o alegado e provado pelas partes).

As Ordenações Filipinas seguiram as idéias do Direito Romano, porém limitando os efeitos da regra *negativa non sunt probanda*, em razão de que as negativas podem ser provadas quando determinadas quanto a tempo e lugar e, daí, poderem converter-se em afirmativas (Livro III, n. 25, 52 e 10).

No direito brasileiro, com a edição do Código Comercial, o Brasil instaurou normas para processamento das causas comerciais por meio do Regulamento 737, o qual não contém disposições explícitas sobre o ônus da prova. Os Códigos estaduais, no entanto, de uma maneira geral, estabeleceram que compete a cada uma das partes fornecer os

⁸ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. A Prova no Processo do Trabalho. 8ª ed. São Paulo: LTr. 2003. p. 112.

elementos de prova das alegações que fizer, a exemplo do Código de Processo Civil paulista, art. 262; Distrito Federal, art. 182, Pernambuco, art. 245, Bahia, art. 126; Rio de Janeiro art. 1.226; Minas Gerais, art. 255; Santa Catarina, art. 686.

O Código de Processo Civil nacional, na mesma linha, regulou a matéria nos arts. 209 e seguintes.

No direito alienígena, encontramos o ônus da prova, ou seja, a regra de quem afirma deve provar, no Código Civil suíço, art. 8º; no Código Civil italiano, art. 2.697; no Código Civil português, art. 342, e o Código de Processo Civil, que dispõem que a dúvida sobre a realidade de um fato resolve-se contra a parte a quem o fato aproveita.

No direito positivo brasileiro vigente, a teoria de distribuição do ônus da prova perdeu interesse prático, em razão de o Código de Processo Civil ter atribuído ao autor o encargo de provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu os fatos modificativos, impeditivos ou extintivos desse direito, art. 333, I e II.

No entanto, as disposições contidas no Código de Processo Civil podem ou não afetar o Processo do Trabalho, dependendo da corrente seguida.

Há quem defenda que o art. 818 da CLT possui o mesmo significado do art. 333 do CPC, sendo esse apenas mais explicativo; outros defendem a não aplicação do CPC, por possuir a CLT regra própria. Nesse aspecto, por exemplo, se o empregador nega a existência de horas extraordinárias, cabe a ele provar, pois se trata de alegação sua, ainda que negativa.

3 - Legislação sobre o ônus da prova

3.1 - O art. 333 do Código de Processo Civil

As regras gerais básicas sobre o ônus da prova encontram-se no artigo 333 do Código de Processo Civil. De acordo com o artigo 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Entretanto, o que são fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos?

Fato constitutivo é aquele que pode constituir um direito, cuja existência ou realidade é reconhecida ou provada. É o fato jurídico, cujos efeitos não possam ser obstados, sem que de maior direito ou de maior força seja oposto, tal como a prescrição, ou outro fato extintivo dele ou impeditivo.

Vicente Greco Filho, lecionando sobre a questão, diz: “são fatos constitutivos aqueles que, se provados, levam à consequência jurídica pretendida pelo autor. A relevância ou não de determinado fato para a produção de certo efeito jurídico é dada pelo direito material, porque nele estão definidas as relações jurídicas e os respectivos fatos geradores de direito subjetivos. O autor, na inicial, afirma certos fatos porque deles pretende determinada consequência de direito; esses são fatos constitutivos que lhe incumbe provar sob pena de perder a demanda. A dúvida ou insuficiência de prova quanto a fato constitutivo milita contra o autor. O juiz julgará o pedido improcedente se o autor não provar suficientemente o fato constitutivo de seu direito.”⁹

Mais adiante, o mestre processualista leciona que “ao réu incumbe a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, ou seja, o fato que a despeito da existência do fato constitutivo, tem, no plano do direito material, o poder de impedir, modificar ou extinguir o direito do autor – são desse tipo as chamadas exceções materiais, como, por exemplo, a *exceptio non adimplenti contractus*. Se o réu não provar suficientemente o fato extintivo, modificativo ou impeditivo, perde a demanda. Não existe, no processo civil, o princípio geral do *in dubio pro reo*. No processo civil, *in dubio*, perde a demanda quem deveria provar e não conseguiu.”

Fato extintivo é aquele capaz de gerar, modificar, transferir ou extinguir direitos, diz-se propriamente de fato extintivo aquele que tem força de dirimir ou extinguir direito. Em matéria processual, o fato extintivo constitui matéria de defesa, que pode ser alegada

⁹ GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. 2 v. São Paulo: Saraiva. 1993. p. 185.

por quaisquer dos litigantes, para anular a eficácia do fato constitutivo ou do direito pretendido pelo adversário.

Por sua vez, o fato impeditivo é aquele capaz de impedir ou sustar o exercício de um direito. Não faz perecer o direito, porque assim seria extintivo. Mas, apenas impede os efeitos que se quer tirar de outros atos, praticados com apoio em direitos próprios.

Giuseppe Chiovenda,¹⁰ afirma que para o nascimento de um direito é necessária a presença de: a) causas *eficientes*, que são circunstâncias que tem por função específica dar nascimento ao direito – compõem o próprio fato constitutivo do direito; e b) causas *concorrentes*, que são circunstâncias que devem concorrer para que o fato constitutivo (causa eficiente) produza seu efeito regular (dar nascimento ao direito) e cuja ausência obsta sua produção – isto é, são fatos impeditivos do direito.

Por sua vez, o fato modificativo é aquele que, sem excluir ou impedir a relação jurídica, à qual é posterior, busca, tão somente, alterá-lo – tal como a moratória concedida ao devedor.

A distribuição do ônus da prova pode ser convencionada pelas partes. No entanto, quando recair sobre direito indisponível da parte ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito, será nula a convenção (parágrafo único do artigo 333 do CPC). Contudo, a convenção não é muito utilizada no direito brasileiro; essa regra foi nitidamente baseada no art. 2698 do Código Civil italiano¹¹.

A possibilidade das partes convencionarem o encargo probatório enseja o desvirtuamento da índole do Código de Processo Civil, visto que a iniciativa probatória é das partes, mas a condução do processo deve estar sob a égide do juiz.

Ao analisar o Código de 1939, Lopes da Costa preconizava não ser lícita a distribuição convencional do *onus probandi*, uma vez que tal atitude sufocaria a liberdade do juiz na tarefa de avaliar a prova; poderiam as partes, isto sim, dispensar certos fatos de

¹⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. 1 *in apud* DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. 2 v. 2ª ed. Bahia: Jus Podium. 2008. p. 77.

¹¹ Art. 2698 do Código Civil Italiano: “Sono nulli i patti con i quali è invertito ovvero è modificato l'onere della prova, quando si tratta di diritti di cui le parti non possono disporre o quando l'inversione o la modificazione (1341) ha per effetto di rendere a una delle parti eccessivamente difficile l'esercizio del diritto.” – São nulos os termos os quais inverte ou modifica a carga probatória, quando se trata de direitos que a parte não pode dispor ou quando a inversão ou modificação tem o efeito de fazer com que uma das partes dificilmente exerça o seu direito (tradução nossa).

prova, confessando-os ficta ou expressamente, ou então combinarem, para certos atos, certa prova.¹²

A mesma objeção é também observada por Chiovenda, ao lembrar que o princípio dispositivo prevalece no processo em função da atividade das partes, mas não significa a subordinação do mesmo à vontade daquelas.¹³

A inversão do *ônus probandi* não é possível, no entanto, quando recair sobre direito indisponível da parte ou dificulte excessivamente a qualquer delas o exercício de direito, conforme ressalva o próprio dispositivo sob exame.

Moacyr Amaral dos Santos leciona que o artigo 333 do Código de Processo Civil não deve ser interpretado como regra absoluta, porque a ideia basilar do problema é que a cada parte corresponde o ônus de provar os fatos que servem de pressuposto para a norma que consagra o efeito jurídico por ela pretendido, qualquer que seja sua posição processual.

3.2 - O art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho

A Consolidação das Leis do Trabalho abarca direito material e processual destinando somente 13 artigos às provas (art. 818 a 830), quase todos relativos à prova testemunhal. O que obriga o magistrado à busca subsidiária, admitida pelo artigo 769 da CLT, ao processo comum.

A Consolidação disciplina a regra de distribuição do ônus no artigo 818, que estabelece que “a prova das alegações incumbe à parte que as fizer.”

Com a redação limitada do artigo acima mencionado alguns autores, como Manoel Antonio Teixeira Filho, defendem que o artigo 818, da CLT, basta por si mesmo no Processo do Trabalho.

Leciona o processualista “A CLT ao estatuir, no art. 818, que “a prova das alegações incumbe à parte que as fizer”, demonstra, à evidência plena, que possui dicção expressa e específica sobre a matéria, desautorizando, desta maneira, que o interprete – a pretexto de que o art. 769 do mesmo texto, o permite – incursione pelos domínios do processo civil com a finalidade de perfilhar, em caráter supletivo, o critério consubstanciado no artigo 333 e incisos. Não seria equivocado asseverar-se, portanto, que

¹² LOPES DA COSTA, Alfredo de Araujo. Direito Processual Civil Brasileiro. 2 v. São Paulo:Ed. Jurídica e Universitária Ltda. 1947. p. 278-280.

¹³ CHIOVENDA, Giuseppe – Instituições de Direito Processual Civil. 2 v. Tradução da 2ª ed. feita por J. Guimarães Menegale, 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 1969. p. 289

tais incursões são irrefletidas, pois não se têm dado conta de que lhes falece o requisito essencial da omissão da CLT.

Com efeito, o art. 769 da CLT, longe de constituir permissivo para a invocação subsidiária daquela norma processual civil, se planta como obstáculo intransponível para a admissibilidade desse procedimento ínvio. Nada obstante esse fato nos pareça incontestável, segue grassando, na prática, o costume sobre o qual estamos a lançar censura.”¹⁴

Entretanto, considerando a insuficiência do conceito relativo ao ônus da prova constante no texto consolidado, a doutrina majoritária aplica, de forma subsidiária, o artigo 333 do Código de Processo Civil, segundo o qual cabe ao autor a demonstração dos fatos constitutivos do seu direito, e ao réu, a dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos.

Nesse diapasão, o saudoso Professor Valentin Carriom afirmava “A regra de que pesa sobre quem alega é incompleta, simplista em excesso. O empregado que afirme não ter faltado ao serviço em certo dia terá de prová-lo? Se outro alegar, na petição inicial, que celebrou contrato com a empresa e que esta foi representada no ato por preposto capaz e sem coação, deverá provar as três circunstâncias? É obvio que não: 1) ao autor cabe o ônus da prova do fato constitutivo de seu direito; 2) ao réu, o da existência do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (CPC, art. 333).¹⁵

Feliz síntese formulada por Heloisa Pinto Marques diz: “quando o réu admite o fato alegado pelo autor, mas lhe opõe outro que lhe impeça os efeitos, estamos diante de fato impeditivo. Na hipótese do trabalho aos domingos, por exemplo, a reclamada, admitindo o trabalho aos domingos, alega que era compensado nas segundas-feiras. Neste caso, cabe à reclamada demonstrar que havia folga naquele dia. Os fatos extintivos são aqueles opostos ao direito alegado, com condições de torná-lo inexigível. Acontece, por exemplo, quando a reclamada admite que o reclamante trabalhava aos domingos, sem compensação, mas aduz ter pago os valores devidos a esse título. Competirá, pois, à reclamada demonstrar o pagamento. Por fim, fatos modificativos são aqueles que, sem negar os fatos alegados pelo autor, inserem modificação capaz de obstar os efeitos desejados. É o caso, por exemplo, de a reclamada alegar que o reclamante trabalhava aos domingos no estabelecimento empresário, mas que nesses dias o trabalho era voluntário, com fins de benemerência, já

¹⁴ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Aproveita no Processo do Trabalho. 8ª ed. São Paulo: LTr. p. 121.

¹⁵ CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 38ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 732-733.

que a empresa cedia os equipamentos e material para produzir alimentos para serem distribuídos para a comunidade e que não havia obrigatoriedade de comparecimento. Compete à reclamada sua demonstração.”¹⁶

O direito brasileiro adotou a teoria de Carnelutti, estabelecida no princípio de que “quem opõe pretensão em juízo deve provar os fatos que sustentam; quem opõe uma exceção deve, por seu lado, provar os fatos dos quais resulta”.

A jurisprudência do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho encaminha-se no sentido de relativizar o modelo preconizado no art. 333 do CPC e no art. 818 da CLT.

Em conformidade com a característica da lide e o objeto do processo podemos destacar as seguintes súmulas jurisprudenciais do TST.

Súmula nº 6 do TST – (...) - VIII - É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial.

Súmula nº 16 do TST - 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.

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.

Súmula nº 254 do TST - O termo inicial do direito ao salário-família coincide com a prova da filiação. Se feita em juízo, corresponde à data de ajuizamento do pedido, salvo se comprovado que anteriormente o empregador se recusara a receber a respectiva certidão.

Súmula nº 338 do TST - 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,

¹⁶ MARQUES, Heloisa Pinto. A prova no processo do trabalho. Revista Ciência Jurídica. Belo Horizonte: n. 14. P. 19 *et seq.*, mar/abr. 1999 in apud BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. Curso de Direito Processual do Trabalho. 9ª ed. São Paulo: LTr. 2011. p. 595.

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.

O caso mais emblemático, sem dúvida, está descrito na Súmula 338, III, do TST.

Destaca-se, que a inversão do ônus probatório decorrente da excessiva dificuldade do trabalhador em produzir deriva do princípio processual da aptidão para prova, aplicado também no processo civil (art. 333, parágrafo único do CPC).

Também nesse sentido, o enunciado n. 60 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho:

Enunciado n. 60 - Interdição de estabelecimento e afins. Ação direta na justiça do trabalho. Repartição dinâmica do ônus da prova.

I – A interdição de estabelecimento, setor de serviço, máquina ou equipamento, assim como o embargo de obra (artigo 161 da CLT), podem ser requeridos na Justiça do Trabalho (artigo 114, I e VII, da CRFB), em sede principal ou cautelar, pelo Ministério Público do Trabalho, pelo sindicato profissional (artigo 8º, III, da CRFB) ou por qualquer legitimado específico para a tutela judicial coletiva em matéria labor-ambiental (artigos 1º, I, 5º, e 21 da Lei 7.347/85), independentemente da instância administrativa.

II – Em tais hipóteses, a medida poderá ser deferida [a] “*inaudita altera parte*”, em havendo laudo técnico preliminar ou prova prévia igualmente convincente; [b] após audiência de justificação prévia (artigo 12, caput, da Lei 7.347/85), caso não haja laudo técnico preliminar, mas seja verossímil a alegação, invertendo-se o ônus da prova, à luz da teoria da repartição dinâmica, para incumbir à empresa a demonstração das boas condições de segurança e do controle de riscos.

3.3 - O art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor

O artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) prevê a facilitação na defesa dos direitos do consumidor, 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 de experiência.

A norma em foco não só prevê a facilitação da defesa como também a inversão do ônus da prova.

No entanto, a inversão do ônus da prova em favor do consumidor constitui faculdade conferida ao Juiz e não direito subjetivo do interessado.

A regra geral de divisão de ônus da prova estabelece que compete ao autor-reclamante fazer prova do fato constitutivo de seu direito, enquanto ao réu-reclamado a existência de fato extintivo, modificativo ou impeditivo o direito invocado pelo autor (arts. 333 do CPC e 818 da CLT).

A legislação consumerista facultou ao magistrado inverter o ônus da prova, contrariando a regra processual civil, dispensando uma das partes conforme a hipótese da prova de determinados fatos, impondo à parte contrária, em querendo, o dever de impugná-los.

A inversão do *onus probandi* ocorre sempre que se verifique a verossimilhança nas alegações sustentadas pelo consumidor ou sua hipossuficiência, de acordo com os critérios ordinários de experiência.

Frise-se, que as hipóteses acima mencionadas não são cumulativas: sendo verossímeis as alegações ou hipossuficiente o consumidor, o princípio em análise poderá ser aplicado.

O vocábulo verossímil é indeterminado, no entanto, isso pode não impede que da análise do caso concreto não se possa aferir verossimilhança.

Verossimilhança nas alegações existe quando há, desde logo, elementos que demonstrem a existência do direito sustentado pela parte, de forma que se o processo fosse julgado naquela oportunidade, certamente o pleito seria acolhido.

O hipossuficiente é aquele que, ao menos na teoria, não reúne condições adequadas de litigar em igualdade dentro de uma relação jurídico-processual.

A hipossuficiência prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, deverá ser vista no caso concreto pelo magistrado que, segundo os critérios comuns de experiência, verificará a existência do necessário equilíbrio entre as partes da relação processual. Entendendo-o inexistente, surgirá a possibilidade de inversão do ônus da prova, com base no requisito em estudo.

O Código de Defesa do Consumidor trouxe ao ordenamento jurídico pátrio importantes avanços, principalmente no que diz respeito ao acesso à Justiça, mediante a facilitação da prova ao hipossuficiente, cuja aplicação ao Processo do Trabalho carece de maior reflexão, sobretudo à vista de sua manifesta compatibilidade com o sistema laboral.

Não há na Consolidação das Leis Trabalhistas previsão de inversão do ônus da prova. Como examinado anteriormente, o único artigo que trata sobre o ônus da prova é o art. 818 da CLT.

A despeito da CLT não conter regra de inversão do ônus da prova, tal regra é perfeitamente pertinente no processo trabalhista, em razão de que em muitos casos o empregado encontra-se em estado de hipossuficiência que o impede de produzir provas que comprovem as alegações apresentadas em juízo ou, ainda, a produção de provas é muito onerosa, o que acarretaria em razão desses fatores, a inviabilização da efetividade do próprio direito pleiteado.

Dessa forma, a regra de inversão do *onus probandi* presente no Código de Proteção do Consumidor é perfeitamente aplicável no processo trabalhista, não só pela omissão da Consolidação das Leis Trabalhista, mas também, pelos princípios que norteiam o processo trabalhista (arts. 8, parágrafo único e 769, da CLT), em especial o princípio de acesso à justiça do trabalhador.

Entretanto, ao comentar sobre o tema José Cláudio Monteiro de Brito Filho, manifestou-se sobre a impossibilidade da aplicação do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor ao processo trabalhista: “A norma prescrita no Código de Proteção do Consumidor, todavia, não pode ser aplicada diretamente no processo trabalhista, por duas razões básicas. Em primeiro lugar, o art. 6º, VIII em comento, é claro ao referir sua aplicação no processo civil; segundo, porque não a omissão na legislação processual do trabalho que permita a utilização da norma alienígena.”¹⁷

No mesmo diapasão, sustenta Marcelo Moura, que “não obstante o processo do trabalho também trate de tentar diminuir as desigualdades processuais entre os litigantes, não vejo lugar para aplicação de regra especial que cuida de relações de consumo, como a do art. 6º, VIII, do CDC. A solução mais consentânea com a realidade trabalhista foi a proposta, a nosso ver, por Cleber Lúcio de Almeida, Direito Processual, 2009, p. 583-584. O autor defende que o Juiz do Trabalho deve estabelecer presunções favoráveis ao empregado, fundadas no princípios do direito do trabalho, na exigência de pré-constituição da prova e em regras de experiência; além disso, deve o juiz conceder especial valor a prova favorável ao trabalhador, que sustenta no princípio de que basta a prova do início do fato que gera seu direito para que o juiz entenda superado o encargo probatório.”¹⁸

Entretanto, há autores que defendem a possibilidade da aplicação da inversão do *onus probandi* no processo do trabalho, em face de similitude de situações processuais em

¹⁷ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Discriminação no Trabalho. São Paulo: LTr. 2002. p. 95.

¹⁸¹⁸ MOURA, Marcelo. Consolidação das Leis do Trabalho. 3ª ed. Salvador: Jus Podivm. 2013. p. 967 in SCHIAVI, Mauro. Provas no Processo do Trabalho. 4ª ed. São Paulo: LTr. 2014. p. 90.

que se encontram o consumidor e o trabalhador. Veja-se a inestimável análise de Carlos Henrique Bezerra Leite ao tratar sobre tema:

“O CDC consagra expressamente o princípio da inversão do ônus da prova, como se infere do seu art. 6º, VIII, *in verbis*: O art. 6º - São direitos básicos do consumidor: VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, ao seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência. Ora, é exatamente o requisito da hipossuficiência (geralmente econômica) do empregado perante seu empregador que autoriza o juiz do trabalho a adotar a inversão do *onus probandi*. Atualmente, parece-nos não haver mais dúvida sobre o cabimento da inversão do ônus da prova nos domínios do direito processual do trabalho, não apenas pela aplicação analógica do art. 6º, VIII, do CDC, mas também pela autorização contida no art. 852-D da CLT... Poder-se-ia dizer que tal regra é específica do procedimento sumaríssimo. Todavia, entendemos que, em matéria de prova, não é o procedimento que vai impedir o juiz de dirigir o processo em busca da verdade real, levando em conta as dificuldades naturais que geralmente o empregado-reclamante enfrenta nas lides trabalhistas.”¹⁹

3.4 - O art. 373 do Novo Código de Processo Civil

O Código de Processo Civil de 1973, segundo o art. 333 do CPC, estabelece que quem alega atrai para si o ônus da prova.

Trata-se de uma regra estática de distribuição do ônus da prova, em que as partes sabem antecipadamente quais os fatos devem provar no processo, litigando as partes em condições de igualdade de acesso à prova. Dessa forma, são oneradas de modo formalmente equilibrado, sem qualquer compensação substancial.

Entre as novidades trazidas pelo Novo Código de Processo Civil no campo das provas cíveis se destacam a criação da carga dinâmica da prova, que muito embora já fosse reconhecida em diversas decisões judiciais, está agora regulamentada.

Embora, o art. 373 do Novo Código de Processo Civil, em seus dois incisos repetiu as regras contidas no art. 333 do CPC/1973. Já o § 1º, admite que o magistrado, diante das peculiaridades da causa e nos casos previstos em lei, pautadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo, atribua o *onus probandi* de forma diversa.

¹⁹ BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. Curso de Direito Processual do Trabalho. 9ª ed. São Paulo: LTr. 2011. p. 600.

Para entendermos as alterações ocorridas no art. 373 do NCPC, devemos ter em mente que o ônus probatório diz respeito ao encargo de produzir a prova necessária para esclarecimento da questão posta em juízo.

De acordo com o artigo 333 do Código de Processo Civil atual, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu, quanto a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do autor.

Entretanto, há jurisprudência há tempos amenizando o rigor do artigo 333 do CPC, determinando que o *onus probandi* incida sobre a parte que não fez a alegação do fato, mas que possui melhores condições efetivas de produzir a prova.

O Código de Defesa do Consumidor estabeleceu dentre os direitos básicos do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente frente ao fornecedor.

Em síntese, a hipossuficiência do consumidor é marcada pelo desequilíbrio entre as partes, devendo ser perceptível uma sensível disparidade de condições técnicas e econômicas para produção da prova dos fatos, autorizando que o fornecedor seja onerado a produzir prova sobre fato alegado pelo consumidor.

O Novo Código de Processo Civil, por meio do par. 1º do seu art. 373, permite de forma expressa a distribuição dinâmica do ônus da prova pelo juiz abrindo ainda a possibilidade da legislação esparsa prever hipóteses de aplicação da teoria. Contudo, o magistrado em decisão de saneamento deverá justificar sua decisão conforme estabelece o artigo 357, inciso III.²⁰

A Argentina foi pioneira sobre o estudo da carga probatória dinâmica a qual foi sistematizada por Jorge Walter Peyrano, embora não existir no ordenamento jurídico da Argentina disposição expressa dessa natureza. Sustenta o doutrinador a necessidade de definição casuística e pontual de qual parte será onerada, segundo as condições de produzir a prova de cada uma delas e também pela proximidade da prova.

“A chamada doutrina das cargas probatórias dinâmicas pode e deve ser utilizada pelos tribunais em determinadas situações nas quais não funcionem adequada e valiosamente as previsões legais que repartem os encargos probatórios. Ela importa em um deslocamento do *onus probandi*, segundo forem as circunstâncias do caso podendo aquele

²⁰ Art. 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.

recair, por exemplo, na cabeça de quem está em melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas para produzi-las, para além do seu posicionamento como autor ou réu, ou de se tratar de fator constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos.”²¹

Nelson Nery afirma que “a inversão do ônus da prova dá-se *ope iudicis*, isto é, por obra do juiz, e não *ope legis* como ocorre na distribuição do ônus da prova pelo CPC 373. Cabe ao magistrado verificar se estão presentes os requisitos legais para que proceda a inversão. Como se trata de regra de juízo, quer dizer, de julgamento, apenas quando o juiz verificar o *non liquet* é que deverá proceder à inversão do ônus da prova, fazendo-o na sentença, quando for proferir o julgamento de mérito”.

Mais adiante, comenta o processualista, que o juiz é destinatário mediato da prova, de sorte que a regra sobre ônus da prova a ele é dirigida, por ser regra de julgamento. Nada obstante, essa regra é fator indicativo para as partes, de que deverão se desincumbir do ônus sob pena de ficarem em desvantagem processual – a menos que a inversão seja impossível ou excessivamente difícil o que impede essa mesma inversão. O juiz, ao receber os autos para proferir sentença, verificando que seria o caso de inverter o ônus da prova, não poderá baixar os autos em diligência e determinar que a parte prejudicada pela inversão faça a prova, pois o momento processual para a produção dessa prova já terá sido ultrapassado. Caberá o prejudicado agir, durante a fase instrutória, no sentido de procurar demonstrar a inexistência do alegado direito da parte contrárias, bem como a inexistência de circunstâncias extintivas, impeditivas ou modificativas do direito do consumidor, caso pretenda vencer a demanda. Nada impede que o juiz, na oportunidade de preparação para a fase instrutória (saneamento do processo), verificando a possibilidade de inversão do ônus da prova, alvitre a possibilidade de assim agir, de sorte a alertar a parte prejudicada com essa decisão de que deve desincumbir-se do referido ônus, sob pena de ficar em situação de desvantagem processual quando do julgamento da causa.

No entanto, pelo artigo 357 do Novo Código de Processo Civil, não mais se admite a inversão como regra de julgamento, mas como regra de instrução. Ocorre que, por tal dispositivo, a decisão sobre a inversão deverá ocorrer no saneamento do processo, fase que não existe no processo do trabalho.

²¹ AMBROSIO, Graziella. A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Processo do Trabalho. São Paulo: LTr. 2013. p. 52.

Vale destacar que o artigo 373, parágrafo 2º do Novo Código Processo Civil, coíbi a distribuição dinâmica do ônus da prova nos casos em que a obtenção das provas seja impossível ou excessivamente difícil, provas estas conhecidas como “prova diabólicas”.

4 - Meios Probatórios

Meios de prova são instrumentos pessoais ou materiais que podem ser usados no processo para revelar ao juiz a verdade de um fato.

Manoel Antonio Teixeira Filho lembra que meios ou instrumentos, no caso, são fontes por intermédio das quais o juiz obtém os elementos de prova necessários ao estabelecimento da verdade formal. Tais elementos ou motivos, para Pontes de Miranda, são os informes sobre fatos ou julgamento a respeito deles, que derivam do emprego do referidos meios.²²

Os meios de prova não se confundem com as fontes de prova, que são os elementos específicos, concretos, que servem para a comprovação de um fato em um determinado processo.

Os meios de provas são tipos genéricos de provas que se admitem no processo.

Cândido Rangel Dinamarco, sustenta que “fontes de prova são pessoas ou coisas das quais se possam extrair informações capazes de comprovar a veracidade de uma alegação. São elementos, ou meios instrumentais externos que, quando trazidos ao processo, o juiz e as partes submetem às investigações necessárias a obter tais informações... Meios de prova são técnicas destinadas à investigação de fatos relevantes ara causa. Diferentemente das fontes, eles são fenômenos internos do processo e do procedimento.”²³

A lei processual disciplina alguns desses meios de provas: Depoimento pessoal (arts. 342 a 347 do CPC/1973 e 385 a 388 do CPC/2015); Confissão (arts. 348 a 354 do CPC/1973 e arts. 389 a 395 do CPC/2015); Exibição de documentos ou coisas (arts. 355 a 363 do CPC/1973 e arts. 396 a 404 do CPC/2015); Prova documental (arts. 364 a 399 do CPC/1973 e arts. 405 a 438 do CPC/2015); Prova testemunhal (arts. 400 a 419 do CPC/1973 e arts. 439 a 463 do CPC/2015); Prova Pericial (arts. 420 a 439 do CPC/1973 e arts. 464 a 480 do CPC/2015); Inspeção judicial (arts. 440 a 443 do CPC/1973 e arts. 481 a 484 CPC/2015).

No entanto, esse rol não pode ser considerado taxativo, existe sempre a possibilidade de surgimento de novas técnicas mais modernas, razão pela qual o legislador

²² TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Curso de Direito Processual do Trabalho. Vol. 2. São Paulo: LTr. 2009. p. 955.

²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 3 v. 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 85-86.

houve por bem estabelecer nos artigos 332 do CPC/1973 e 369 do CPC/2015 a admissibilidade de todos os meios moralmente legítimos, ainda que não especificados no Código.

Podemos destacar como exemplo de meios de provas não previstos no Código de Processo Civil, o reconhecimento de pessoas ou coisas a reconstituição de fatos, instrumentos previstos no Código de Processo Penal e perfeitamente possível a sua utilização nas causas cíveis e trabalhistas.

É possível também a utilização da chamada prova emprestada, ou seja, a prova retirada de outro processo, admitindo-se a sua validade contra quem também participou do processo anterior e pôde contraditá-la.

Ressalta-se ainda, que se deve proceder à interpretação da legislação em comento em conjunto com o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, segundo o qual são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

No entanto, não obstante a clareza da lei, tem se admitido prova obtida mediante meios ilícitos quando não há outro meio de evidenciar que um fato ocorreu, considerando ser então necessária uma avaliação dos interesses em conflito aplicando dessa forma a ponderação entre os princípios.

4.1 - Depoimento pessoal

O depoimento pessoal é o meio utilizado tornar claros os pontos controvertidos do processo e permitir a confissão da parte contrária de forma espontânea ou provocada, ensejando até mesmo a conciliação.

Vale ressaltar, que a luz dos artigos 342 e 343 do CPC atual e 385 do Novo CPC, é clara a distinção entre depoimento e interrogatório.

O interrogatório é determinado de ofício pelo juiz e serve para esclarecer as dúvidas sobrevindas no decorrer do processo, ao passo que o depoimento pessoal constitui um meio de prova de iniciativa da parte, que deve ser colhido em audiência de instrução e julgamento e tem por objetivo obter a confissão da parte adversa.

A legislação trabalhista utiliza ora a expressão depoimento, ora o termo interrogatório (arts. 810 e 848 da CLT).

Ante a literalidade do preceptivo em causa, parte da doutrina e da jurisprudência tem sustentado que não cabe no processo do trabalho a aplicação supletiva do artigo 343 do CPC.

Nesse sentido, Renato Saraiva, “... a Consolidação das Leis do Trabalho consagrou o sistema do interrogatório determinado pelo juiz, constituindo-se, portanto, numa faculdade de o magistrado interrogar as partes (em função do seu livre convencimento). Logo, o requerimento de uma das partes para oitiva do depoimento pessoal da parte contrária poderá ser indeferido (de forma fundamental) pelo juiz, sem que isso, necessariamente, configure cerceio de defesa.”²⁴

Entretanto, Carlos Henrique Bezerra Leite, sustenta que, “o art. 848 da CLT deve ser interpretado sistematicamente com o artigo 820 da mesma Consolidação, que diz que “as partes e testemunhas serão inquiridas pelo juiz ou presidente, podendo ser reinquiridas, por intermédio, a requerimento dos juízes classistas (que não existem desde a Emenda Constitucional n. 24/99), das partes, seus representantes ou advogados”.

Dessa forma, caso o magistrado não interroge os litigantes qualquer deles pode requerer, por seu intermédio, o recíproco.

O ilustre processualista, no entanto, reconhece que o requerimento poderá ser validamente indeferido, desde que o juiz fundamente a sua decisão, sem que isso configure cerceio do direito de defesa, e desde que a sentença se funde em outros elementos probatórios carreados aos autos.²⁵

4.2 – Confissão

A confissão é o ato voluntário de uma parte consistente em admitir, como verdadeiro, fato que lhe é prejudicial alegado pelo adversário (art. 348 do CPC/1973 e art. 389 do CPC/2015).

A confissão pode ser judicial ou extrajudicial de acordo com os arts. 348 do CPC/1973 e 389 do CPC/2015; a primeira, ainda, pode ser real ou ficta, podendo ser realizada no curso do processo ou extrajudicial, realizada fora do processo.

²⁴ SARAIVA, Renato. Processo do Trabalho para Concursos Públicos. 2ª ed. São Paulo: Método. 2006. p. 176.

²⁵ BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. Curso de Direito Processual do Trabalho. 9ª ed. São Paulo: LTr. 2011 605-606.

A confissão real pode ser feita pelo próprio confitente de forma espontânea ou provocada (arts. 349, *caput* CPC/1973 e 390, *caput* CPC/2015): a espontânea é feita pela própria parte ou através de petição escrita; já a provocada é feita em depoimento pessoal.

Ficta é confissão resultante da recusa da parte em comparecer a audiência em que deveria prestar o seu depoimento, quando regulamente intimado para esse ato, ou quando a parte comparece, mas se recusa a responder às perguntas formuladas pelo juiz, ou ainda, por equiparação, aquela decorrente da revelia ou não impugnação de alguns fatos declinados na inicial, podendo o magistrado utilizar prova pré constituída para afastá-la (Súmula 74 do TST).

Vale ressaltar que em sede de ação rescisória a revelia não implica confissão ficta (Súmula 398 do TST).

A extrajudicial é a confissão feita fora do juízo, consubstanciada em escritura ou ato público ou através de escrito particular ou verbalmente.

Entretanto a confissão extrajudicial não deve ser aceita no processo do trabalho em razão da indisponibilidade e irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, como também pela presunção de coação sofrida pelo trabalhador.

4.3 – Documentos

Pode o magistrado, determinar que uma das partes exiba documento ou coisa que se encontra em seu poder (art. 355 CPC/1973 e art. 396 do CPC/2015).

Segundo Renato Saraiva, é o meio idôneo utilizado como prova material da existência de um fato, abrangendo não só os escritos, mas também os gráficos, as fotografias, os desenhos, reproduções cinematográficas etc.

O diploma consolidado não cuidou de forma sistematizada da prova documental, apenas os mencionou nos arts. 777, 787, 780 e 830, permitindo, pois, a aplicação subsidiária do CPC, tendo em vista o art. 769 da CLT.

Em razão a dificuldade do obreiro em obter cópia ou até uma via dos instrumentos que assinou durante o período laboral, a prova documental enfrenta maiores desafios na justiça do trabalho.

A fase postulatória é o momento adequado para produção dessa modalidade de prova, a reclamação escrita deverá, desde logo, ser instruída com os documentos reputados indispensáveis à propositura da ação. Por sua vez, a defesa deverá conter os documentos

comprobatórios dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do reclamante.

Vale ressaltar é lícito juntar novos documentos, quando destinados a fazer prova de fatos posteriores articulados, ou para contrapor-los aos que foram produzidos nos autos; e a parte contra qual se produziu a prova superveniente terá prazo de cinco dias para manifestar-se a seu respeito pelo art. 398 do CPC/1973 e quinze dias pelo art. 437 do CPC/2015.

Importante destacar, a juntada de documentos na fase recursal só se justifica quando provado o justo impedimento para a sua oportuna apresentação ou se referir a fato posterior à sentença. (Súmula 8 do TST).

O documento oferecido como prova poderá ser declarado autêntico pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal, e se não impugnada a autenticidade da reprodução pela parte o documento passa a ter validade, uma vez que o silêncio enseja o reconhecimento da veracidade de seu conteúdo.

De acordo com artigo 852-H e seu § 1º da CLT, no procedimento sumaríssimo, as provas serão produzidas em audiência, inclusive documental, e sobre os documentos apresentados por uma das partes manifestar-se-á imediatamente a parte contrária, sem interrupção da audiência, salvo absoluta impossibilidade, a critério do juiz.

4.4 – Testemunhas

Testemunha é a colhida oralmente por meio de depoimento prestado por pessoa estranha ao processo sobre fatos que interessam à causa.

No direito do trabalho, a prova testemunhal é o meio de prova mais utilizado, muitas vezes se constituindo no único meio de prova da parte.

Mauro Schiavi ensina que testemunha é a pessoa física, capaz, estranha e isenta com relação às partes, que vem a juízo trazer as suas percepções sensoriais a respeito de um fato relevante para o processo do qual tem conhecimento próprio.

O depoimento prestado em juízo é considerado um serviço público, assim, não é uma faculdade, e sim um dever público de colaboração com o Estado no exercício do poder-dever de prestar a tutela jurisdicional.

Salvo os incapazes, impedidas ou suspeitas ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade, podendo, entretanto, o juiz ouvi-los como simples informantes, de acordo com § 4º do art. 405 e art. 829 da CLT.

O Tribunal Superior do Trabalho, já firmou entendimento por meio da Súmula 357 de que não torna suspeita a testemunha o simples fato de estar litigando ou de ser litigado contra o mesmo empregador.

4.5 – Perícia

Como já analisado anteriormente, as partes podem valer-se de todos os meios legalmente admitidos ou moralmente legítimos para demonstrar suas alegações.

O conhecimento dos fatos em geral chega ao magistrado por meio de documentos e depoimentos, sendo menos comuns ocorrer a prova emprestada, a confissão, os indícios etc.

Entretanto, algumas vezes em razão da complexidade da matéria exigem-se conhecimentos especiais (técnicos ou científicos), por ser insuficiente a prova documental ou a testemunhal.

A prova pericial pode consistir em exame, vistoria ou avaliação, cabendo ao *expert* elaborar laudo pericial, que conterá os dados técnicos necessários ao esclarecimento dos fatos e à elaboração formação da convicção do juiz.²⁶

Deferida a prova técnica, deverá o juiz, desde logo, fixar prazo, objeto da perícia e nomear perito, escolhido entre profissionais de nível universitário, devidamente inscrito no órgão de classe competente.

Cada parte poderá indicar assistente técnico, sendo tal indicação faculdade da parte, a qual deve responder pelos respectivos honorários, ainda que vencedora no objeto da perícia (Súmula 341 do TST).

Pode ainda os litigantes, dentro do prazo definido pelo magistrado, apresentar quesitos ao perito, competindo o juiz indeferir quesitos impertinentes, formular o que entender necessário ao esclarecimento da causa.

²⁶ BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. Curso de Direito Processual do Trabalho. 9ª ed. São Paulo: LTr. 2011. p. 623.

O perito além de ser de confiança do juiz e habilitado tecnicamente, tem por obrigação observar os prazos legais empregando todas as diligências, não pode ainda ser impedido ou suspeito, podendo não só escusar, mas também ser recusado da mesma forma que no caso de impedimento ou suspeição do juiz.

O art. 790-B da CLT, disciplina que a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão do objeto da perícia, salvo se beneficiário da justiça gratuita.

O magistrado não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar as sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.

4.6 - Inspeções judiciais

O último meio de prova regulado pelo Código de Processo Civil é a inspeção judicial que consiste na percepção sensorial direta do juiz sobre qualidades ou circunstâncias corpóreas de pessoas ou coisas relacionadas com o litígio. A inspeção judicial é uma faculdade do juiz da causa, entretanto, há no Código uma situação em que ela se torna obrigatória: (art. 1.181 do CPC/1973 e art. 751 do CPC/2015) o exame e interrogatório do interditando.²⁷

Não existe previsão a respeito da inspeção judicial na legislação do trabalho, no entanto, plenamente aplicável nessa seara a teor do previsto no art. 765 da CLT.

O magistrado irá ao local onde se encontre a pessoa ou coisa quando: a) julgar necessário para melhor verificação ou interpretação dos fatos que deva observar; b) a coisa não puder ser apresentada em juízo, sem consideráveis despesas ou graves dificuldades; e c) determinar a reconstituição dos fatos possível, em tese no âmbito laboral, na apuração de ilícitos graves e de grande repercussão.

As partes têm sempre direito a assistir à inspeção, prestando e fazendo observações que repute de interesse para demanda.

Vale destacar, que a ausência de intimação das partes para acompanhar para realização da inspeção não caracteriza cerceio de defesa.

²⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1, 23 ed. Rio de Janeiro: Forense. 1998. p. 485 in SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. São Paulo. LTr. 2008. p. 528.

Concluída a diligência, o magistrado mandará lavrar auto circunstanciado, mencionando nele tudo quanto for útil ao julgamento da causa, inclusive desenhos, gráficos ou fotografias (arts. 443 do CPC/1973 e 484 do CPC/2015).

5 - Inversão do Ônus da Prova

Segundo o art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor são “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, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

De acordo com o dispositivo supramencionado, o magistrado pode inverter o ônus da prova, em benefício do consumidor, quando for verossímil o que alega, ou, alternativamente, hipossuficiente.

O magistrado para inverter o ônus da prova deverá verificar um desses pressupostos, utilizando das regras ordinárias de experiência.

Vale destacar, a chamada teoria dinâmica do ônus da prova, em que cabe ao juiz o exame da questão em cada caso concreto, fazendo incidir o ônus da prova sobre a parte que tem melhores condições, especialmente técnicas, de demonstrar o fato, o que muitas vezes pode resultar na inversão do *ônus probandi*.

O art. 373, § 1º do Novo Código de Processo Civil, prevê que, nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo, disposto no art. 373, *caput*, do CPC/2015, 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.

O Novo *Codex*, de forma expressa, permite que o juiz distribua o *ônus probandi* e abre a possibilidade de a legislação esparsa prever outras hipóteses de aplicação dessa teoria.

Entretanto, 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 (art. 373, § 2º, do CPC/2015).

5.1 - Momento de inversão

A inversão do *onus probandi* não está prevista no Código de Processo Civil e nem na Consolidação das Leis do Trabalho, mas no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Não há uniformidade na doutrina e na jurisprudência sobre em que momento o magistrado deve inverter o ônus da prova.

A celeuma gira em torno de saber se se trata de regra de julgamento (após e por ocasião do julgamento) ou de atividade (na instrução do processo), pois a legislação atual não disciplina essa questão.

Kazuo Watanabe sustenta que a inversão deve ocorrer na sentença em razão das regras de distribuição do ônus da prova, que são regras de julgamento, a orientar o juiz quando houver prova do fato ou a prova for dividida, razão pela qual somente após instrução do feito, no momento da valoração das provas, caberá ao juiz habilitado afirmar se existe ou não situação de *no liquet*, sendo caso ou não, conseqüentemente, de inversão do ônus da prova. Dizê-lo em momento anterior será o mesmo que proceder ao prejulgamento da causa, o que é de todo inadmissível.²⁸

No mesmo sentido, destacamos a visão de Cândido Rangel Dinamarco baseado em Barbosa Moreira que sustenta que “o momento adequado à inversão do ônus da prova é aquele em que o juiz decide a causa. Antes, nem sequer ele sabe se a prova será suficiente ou se será necessário valer-se das regras ordinárias sobre esse ônus, que para ele só são relevantes em caso de insuficiência probatória.”²⁹

Em sentido contrário se pronuncia Edilton Meireles, sustentando que “o disposto no art. 6º, VIII, do CDC não estabelece uma simples regras de julgamento, mas, sim, um comando que prevê um procedimento a ser adotado pelo juiz, vinculado às atividades a serem desenvolvidas pelas partes, especialmente pelo réu-fornecedor, ao se impor a este um ônus processual que ordinariamente não lhe seria exigível. A partir dessa decisão, o juiz estaria autorizado, para compatibilizá-la à atividade procedimental, a inverter os demais encargos processuais, por exemplo, em relação ao ônus pecuniário da realização da perícia quando determinada de ofício, numa verdadeira alteração da regra estabelecida no art. 33, *in fine*, do CPC, que impõe ao autor esse encargo. Assim, o juiz estaria, a partir dessa inversão do ônus da prova, autorizado a adotar todas as providências procedimentais necessárias à efetivação desse direito do autor-consumidor. Seria, portanto, uma regra de atividade e não uma regra de julgamento (...) Assim, por exemplo, na reclamação

²⁸ WATANABE, Kazuo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do anteprojeto. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1998. p. 496. *In apud* BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. Curso de Direito Processual do Trabalho. 9ª ed. São Paulo: LTr. 2011. p. 601.

²⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 3 v. 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 80.

trabalhista onde seja necessária a realização de prova pericial para comprovar o labor em condições perigosas, sendo o reclamante hipossuficiente, deve o juiz inverter o ônus da prova, incumbindo à demandada o ônus de comprovar o fato contrário. Evidentemente o juiz deve verificar se o fato alegado na inicial é verossímil, pois a não comprovação das afirmações do réu, em sua defesa, acarretará a presunção de veracidade do aduzido pelo autor, o que pode conduzir a uma aberração jurídica, que repugna a consciência comum, em não existindo dita verificação.”³⁰

No entanto, cremos que o melhor momento para a inversão do ônus da prova é o despacho saneador, no qual o juiz detém a faculdade de determinar providências de natureza probatória, vez que após o conhecimento dos fatos alegados na inicial e na contestação, o magistrado terá melhor condição de decretar a inversão do ônus da prova e desta maneira evitará qualquer situação de cerceamento de defesa. No caso do processo do trabalho, em que não há o despacho saneador, a inversão se daria no início da instrução.

Neste sentido, Mauro Schiavi defende que “a lei não disciplina essa questão. Entretanto, acreditamos, a fim de resguardar o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, da CF), que a inversão do ônus da prova deve ser levada a efeito pelo Juiz do Trabalho antes do início da audiência de instrução, em decisão fundamentada (art. 93, IX, da CF), para que a parte contra a qual o ônus da prova foi invertido não seja pega de surpresa e produza as provas que entender pertinentes, durante o momento processual oportuno.”³¹

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que a inversão do ônus da prova é uma regra de instrução, devendo a decisão ser proferida preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos se assegurando à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo a reabertura de oportunidade.

O CPC/2015 não traz qualquer dispositivo que traga expressamente qual seria o momento.

Entretanto, o artigo 373, § 1º, do *Novo Codex* exige que sempre que inverter o ônus da prova, o magistrado deverá dar oportunidade à parte de se desincumbir do ônus que lhe tenha sido atribuído.

Isso quer dizer, que, em respeito ao contraditório, a parte terá amplo direito à produção da prova, de maneira que não parece adequado que a inversão ocorra somente no

³⁰ MEIRELES, Edilton. Inversão do ônus da prova no processo trabalhista. Revista *Juris Plenum* [CD-ROM], Caxias do Sul-RS: Plenum, v.2, 2005 *in apud* BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. Curso de Direito Processual do Trabalho. 9ª ed. São Paulo: LTr. 2011. p. 601-602.

³¹ SCHIAVI, Mauro. Prova no Processo do Trabalho. 4ª ed. São Paulo: LTr. 2014. p. 93.

momento de prolação de sentença, sob pena de ofensa ao princípio da economia processual.

5.2 - Teoria dinâmica. Teoria estática

O CPC/1973 e a CLT adotaram a distribuição estática do ônus da prova, conforme redação dos artigos 333 do CPC e 818 da CLT.

A denominada Teoria Dinâmica do Ônus da Prova tem origem no direito estrangeiro na Alemanha, no início do século XX, sendo reavivada pela doutrina processual argentina, no final do século XX.

A ideia concebida por Bentham e divulgada por Peyrano permite que o juiz distribua o ônus da prova para quem tem melhores condições de produzi-la, independentemente da posição processual da parte no processo e da natureza do fato.

De acordo com Jeremy Bentham “a obrigação de provar deve ser imposta a quem tiver condições de satisfazê-la, com menos inconvenientes – temporais, econômicos etc.”³²

O objetivo é estimular a parte que tem melhor capacidade de produzir determinada prova, complementando a previsão legal existente.

Como bem explica o processualista Maximiliano Garcia Grande, “Podemos esbozar que las cargas probatorias dinámicas implican que la carga de probar determinado hecho recae sobre quien está en mejores condiciones fáticas de hacerlo, encontrándose la contraparte en una imposibilidad o extrema dificultad de acompañar dicho material probatorio. Se valoran las posiciones de ambas as partes, tanto de quien alegó el hecho como también de la contraria. El primero debe encontrarse en una imposibilidad o dificultad para demostrar su afirmación y, la contraparte, hallarse en una posición de gran facilidad para derribar el hecho descrito por aquél. La carga probatoria dinámica supone entonces que el *onus probando* se encuentra sobre aquél que se encuentra en mejor posición para probar determinados hechos que dificultosamente pueden ser demostrados por quien los alegó.”³³

³²³² DIDIER JR, Fredie., BRAGA, Paulo Sarno., OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. 2 v. 2ª ed. Bahia: Ju Podium. p. 90.

³³ GRANDE, Maximiliano García. Carga probatorias dinámicas: ni nuevas, ni argentinas, ni aplicables. Academia Virtual Iberoamerica de Direito e Altos Estudos Judiciais *in apud* PINHEIRO E NEVES, Bethânia Couto. Distribuição dinâmica do ônus da prova

O primeiro momento da teoria dinâmica do ônus da prova no Direito Pátrio está no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova a fim de facilitar a defesa dos interesses do consumidor, presumidamente hipossuficiente na relação consumerista.

Como já mencionado anteriormente, o CPC-1973 e a CLT adotaram a distribuição estática do ônus da prova, conforme redação dos artigos 333 do CPC e 818 da CLT.

No entanto, Fredie Didier Júnior defende que a distribuição do ônus da prova seria uma decorrência dos seguintes princípios: a) princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, CF, e art. 125, I, do CPC-1973); b) princípio da lealdade, boa-fé e veracidade (art. 14, 16, 17, 18 e 125, III do CPC); c) princípio da solidariedade com órgão judicial (arts. 339, 340, 342, 345, 355, do CPC); d) princípio do devido processo legal (art. 5º, XIV, CF); e e) princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, do CF).³⁴

A distribuição dinâmica do ônus da prova procura a facilidade para produção da prova, dependendo do caso concreto, como forma de preservar a boa-fé, a lealdade, a igualdade, a solidariedade, o devido processo legal e o acesso à justiça, impedindo comportamentos abusivos por parte daqueles que possuam melhores condições de provar, os quais poderiam se fundar do dever de cooperação processual permanecendo na inércia com amparo das regras rígidas e inflexíveis do atual modelo probatório.

Diante disso, o sistema jurídico brasileiro, de acordo com as normas e valores que emanam da Constituição Federal, dispõe a adoção da teoria das cargas probatórias dinâmicas para a excepcional definição de quem são os responsáveis pela demonstração dos fatos.

Se essa teoria já vinha sendo utilizada para regular a produção probatória em casos de erro médico, e, posteriormente, em relações bancárias e securitárias, mister se faz o alargamento dessa diretriz às mais diversas naturezas de causas, sempre que se fizer presente a exigência de facilitação da defesa judicial de um direito.

No Direito Processual do Trabalho, a teoria da distribuição do *onus probandi* tem plena aplicação. A justificativa encontra-se na teoria do Direito Processual Comum (direito fundamental à prova e princípio da igualdade material no processo), que também deve ser verificada no processo *juslaboral*.

A regra geral do ônus da prova no CPC/2015 permanece inerte, cabendo ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito, ao réu, quanto à existência de fato impeditivo,

³⁴ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 1 v. 6ª ed. Bahia: Jus Podium. p. 521.

modificativo ou extintivo do direito do autor. O *Novo Codex* adota a teoria da distribuição do ônus da prova possibilitando a igualdade substancial e a paridade de armas entre as partes litigantes de modo a estabelecer a exata congruência entre a prova e a condição da parte, independentemente da sua posição processual ou da natureza do fato alegado em juízo.

A distribuição de modo diverso do ônus dependerá das circunstâncias e das peculiaridades do fato a ser provado em cada caso concreto (art. 373, § 1º, do CPC/2015).

O juiz deverá observar o contraditório e fundamentar os motivos que o levaram a distribuir diversamente o ônus probatório, sob pena de se tornar arbitrária sua decisão.

A distribuição dinâmica a ser adotada pela nova legislação, não poderá acarretar à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo à parte excepcionada (art. 373, § 2º, do CPC/2015). É vedada a técnica da dinamização, quando essa acarretar uma *probatio* diabólica reversa.

5.3 - Situações Práticas quanto ao Ônus e à sua Inversão

A jurisprudência trabalhista vem mitigando a rigidez dos arts. 818 da CLT e 333 do CPC, passando a admitir a inversão do ônus da prova em algumas hipóteses.

Sobre inversão do ônus da prova, recolhemos alguns julgados:

RECURSO DE REVISTA. 1 .HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. JUSTIÇA DO TRABALHO. REQUISITOS. SÚMULAS Nº 219. É pacífico o entendimento, no âmbito deste Tribunal Superior, no sentido de que mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988, na Justiça do Trabalho, os honorários advocatícios não decorrem exclusivamente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal, ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. Inteligência da Súmulas nº 219 . Recurso de revista conhecido e provido. 2.JORNADA. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. No presente caso, o único aresto transcrito neste tópico para demonstrar a divergência jurisprudencial mostra-se inespecífico, já que trata de caso onde foi reconhecida jornada de 19 horas diárias, sete dias por semana, situação completamente diversa da aqui tratada. Aplicação do óbice da Súmula nº 296. Recurso de revista não conhecido. 3. VALE-TRANSPORTE.

INDENIZAÇÃO. ÔNUS DA PROVA. Este colendo Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Orientação Jurisprudencial nº 215 da SBDI - 1, entendia ser ônus do empregado provar o preenchimento dos requisitos indispensáveis à obtenção do vale-transporte. Contudo, revendo seu posicionamento, referida Orientação foi cancelada. Desse modo, pela própria teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, é notório que se apresenta mais propício ao empregador comprovar que o empregado não satisfaz os requisitos para a concessão do vale-transporte que ao trabalhador provar que o satisfaz. Nesse contexto, incumbe à reclamada a prova de que a reclamante não satisfazia os requisitos para concessão dos vales-transporte ou que os recebeu à contento, ônus do qual não se desincumbiu. Recurso de revista não conhecido. (TST - RR: 10041820105040121 1004-18.2010.5.04.0121, Relator: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 24/04/2013, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/04/2013)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRESCRIÇÃO. TRABALHADOR AVULSO. Em face da possível violação do artigo 7º, XXIX, da Constituição Federal, merece seja destrancado o recurso de revista. Agravo de instrumento a que se dá provimento. RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO. TRABALHADOR AVULSO. Este colendo Tribunal Superior do Trabalho pacificou o entendimento de que ao trabalhador avulso é aplicável a prescrição bienal do artigo 7º, XXIX, da Constituição Federal, sendo esta contada da cessação do trabalho ultimado para cada tomador de serviço. Inteligência da Orientação Jurisprudencial nº 384 da SBDI-1. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. 2. VALE-TRANSPORTE. ÔNUS DA PROVA. CANCELAMENTO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 215 DA SBDI-1. Este colendo Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Orientação Jurisprudencial nº 215 da SBDI - 1, entendia ser ônus do empregado provar o preenchimento dos requisitos indispensáveis à obtenção do vale-transporte. Contudo, revendo seu posicionamento, referida Orientação foi cancelada. Desse modo, pela própria teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, é notório que se apresenta mais propício ao empregador comprovar que o empregado não satisfaz os requisitos para a concessão do vale-transporte que ao trabalhador provar que o satisfaz. Nesse contexto, incumbe à reclamada a prova de que o reclamante não satisfazia os requisitos para concessão dos vales-transporte, ônus do qual não se desincumbiu. Recurso de revista de que não se conhece. (TST - RR: 426404320065020255 42640-

43.2006.5.02.0255, Relator: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 22/08/2012, 2ª Turma)

RECURSO ORDINÁRIO - VÍNCULO EMPREGATÍCIO - PERÍODO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NEGADO PELO RECLAMADO - ÔNUS DA PROVA DO RECLAMANTE. A negativa da prestação de serviços por parte do reclamado impõe ao reclamante o ônus da prova referente ao fato constitutivo do direito alegado, mesmo sob o prisma da moderna teoria de distribuição dinâmica do ônus da prova. Isso porque essa teoria não afasta os princípios basilares do tema da prova, segundo os quais é de incumbência do autor a demonstração dos fatos (TRT-15 - RO: 34097 SP 034097/2011, Relator: LUIZ JOSÉ DEZENA DA SILVA, Data de Publicação: 03/06/2011)

EMENTA: INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. TÉCNICA DE JULGAMENTO CONSENTIDA PELA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA. ATIVAÇÃO JUNTO AO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO. A despeito da natural disparidade de forças que existe entre empregado e empregador, na maioria dos feitos processados perante esta Justiça Especializada, a norma processual do trabalho que trata da distribuição do ônus da prova não contempla expressamente a possibilidade da inversão do ônus da prova. Embora haja sua positivação em outros diplomas processuais, assim não ocorre entre nós. Isso, no entanto, não a afasta do Direito Processual do Trabalho. E, assim, a Justiça do Trabalho não está impedida de se valer dessa técnica de julgamento, podendo utilizá-la sempre que a distribuição dinâmica do ônus da prova assim recomendar. Sua aplicação encontra sólido suporte doutrinário e jurisprudencial, pelo que seu uso é não só possível, mas também recomendável, como imperativa medida de justiça. (00235-2009-063-03-00-4 RO, 6ª T., TRT 3ª R., Rel.: Convocado Vitor Salino de Moura Eça, in DeJT 6/12/10, g.o.)

PROCESSUAL CIVIL. PENHORA. DEPÓSITOS EM CONTAS CORRENTES. NATUREZA SALARIAL. IMPENHORABILIDADE. ÔNUS DA PROVA QUE CABE AO TITULAR. 1. Sendo direito do exequente a penhora

preferencialmente em dinheiro (art. 655, inciso I, do CPC), a impenhorabilidade dos depósitos em contas correntes, ao argumento de tratar-se de verba salarial, consubstancia fato impeditivo do direito do autor (art. 333, inciso II, do CPC), recaindo sobre o réu o ônus de prová-lo. 2. Ademais, à luz da teoria da carga dinâmica da prova, não se concebe distribuir o ônus probatório de modo a retirar tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente e atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria. 3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (REsp 619.148/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/05/2010, DJe 01/06/2010)

"ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. IMPUGNAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. AUSÊNCIA DE PROVA DA HIPOSSUFICIÊNCIA. ALUSÃO À GARANTIA CONSTITUCIONAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DA PROVA. Mantém-se o decreto judicial que acolhe a impugnação à gratuidade judiciária, quando o impugnado deixa de comprovar com suficiência sua impossibilidade em atender os ônus do processo e os elementos colacionados aos autos evidenciam a potencia financeira dos litigantes. A garantia constitucional que assegura o benefício da assistência jurídica integral e gratuita exige, além da simples "afirmação" da pobreza", também a "comprovação" da hipossuficiência de recursos (CF, art. 5º, LXXIV), o que enseja a discricionariedade judicial em sua avaliação. Cabe ao requerente, assim, como parte mais habilitada, cumprir a demonstração, em respeito à "teoria da distribuição dinâmica da prova", fornecendo todos os elementos de convicção que persuadam sobre alegada hipossuficiência. APELO DESPROVIDO." Apelação Cível Nº 70010284180, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 16/03/2005

"APELAÇÃO CÍVEL. COMERCIAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PROTESTO INDEVIDO DE DUPLICATAS. CAUSA DEBENDI. INEXISTÊNCIA. ÔNUS DA PROVA. DANO MORAL IN RE IPSA. FACTORING. DIREITO DE REGRESSO. PROTESTO. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTROS PROTESTOS. SENTENÇA ULTRA PETITA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. JUROS. TERMO INICIAL. EXTINÇÃO DA AÇÃO

CAUTELAR. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DESCABIMENTO. Não se pode bloquear justa pretensão de direito material por um simples equívoco processual, quando se sabe que o processo somente se justifica na exata medida em que serve à efetividade e à realização dos direitos materiais das partes e, para o Estado-Juiz, serve à realização da justiça do caso concreto, finalidade última e superior da atividade jurisdicional. Não há óbice a que se conheça um pedido de liminar como antecipação de tutela ou como medida cautelar, pois o que define a natureza jurídica da postulação é a essência da pretensão deduzida em juízo e não o eventual *nomen juris* que a parte circunstancialmente tenha atribuído em sua petição. Não há a tipicidade de ações no Direito brasileiro. Preliminar de extinção da ação cautelar rejeitada. A duplicata mercantil, como título causal que é, representativa de operação comercial entre sacador e sacado, vincula-se ao negócio jurídico subjacente, podendo ser elidida a presunção de liquidez e certeza inerente aos títulos de crédito mediante a demonstração, por parte do sacado, de que a relação negocial, seja a prestação de serviço, seja a entrega de mercadoria, não se efetivou. Tendo a sacada negado a existência da relação jurídica que teria dado ensejo à emissão das duplicatas protestadas, cabia à apresentante dos títulos a protesto a prova em contrário. Não se poderia exigir da sacada a prova da inexistência da relação jurídica, pois trata-se de prova negativa, conhecida também como prova impossível ou prova diabólica. Caso de aplicação do princípio da carga dinâmica da prova, o qual informa que o ônus da prova cabe à parte que melhores condições tem de produzi-la. A existência de outros protestos em nome da autora é situação que deve ser considerada quando da fixação do quantum indenizatório, não afastando a obrigação de a ré responder pelos prejuízos causados à autora. O endosso do título transmitido às empresas de factoring não é considerado como endosso cambiário, o qual exige o protesto do título endossado para fins de preservação do direito de regresso. A empresa de factoring cobra deságio das duplicatas que negocia com a faturizada, ocasião em que assume o risco pelo não-pagamento do título pela sacada. Em se tratando de protesto indevido, não é necessária a prova do dano moral, pois trata-se de dano in re ipsa. O cadastramento da autora em órgão de restrição creditícia ocorrido posteriormente à propositura da ação pode e deve ser levado em consideração pelo juízo quando da prolação da sentença. Exegese do art. 462 do CPC. Por óbvio que não poderia a demandante fazer referência na peça inicial da ação ao cadastramento efetuado após

o ajuizamento da ação. Sentença *ultra petita* que não se caracteriza. Os juros nas ações indenizatórias por dano moral devem incidir desde o evento danoso (Súmula 54, STJ) e não a partir da citação. Termo inicial de incidência dos juros que não se altera em face do princípio da impossibilidade de *reformatio in pejus*. APELO DESPROVIDO." Apelação Cível Nº 70006513477, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 15/12/2004

"RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO. CLÍNICA. CULPA. PROVA.

1. Não viola regra sobre a prova o acórdão que, além de aceitar implicitamente o princípio da carga dinâmica da prova, examina o conjunto probatório e conclui pela comprovação da culpa dos réus.

2. Legitimidade passiva da clínica, inicialmente procurada pelo paciente.

3. Juntada de textos científicos determinada de ofício pelo juiz. Regularidade.

4. Responsabilização da clínica e do médico que atendeu o paciente submetido a uma operação cirúrgica da qual resultou a secção da medula.

5. Inexistência de ofensa à lei e divergência não demonstrada.

Recurso Especial não conhecido."

STJ. REsp 69309 / SC; RECURSO ESPECIAL 1995/0033341-4. Rel(a):Min. Ruy Rosado de Aguiar. Órgão Julgador: T4 - Quarta Turma. Data do Julgamento: 18/06/1996. Data da Publicação/Fonte: DJ 26.08.1996 p. 29688

5.3 - Ônus da prova de fato negativo

Para a doutrina clássica o ônus da prova de fato negativo não deve ser objeto de prova; entretanto, a moderna doutrina sustenta a possibilidade de o fato negativo ser objeto de prova, uma vez que a legislação processual não traz qualquer impedimento à prova do fato negativo.

No processo do trabalho o ônus da prova é um tema controvertido. Primeiro em razão da aplicação subsidiária de normas processuais civis a esse instituto, sobretudo na aplicação do CPC à seara justralhista.

A CLT dedicou apenas um único dispositivo que regulamenta a matéria e, em razão dessa omissão, há a aplicação subsidiária do art. 333 do CPC.

Segundo, porque, por muito tempo, em razão da influência exercida pelo direito romano, o sistema de distribuição do ônus da prova que se fundamentava em algumas regras basilares, dentre as quais a de o fato negativo não pode ser objeto de prova, ou seja, a alegação negativa dispensava a parte da produção probatória, em razão de que o ônus da prova recaía a quem afirmava e não a quem negava.

No entanto, como já mencionado anteriormente a doutrina moderna vem se posicionando em sentido contrário.

Como bem observa Marcelo Abelha Rodrigues, “durante muito tempo e sob influência do direito romano eram dispensados de prova, sob a alegação de que quem os deveria provar era quem os afirmava, e não quem os negava. Logo, a negativa da parte excluía dela o ônus de prová-los. Todavia, hodiernamente, este não é o alvitre com relação aos fatos negativos, já que prevalece a regra de que, se a negativa resulta de uma afirmação que se pretende obter por via de uma declaração negativa, impõe-se à parte que nega o ônus de prová-lo.”³⁵

Nesse sentido, com brilhantismo, Carlos Henrique Bezerra Leite assim expõe: “Na verdade, toda negação contém, implicitamente, uma afirmação, pois quando se atribui a um objeto determinado predicado, acaba-se por negar todos os demais predicados contrários ou diversos do mesmo objeto. Assim, por exemplo, ao alegar o empregador que não dispensou o empregado sem justa causa (negação do fato), estará aquele alegando, implicitamente (afirmação), que este abandonou o emprego ou se demitiu.

A jurisprudência trabalhista tem se posicionado no sentido de que se o empregador alega não ter dispensado o empregado, cabe a ele demonstrar que o empregado tomou a iniciativa de por fim ao contrato de trabalho (pedindo demissão ou abandono de emprego), em razão do princípio da continuidade da relação de emprego (Súmula 212 do TST).

Entretanto, mister se faz distinguir negação de fato de alegação de fato negativo.

À frente da alegação do reclamante de fato constitutivo de seu direito, a reclamada pode, simplesmente, negar essa afirmação, permanecendo o ônus da prova com o reclamante. Exemplo: o reclamante afirma que prestou serviço além da jornada normal de trabalho à reclamada pleiteando o pagamento das verbas extraordinárias; a reclamada nega

³⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de Direito Processual Civil. 2 v. São Paulo: Revista do Tribunais. 2000. P. 171. *In apud* BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. Cursos de Direito Processual do Trabalho. 9ª ed. São Paulo: LTr. 2011. p. 597.

qualquer prestação de serviço além da jornada normal. Trata-se, pois, de negação de fato, permanecendo com o reclamante o ônus de comprovar a jornada extraordinária.

Por outro lado, diante da mesma situação descrita, pode a reclamada alegar um fato negativo em relação ao fato constitutivo deduzido pelo reclamante. Exemplo: o reclamante afirma que prestou serviços além da jornada normal de trabalho pleiteando o pagamento das verbas decorrentes; a reclamada reconhece a prestação do serviço na condição de empregado, mas alega que existe acordo de compensação de horas. Pois bem, ao admitir a existência de jornada extraordinária entre as partes, mas alegar que existe acordo de compensação, a reclamada está afirmando que o reclamante não faz jus ao pagamento das horas extras.

Trata-se de fato negativo, mas que em sentido contrário, representa uma verdadeira afirmação, configurada como extintiva da prestação do reclamante, cujo ônus de comprovação, portanto, é da reclamada.

Outro exemplo seria a arguição do reclamante de horas extraordinárias em domingos e feriados, e a alegação da reclamada de que não funciona em tais dias. Nesse caso, o ônus do fato negativo, ou seja, inexistência de expediente nos dias indicados, pertence à reclamada, apesar de ser fato negativo.

O problema do ônus de provar fato negativo é um assunto demasiadamente intrincado e discutido pela doutrina, longe de um acordo entre doutrinadores ou de ser uma solução jurisprudencial unívoca.

Alguns doutrinadores têm denominado a prova de fato negativo como prova diabólica, aquela prova considerada de produção impossível ou de dificuldade extrema.

Assim, a prova diabólica, muitas vezes, ocorre nos casos em que se tem que provar algo que não ocorreu, constituindo-se em uma autêntica prova negativa.

O Código de Processo Civil de 1973 adotou a teoria estática de distribuição do ônus da prova. Entretanto, essa teoria não resolve os casos de prova diabólica ou negativa.

Assim, a fim de resolver esse tema começou a surgir teoria dinâmica do ônus da prova, na qual o ônus da prova será atribuído a quem for capaz de suportá-lo, e será observado pelo magistrado de acordo com o caso concreto, portanto, a distribuição será posterior.

Como já exposto, a teoria da distribuição dinâmica não está positivada no CPC-1973, contudo é adotada pela doutrina e pela jurisprudência, tendo como sustentáculo o

princípio da igualdade. Assim, fixar o *onus probandi* à parte que pode suportá-la é atender o princípio da igualdade.

Não significa impor à parte a produção de prova diabólica, mas de assegurar a parte contrária o pleno exercício do direito de defesa, sem que seja penalizado pela dificuldade, fruto da própria natureza da relação.

O Novo Código de Processo Civil, de 2015, adotou expressamente a teoria da distribuição dinâmica, colocando um fim ao debate (art. 373, § 1º).

5.4 - A inversão como meio de acesso à justiça

A Carta Magna não elege o direito à prova como um direito fundamental, porém, incontestavelmente, ela está inserida na cláusula do devido processo legal, como expressão do princípio do acesso à justiça, e do contraditório e da ampla defesa, previsto no art. 5º da Constituição Federal.

Ademais, o direito à prova ultrapassa o aspecto individual para adquirir caráter publicista, em razão de não interessar somente aos litigantes do processo, mas também a toda a sociedade que os fatos discutidos em juízo sejam esclarecidos.

Dessa forma, o direito à prova não é apenas um direito fundamental processual, mas também um direito fundamental de cidadania e da pessoa humana para dar efetividade aos princípios do devido processo legal, ao acesso à justiça, ao contraditório e à ampla defesa.

Como bem observa Cleber Lúcio de Almeida: “na Constituição da República de 1988, o direito à prova é reconhecido, de forma expressa e implícita, o que dá no Título II da Constituição, no qual são disciplinados os “Direitos e Garantias Fundamentais”, tratando-se, portanto, de um direito fundamental. O expreso reconhecimento do direito à prova está no art. 5º, LV. Com efeito, ao reconhecer o direito aos meios inerentes à defesa, a Constituição faz o mesmo em relação ao direito à prova, na medida em que a prova é um dos meios inerentes à defesa dos direitos em juízo (a parte tem o direito de se defender provando). De outro lado, o reconhecimento do direito à prova é uma consequência necessária do reconhecimento do direito: a) à dignidade humana, posto que esta somente se realiza no gozo pleno dos direitos que lhe são inerentes, para o qual contribui, no processo, a prova; b) de liberdade, vez que a prova constitui uma exigência e uma dimensão da liberdade das partes; c) de acesso à justiça, à ampla defesa, ao contraditório, ao processo

justo, à não admissão da prova ilícita, à democracia processual, à justa solução dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário, à efetividade da jurisdição e do processo e ao procedimento. Acrescente-se que estabelecer, como modelo, o processo democrático é reconhecer o direito à prova, posto que no processo verdadeiramente democrático as partes têm o direito de participar da formação do provimento jurisdicional, e uma das formas de fazê-lo é fornecer ao juiz os elementos necessários à formação de sua convicção sobre a ocorrência de tais fatos controversos.”³⁶

A expressão “acesso a justiça” é definitivamente de difícil conceituação, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.³⁷

Considerado um direito fundamental, o acesso à justiça está previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, que dispõe que “a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Como adverte Mauro Cappelletti e Bryant Garth: “O enfoque sobre o acesso – o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos – também caracteriza crescentemente estudo do moderno processo civil. A discussão teórica, por exemplo, das várias regras do processo civil e de como elas podem ser manipuladas em várias situações hipotéticas, pode ser instrutiva, mas, sob essas descrições neutras, costuma ocultar-se o modelo frequentemente irreal de duas (ou mais) partes em igualdade de condições perante a corte, limitadas apenas pelos argumentos jurídicos que os experientes advogados possam alinhar. O processo, no entanto, não deveria ser colocado no vácuo. Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formam um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de

³⁶ ALMEIDA, Cleber Lúcio de. Elementos da Teoria Geral da Prova: a prova como direito humano e fundamental das partes do processo judicial. São Paulo: LTr. 2013. P. 173-174. *In apud* SCHIAVI, Mauro. Prova no Processo do Trabalho. 4ª ed. São Paulo: LTr. 2014. p. 35.

³⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 8.

processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e, ademais, aprender através de outras culturas. O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também necessariamente, o ponto central da moderna processualista. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.”³⁸

Para Cappelletti e Garth, o acesso à justiça constitui o mais básico dos direitos humanos e é requisito essencial de um sistema jurídico que se autodenomine moderno e igualitário, que pretenda não apenas elencar os direitos de todos, mas também garanti-los.

Cappelletti e Garth explicam a evolução dessa ideia, que passou por três ondas, denominadas “ondas renovatórias.

A primeira retrata a assistência judiciária gratuita, especialmente voltada aos pobres. A segunda enfatiza a representação dos interesses difusos, e a terceira prioriza uma reforma interna do processo, na busca da efetividade da tutela jurisdicional.

A distribuição estática do ônus da prova em muitos casos dificulta a efetividade do acesso à justiça não proporcionando as condições de paridade indispensáveis as partes.

Destacando o direito fundamental à prova no Processo Civil, vale transcrever o art. 269 do *Novo Codex, in verbis*: “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.”

Em um Estado Democrático de Direito, é inadmissível o não acesso a direitos e garantias, principalmente os de caráter processual como, o da produção de prova por falta de conhecimento técnico, financeiro ou até mesmo pelo monopólio das provas

Existindo a possibilidade de obtenção de provas, contudo essas se mostrem monopolizadas ou sendo extremamente difícil a sua obtenção por uma das partes, poderão ocorrer e certamente ocorrerão, injustiças, tendo em vista a facultatividade do *onus probandi*.

O artigo 14 do Código de Processo Civil, impõe às partes, aos intervenientes e a todos aqueles que de qualquer forma participam do processo dever de lealdade e probidade processual e o estrito cumprimento das ordens e determinações judiciais, independentemente do tipo de processo ou de jurisdição envolvida.

³⁸ *Ibidem*, p. 12-13.

O *onus probandi* permanece no âmbito subjetivo do interesse de contribuir com a verdade, motivo o, levou o legislador brasileiro a reconsiderar o processo à luz do princípio do acesso à justiça, principalmente no que diz respeito às possibilidades do direito à prova.

5.5 - Princípio da aptidão para a produção da prova

O princípio da aptidão para produção da prova segundo Marcio Túlio Viana, bem definido por Porras Lopes, vem desde Carnelutti, diz “que deve provar aquele que estiver apto para fazê-lo, independentemente de ser autor ou réu, o que significa inverter quase sempre o ônus da prova em benefício do empregado, já que o empregador detém, em geral, os meios de convencer o juiz.”³⁹

Em brilhante artigo transcrito na Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Estevão Mallet sustenta que:

“Um dos pontos em que mais se evidencia o efeito discriminatório da consagração de igualdade meramente formal no processo corresponde ao artigo 818 da CLT. De modo simplista e, até mesmo, tecnicamente censurável, dispôs o legislador: ‘A prova das alegações incumbe à parte que as fizer’. Deixou de lado, com isso, qualquer consideração quanto à possibilidade concreta que tem cada litigante de provar suas afirmações, distribuindo o ônus probatório unicamente de acordo com as alegações feitas. Por conta desse dispositivo já se chegou, por exemplo, ao extremo de exigir-se do empregado a prova de apresentação do requerimento necessário à concessão do vale-transporte. Nada menos justificável, porém. Não se deve perder de vista que, para a tutela de seu direito, deve a parte poder não apenas apresentar suas alegações, como também ter oportunidade de prová-las adequadamente, estando o direito de produzir prova – já ensinava Cunha Gonçalves -, compreendido no originário direito de defesa. Em consequência, permitir a alegação, mas impedir a prova do alegado ‘é o mesmo que nem permitir alegar – equivale à denegação de justiça’... Por isso, e não por outro motivo, situou Chiovenda a regulamentação do ônus da prova entre “*i problemi vitali del processo*”. Da mesma forma, não é difícil concluir que, se não se limita propriamente à produção de prova, mas e condiciona a tutela do direito à apresentação de prova que, em decorrência de dificuldades

³⁹ VIANA, Marcio Túlio. Critérios para inversão do ônus da prova no processo do trabalho. Revista LTr. Legislação do Trabalho e Previdência Social. São Paulo: V. 58. N. 10. P. 1218-1224, out. 1994 *in apud* AMBROSIO, Graziella. A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Processo do Trabalho. São Paulo: LTr. 2013. P. 92-93.

materiais ou circunstanciais, a parte não é concretamente capaz de produzir, o que se faz, em termos práticos, é impedir ou dificultar excessivamente o acesso à justiça, privando de tutela o direito. Daí proibir o Código o estabelecimento de convenção sobre o ônus da prova que torne “excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito” (art. 333, parágrafo único, inciso II). Assim, as regras relativas ao ônus da prova, para que não constituam obstáculo à tutela processual dos direitos, hão de levar em conta sempre as possibilidades, reais e concretas, que tem cada litigante de demonstrar suas alegações, de tal modo que recaia esse ônus não necessariamente sobre a parte que alega, mas sobre a que se encontra em melhores condições de produzir a prova necessária à solução do litígio, inclusive com inversão judicial do ônus da prova. Com isso as dificuldades para a produção da prova, existentes no plano do direito material e decorrentes da desigual posição das partes litigantes, não são transpostas para o processo, ficando facilitado inclusive o esclarecimento da verdade e a tutela das situações que de outro modo provavelmente não encontrariam proteção adequada.”⁴⁰

Assim, o magistrado de acordo com o caso concreto deverá fixar o ônus da prova àquela parte que esteja em melhores condições de produzi-la, independentemente dos preceitos contidos nos artigos 333 do CPC ou 818 da CLT.

Os artigos 818 da CLT e 333 do CPC-1973 disciplinam a distribuição estática do ônus da prova. Entretanto, essa teoria encontra-se superada, hoje, vigendo o princípio da aptidão da prova.

Essa teoria foi transplantada para o processo do trabalho sob título de inversão do ônus da prova, ora expressa no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Não se abandonou, por completo, a noção de que o ônus da prova do fato constitutivo cabe ao autor e ao réu cabe provar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos, mas que a prova deve ser produzida por quem possui mais facilmente os meios de fazê-lo e tendo em vista a verossimilhança das alegações feitas nos autos, conforme convicção firmada por presunção legal ou mesmo presunção *in hominis*.

Conforme já abordado anteriormente, o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, autoriza o magistrado a inverter o ônus da prova ao réu quanto ao fato constitutivo do direito alegado pelo autor, quando considerar verossímil a afirmação do

⁴⁰ MALLET, Estevão. Discriminação e Processo do Trabalho. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 65, n. 01, out/dez de 1999, p. 148/159

autor ou quando este for hipossuficiente sob aspecto econômico, técnico ou por qualquer outra circunstância.

No processo trabalhista, em muitas situações, somente é possível obter êxito na demanda, quando impõe a produção da prova à parte adversa, que via de regra não teria interesse na sua produção.

Portanto, é possível a aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor em razão da omissão do texto consolidado, não existindo qualquer incompatibilidade, porquanto em perfeita sintonia com a principiologia protetiva do direito processual do trabalho (art. 769 da CLT).

A Súmula 66 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho dispõe que “diante do atual estágio de desenvolvimento do processo comum e da necessidade de se conferir aplicabilidade à garantia constitucional da duração razoável do processo, os artigos 769 e 889 da CLT comportam interpretação conforme a Constituição Federal, permitindo a aplicação de normas processuais mais adequadas à efetivação do direito. Aplicação dos princípios da instrumentalidade, efetividade e não-retrocesso social.”

6 - Inversão do ônus da prova nas despedidas discriminatórias

Antes de adentrarmos no tema propriamente dito mister se faz algumas considerações sobre discriminação.

A discriminação é um problema sócio cultural, que se encontra presente nas relações interpessoais desde início dos tempos, não sendo um problema que afeta as relações trabalhistas.

A dispensa discriminatória nada mais é do que a forma de exteriorização do preconceito, sendo que em matéria de trabalho se consubstancia como a negação ao trabalhador de igualdade de oportunidades no tocante à aquisição ou à manutenção do emprego, pela criação de desigualdade entre as pessoas.

Ferindo valores que importam à sociedade como um todo, a conduta discriminatória negativa atinge os princípios constitucionais mais caros ao Direito.

Assim, aquele que discrimina lesa a dignidade da pessoa do ofendido e fere ainda um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que é a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, idade, cor e quaisquer outras formas de discriminação.⁴¹

Arion Sayão Romita, ao lecionar sobre discriminação, define-a como “qualquer distinção, exclusão ou preferência baseada em motivos de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional, origem social ou qualquer outro motivo especificado por um Estado, que tenha por fim anular ou alterar a igualdade de oportunidades ou de disciplinas jurídica no emprego ou na ocupação.”⁴²

De acordo com o artigo 1º da Convenção 111 da OIT “é toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão; ou ainda toda e qualquer distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Estado Membro interessado depois de consultadas as organizações

⁴¹ RR 310-46.2012.5.09.0022, j. 06.05.2015, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, 3ª T., DJ. 08.05.2015.

⁴² ROMITA, Arion Sayão. Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho. 5ª ed. São Paulo: LTr. 2013. p. 267.

representativas de patrões e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.”

No entanto, nem toda distinção, exclusão ou preferência deve ser considerada como ato discriminatório, na forma como a Convenção estabelece, por exemplo, a contratação de determinado artista para desempenhar um papel específico, ou medidas especiais de proteção conferidas aos deficientes.

A discriminação pode ocorrer antes da contratação, durante a vigência do contrato de trabalho e após a extinção do pacto laboral.

A discriminação antes da contratação tem como objetivo impedir a aquisição do emprego pelo trabalhador, por exemplo, nos casos em que o empregador deixa de contratar um trabalhador em razão de ele não ter a cutis branca. Outro exemplo bem comum, mediante anúncio de emprego ou de um modo mais discreto por meio do departamento pessoal, que acata a política da direção.

Durante a contratação, a discriminação poderá ocorrer, por exemplo, quando uma trabalhadora ser preterida na ascensão a cargo de chefia apenas porque seu empregador entende que as mulheres não tem capacidade de liderança. Podendo, ainda, ser verificada a discriminação na delegação de tarefas inferiores, que não requeiram qualificação.

A discriminação pode ser individualizada ou sistêmica. Ocorre a discriminação individualizada quando diz respeito a preterição de um empregado em favor de outro fundada em uma característica própria de um dos concorrentes; e sistêmica que ao nosso ver é mais grave, pode ser observada quando o empregador deixa de contratar empregado por seguirem determinada religião.

E, no final do contrato, a discriminação pode ocorrer quando o empregador alega que para conter gastos, dispensa um empregado em razão de ser do sexo feminino e em idade de procriação ou mesmo em razão do empregado estar acometido de alguma doença terminal.

Após a extinção do contrato de trabalho é mais difícil de ocorrer, mas é possível, por exemplo, a empresa proíbe de ex-empregado de lhe prestar serviços, quer diretamente, quer por intermédio de empresa prestadora de serviço.

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídicos. Assim, o que se veda são as diferenciações

arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, já o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, sem que esqueça, porém, como ressalvado por Fábio Konder Comparato, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal.⁴³

A Carta Magna em seu preâmbulo assegura (...) o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar-estar, o desenvolvimento, a igualdade e justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social (...) mais adiante o artigo 3º, inciso IV estabelece “constituem objetivos fundamentais da Republica Federativa do Brasil: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

No plano infraconstitucional o princípio da igualdade encontra-se presente em linhas gerais: no art. 3º, parágrafo único da CLT que veda a distinção de emprego, condição do trabalho e ao trabalho intelectual, técnico e manual; no art. 12, letra, “a” da Lei n. 6.019/74 que garante isonomia entre trabalhador temporário e ao empregado do tomador de serviços; na Lei n. 7.853/89, Decreto 914/93, Lei n. 9.867/99, Portaria 772/99 que proibi a discriminação contra portadores de necessidades especiais; no art. 93 da Lei n. 8.213/91 que garante estabilidade indireta ao portador de necessidades especiais; na Lei n. 8.842/94 que proibi a discriminação contra idosos; e na Lei n. 9.029/95 que proibi a práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, entre outros direitos.

Por outro lado, a despeito da doutrina trabalhista se esforçar para fixar critérios que definam o conceito de dispensa discriminatória, ainda tal lacuna não foi suprida, apesar da edição da Lei n. 9.029/95.

Diante de tal confusão, coube a jurisprudência pátria analisar a questão à luz do direito constitucional aplicável e, fixar critérios que definam o conceito de dispensa discriminatória e, mormente, a acepção, aplicação e alcance do direito no caso concreto, a fim de coibir a discriminação de empregados no ambiente laboral, principalmente quando envolver trabalhadores portadores de moléstia grave.

⁴³ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 5ª ed. São Paulo: Atlas. P. 61.

Diversas foram as discussões acerca da interpretação e ponderação de princípios constitucionais sobre dispensa discriminatória, o que levou o Tribunal Superior do Trabalho a editar a Súmula n. 443 da SDI-I.

O Tribunal Superior do Trabalho, ao editar referida Súmula 443, firmou o entendimento no sentido de considerar de forma presumida a dispensa discriminatória imotivada de empregados portadores de HIV e outras doenças que causam estigmas ou preconceitos.

Por outro lado, os empregadores questionam se a Súmula não contraria o ônus probatório da causa da dispensa em uma possível ação trabalhista ajuizada, principalmente quanto à inversão da prova e a prova dividida, já que da forma como estabelece a Súmula os empregadores seriam penalizados em razão do dever de indenizar o período que o empregado ficou afastado do trabalho.

A questão do ônus da prova apresenta dificuldades especiais na conflitualidade relacionada com o HIV no emprego.

Impor ao empregado o ônus probatório num caso de discriminação, pode por muitas vezes ser um obstáculo intransponível, principalmente quando as informações necessárias para estabelecer um caso de presunção estão nas mãos do empregador.

Reconhecendo esta dificuldade, a Organização Internacional do Trabalho fixou normas internacionais de trabalho que inverte o ônus probatório para o empregador nos casos de cessação do contrato de trabalho, como, a Convenção n. 158 que trata cessação do contrato de trabalho, a Convenção n. 143 que trata da proteção dos representantes dos trabalhadores e a Convenção 183 que trata da proteção a maternidade.

O contrato laboral pode ser rescindido tanto pelo empregador quanto pelo empregado, imotivadamente e a qualquer tempo, desde que concedido o aviso prévio ou paga a indenização correspondente, nos termos dos arts. 487 e seguintes da CLT.

Dessa forma, o contrato de trabalho é direito potestativo da parte. Contudo, todo direito deve ser exercido dentro dos limites da razoabilidade.

De acordo com a Lei 8.213/91, o empregado que tenha se acidentado ou adoecido no ambiente de trabalho, com afastamento pelo órgão previdenciário, tem garantido, pelo prazo mínimo de 12 (doze) meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente.

Doença como Câncer, AIDS ou outra patologia que possa gerar estigma ou preconceito, apesar de a legislação não prever direito a estabilidade do empregado, começaram a ganhar atenção principalmente na área trabalhista.

Os casos mais comuns na Justiça do Trabalho de reconhecimento de dispensa discriminatória são de dispensa por questão de saúde, envolvendo principalmente portadores do vírus HIV, trabalhadores com câncer ou outras doenças graves.

No entanto, são frequentes os casos de empregados serem dispensados como forma de retaliação por integrar sindicato, por demonstrar insatisfação ou criticar a empregadora.

Outros casos também que podem ser encontrados são as dispensas por conta da opção sexual do empregado, que além de discriminatória, invadem a esfera privada do empregado.

Nesses casos, o ônus da prova poderá ser invertido de acordo com o caso concreto, já que muitas vezes a prova é difícil ou impossível para o empregado produzir.

De acordo com os arts. 818 da CLT, 333 do CPC/1973 e 373 do CPC/2015 o ônus da prova incumbe a quem alega, sendo certo que ao autor compete provar o fato constitutivo de seu direito, e ao réu, por sua vez, demonstrar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Em razão das normas processuais, tratando-se de fato constitutivo do direito do autor, caberia ao empregado demonstrar que sua dispensa foi arbitrária, pois levada a cabo em virtude de doença grave geradora de preconceito.

Entretanto, como já foi comentada anteriormente, a Súmula 443 do TST determina que sendo o obreiro portador do vírus HIV ou outra doença grave causadora de preconceito, presume-se discriminatória a despedida, impondo-se ao empregador a reintegração.

A Súmula inverte o ônus da prova de forma generalizada, sempre que o pedido contemplar reintegração de empregado portador do vírus HIV ou outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Entretanto não se trata de hipótese legal autorizadora de inversão de ônus probatório, nem de adequação ao princípio da aptidão para prova.

6.1 – Súmula 443 do TST

Surgida em setembro de 2012 a Súmula 443 prevê a dispensa discriminatória de portador de vírus HIV e de outras doenças graves. Eis sua redação:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 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.

Segundo um dos precedentes que resultaram na criação da súmula “A ordem jurídica pátria repudia o sentimento discriminatório, cuja presença na voluntas que precede o ato da dispensa implica a sua ilicitude, ensejando a sua nulidade. O exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho encontra limites na hipótese de ato discriminatório, assim em função do princípio da função social da propriedade (art. 170, III, da CF), bem como da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF), por incompatibilidade dessa prática com a prevalência e a realização desses princípios.(EEDRR 7608900-33.2003.5.02.0900 Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa DJ 30.11.2007/J-06.08.2007).

Ainda que haja alegação de outro fator que leve à dispensa, a existência da moléstia, seja o empregado sintomático ou não, já configura a dispensa discriminatória se havia ciência do empregador da condição do empregado.

Sendo assim, o fator alegado (técnico, financeiro, disciplinar ou outro) deve ser provado pelo empregador, em verdadeira inversão do ônus da prova.

Outros precedentes ensejadores da Súmula também consideram discriminatória a dispensa em razão de outras moléstias, ainda que não contagiosas, como o caso de NEOPLASIA NODULAR EPITELIOIDE (câncer de pele), conforme RR 119500-97.2002.5.09.0007, 1ªT - Min. Lelio Bentes Corrêa DEJT 23.03.2012/J-03.08.2011.

Em referido precedente destacou-se que “se não se encontram explícitos no ordenamento jurídico, como a questão envolve confronto entre o direito potestativo do empregador e seus limites ante a dignidade da pessoa humana, adequada a prestação jurisdicional que busca solução nos princípios gerais de direito conforme entendimento consagrado no art. 8º, da CLT, e fundamentos que regem o Estado Democrático de Direito, encartados no Texto Constitucional”.

Buscou-se, assim, dentro da própria legislação trabalhista o fundamento para o deferimento da pretensão, no caso o artigo 8º da CLT.

Em ambos os casos citados acima, a discriminação fica óbvia por serem empregados portadores de doenças visivelmente detectáveis (HIV/SIDA e câncer de pele).

Porém, não se limitou a alta corte trabalhista a tais casos, como se depreende pelo teor da decisão proferida no RR 18900-65.2003.5.15.0072, 1ªT - Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho DEJT 06.08.2010/J - 17.03.2010, cujo empregado era portador de cardiopatia grave com risco de morte súbita, ou a decisão proferida no RR 171300-82.2005.5.02.0031, 5ªT - Min. João Batista Brito Pereira DEJT 15.10.2010/J-06.10.2010, cuja empregada era portadora de neoplasia. Ambas as decisões também são precedentes da súmula ora em estudo.

Também as doenças mentais são contempladas nesse entendimento, conforme decisão proferida em outro precedente, o RR 105500-32.2008.5.04.0101, 3ªT - Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa DEJT 05.08.2011/J-29.06.2011, no qual consignou-se expressamente a inversão do ônus em desfavor do empregador:

“Nessa ordem de ideias, deve-se atentar que ‘a discriminação é um fenômeno velado e em mutação que por vezes é difícil quantificar e, por conseguinte, responder de forma eficaz’ (Relatório Global sobre discriminação, de seguimento da Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho).

Portanto, a distribuição do ônus da prova, em tais casos, acaba por sofrer matizações, à luz dos arts. 818 da CLT e 333 do CPC, tendo em vista a aptidão para a produção probatória, a possibilidade de inversão do encargo e de aplicação de presunção relativa. Tem-se, assim, que “a dispensa discriminatória do empregado doente (vale dizer, dispensa arbitrária, motivada pelo conhecimento da doença do obreiro) inspira a presunção de injuridicidade,... e, por isso, eivada de nulidade, o que justifica a reintegração no emprego” (ROMITA, op. cit. p. 337).

In casu, restou consignado na decisão regional que a reclamada tinha ciência da doença de que era acometido o autor - esquizofrenia - e dispensou-o pouco tempo depois de um período de licença médica para tratamento de desintoxicação de substâncias psicoativas, embora, no momento da dispensa, não fossem evidentes os sintomas da enfermidade.” (grifos nossos)

6.2 - Lei 9029/1995

Resultado do PL 229/1991, da deputada Benedita da Silva, a Lei 90291/995, veio como forma de coibir a despedida discriminatória e a exigência de atestados de esterilização ou gravidez para a obtenção de emprego.

Tem-se, assim, que referida lei teve por escopo as relações entre empregadores e empregadas em idade reprodutiva, ou, conforme constou expressamente da justificção do projeto de lei “coibir práticas altamente discriminatórias e injustas para com as melhores trabalhadoras. A primeira delas diz respeito à exigência de exame ou atestados que com, provem a esterilidade ou gravidez de candidatos a emprego”.

A esse foi agregado o PL 667/1991, o qual também incluiu a proibição de revistas íntimas, além da prática de medidas de incentivo à esterilização, aconselhamento, oferecimento de planejamento familiar.

Novo PL agregado, de número 3466/1992, estabeleceu crime de coação em razão de sexo.

Apresentado o texto substitutivo pelo relator, com ampliação do rol de práticas discriminatórias, englobando toda e qualquer prática discriminatória na admissão ou permanência no trabalho, por motivo de sexo, idade, cor, estado civil ou situação familiar, foi o mesmo aprovado pelas comissões legislativas, com previsão de aperfeiçoamento da redação, que incluiu os motivos de origem, raça, idade, e ressaltou as hipóteses de proteção ao menor.

Entre as medidas coercitivas estão multa administrativa, proibição de obtenção de empréstimos ou financiamentos junto a instituições financeiras oficiais, além das opções ao trabalhador de readmissão com ressarcimento de todo o período de afastamento ou percepção em dobro da remuneração relativa a tal período.

Nesse aspecto, importante destacar que essa previsão normativa distinta daquela prevista no artigo 496 da CLT, já que esse não concede a opção ao trabalhador, mas ao julgador, enquanto aquele permite que o trabalhador opte entre uma das duas hipóteses.

A ampliação dada pelos substitutivos aperfeiçoou o texto de forma favorável, pois não é segredo que não só as mulheres em idade reprodutiva são vítimas de discriminação, mas diversos grupos específicos como idosos oriundos de determinadas regiões do país, entre outros.

Portanto, não só na admissão, demissão, mas também na manutenção do emprego (preterição para benefícios, promoções em razão de idade, sexo, etc), há que se considerar

a prática discriminatória, ampliando o espectro da lei e, em todos os casos, invertendo-se o ônus em desfavor do empregador em razão de sua maior aptidão para a produção da prova.

6.3 - Convenção n. 111 e 158 da OIT

Em 1919 a Conferência de Paz aprovou o tratado o Tratado de Versalhes em que a Parte XIII dispôs sobre a criação da OIT, e ampliou o seu campo de atuação posteriormente pela Declaração de Filadélfia em 1944, consagrando o entendimento de que o trabalho não é mercadoria e de que o progresso econômico, muito embora importante, não é suficiente para assegurar a justiça social, cabendo aos Estados a imposição de limites ao poder econômico para fins de preservação da dignidade humana.

A OIT é composta de três órgãos: a Conferência ou Assembléia Geral, o Conselho de Administração e a Repartição Internacional do Trabalho.

Na Conferência ou Assembléia Geral, constituída de representantes dos Estados-membros, são realizadas sessões pelo menos uma vez por ano, em que comparecem as delegações de tais Estados, que por sua vez são compostas de membros de três segmentos sociais (o governo, os empregados e os empregadores).

A Conferência traça as diretrizes básicas a serem observadas no âmbito da OIT quanto à política social. É na Conferência que são elaboradas as convenções e recomendações. As recomendações são orientações aos Estados-membros, constituindo metas a serem atingidas. As convenções visam a criar normas obrigacionais para os Estados-membros, que porventura vierem a ratificá-las.

Entre as principais Convenções da OIT, podemos destacar a de n. 158 que foi adotada em 22 de junho de 1982 durante a Conferência Internacional da OIT, que tem como propósito a proteção jurídica à relação de emprego contra dispensa imotivada, e a de n. 111 que foi adotada em 25 de junho de 1958, que considera que qualquer discriminação em matéria de emprego ou ocupação uma violação aos direitos expressos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, que tenha por fim anular ou alterar a igualdade de todos os seres humanos no âmbito do trabalho, qualquer que seja a raça, credo ou sexo.

Inicialmente, ambas as convenções foram ratificadas pelo Estado brasileiro, sendo que a primeira delas – Convenção n. 158 – foi assinada em 22 de junho de 1982. O Congresso Nacional Brasileiro, mediante o Decreto Legislativo n. 68/92, publicado no DOU de 17-9-1992, aprovou o texto da citada convenção.

Entretanto, muito embora a produção de todos os atos legislativos internos necessários para a vigência da Convenção n. 158, o governo em 20 de novembro de 1996 denunciou à OIT a Convenção, por meio do decreto n. 2.100, de 20-12-1996.

Já a Convenção n. 111, foi ratificada pelo Brasil em 25 de novembro de 1965, e tem inúmeras disposições em matéria de emprego e profissão, tendo como escopo promover igualdade de oportunidades e de tratamento, com o fim de eliminar qualquer discriminação, seja qual for a raça, credo, religião, cor, opinião política, ascendência nacional, origem social ou qualquer outro motivo especificado por um Estado, garantido acesso à formação profissional, admissão no emprego e nas diversas ocupações e condições de trabalho

O Estado signatário deve se comprometer a aplicar uma política nacional voltada à igualdade de oportunidades de tratamento em matéria de emprego e profissão, incluindo, logicamente, a isonomia em razão do sexo, ou seja, entre homens e mulheres.

7 - Conclusão

Conclui-se, que o atual critério de distribuição de prova não resolve de modo eficiente todas as questões que são levadas ao Judiciário.

O método de distribuição do *onus probandi*, em diversas situações não assegura ao magistrado a formação plena do seu convencimento sobre a verdade dos fatos constantes dos autos, levando-se em conta a posição da parte no processo e a natureza do fato apresentado em juízo.

A verdade formal, considerada como a que resulta do processo não satisfaz o anseio de justiça visado pelo jurisdicionado, em razão de não encontrar exata correspondência com os fatos, como aconteceram historicamente.

O magistrado deve buscar a prova de quem tem melhores condições de fazê-la, e não se posicionar como mero expectador adotando assim a distribuição estática do ônus probatório.

A Súmula n. 443 do TST, deve ser interpretada de forma extensiva, assim o termo “outra doença grave capaz de suscitar estigma e preconceito”, não se limita a doenças catalogadas e definidas pela OMS como graves, mas, qualquer outra doença capaz de colocar o trabalhador em condições de vulnerabilidade social a partir da demissão.

Mais que isso, deve se ter por correta a inversão sempre que a produção da prova for por demais custosa ao hipossuficiente, e em todas as hipóteses de dispensa discriminatória, haja vista a natural dificuldade para sua comprovação.

Os efeitos processuais da Súmula 443 do TST são evidentes, uma vez que a inversão do ônus da prova nela prevista não só atende aos princípios da teoria da carga dinâmica do *onus probandi*, mas, aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e da continuidade da relação de emprego, incumbindo o empregador comprovar a legalidade do ato demissional.

Por conseguinte, não se pretende esgotar o tema ou fixar proposições incontestáveis, mas gerar reflexões com o objetivo de humanizar as relações laborais analisando-as a partir da visão de que o ser humano é o centro de todas as relações trabalhistas e, a partir de então peremptoriamente a construção de uma sociedade mais justa, humana, igualitária e solidária para todos.

Bibliografia:

- AMBROSIO, Graziella. A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Processo do Trabalho. São Paulo: LTr. 2013.
- BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr. 2005.
- BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. Curso de Direito Processual do Trabalho. São Paulo: LTr. 9ª ed. 2011.
- BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Discriminação no Trabalho. São Paulo: LTr. 2002.
- BUZAID, Alfredo. Do ônus da Prova. Disponível em: <
<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66398/69008> >
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 38ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013.
- CHEHAB, Gustavo Carvalho. O Princípio da Não Discriminação e o Ônus da Prova. Disponível em: <
http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/18058/002_chehab.pdf?sequence=4 >
- DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. 2 v. Bahia: Jus Podium. 2ª ed. 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 2 v. São Paulo: Malheiros. 6ª ed. 2009.
- GAGNO, Luciano Picoli. A Prova no Processo Civil – Uma Análise sob a Ótica do Direito Fundamental de Acesso À Justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2015.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Novo Código de Processo Civil - Principais Modificações. Rio de Janeiro: Forense. 2015.
- GIGLIO, Wagner D. Direito Processual do Trabalho. 11ª ed. São Paulo: Saraiva. 2000.
- GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. 2 v. 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 1993.
- LACERDA, Maria Francisca dos Santos. Ativismo – Cooperativo na Produção de Prova. São Paulo: LTR. 2012.

MALLET, Estevão. Discriminação e Processo do Trabalho. Disponível em: <
http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/18077/001_mallet.pdf?sequence=4
>

MANHABUSCO, José Carlos; MANHABUSCO, Amanda Camargo. A Inversão do Ônus da Prova no Processo do Trabalho; Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova. São Paulo: LTr. 2013.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito Processual do Trabalho. São Paulo: Atlas. 19ª ed. 2003.

MARTINS, Rodrigo Bezerra. Artigo Dispensa Discriminatória por Doença do Empregado.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. Curso de Processo Civil – Processo de Conhecimento, 2 v. São Paulo: Revista dos Tribunais. 7ª ed. 2008.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 5ª ed. São Paulo. Atlas. 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Provas Atípicas. São Paulo: Revista de Processo. out./dez. de 1994.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito Processual do Trabalho. 15ª ed. São Paulo: Saraiva. 1994.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil – Novo CPC – Lei 13.105/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil – Inovações, Alterações, Supressões. Rio Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2015.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2ª ed. São Paulo: 2005.

PEYRANO, Jorge Walter. Artigo. La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura Del sistema. Revista de Processo 2010 – Repro 185.

ROMAR, Carla Teresa Martins. Direito do Trabalho Esquematizado. São Paulo: Saraiva. 2013.

ROMITA, Arion Sayão. Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho. 5ª ed. São Paulo: LTr. 2013.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 2 v. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

SARAIVA, Renato. Processo do Trabalho – Série Concurso Público. São Paulo: Método. 2ª ed. 2006.

SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. São Paulo: LTr. 2008.

_____. Provas no Processo do Trabalho. 4ª ed. São Paulo: Ltr. 2014.

SOUZA, Robson. Artigo A Dinamização do ônus da Prova a Luz do Princípio Constitucional do Acesso a Justiça.

SUSSEKIND, Arnaldo. Convenções da OIT. 2ª ed. São Paulo: LTr. 1998.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. Instituições de Direito do Trabalho. 2 v. 20ª ed. São Paulo: LTr. 2002.

TARTUCE, Flávio. O Novo CPC e o Direito Civil – Impacto, Diálogos e Interações. Rio Janeiro. Forense; São Paulo: Método. 2015.

TARUFFO, Michele. Uma Simples Verdade – O Juiz e a Construção dos Fatos. São Paulo: Marcial Pons. 2012.

TEIXEIRA FILHO, Manuel Antonio. Curso de Direito Processual do Trabalho , 2 v, São Paulo: LTr. 2009.

_____. A Prova no Processo do Trabalho, São Paulo: LTr. 8ª ed. 2003.

THEODORO JR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, 1 v, Rio de Janeiro: Forense. 55ª ed. 2014.

VICENTINI, Fernando Luiz. Teoria da Distribuição do ônus da Prova. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24683/teoria-da-distribuicao-dinamica-do-onus-da-prova>>.