

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP - COGEAE**

Vanessa Kurunci Kirsten

**TEORIA DINÂMICA DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NA DISPENSA  
DISCRIMINATÓRIA**

**PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU EM DIREITO DO TRABALHO E DIREITO  
PROCESSUAL DO TRABALHO**

São Paulo

2016

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP  
- COGEAE**

Vanessa Kurunci Kirsten

**TEORIA DINÂMICA DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NA  
DISPENSA DISCRIMINATÓRIA**

**PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU EM DIREITO DO TRABALHO E  
DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado para obtenção do título de especialista em direito do trabalho e processo do trabalho sob a orientação da Professora: Iratelma Cristiane Martins Mendes.

São Paulo

2016

**BANCA EXAMINADORA**

---

---

## DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao meu grande amigo e incentivador, Dr. Fabricio Rocha, pessoa que tanto me apoiou nessa trajetória acadêmica e profissional. As minhas filhas, Isabela e Beatriz, que as duras penas, suportaram a minha ausência para que eu pudesse me dedicar aos estudos. A minha família, que sempre me apoiou. Aos colegas de estudos e de profissão, especialmente à Professora Carla Tereza Martins Romar e Carla Lobo, que nessa trilha, dividiu conhecimentos e experiências, agregando de maneira relevante e positiva para o meu aperfeiçoamento.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço especialmente à minha querida e iluminada mestre, que tive o prazer em tê-la como professora no primeiro módulo do curso e, agora ao final, a felicidade em escolhê-la como minha orientadora. Agradeço também aos professores Catia Raposo Novo Zagari e Leonel Maschietto, que contribuíram inexoravelmente para o meu amadurecimento técnico e profissional. Obrigada.

## **RESUMO**

Trata a presente monografia, do estudo sobre a teoria dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho, sobretudo nas dispensas reputadas como discriminatória, onde a questão permeia especialmente sobre a subjetividade do julgador, bem como, quem detém o encargo probatório, que detém aptidão, as possíveis nulidades decorrentes da inversão e as mudanças ocorridas após a vigência do Novo código de processo civil.

O estudo do tema desenvolveu-se em três capítulos.

No capítulo primeiro descrevem-se os dados históricos mais importantes do ônus da prova no processo do trabalho e os princípios relacionados as provas.

O capítulo segundo apresenta a natureza jurídica e a dinâmica do ônus da prova no direito processual do trabalho

No capítulo terceiro e quarto aborda-se diretamente o tema em estudo.

A sinopse histórica imprescindível para a compreensão do atual estado em que se encontra o instituto da prova, dados e conceitos de doutrinadores, a diferença entre ônus e obrigação, bem como entre ônus subjetivo e objetivo e finalmente, o ônus da prova no processo trabalhista na dispensa discriminatória.

Palavras-chave: Processo do Trabalho – teoria dinâmica do ônus da prova – dispensa discriminatória.

## **ABSTRACT**

It this monograph, the study of the dynamical theory of burden of proof in the labor process, especially in reputable layoffs as discriminatory, where the issue permeates especially on the subjectivity of the judge and who has the evidential burden, which has fitness the possible nullities resulting from the inversion and changes after the effect of the new civil procedure code.

The theme of the study developed in three chapters.

The first chapter describes the most important historical data of the burden of proof in the labor process and the principles related evidence.

The second chapter presents the legal nature and the dynamics of the burden of proof on procedural labor law

In the third and fourth chapter addresses directly the subject under study.

The essential historical overview for understanding the current state it is the Institute of proof, data and concepts of legal scholars, the difference between burden and obligation, and between subjective burden and objective and ultimately the burden of proof in the labor process in discriminatory dismissal.

**Keywords:** Work Process - dynamic theory of the burden of proof - discriminatory dismissal.

## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO.....**

## SUMÁRIO

**CAPITULO I - EVOLUÇÃO HISTÓRICA, PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS E PRINCÍPIOS PROBATÓRIOS APLICADOS PROCESSO NO TRABALHO ..... 11**

- 1.1. Enfoque e evolução histórica da prova ..... 11
- 1.2. Princípios processuais constitucionais e princípios probatórios aplicados processo do trabalho ..... 14

**CAPÍTULO II - ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO 20**

- 2. Conceito e finalidade da prova ..... 20
- 2.1. Meios de prova..... 21
- 2.1.1. Depoimento Pessoal ..... 22
- 2.1.2. Confissão ..... 22
- 2.1.3. Prova Testemunhal ..... 24
- 2.1.4. Prova Documental ..... 26
- 2.1.5. Prova pericial e a aplicação do artigo 464 do novo código de processo civil .... 27
- 2.1.6. Inspeção Judicial..... 30
- 2.1.7. Prova Emprestada ..... 31
- 2.2. Ônus da prova ..... 33
- 2.2.1. A prova do fato negativo ..... 36
- 2.3. Objeto da prova..... 39

**CAPITULO III - DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO. .... 41**

3.1. Da inversão judicial do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho .....	41
3.2. Princípio da aptidão para a prova.....	44
3.3. Do princípio da pré-constituição da prova.....	47
3.4. A moderna teoria da carga dinâmica do ônus da prova .....	48
3.5. A consolidação da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova na atual sistemática processualística brasileira .....	51
<b>CAPITULO IV - ÔNUS DA PROVA NA DISPENSA DISCRIMINATÓRIA .....</b>	<b>54</b>
4.1. Conceito de discriminação .....	54
4.2. Discriminação direta e indireta .....	55
4.3. Normas aplicáveis em casos de discriminação no trabalho .....	57
4.4. Ônus da prova sobre a alegada dispensa discriminatória.....	60
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>69</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>71</b>

## INTRODUÇÃO

No direito do trabalho, a prova é o instrumento que permite ao julgador formar sua convicção em determinada lide, sendo vista por muitos doutrinadores como “o coração do processo”. A convicção do julgador é em regra, formada pela persuasão oriunda do conjunto fático-probatório demonstrado nos autos, cuja comprovação deve ser legalmente fundamentada.

Não obstante a prova produzidas nos autos vincular a atividade cognitiva do juiz, é certo que seu convencimento não pode ser baseado apenas em suas convicções pessoais, devendo observar, sobretudo, os princípios que regem o processo do trabalho, mormente, a primazia da realidade, devendo pautar-se nas regras de processo, especialmente no que tange a incumbência de provar determinado fato.

Nessa temática, considerando as novas práticas empresariais, a exigência cada vez maior de profissionais altamente qualificados, a desigualdade de oportunidades, bem como, a prática discriminatória, sobretudo àquela que é velada, faz-se necessário, repensar a regra do ônus probatório aplicado, quando os fatos alegados se tornam impossíveis de se comprovar por quem os sustenta.

No direito processual do trabalho, em razão da disposição simplista sobre ônus da prova, a questão gerou muita discussão, pois insuficiente para alcançar os direitos pretendidos, resultando na aplicação subsidiária do Direito processual civil e no Código de defesa do consumidor.

Destarte, após muitas discussões na doutrina e jurisprudência, sobre a teoria dinâmica do ônus da prova, sobreveio o novo código de processo civil, que sedimentou a questão, possibilitando expressamente ao magistrado a condução da instrução processual com maior liberdade e flexibilidade, objetivando o resultado útil do processo.

Entretanto, para que seja compreendida a questão, necessária a prévia análise de todos os meios da prova e aspectos a ele inerentes, sendo a teoria dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho o objeto precípua de estudo deste trabalho, sobretudo nas dispensas discriminatórias, onde se revela grande dificuldade na sua motivação e fundamento.

## CAPITULO I - EVOLUÇÃO HISTÓRICA, PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS E PRINCÍPIOS PROBATÓRIOS APLICADOS PROCESSO NO TRABALHO

### 1.1. Enfoque e evolução histórica da prova

Sobre o tema, Francisco Antonio de Oliveira<sup>1</sup> em sua obra “*A prova no processo do trabalho*” com muita clareza, explica a evolução histórica do instituto da prova, desde o direito romano até a teoria adotada pelo nosso ordenamento jurídico, onde compreendemos a sistemática aplicada até os dias de hoje, a saber.

Neste sentido, invoca o autor o direito romano:

“no direito romano vigia a regra *semper ônus probandi incumbit ei qui dicit* (Dig.fr.21, De probat, XXII, 3). Isto é, incumbe o ônus da prova a quem diz, afirma ou age. Entretanto, quem vem a juízo em primeiro lugar é o autor; quem inicia a lide é o autor; quem afirma o fato é o autor. Daí tudo encaminhar para o corolário imediato de que ao autor cumpria o ônus da prova: *actori incumbit ônus probandi* (Inst. Just., livro II, Título XX, §4º, Dig.; fr. 21, De probat XXII). Por outro lado, esse preceito tinha a eu favor a interpretação puramente gramatical do texto retro, o qual se completava de forma a parecer eximir da prova a parte que negasse a afirmação do autor: *ei incumbi probatio, qui dicit non qui negat*”.

Entretanto, como bem assevera o autor, “nem sempre a defesa do réu consiste em negar o fato afirmado pelo autor, e sim, muitas vezes, consiste na articulação de outro fato que extingue, anula, impede ou modifica aquele, a defesa, então mais corretamente chamada de exceção, importa numa afirmação que cumpre, igualmente, ser provada por quem a traz em juízo, extraindo, portanto, a regra:

*reus excipiendo fit actor*, assim enunciada por Ulpiano<sup>2</sup>: *reus um exceptione actor est* (Dig. 44, 1,1). Asseverava-se, porém, que a negativa não cabia prova. Argumentava-se ser impossível provar aquilo

<sup>1</sup> OLIVEIRA. Francisco Antonio. A Prova no processo do trabalho. 4. ed. LTr. São Paulo. 2014. p. 58.

<sup>2</sup> OLIVEIRA. Francisco Antonio. A Prova no processo do trabalho. 4. ed. LTr. São Paulo. 2014. p. 58. *apud* Ulpiano.

que não existe: *impossibilium nemo tenetur*. Como alicerce dessa asserção, invocaram-se a autoridade de Paulo – *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* – e a Lei n. 23, Cód. de Probationibus: *per rerum naturam factum negantis probatio nulla est* (Dig. , L. 21, De probat). Esses preceitos, acolhidos por alguns glosadores do direito romano e consagrados pelo direito canônico (Mattirolo, Trattado), deram lugar a formação da máxima relativa à distribuição do ônus da prova por longo tempo dominante (Chiovenda): *affirmanti non neganti incumbit probatio; nativa non sunt probanda*.

Revela o autor, que o princípio romano “*negativa non sunt probanda*” não pode ser entendido como absoluto, tendo aplicação naqueles casos em que a negativa é indefinida, como por exemplo, afirmar que esteve em certo local em determinado dia, não sabendo ser possível provar ou não a verdade.

Neste caso, assevera o autor que desta teoria, que não foi bem aceita, foi constituída outra teoria, segundo a qual foi prestigiada por João Monteiro, no Brasil, revelando a regra estática que ainda possuímos, segundo a qual incumbe o ônus da prova àquela parte que alega a existência ou a inexistência de um fato do qual pretenda induzir uma relação de direito.

Nesse sentido, afirma o autor, que os ratificadores desta teoria, cujas conclusões se consagraram no direito canônico, geraram o sistema da distribuição do ônus da prova em duas máximas principais: “*affirmati no neganti incumbit probatio; negativa non sunt probanda*”, que inclinou-se no direito português, com as restrições que desde logo se fizeram sentir à segunda dessas máximas.

Nessa linha histórica de raciocínio, o mesmo autor<sup>3</sup> expõe as teorias que explicam o ônus da prova, a saber:

Temos na doutrina que o instituto do ônus da prova e seus fundamentos decorrem de três princípios prévios: a) o princípio da indeclinabilidade da jurisdição, segundo o qual o juiz não pode, como podia o romano, esquivar-se de proferir uma decisão de mérito a favor ou contra uma parte, porque a matéria é muito complexa, com um non liquet; b) o princípio do dispositivo, segundo o qual às partes cabe a iniciativa de ação e das provas, restando ao juiz apenas atividade de complementação, a elas incumbindo o encargo de produzir as provas

---

<sup>3</sup> Idem, p. 59.

destinadas a formar a convicção do juiz; c) o princípio da persuasão racional na apreciação da prova, segundo o qual o juiz deve decidir segundo o alegado e provado nos autos (*secundum allegata et probata partium*), e não segundo sua convicção íntima (*secundum propriam conscientiam*).

Sobre a questão, o autor descreve os pensamentos de alguns autores, dentre eles, Chiovenda e Carnelutti, vejamos:

Chiovenda elege a oportunidade como critério determinante. Vale dizer que o ônus da prova estaria ligado diretamente ao interesse de cada parte”. Depois de reconhecer as dificuldades de formulação de regras rígidas sobre a repartição do ônus da prova, lembra que o problema estaria ligado ao princípio dispositivo ou de iniciativa da parte porque, se ao juiz incumbisse a investigação plena da prova, a questão não existiria”. (Chiovenda, apud + autor que citou)

Para Carnelutti, o critério utilizado por Chiovenda era equivoco, uma vez que, alegado o fato pelo autor, ambas as partes teriam interesses em direção oposta. Daí a conclusão de que o interesse na afirmação de certo fato é unilateral, vale dizer, daquele que o tomou como base do pedido. Mas o interesse na prova é bilateral com a prova e a contraprova. E concluía: a distribuição do ônus da prova, portanto, não se pode fundar-se no interesse de provar, mas no interesse em afirmar certo fato; ao autor interessa afirmar os fatos constitutivos de seu direito e, portanto, a ele compete prova-los, e ao réu interessa afirmar fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor, daí, também, o ônus de prova-los”. Chiovenda resolve o problema levando em conta o interesse que possui cada parte de provar determinado fato e que o mesmo seja considerado verdadeiro perante o juiz que irá julgar o processo. Os critérios adotados seriam, portanto, o de mera oportunidade.

A produção de provas pelas partes se traduz num ônus, não obrigação, posto que exclusivamente da iniciativa própria. Se alegado determinado fato, a parte adversa quedar-se silente, a conclusão é a de que aceitou - o como verdadeiro, ou se o fato constitutivo foi negado pelo réu, em defesa, e o autor não produziu qualquer prova em seu favor, a conclusão é de que o réu estaria com a razão. A transformação do julgamento em diligência e a possibilidade probatória do juiz instrutor é restrita a certos esclarecimentos que prejudicam à formação da convicção do julgador. Não pode o juiz envolver-se em produção de prova que era de iniciativa das partes, sob pena de perder o requisito principal da jurisdição: a imparcialidade. Como regra, o julgador deverá decidir de conformidade com a prova produzida em consonância com o ônus probatória que a cada parte incumbia.

O equívoco dito por Carnelutti sobre teoria de Chiovenda se nos afigura meramente semântico. O interesse de produzir prova se distribui entre dois sujeitos da ação, autor e réu. Provar ou afirmar um fato alegado como causa de pedir pelo autor, ou provar ou afirmar um fato apresentado como defesa, pelo réu, é procedimento que dependerá do querer subjetivo de cada parte em transformar em realidade aquilo que afirma e que pretende ver provado”. Ambos os procedimentos estão ligados diretamente ao interesse de cada parte,

distribuído, de conformidade com a teoria do ônus da prova, em fato constitutivo (autor) e fato impeditivo, modificativo ou extintivo (réu) do direito perseguido pelo autor. O interesse de provar o fato, que alega e que dá alento a cada parte, se apresenta como nexos de causalidade entre ganhar ou perder a demanda. Num primeiro momento, o autor, na petição inicial, e o réu, na defesa, afirmam determinados fatos. O autor como causa de pedir, o réu como defesa para que não haja a preclusão do tema e para que a matéria fique prequestionada para a possibilidade probatória. Num segundo momento, as partes terão o ônus de provar os fatos afirmados. O interesse está em convencer o julgador para a prolação de uma sentença favorável. O juiz, a seu turno, decidirá a lide de conformidade com a prova produzida, levando em conta o ônus da probatória que à cada parte incumbia.

Por fim, assevera o autor, que no Brasil o nosso código adotou a teoria de Carnelutti, ou seja, quem alega tem que provar e quem se opõe especificamente, deve demonstrar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos.

## **1.2. Princípios processuais constitucionais e princípios probatórios aplicados ao processo do trabalho**

Segundo o autor Carlos Henrique Bezerra Leite<sup>4</sup>, “*os princípios constitucionais fundamentais exercem tríplice função no ordenamento jurídico, a saber: informativa, interpretativa e normativa*”, tendo a função informativa finalidade de inspirar a atividade do legislador em consonância com os princípios e valores políticos, sociais, éticos e econômicos e a função interpretativa dirigida ao aplicador do direito, servindo como respaldo ao ordenamento jurídico. Por fim, explica que a função normativa da mesma forma, se destina ao aplicador do direito, entretanto, podendo ser aplicada de forma direta ou indireta, ou seja, podendo derrogar uma norma em favor do princípio ou por meio de integração do sistema, quando houver lacunas.

Ensina ainda o autor, que a doutrina costuma classificar os princípios do direito processual em princípios informativos e princípios fundamentais. Os informativos, segundo ele, são considerados axiomas, prescindindo, pois, de demonstração. Se baseando estritamente em critérios técnicos e lógicos.

---

<sup>4</sup> LEITE. Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. 9. ed. LTr. p. 53 a 66. São Paulo. 2011.

No que tange aos princípios fundamentais do processo, também chamados de princípios gerais do processo, segundo autor, são os princípios “sobre os quais o sistema jurídico pode fazer opção, considerando aspectos políticos e ideológicos.

Nesse passo, o autor classifica os princípios fundamentais ou gerais do direito processual, na ordem abaixo, vejamos:

Princípio do acesso à justiça;

Princípio da igualdade ou isonomia, consagrado no caput do artigo 5<sup>a</sup> da Constituição federal, que tem como viés, os princípios da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da livre iniciativa;

Princípio do contraditório, artigo 5<sup>a</sup>, LV, CF;

Princípio da ampla defesa, artigo 5<sup>o</sup>, LV, CF;

Princípio da imparcialidade do juiz;

Princípio da motivação das decisões, artigo 93, IX, CF;

Princípio do devido processo legal, artigo 5<sup>o</sup>, LIV, CF;

Princípio do juiz natural, artigo 5<sup>o</sup>, LIII, CF;

Princípio do promotor natural. Artigo 5<sup>o</sup>, XXXV e LIII, 127 e 129, I da CF;

Princípio do duplo grau de jurisdição, artigo 158, CF;

Princípio do acesso individual e coletivo a justiça ou inafastabilidade do controle jurisdicional ou ubiquidade ou indeclinabilidade da jurisdição, artigo 5<sup>o</sup> XXXV, CF;

Princípio da razoabilidade da duração do processo, artigo 5<sup>o</sup>, LXXVIII;

Princípio da cooperação ou colaboração;

Princípio do ativismo judicial;

Os princípios constitucionais acima exemplificados, são a base garantidora para o alcance dos direitos fundamentais, é o exercício da efetividade jurisdicional, tendo por finalidade a efetividade da pretensão e dos direitos vindicados.

Especialmente com relação as provas, o processo do trabalho se debruça sobre outros princípios processuais, mormente conhecido por princípios probatórios, princípios informativos, entre tantos, que na verdade servem como norte para formação das provas.

Os autores Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Calvalcante<sup>5</sup>, classificam com exatidão os princípios que informam a prova:

- a) **Necessidade da prova** – os fatos narrados devem ser comprovados para que o órgão jurisdicional possa admiti-los como verdadeiros. O incumbe: (1) ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; (2) ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, I e II, do CPC);
- b) **Concentração dos atos processuais** – a coleta das provas, sempre que possível, se fará em uma única audiência (depoimentos pessoais e testemunhais);
- c) **Unidade da prova** – para cada causa de pedir e respectivo pedido, as provas devem ser apreciadas em seu conjunto, mesmo que esse seja constituído de diversos meios de prova (relatos pessoais, testemunhais, documentos, etc);
- d) **Contraditório** – esse princípio é fundamental para a concretude do devido processo legal (art. 5º, LV, CF). Como a prova é demonstração da verdade dos fatos alegados em juízo, a parte contrária tem o direito de se opor aos meios probatórios produzidos ou pretendidos pelo outro litigante. Exemplos: (1) a intimação para manifestação sobre os documentos juntados (art.372 e 398, CPC); (2) contradita das testemunhas pelos motivos previstos em lei (arts. 829, CLT, e 414, §1º, CPC); (3) recusa do perito;
- e) **Igualdade de oportunidade de prova** – os litigantes tem assegurado a mesma oportunidade para o requerimento ou a produção de provas, sob pena de violação do princípio da igualdade de tratamento (art. 125, I, CPC), gerando assim, uma nulidade processual pela restrição ao amplo exercício do direito de defesa (art. 5º, LV, CF). Contudo, só haverá nulidade quando resultar do ato inquinado manifesto prejuízo (art. 794, CLT), a qual será declarada mediante provocação da parte, devendo ser arguida à primeira vez em que tiver de falar em audiência ou nos autos (art. 795, caput), sob pena de preclusão oportunidade;
- f) **Legalidade** – a produção de provas não se subordina à vontade exclusiva das partes. A lei fixa alguns requisitos: (1) tempo – a prova deve ser produzida nos momentos processuais oportunos. Exemplo: os documentos devem ser juntados aos autos com a inicial ou a resposta (art. 396, CPC); (2) lugar – por excelência, as provas devem ser produzidas em audiência (arts. 845, CLT, e 336, CPC); (3) adequação – determinado fato fica condicionado a um meio específico de prova. Exemplos: o pagamento de salários se faz pela exibição dos recibos de pagamento (art. 464, CLT); a necessidade da prova pericial técnica para fins de insalubridade e periculosidade (art. 195, §2º);

---

<sup>5</sup> NETO. Francisco Ferreira Jorge e CALVALCANTE. Jouberto de Quadros Pessoa. Direito processual do trabalho. 6. ed. Atlas. p. 612 e 613. São Paulo. 2013.

g) **Imediação** – como sujeito da relação jurídica processual, o juiz é quem dirige a atividade probatória das partes ao indeferir ou colher as provas solicitadas, como também ao determinar as diligências necessárias aos esclarecimentos dos fatos aduzidos em juízo (arts. 765, CLT, e 130 CPC). O princípio da oralidade é uma manifestação direta da imediação, já que, na audiência trabalhista, serão ouvidas as partes, as suas testemunhas, o perito e os assistentes técnicos (arts. 844 e 848, CLT);

h) **Obrigatoriedade** – a prova não é só interesse das partes, mas também do Estado. O processo, como instrumento de justiça, é primordial para a solução dos conflitos de interesse. O juiz trabalhista tem ampla liberdade na condução e coleta das provas (art. 765). É importante ressaltar que a parte não tem a obrigação jurídica quanto à produção de provas. De fato, o que incumbe à parte é o ônus objetivo de provar as alegações postas em juízo. A sentença, a qual rejeita um pedido, por falta de provas, não pode ser vista como uma sanção processual;

i) **Aquisição processual** – uma vez produzida a prova, a mesma passa “a integrar o processo, pouco importando que a produziu. Tanto que, como adiante se verá, não pode a parte seccionar a prova para aproveitar apenas à parcela que lhe interessa. A prova é um todo, e como um todo deve ser considerada. A questão da autoridade das provas toma relevo quando seu conteúdo é contrário ao interesse da parte. Como a prova pertence ao processo, ainda que venha em prejuízo à parte que produziu, passa a integrar a relação jurídica processual, e seus efeitos se fazem sentir, cabendo ao juiz extrair as consequências do fato provado, pouco importando como a prova tenha chegado ao processo. **(Grifos nossos)**.

Sob a ótica de Carlos Henrique Bezerra Leite<sup>6</sup> estes princípios são os chamados “princípios probatórios”. Quais sejam:

O princípio do contraditório e ampla defesa;  
 Princípio da necessidade da prova;  
 Princípio do livre convencimento ou persuasão racional;  
 Princípio da oralidade;  
 Princípio da imediação;  
 Princípio da aquisição processual;  
 Princípio in dubio pro misero;  
 Princípio da busca da verdade real;

Destarte, embora não citado neste contexto, além dos princípios ora expostos, há um que se revela o mais importante no tocante a distribuição do ônus da prova, a saber: o princípio da aptidão para a prova.

---

<sup>6</sup> LEITE. Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. 9. ed. LTr. p. 53 a 66. São Paulo. 2011.

Tal importância decorre, das inúmeras situações que afastaram a efetividade jurisdicional, mormente pelas regras estáticas de distribuição do ônus da prova, porquanto, desenvolveu-se a teoria da aptidão para a prova, impondo a incumbência de provar, àquele que detém melhores condições de fazê-lo.

Tal princípio, possuía caráter naturalmente protetivo, pois com base no artigo 6º do Código de defesa do consumidor, visava especialmente a proteção do trabalhador, quando de forma subjetiva o magistrado entendia que àquele não reunia condições de provar.

Assim, embora este princípio seja aplicado conjuntamente a outros instrumentos e elementos, que instruem o processo, a sua aplicação é bastante discutida.

Entretanto, com a edição do novo código de processo civil, o tema foi normatizado, autorizando a aplicação do princípio, em observância aos princípios do contraditório e ampla defesa.

Neste sentido, embora a norma celetista e o antigo CPC estabelecessem tal encargo, na omissão do ordenamento próprio, era e ainda é utilizado, o Código de defesa do consumidor, quando verificada a impossibilidade da parte que detém o ônus probatório, provar fato constitutivo ou impeditivo do seu direito, possibilidade esta, aliada aos princípios que regem o direito processual do trabalho.

Nessa linha de raciocínio, embora já fosse aplicado o CDC para estes casos, a recente alteração no Código de processo civil, aplicada subsidiariamente por força do artigo 769 da CLT, através do artigo 373 (antigo 333 do CPC) normatizou a possibilidade de inverter o ônus da prova, quando verificado pelo Juízo a necessidade, conforme preveem os parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º, todos do artigo 373<sup>7</sup> no NCPC.

---

<sup>7</sup> Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

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

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

Corroborando a edição da referida norma, tal prerrogativa conferida aos Magistrados, devem estar sempre associadas aos princípios que norteiam as regras aplicadas ao direito do trabalho.

Extraímos dos ensinamentos acima, que as regras que estabelecem o ônus probatório, autorizam expressamente a sua inversão, ficando a critério do julgador a sua ocorrência ou não, respeitando os princípios que convalidam tal prerrogativa, sob pena de nulidade.

---

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

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

I - recair sobre direito indisponível da parte;

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

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

## CAPÍTULO II - ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

### 2. Conceito e finalidade da prova

Prova é o instrumento utilizado pelas partes para legitimar suas razões de pedir ou de se defender sobre determinado fato, sendo meio hábil para a convicção do juiz a despeito do direito postulado.

Adverte Mauro Schiavi,<sup>8</sup> “...que as partes tem o encargo de comprovar suas alegações em juízo. Não basta alegar, a parte deve provar. Diz a doutrina clássica que o sucesso do processo depende da qualidade da atividade probatória da parte. De outro lado, é bem verdade que a necessidade da prova depende do encargo probatório das partes no processo e da avaliação das razões da inicial e da contestação (arts. 818, da CLT 333 e 334, do CPC)”.

Para Humberto Theodoro Junior<sup>9</sup>, há dois sentidos para o termo “prova”: a) *um objetivo, isto é, como instrumento ou meio hábil, para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia, etc); (b) e outro subjetivo, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito julgador em torno do fato demonstrado. Assim, para o processo, a prova, como ensinava o grande João Monteiro, não é somente um fato ou negativa do fato probando, e é a própria certeza dessa existência.*

Segundo Nelson Nery Junior, as provas são os meios processuais ou materiais considerados idôneos pelo ordenamento jurídico para demonstrar a verdade, ou não, da existência e verificação de um fato jurídico.<sup>10</sup>

A prova tem por finalidade a formação da convicção do juízo sobre a controvérsia existente sobre um mesmo fato, consistindo na busca da verdade real quando há divergência.

---

<sup>8</sup> SCHIAVI, Mauro. Manual de direito processual do trabalho. 6. ed. LTr. p. 602. São Paulo, 2013.

<sup>9</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. v. 1, 23. ed., p. 416. Forense, 1998

<sup>10</sup> NERY JUNIOR, Nelson et al. Código de processo civil comentado. 2. ed. São Paulo. RT, 1996. P. 755

Como ensina Manoel Teixeira Filho<sup>11</sup>:

A prova não tem apenas a finalidade de convencer, mas, sobretudo, constringir e nortear a formação do seu convencimento, pois sabemos que, por força de disposição legal, (CPC, art. 131), o julgador não pode decidir contra a prova existente nos autos, sob pena de nulidade da sentença. O princípio da persuasão racional, adotado pelo CPC vigente, desautoriza o Juiz a julgar segundo a sua íntima convicção, impondo-lhe que o faça de maneira fundamentada; a fundamentação, no caso, é feita com vistas à prova produzida e traduz uma exigência constitucional (art. 93, IX).

Sobre a temática, destaca ainda, Amauri Mascaro Nascimento<sup>12</sup>:

A prova tem finalidade de transportar para o processo judicial, a realidade externa dos fatos que geraram a demanda, traduzindo –os para que possam ser conhecidos pelo juiz e para que sirvam de base para os debates entre as partes. Como meio destinado a levar para o processo a reconstituição dos fatos, poderá ter falhas e não cumprir com exatidão esse fim, situação na qual haverá a verdade real (concreta) diferente da realidade formal, (imaginária), e esta prevalecerá. De nada adianta ter ocorrido ou não um fato, se não pode ser provado. Desse modo, a importância da prova e da sua análise pelas partes e pelo juiz é fundamental para que o processo possa cumprir os seus fins.

Destarte, é unânime dentre os mais renomados juristas e doutrinadores, que a prova é o instrumento que possibilita ao julgador a aplicação do direito sobre determinado fato, sendo este meio, essencial para solução da controvérsia existente.

## **2.1.Meios de prova**

Antes de aprofundar o tema, é importante lembrar quais são os procedimentos cabíveis para que a prova possa ser produzida, bem como os meios idôneos para tanto, nos termos do artigo 332 do CPC.

---

<sup>11</sup> TEIXEIRA FILHO. Manoel Antonio. A prova no direito no processo do trabalho. 8. ed. São Paulo LTr, 2003. p. 65.

<sup>12</sup> NASCIMENTO. Amauri Mascaro. Curso de direito processual do trabalho. 22. ed. São Paulo. Saraiva, 2007. p. 508.

Para Amauri Mascaro Nascimento<sup>13</sup> entende que ao mencionar que o vocábulo “meio de prova” pode significar: “... a atividade do juiz ou das partes para a produção das provas, como também instrumentos ministrados ao juiz no processo para formar o seu convencimento. A palavra “prova” tem sido utilizada tanto para designar a atividade como o instrumento”.

O referido autor leciona ainda, que no tocante aos meios materiais propriamente ditos, não há na legislação processual trabalhista um rol taxativo dos mesmos, levando-o seguinte conclusão: “... Assim, são meios de prova aqueles previstos em lei, trabalhista ou civil, processual ou material. Enumeremos esses meios de prova, que são o depoimento pessoal, testemunhas, documentos, perícias e inspeções judiciais”

### **2.1.1. Depoimento Pessoal**

Dentre os meios de provas existentes, há o depoimento pessoal, que consiste na oitiva das partes do processo, que configura-se como testemunho prestado por quem é parte na própria causa, meio este ligado ao mesmo gênero da prova testemunhal.

Segundo a doutrina, é pacífico o entendimento, de que a utilização deste meio probatório ocorre por três motivos: (a) a busca de contato pessoal entre as partes na presença do juiz; (b) tentativa de conciliação entre as partes; (c) para obter-se a confissão do depoente.

Nesta seara, pode-se concluir, que o depoimento da parte é um ato personalíssimo, eis que somente ela tem o poder de confessar os fatos validamente, porquanto, sendo aplicado a súmula 74 do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho.

### **2.1.2. Confissão**

Na lição de Manoel Antônio Teixeira Filho<sup>14</sup>,

---

<sup>13</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito processual do trabalho. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 437.

<sup>14</sup> TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. A prova no processo do trabalho. 8 ed. São Paulo: LTR, 2003. p.260

Poderá ocorrer, contudo, de o litigante, inadvertidamente ou não, acabar reconhecendo a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário: tal é a configuração e o próprio conceito genérico de confissão, que a lei procurou estabelecer (CPC, art.348), didaticamente. “...ao contrário do que tem proclamado boa parte da doutrina, a confissão não é pena, segundo a acepção desse vocábulo na ciência processual. Trata-se de mero reconhecimento – expresso ou presumido – de serem verdadeiros os fatos narrados pela parte adversa.

O autor considera ainda, que a confissão é constituída por outros aspectos, quais sejam: objetivo, subjetivo e intencional.

O aspecto objetivo, que refere-se ao próprio objeto da confissão, que significa que os fatos desfavoráveis ao confitente e favoráveis à parte contrária, sendo que, neste caso, existem condições a serem observadas, quais sejam, o reconhecimento do fato do próprio confitente, sendo favorável à parte contrária, e que a prova do fato alegado não exija forma especial.

O aspecto subjetivo reflete à pessoa do confitente, sendo considerada a capacidade e legitimação, cuja autorização para confessar se encontra de maneira implícita no artigo 843, §1º da CLT. No que concerne ao elemento intencional, este refere-se a vontade do confitente em confessar o fato.

Ainda sobre o tema, são divididos pela doutrina dois tipos de confissão: a extrajudicial e a judicial, sendo esta subdividida em confissão espontânea, provocada e fictícia.

Há a confissão judicial espontânea ou voluntária, que pode ser realizada tanto pelo autor quanto pelo réu, que inclusive pode ser feita por petição, sendo passível também de ocorrer na forma oral, em audiência.

De outro modo, a confissão provocada, no processo do trabalho, é colhida diante do interrogatório das partes em audiência.

Neste diapasão, por fim, a confissão fictícia, ao contrário das anteriores, esta é presumida, sendo tal assunto tratado com maior reserva pela doutrina.

Sobre o tema, Manoel Antônio Teixeira Filho<sup>15</sup> afirma: “(a) a *ficta confessio* só se refere ao empregador, (b) desde que este seja réu na ação e (c) incidirá mesmo nas hipóteses de a sua ausência acontecer em relação à audiência instrutória, em que deveria ser interrogado”.

Com relação a confissão extrajudicial, o artigo 333 “caput” do CPC de 1973 conferia expressamente a mesma eficácia probatória da confissão judicial, sendo que o entendimento era de que a mesma deveria ser repelida no Processo do Trabalho,

Sobre este ponto, faz-se necessário acrescentar, que o novo CPC alterou a redação do dispositivo, autorizando a confissão extrajudicial “quando feita oralmente” e em caso em que a lei não exija prova literal.

Destarte, a confissão real, em regra, somente deverá ser realizada em juízo, onde as partes poderão manifestar a sua vontade livre de pressões, constrangimentos ou coações, sendo advertidas as confissões extraídas em inquéritos policiais, pois muitas vezes, ficam seriamente comprometidas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Neste sentido, segundo a doutrina, se admite confissão extrajudicial oral, se houver confirmação por testemunhas, situação em que é convertida em prova testemunhal perdendo, entretanto, a qualificação original, não havendo eficácia.

### **2.1.3. Prova Testemunhal**

Para o ilustre Professor Amauri Mascaro Nascimento<sup>16</sup>, a prova testemunhal é conceituada da seguinte forma: “*Testemunho é um meio de prova que consiste na declaração representativa que uma pessoa que não é parte no processo faz o juiz, com fins processuais, sobre o que sabe a respeito de um fato de qualquer natureza (Echandia). E testemunha é a pessoa capaz, estranha ao processo, que é chamada a declarar sobre os fatos que caíram sob o domínio dos seus sentidos (Alsina)*”.

---

<sup>15</sup> TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. A prova no processo do trabalho. 8 ed. São Paulo: LTR, 2003. p.273

<sup>16</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito processual do trabalho. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 442.

A realização da prova testemunhal encontra restrições nos parágrafos do artigo 405 do CPC de 1973, atual 447 do NCPC, ao excluírem a possibilidade de oitiva dos incapazes, impedidos e suspeitos.

São considerados incapazes os sujeitos elencados no §1º do aludido dispositivo, impedidos os constantes do §2º e suspeitos os enumerados no §3º, entretanto, a lei faculta ao juiz a possibilidade de ouvi-los, conforme prevê os §§ 4º e 5º do artigo 447 do NCPC, independentemente de compromisso legal e na qualidade de informantes.

Entretanto, no tocante à suspeição, considerando que a CLT se limitou a declinar a amizade íntima, outras causas previstas no CPC de 1973, como a condenação penal transitada em julgado por crime de falso testemunho, maus costumes, inimizade capital ou inimizade íntima, interesse na causa e existência de lide entre a testemunha e uma das partes, eram aplicadas subsidiariamente ao processo do trabalho.

Contudo, há de se ressaltar, que a redação do antigo artigo 405 do CPC foi alterada, excluindo os incisos que consideravam como suspeitos, as testemunhas “com condenação penal transitada em julgado por crime de falso testemunho e maus costumes”.

Com relação a discussão sobre a suspeição de testemunha que contende em face do mesmo empregador, a edição da Súmula n.357 do TST parece ter superado a questão. Entretanto, cabe à parte interessada demonstrar, se for o caso, que a suspeição não se funda apenas pelo litígio em face do mesmo empregador, mas, também por outros aspectos, que demonstrem o conluio, bem como, a troca de favores entre a parte e sua testemunha.

Entretanto, embora a questão aparentemente esteja solucionada, o tema ainda é matéria de muitas discussões nos Tribunais Regionais do Trabalho, bem como, no Tribunal Superior do Trabalho. Contudo, a jurisprudência é unânime, ao manter a aplicação da súmula 357 do TST, sobretudo, quando fica configurada a "troca de favores", restando necessária a comprovação de que o reclamante também tenha sido indicado como testemunha na ação movida por sua testemunha e de que, nos depoimentos, restassem demonstrados a intenção em beneficiar a parte, de modo a se configurar o êxito de ambas, em suas respectivas ações.

RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. SUSPEIÇÃO DE TESTEMUNHA QUE LITIGA CONTRA O MESMO EMPREGADOR. TROCA DE FAVORES. O entendimento desta Corte Superior, consubstanciado na Súmula nº 357, é no sentido de que "não torna suspeita a testemunha o simples fato de estar litigando ou de ter litigado contra o mesmo empregador", salvo quando comprovada a troca de favores. Referido Verbete Sumular não faz referência à limitação de conteúdo das ações ajuizadas, de maneira que nada impede que tenham o mesmo objeto, sob pena de violação ao direito de ação, constitucionalmente assegurado no artigo 5º, XXXV, da Carta Maior, e que deve ser compreendido de forma ampla, sem interpretações limitativas, portanto. Deve-se presumir que as pessoas agem de boa-fé, motivo pelo qual o julgador deve examinar o teor do depoimento e, ao final, concluir pela sua imprestabilidade, ou não. Muitas vezes os fatos são conhecidos de poucos e somente eles podem informar em Juízo sobre os detalhes de sua ocorrência. Esclareço que para que fosse configurada a "troca de favores", seria necessária a comprovação de que o reclamante também tenha sido indicado como testemunha na ação movida por sua testemunha e de que, nos depoimentos, haja a intenção em beneficiar a parte, de modo a se configurar o êxito de ambas, em suas respectivas ações, o que não é o caso dos autos. Configurada, assim, a afronta ao direito de ação, em face ao acolhimento da contradita da primeira testemunha do autor, por entender configurada a troca de favores entre eles, pelo simples fato de litigar contra o mesmo empregador. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (TST - RR: 1128000920095150132, Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 05/08/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/08/2015)

SUSPEIÇÃO DA TESTEMUNHA. Caracterizada a ocorrência da repudiada "troca de favores", deixando clara a imprestabilidade do depoimento prestado pela testemunha como prova dos fatos que passaram com relação ao contrato de trabalho do autor. Verificada a suspeição da testemunha indicada pelo autor, seu depoimento passa a ser na qualidade de informante. RELAÇÃO DE EMPREGO. CONFIGURAÇÃO. Correto o reconhecimento do vínculo de emprego entre as partes por não configuradas a eventualidade e autonomia na prestação dos serviços, como alegado pela parte ré. PROCESSO: A C Ó R D A O 4ª T U R M A - 0000773-37.2010.5.01.0068 – RO - ANGELA FIORENCIO SOARES DA CUNHA Juíza Relatora - Rio de Janeiro, 9 de fevereiro de 2012.

#### 2.1.4. Prova Documental

Para Manoel Antônio Teixeira Filho<sup>17</sup> a prova documental é *“todo o meio idôneo e moralmente legítimo, capaz de comprovar materialmente a existência de um fato”*.

---

<sup>17</sup> TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. A prova no processo do trabalho. 8 ed. São Paulo: LTR, 2003. p.285

Destarte, impera esclarecer que a prova documental não se limita apenas aos meios físicos escritos, podendo estar nela abrangidos também outros objetos, conforme bem preceitua o autor Giuseppe Chiovenda<sup>18</sup>:

Documento, em sentido amplo, é toda representação material destinada a reproduzir determinada manifestação do pensamento, como uma voz fixada duradouramente (vox mortua). É da maior importância, como meio de prova, variável, de resto, conforme: a) seja a manifestação de pensamento reproduzida mais ou menos conexa com os fatos da causa, pareça mais ou menos séria ou sincera; b) seja, ainda, a reprodução mais ou menos fiel e atendível. Documentos, em tal acepção, representam os mais variados sinais (limites dos prédios; sinalização das estradas)”.

### 2.1.5. Prova pericial e a aplicação do artigo 464 do novo código de processo civil

Quando alegada pela parte autora o labor em condições insalubres ou perigosas, deverá o magistrado designar perícia, através de perito habilitado, para apuração do ambiente de trabalho, conforme prevê o §2º do artigo 195 da CLT.

Em que pese a arguição da parte autora, se houverem fatores que impeçam a admissão da realização da prova pericial, estes devem ser apresentados ao juízo na primeira oportunidade, justificando os motivos, produzindo provas, que serão apreciadas pelo juízo antes de determinar ou não a realização da vistoria.

A admissibilidade da prova pericial será incabível nas hipóteses do artigo 464 do NCPC<sup>19</sup>. Vejam, o referido artigo 464 do NCPC, ampliou significativamente a possibilidade

---

<sup>18</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. 4 ed. Campinas: Bookseller, 2009. p.1091.

<sup>19</sup> Art. 464. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.

#### **§ 1o O juiz indeferirá a perícia quando:**

- I - a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico;
- II - for desnecessária em vista de outras provas produzidas;
- III - a verificação for impraticável.

§ 2o De ofício ou a requerimento das partes, o juiz poderá, em substituição à perícia, determinar a produção de prova técnica simplificada, quando o ponto controvertido for de menor complexidade.

§ 3o A prova técnica simplificada consistirá apenas na inquirição de especialista, pelo juiz, sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico.

de exaurimento sobre o objeto de perícia, possibilitando ao empregador, quando o ponto controvertido for de menor complexidade, realizar prova técnica, através de profissional especializado, podendo inclusive se utilizar de recursos tecnológicos.

Sobre o tema, a Instrução Normativa 39/2016 editada pelo Tribunal Pleno do TST, que dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, não faz menção expressa a despeito da adoção ou não, do artigo 464 e parágrafos do NCPC, sobretudo, a possibilidade de indeferimento de prova técnica *in loco*, quando possível a produção de prova simplificada em audiência.

Evidente que, sobre o tema, necessário se faz a adoção de alguns critérios específicos, sob pena da exceção virar regra, o que não seria o caso.

Nessa esteira, o artigo 472 do NCPC, aplicável ao Processo do Trabalho, autoriza a dispensa da prova pericial se a petição inicial e a contestação estiverem muito bem instruídas, inclusive com pareceres técnicos acerca do objeto do litígio, havendo a possibilidade de utilização de prova emprestada.

Contudo, considerando o atual cenário financeiro do país, bem como, a disponibilidade e infinidade de tecnologias que existem, a adoção do referido exaurimento, evitaria a um só tempo, o retardamento da solução do conflito de interesses, a condenação do vencido ao pagamento dos correspondentes honorários, os altos custos para o judiciário e empresas (desnecessários), sobretudo quando a vistoria, decorrente do fato objeto de perícia, for reproduzido reiteradamente.

O requerimento da aludida prova deve ser feito na primeira audiência, ocasião em que o juiz efetivamente toma conhecimento do litígio, deferindo ou não a prova técnica.

Esgotadas as causas de deferimento ou indeferimento da prova pericial, suspeição, impedimento, as vedações contidas no artigo 464 NCPC ou a escusa do perito,

---

§ 4o Durante a arguição, o especialista, que deverá ter formação acadêmica específica na área objeto de seu depoimento, poderá valer-se de qualquer recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens com o fim de esclarecer os pontos controvertidos da causa. **(Grifos nossos).**

procede-se a análise pericial, culminando na entrega do laudo, nos termos do artigo 827 da CLT. Raramente, os peritos e assistentes técnicos podem ser intimados a comparecer para prestar esclarecimentos ao juízo.

De outro modo, deferida a prova pericial, na praxe, o juiz, procederá da seguinte forma: a) nomeará perito habilitado, intimando-o a vir prestar compromisso legal; b) fixará prazo para a entrega do laudo; c) facultará às partes, no prazo comum e preclusivo de cinco dias, a indicação de assistentes técnicos e a formulação de quesitos; d) determinará ou sugerirá (artigo 790 –B, CLT/OJ. 198 da SDI-1 do TST) que uma delas, ou ambas, antecipe, parcialmente, os honorários dos peritos, cujo valor arbitrará, provisoriamente.

Quando nomeado, o perito ao aceitar o encargo, fica condicionado a direitos e obrigações. Com relação aos deveres, estão: aceitar o encargo, salvo escusa legítima (caso específico em que pode ser feita a substituição); servir; respeitar os prazos; comparecer em audiência e o dever de lealdade. O rol de direitos é constituído por: escusa do encargo por motivo justo; pedido de prorrogação de prazo (salvo no procedimento sumaríssimo, onde não há tal prerrogativa); direito de recorrer a fontes de informação; indenização pelas despesas demandadas pela perícia e honorários pelo desempenho do ofício. Destarte, para que o perito possa exercer o seu encargo, é condição essencial a prestação de compromisso legal.

Após a nomeação, o perito é intimado a comparecer à Secretaria da Vara para a prestação de compromisso legal, devendo fornecer informações verídicas. Caso assim não proceda, seja por dolo ou culpa, deverá responder pelos prejuízos sofridos pelas partes, ficará sem habilitação para atuar em outras perícias durante dois anos, bem como sofrerá as sanções penais aplicáveis à espécie, as quais estão previstas no artigo 342<sup>20</sup> do Código Penal.

---

<sup>20</sup> Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: (Redação dada pela Lei nº 10.268, de 28.8.2001)

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

§ 1º As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta. (Redação dada pela Lei nº 10.268, de 28.8.2001).

Na prática trabalhista, dificilmente isso ocorre, pois o Processo Eletrônico do Trabalho otimiza o andamento processual, viabilizando a comunicação entre as partes de forma mais célere e contínua, ou seja, através de e-mails, petições, o perito nomeado se comunica com as partes e jurisdição, podendo marcar perícia, requerendo a sua destituição, entre outros requerimentos e manifestações.

Após apresentação do laudo e esgotadas as manifestações das partes, o juiz ao analisar o parecer técnico, o utilizará como subsidio ou não para firmar sua convicção, ora porque o magistrado não fica adstrito ao laudo pericial, considerando que tal faculdade é conferida pelo artigo 371 do NCPC, lastreado no princípio da persuasão racional, podendo inclusive determinar a realização de segunda perícia, contudo, sem alterar o objeto da primeira, nos termos do artigo 480 do NCPC.

#### **2.1.6. Inspeção Judicial**

Na definição de Cândido Rangel Dinamarco<sup>21</sup>, a inspeção judicial é “*a verificação pessoal de pessoas ou coisas feita pelo juiz*”. Para Dinamarco, este meio probatório pode ser efetivado em qualquer fase do processo, devendo ser procedido em qualquer situação de dúvida por parte do julgador, embora reconheça que tal atividade raramente ocorra.

Para a autora Tereza Arruda Alvim<sup>22</sup>, este meio de prova pode ser utilizado em ocasiões em que o magistrado tiver dúvida sobre fatos controvertidos da causa, dependendo tal esclarecimento do exame de pessoas ou coisas, quando houver incerteza sobre a suficiência de outros meios de prova utilizados, obtendo nesta hipótese, o caráter de complementaridade. A autora considera, ainda, que: “*A realidade é que, para avaliar a utilidade da inspeção judicial, o juiz ficou munido do que, impropriamente, diz-se ser poder discricionário. Este “poder” consiste na verificação, por parte do juiz, com certa margem de liberdade, da conveniência, oportunidade e licitude da realização de tal prova a partir da análise dos elementos de cada caso concreto*”.

---

<sup>21</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, v.3. 4 ed.. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 598

<sup>22</sup> ALVIM, Tereza A. Manual de direito processual civil, v.2. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.590.

Neste sentido, esclarece a referida doutrinadora, que o juiz pode se fazer acompanhar por um perito ou mais, a teor da permissão contida no artigo 441 do CPC (atual artigo 482 do NCPC que não teve sua redação alterada) afirmando que, nesta situação, há duplicidade de meios de prova.

Destarte, a inspeção judicial deverá ser documentada, nos termos do artigo 484 do NCPC, o que pode ser feito através da lavratura de termo.

### **2.1.7. Prova Emprestada**

A produção de prova de um fato, quando já retratada em outro processo, por uma das vias eleitas no processo do trabalho, poderá ser transferido para outro processo, por meio de certidões extraídas daquele outro processo, sendo este meio denominado pela Doutrina e Jurisprudência, como “prova emprestada”. Este tão eficaz meio, quando utilizado de forma legal e sem vícios, encontra respaldo nos princípios da economia e celeridade processual.

Assevera o autor Francisco Antonio de Oliveira<sup>23</sup> que “...a sua eficácia está diretamente ligada a realidade em que foi produzida”.

Acrescenta ainda o referido autor, que diante dessa ótica, podem se aventar três hipóteses: a) produzida entre as mesmas partes que ora contendem; b) produzida entre uma parte daquele processo e terceiro; c) produzida entre terceiros;

Com relação a primeira hipótese, o autor cita as lições de Amaral Santos, que entende que sua eficácia é a mesma do processo do qual fora transplantado. E que isso se dá, acordos da doutrina e jurisprudência, desde que tenha sido colhida em processo entre as mesmas partes, tenham sido observadas as formalidades legais e o fato *probando* tenha sido idêntico.

---

<sup>23</sup> OLIVEIRA. Francisco Antonio. A Prova no processo do trabalho. 4. ed. LTr p. 78. São Paulo. 2014.

Já com relação a segunda hipótese, o autor revela duas vertentes: a) a prova é trasladada por quem participou de sua produção no processo anterior; b) a prova é trasladada por quem não foi parte no processo anterior.

Na primeira vertente, não terá eficácia em relação parte que não participou da sua produção, podendo valer-se tão somente como auxílio probatório para a formação da convicção do juiz. Na segunda vertente, conserva a eficácia probatória, principalmente quando a prova foi reconhecida na sentença do processo anterior.

Por fim, na terceira hipótese, o autor assegura que quando a prova tenha sido produzida entre terceiros, o seu valor no processo para o qual foi transplantada é reduzidíssimo, ou mesmo nenhum. Valerá apenas como simples auxílio, valendo como prova de poder informativo.

Sobre o tema, apesar ainda haver muita discussão sobre a possibilidade de utilização da prova emprestada, tem prevalecido o seu uso, desde que observada as hipóteses legais, bem como, observado os princípios processuais trabalhistas, sobretudo o contraditório e ampla defesa, evitando-se assim, o tumulto processual, bem como, a arguição de nulidade, sendo este instituto autorizado pelo artigo 472 do NCPC, aplicado subsidiariamente ao processo do trabalho por força do artigo 769 da CLT.

Com relação a prova emprestada, quando o objeto da prova versa o pedido de adicional de insalubridade ou periculosidade, tal prova, normalmente, serve apenas de auxílio ao juiz, pois se o local da realização da perícia estiver ativo, esta prova não serve de justo motivo para o indeferimento da perícia.

Com relação à prova produzida na Justiça Criminal, embora se admita que seja prova judiciária, enquanto instituto processual, é reconhecida a variação de sua origem “segundo seja o Juízo em que é obtida (civil, criminal, trabalhista etc.)

Manoel Antônio Teixeira Filho<sup>24</sup>, entende que a prova produzida no juízo criminal não pode ter a mesma eficácia perante o juízo de origem e o trabalhista, sob pena de sacrificar-se a instrução processual do processo do trabalho, sendo este um de seus momentos mais importantes.

Afirma, ainda, que nenhum dispositivo de lei obriga o Juiz do Trabalho a acolher a prova produzida em outro juízo para a solução da demanda posta a julgamento e que os objetivos da colheita da prova podem variar entre os juízos, motivo pelo qual o empréstimo da prova do juízo criminal deve ser visto com cautelas, conforme demonstra na seguinte frase:

Pode o juiz do trabalho, em virtude disso, proceder à instrução processual, segundo as normas e princípios específicos da CLT e da doutrina trabalhista – suplementadas pelas disposições do CPC – sempre que houver necessidade, ficando a prova colhida no juízo criminal como uma espécie de pano de fundo, ou de adminículo para o julgador, que nela poderá se estribar para dar início ao interrogatório das partes e das testemunhas.

Referido autor ressalta que os inquéritos policiais não se prestam como prova emprestada, mas sim, no máximo, como informações ao juízo trabalhista, pois são “*autênticos procedimentos administrativos a cargo da Polícia Judiciária, onde, nem sempre, são observados os princípios constitucionais que tutelam o indivíduo*”.

## 2.2. Ônus da prova

Sobre o tema, cita *Mauro Schiavi*<sup>25</sup> em sua 6ª obra, os ensinamentos de *Nelson Nery Júnior*, a palavra do latim *onus* significa carga, fardo, peso, gravame. Não existe obrigação que corresponda ao descumprimento do *onus*. O não atendimento do *onus* de provar coloca a parte em desvantajosa posição para a obtenção do ganho de causa. A produção probatória, o tempo e a forma prescrita em lei são *onus* da condição da parte.

---

<sup>24</sup> TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. A prova no processo do trabalho. 8 ed. São Paulo: LTR, 2003.

<sup>25</sup> SCHIAVI, Mauro. Manual de direito processual do trabalho. 6. ed. LTr. p. 615. São Paulo, 2013.

Discorre também Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Calvalcante sobre a preleção de Arruda Alvim<sup>26</sup>, que os termos não se confundem, quando distingue ônus de obrigação e de dever:

A distinção que nos parece primordial é a de que a obrigação pede uma conduta cujo adimplemento ou cumprimento traz benefícios à parte que ocupa o outro lado da relação jurídica. Havendo omissão do obrigado, este será ou poderá ser coercitivamente obrigado pelo sujeito ativo. Já com relação ao ônus, o indivíduo que não cumprir sofrerá, pura e simplesmente, via de regra, as consequências negativas do descumprimento que recairão sobre ele próprio. Aquela é essencialmente transitiva e o ônus só o é reflexamente. Outra distinção importante que cabe fazer entre ônus e obrigação é a circunstância de esta última ter um valor e poder, assim, ser convertida em pecúnia, o que não ocorre no que tange ao ônus. Há ainda, uma terceira figura, a do dever (stricto sensu). Além de não ser conversível em pecúnia, tem como característica básica a “perpetuidade”, ao contrário do ônus e da obrigação que se esgotam com o seu cumprimento.

Como é sabido, o encargo probatório encontra-se previsto no artigo 818 da CLT e no Caput do artigo 373 do NCPC, os quais determinam que o ônus do autor é em relação aos fatos constitutivos de seu direito. Enquanto o réu deve provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da pretensão do autor.

O fato constitutivo é aquele que concebe o direito do reclamante e, conseqüentemente, o dever da reclamada, que se provados, deferem ao reclamante o direito a sua pretensão.

Já o fato impeditivo, é aquele que demonstrado pela reclamada, impede o autor de se prevaler de direito comum, quando por exemplo, através de norma coletiva prevê outras condições, desde que não prejudiciais ao trabalhador.

O fato modificativo é aquele que, diferente dos demais, tem a possibilidade de alterar a situação jurídica, como ocorre quando a empresa admite tomar serviços, mas afirma ser o autor autônomo.

---

<sup>26</sup> NETO. Francisco Ferreira Jorge e CALVALCANTE. Jouberto de Quadros Pessoa. Direito processual do trabalho. 6. ed. Atlas. p. 614 e 615. 9 São Paulo. 2013.

Por fim, o fato extintivo, é aquele que torna comprovadamente indevida a pretensão do autor, como por exemplo o pleito de horas extras, quando estas já foram pagas tempestivamente pela empresa.

O ônus da prova, sobretudo, é um dever processual que deve ser precedido da regra geral de distribuição. Para tanto, a doutrina costuma classificar o ônus da prova como subjetivo e objetivo. O subjetivo destina-se as partes, que tem o ônus de comprovar os fatos, conforme as regras de distribuição. O objetivo, é destinado ao juízo, que possui isenção, imparcialidade no ato de decidir, analisando as provas e aplicando de forma lógica o direito.

Para Mauro Schiavi<sup>27</sup>, não há uniformidade de interpretação do ônus da prova no processo do trabalho. A CLT, apenas menciona que o ônus da prova incumbe à parte que as fizer. Afirma ainda o autor, que “vários interpretes se esforçaram para excluir o real alcance do art, 818, da CLT, mas não se chegou a um consenso de quem seria a carga probatória no processo à luz da CLT. Inegavelmente, existem alguns critérios:”

- a) O ônus da prova no processo do trabalho é do reclamado, pois ele tem melhores condições de produzir a prova no processo;
- b) O ônus da prova é do reclamante, pois o autor tem a obrigatoriedade de demonstrar em juízo os fatos da inicial;
- c) Tanto o reclamante como o empregador devem provar os fatos alegados tanto na inicial como na defesa;
- d) O reclamante deve provar os fatos constitutivos de seu direito, e o reclamado os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor;

Nesta linha de raciocínio, referenciando ainda as observações de Schiavi, para ele o artigo 818 da CLT, não é completo, e por si só é de difícil interpretação e também de aplicabilidade prática, pois, como cada parte tem de comprovar o que alegou, ambas as partes têm o encargo probatório de todos os fatos que declinaram, tanto na inicial, como na contestação.

Ainda no entendimento do autor, o artigo 818 consolidado não resolve situações de inexistência de prova no processo, ou de conflito entre as provas produzidas pelas partes. O

---

<sup>27</sup> SCHIAVI, Mauro. Manual de direito processual do trabalho. 6. ed. LTr. p. 616. São Paulo, 2013.

juiz da atualidade, diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF), não pode furtar-se a julgar, alegando falta de prova nos autos, ou impossibilidade de saber qual foi a melhor prova. Por isso, a aplicação da regra de ônus da prova como fundamento de decisão é uma necessidade do processo contemporâneo.

Assim, pode-se deduzir que o ônus da prova é destinada ao julgamento, pois, produzidas as provas, deve o juiz decidir de acordo com a melhor prova, independente de quem a produziu, utilizando-se da regra do ônus da prova, quando as provas produzidas nos autos restarem divididas ou empatadas.

### **2.2.1. A prova do fato negativo**

Quando apresentada a contestação, a reclamada tem o ônus de impugnar especificamente sobre todos os fatos e documentos apresentados na inicial. A contestação pode ser realizada através de dois recursos: (a) através da negativa do fato constitutivo do direito do autor; (b) e através da exposição de fatos que impedem, modificam ou extinguem o direito autoral. Havendo a negativa do réu, o ônus probatório é do autor, conforme art. 373, I do NCPC, e 818, CLT, quanto ao fato constitutivo de seu direito.

Sobre o tema, afirma *Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Calvalcante*<sup>28</sup> que: “A negativa do fato constitutivo não se confunde com os chamados fatos negativos: “Nestes, não há a afirmação da existência do fato pelo autor e a negativa pelo réu, mas, sim, a afirmação de que a incorrência de um fato gera um direito. Afirma-se, portanto, um fato negativo – ou seja, afirma-se que um fato não ocorreu -, e dessa inexistência é que se busca a consequência jurídica pretendida”.

No Direito Romano, preleciona o mesmo autor, que havia uma máxima – *negativa non sunt probanda*, isto é, não se tinha a necessidade da prova do fato negativo. Essa máxima é inaplicável nos dias de hoje, “por ser difícil saber-se qual o fato positivo e qual o fato

---

<sup>28</sup> NETO. Francisco Ferreira Jorge e CALVALCANTE. Jouberto de Quadros Pessoa. Direito processual do trabalho. 6. ed. Atlas. p. 619 e 620. São Paulo. 2013.

negativo. Via de regra, diz Chiovenda, ‘toda afirmação é, ao mesmo tempo, uma negação: quando se atribui a uma coisa um predicado, negam-se todos os predicados contrários ou diversos dessa coisa. E caso de predicados contrários, isso é evidentíssimo: quem diz móvel, diz não imóvel, quem diz escravo, diz não livre, quem diz maior, diz não menor. Em nenhum desses casos haveria como saber quem afirma e quem nega, quem deve provar e quem não’.

A despeito do fato negativo, segundo o autor Mauro Schiavi<sup>29</sup>, prevaleceu para a doutrina clássica, que ela não deve ser objeto de prova. Afirma ainda o autor, que atualmente a moderna doutrina sustenta que o fato pode ser objeto de prova, pois não há na lei processual nada que inviabilize a prova do fato negativo. Além disso, como dizia Chiovenda, quem faz uma negação, a verdade, realiza uma afirmação. De outro lado, ainda que o ônus da prova pertença ao autor quando o réu nega o fato constitutivo do direito, o réu poderá realizar a contraprova no sentido de que o fato não existiu.

Neste sentido, o autor cita ainda os ensinamentos de Carlos Henrique Bezerra Leite:

Na verdade, toda negação contém, implicitamente, uma afirmação, pois quando se atribui a um objeto determinado predicado, acaba-se por negar todos os 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.

Sobre o tema, os Tribunais Regionais do Trabalho tem se inclinado nesse sentido:

**RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM FAVOR DA TOMADORA. ÔNUS DA PROVA DO EMPREGADO.** O ônus de comprovar o labor em favor da tomadora, quando negada a prestação de serviços, é do empregado, pois se trata de fato constitutivo de seu direito (art. 818, CLT c/c art. 333, I, CPC). O entendimento de que cabe à tomadora comprovar que o empregado da prestadora não lhe tenha prestado serviços, sob o fundamento de que é o tomador quem tem o controle dos seus empregados e de seus colaboradores, tendo a maior potencialidade em provar que o trabalhador não lhe prestou serviços, não se sustenta, pois impõe à parte a produção de prova de fato negativo, ou seja, prova impossível. (TRT-2 - RO: 00027747920145020018 SP

---

<sup>29</sup> SCHIAVI, Mauro. Manual de direito processual do trabalho. 6. ed. LTr. p. 602. São Paulo, 2013.

00027747920145020018 A28, Relator: MANOEL ARIANO, Data de Julgamento: 01/10/2015, 14ª TURMA, Data de Publicação: 15/10/2015)

ÔNUS DA PROVA - INVERSÃO - IMPOSSIBILIDADE - O autor não logrou se desvencilhar de seu encargo probatório, ônus que lhe cabia, nos termos do art. 818 da CLT, especialmente no que se refere ao fato de ter recebido ordens para efetuar a manutenção com o equipamento em funcionamento, razão pela qual não há que se falar em reforma do julgado com relação aos danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho. A distribuição do ônus da prova não permite a inversão, especialmente porque as demandadas não tem como fazer prova de fato negativo. (TRT-2 - RO: 00020383920105020491 SP 00020383920105020491 A28, Relator: ODETTE SILVEIRA MORAES, Data de Julgamento: 27/01/2015, 11ª TURMA, Data de Publicação: 03/02/2015).

De modo diverso, não se verifica a hipótese de prova de fato negativo quando, na verdade, se admite uma relação jurídica, porém, diversa da alegada na petição inicial, invertendo-se, o ônus da prova.

E nessa perspectiva, também já se pronunciou a Corte Regional da 2ª região:

VÍNCULO DE EMPREGO - ÔNUS DA PROVA - O ônus da prova da existência da relação empregatícia compete ao autor, invertendo esta incumbência, entretanto, quando a reclamada admite a prestação de serviços embora não reconheça liame empregatício. Não se trata de prova de fato negativo, a inexistência de vínculo de emprego, mas a demonstração da existência de outra forma contratual diversa desse vínculo, alegação da ré, a quem incumbe provar a teor do art. 818 da CLT, bem como por se tratar de fato impeditivo do direito do autor, art. 333, II do CPC. Recurso Ordinário obreiro a que se nega provimento. (TRT-2 - RO: 00033990920135020064 SP 00033990920135020064 A28, Relator: MARIA JOSÉ BIGHETTI ORDOÑO REBELLO, Data de Julgamento: 22/07/2015, 1ª TURMA, Data de Publicação: 02/09/2015).

Sobre o tema, alguns doutrinadores tem batizado a prova do fato negativo como prova diabólica, ao passo que é modalidade de probatória impossível ou extremamente difícil de ser produzida.

Esta prova diabólica ocorre quando tem que se provar algo que não existiu. Neste caso, a teoria estática não resolve a questão, surgindo então a teoria da distribuição dinâmica da prova, que transmite o ônus a quem tiver condição de suportá-lo.

Apesar da força que vem ganhando a teoria dinâmica, na doutrina e jurisprudência, não se trata de obrigar a reclamada a produzir prova negativa, mas possibilita-la ao exercício do direito de defesa, sem causa-lhe prejuízos.

### 2.3. Objeto da prova

A regra geral relacionada a produção de prova, tem por finalidade convencer o julgador a despeito da autenticidade ou não dos fatos controvertidos na ação. O objeto da prova é ratificar o alegado na inicial ou na contestação, com o propósito de conduzir a convicção do julgador.

Em outras palavras, o objeto da prova é aquele fato que não ficou esclarecido na fase instrutória e, que sendo relevantes para o deslinde do feito, deve ser elucidado através de prova.

Para Giuseppe Chiovenda<sup>30</sup> “o objeto da prova são os fatos que não sejam reconhecidos e notórios, porquanto os fatos que não se possam negar *sine tergiversatione* dispensam prova. As normas jurídicas, visto que devem ser conhecidas do juiz, não representam objeto de prova no sentido de que a falta de prova delas possa prejudicar qualquer uma das partes. Da mesma forma, as “regras de experiência”. Faz-se exceção, todavia, quanto as normas que ao juiz cumpra, de fato, aplicar, no caso de provadas, mas que não é obrigado a conhecer, ou seja, as normas de direito consuetudinário e as normas de direito estrangeiro”.

Conforme dispõe o artigo o artigo 375 do NCPC, “*O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial*”.

Sobre o tema, é certo afirmar que as regras de experiência, advindas da vivência, observações dos magistrados, são sem sombra de dúvidas, de suma importância para que seja

---

<sup>30</sup> CHIOVENDA. Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Campinas: Bookseller, 1998. v. 3, p. 113.

respeitado o princípio da primazia da realidade, o direito ao contraditório e ampla defesa, entre outros princípios, que consubstanciam o direito a ser aplicado.

## **CAPITULO III - DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO.**

### **3.1. Da inversão judicial do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho**

A inversão do ônus da prova significa a mudança na distribuição das regras relacionadas ao ônus da prova, podendo ocorrer no momento da produção da prova, bem como, em sentença.

Como é patente, a distribuição do ônus da prova, em regra, segue a previsão legal contida nos artigos 818 da CLT e 376 do NCPC, que estabelecem que ao autor cabe provar os fatos constitutivos de seu direito e ao réu, de provar os fatos impeditivos, modificativos e impeditivos do autor.

Entretanto, há determinadas lides em que o juiz reputa necessária a inversão do encargo probatório, sobretudo, quando constatada a impossibilidade, dificuldade da parte contrária, em produzir tal prova, transferindo o ônus a parte que detém melhores condições.

O magistrado, amparado pela prerrogativa que lhe é conferida através dos seus poderes instrutórios, prevista nos artigos 370 do NCPC e 765 da CLT, deverá atuar vigorosamente na produção das provas, podendo e devendo, se for essencial para extrair a verdade sobre os fatos, inverter ônus da prova.

Para tanto, visando reconhecer e otimizar a instrução probatória, por força do artigo 451 do CPC de 1973, o magistrado poderia, ao iniciar a instrução, após ouvidas as partes, fixar os pontos controvertidos sobre os quais a prova iria incidir, que era realizado quando da efetiva instrução, e assim prosseguir.

Entretanto, o novo código de processo civil, excluiu essa redação, o que não impede o magistrado de fixar os pontos controvertidos, tal como previa o CPC de 1973, com respaldo nos artigos 370 do NCPC e 765 da CLT.

Neste sentido, ensina Mauro Schiavi,<sup>31</sup>: *“Entretanto acreditamos, a fim de resguardar o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, CF), a inversão do ônus da prova dever ser levada a efeito pelo Juiz do Trabalho antes do início da audiência de instrução, em decisão fundamentada (art. 93, IX, CF), a fim de que a parte contra a qual o ônus da prova foi invertido não seja pega de surpresa e produza as provas que entende pertinentes, durante o momento processual oportuno.”*

Os autores, Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante<sup>32</sup>, citam a preleção feita por César Pereira da Silva Machado Junior, *“A colheita das provas trabalhistas é feita na audiência e este é o local e momento ideal para o juiz verificar a existência de qualquer circunstância que leve a inversão do ônus probatório, razão pela qual deverá manifestar-se a respeito nesta oportunidade, de forma expressa, na forma do art. 93, IX, CF”*.

Das exposições acima, os autores Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante, indagam: *“Qual deve ser o critério adotado pelo magistrado para justificar, no caso concreto, a inversão do ônus da prova?”*.

Por conseguinte, indicam as três correntes doutrinárias: *“(a) a existência de uma presunção em favor de quem, originalmente, teria o encargo; (b) a aplicação subsidiária do art. 6º, VIII, dada a verossimilhança da alegação do trabalhador ou a sua hipossuficiência; (c) quem seja a parte mais apta, no caso concreto, a se desincumbir do encargo probatório”*.

Para robustecer as correntes citadas pelos autores, citamos os entendimentos<sup>33</sup> discorridos sobre a matéria:

Para Christovão Piragibe Tostes Mata, *“o ônus da prova se inverte quando há uma presunção em favor de quem normalmente estaria incumbido do encargo de comprovar o*

---

<sup>31</sup> SCHIAVI. Mauro. Manual de direito processual do trabalho. São Paulo. Ltr. 1. ed. p. 464.

<sup>32</sup> NETO. Francisco Ferreira Jorge e CALVALCANTE. Jouberto de Quadros Pessoa. Direito processual do trabalho. 6. ed. Atlas. p. 617 São Paulo. 2013

<sup>33</sup> NETO. Francisco Ferreira Jorge e CALVALCANTE. Jouberto de Quadros Pessoa. Direito processual do trabalho. 6. ed. Atlas. p. 617. São Paulo. 2013. apud. Christovão Piragibe Tostes Mata.

*fato controvertido*”. Como por exemplo, a não juntada fundamentada dos cartões de ponto com a defesa.

Já Mauro Schiavi e César Pereira da Silva Machado, ensinam que o magistrado trabalhista, no caso concreto, há de aplicar a inversão, de forma fundamentada, adotando-se a inteligência subsidiária do art. 6º, VIII, CDC.

Para a terceira corrente doutrinária, aplica-se a inversão para quem tenha melhores condições de produzir a prova. Vale dizer: *“Busca-se, com isso, permitir que o juiz modifique a distribuição do ônus da prova quando verifique que este impõe a uma das partes o ônus da prova ‘diabólica’ (isto é, de uma prova impossível de produção). Neste caso, por decisão judicial, inverte-se o ônus da prova e se atribui tal ônus a quem tenha condições de a produzir. Só se justifica esta distribuição dinâmica do ônus da prova, frise-se, quando a parte a quem normalmente incumbiria o ônus não tenha sequer condições mínimas de produzi-la.”*

Sobre o tema, assevera o autor Mauro Schiavi,<sup>34</sup> que são requisitos para a inversão do ônus da prova no Processo do Trabalho: A faculdade do juiz e os requisitos alternativos da hipossuficiência ou verossimilhança da alegação.

- a) faculdade do juiz: A inversão do ônus da prova é faculdade do juiz que pode ser levada a efeito de ofício, independentemente de requerimento das partes. Segundo melhor doutrina, só haverá a necessidade de inversão do ônus da prova se não houver provas nos autos, ou seja, as partes não se desincumbiram do encargo probatório que lhes competia (non liquet). Como bem adverte Nelson Nery Junior: Caso as partes tenham se desincumbido do ônus da prova, não haverá o non liquet e o juiz, portanto, julgará de acordo com as provas e o seu livre convencimento (CPC 131).”
- b) Hipossuficiência do reclamante: A hipossuficiência não é necessariamente a econômica, mas a dificuldade excessiva de se produzir a prova.
- c) Verossimilhança da alegação: A alegação verossímil é que tem aparência de verdade. Na avaliação da verossimilhança, deve o juiz sopesar se há mais motivos para crer do que para não crer na veracidade da afirmação do autor. Também o juiz do Trabalho se pautará pelas regras de experiência do que ordinariamente acontece (artigo 335 do CPC).

---

<sup>34</sup> SCHIAVI, Mauro. Manual de direito processual do trabalho. 6. ed. LTr. p. 622. São Paulo, 2013.

No que tange ao momento que se deve ser invertido o ônus da prova, o referido autor, assegura que a Lei não disciplina a questão, contudo, acredita 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, a fim de que a parte contra a qual o ônus da prova foi invertido não seja pega de surpresa e produza as provas que entende pertinentes, durante o momento processual oportuno, resguardando assim, o contraditório e ampla defesa.

Destaca ainda o autor, que essa também é a visão de César P. S. Machado Jr.: *“A colheita das provas trabalhistas é feita na audiência e este é local e momento ideal para o juiz verificar a existência de qualquer circunstância que leva a inversão do ônus probatório, razão pela qual deverá manifestar-se a respeito nesta oportunidade, de forma expressa, na forma do art. 93, IC, CF.”*

Neste sentido, assevera o autor, que: como o ônus da prova é uma regra de julgamento, é possível o Juiz inverter o ônus da prova na própria sentença, ou até mesmo o Tribunal fazê-lo segundo o seu livre convencimento, mas, tanto numa hipótese como na outra, sempre em decisão devidamente fundamentada. O que não é possível é inverter o ônus e não propiciar a parte a quem este foi invertido o direito de produzir provas. Se o Juiz indeferir a produção de alguma prova por entender que o ônus seria da parte contrária, deverá a parte requerer que o Juiz consigne seus protestos em ata, a fim de evitar a preclusão. Sob outro enfoque, se o Juiz do Trabalho, ao instruir o processo, não estiver convencido sobre a distribuição do ônus da prova, deverá propiciar as partes igualdade de oportunidades na produção da prova, deixando a fixação da regra de distribuição do ônus da prova para a decisão final.

### **3.2. Princípio da aptidão para a prova**

Atualmente, grande parte da doutrina, considera o princípio da aptidão para a prova na atividade probatória exercida no processo do trabalho, uma das mais importantes.

Sobre o tema, muitos autores defendem que a inversão do ônus da prova sob este fundamento, implica em inverter em considerável número de ocasiões, o ônus da prova em

benefício do empregado, já que, ao menos no que diz respeito à prova documental, normalmente seria o empregador a possuir os meios de convencer o juiz”.

Para Mauro Schiavi<sup>35</sup>, o presente princípio determina que deve produzir prova não quem detenha o ônus processual, mas sim, quem detenha melhores condições materiais ou técnicas para produzir a prova em juízo.

Assinala o autor, que não se trata da inversão do ônus da prova previsto no Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, VIII), mas de se atribuir simplesmente o ônus da prova as partes que tenham melhores condições de produzi-la.

Afirma ainda, que *“trata-se na verdade da superação da regra do ônus da prova previsto nos arts. 818 da CLT e 333 do CPC, à luz dos princípios constitucionais do acesso a justiça, contraditório, ampla defesa e igualdade substancial dos litigantes, uma vez que no processo, em determinadas circunstâncias, a prova pode ser produzida com maior facilidade e efetividade por uma parte a qual não detém o ônus da prova”*.

Enaltece o autor, que este princípio se amolda perfeitamente ao processo do trabalho, considerando a hipossuficiência e a dificuldade probatória de produção de determinadas provas pelo trabalhador, e as melhores condições de produção de determinadas provas pelo empregador, como nas hipóteses da prova do salário (art. 464, da CLT), da jornada (art. 74, §2º CLT), etc.

Ressalta o autor, contudo, que o Juiz do Trabalho deve sempre atuar com equilíbrio, avaliando sempre as circunstâncias do caso concreto, à luz dos princípios da razoabilidade proporcionalidade ao aplicar o princípio da aptidão para a prova.

Há algumas provas, a exemplo do vale transporte, antigamente incumbia ao empregado o ônus da prova, a rigor da cancelada Orientação Jurisprudencial 215 da SBDI-1 do TST.

---

<sup>35</sup> SCHIAVI, Mauro. Manual de direito processual do trabalho. 6. ed. LTr. p. 607. São Paulo. 2013.

Entretanto, o TST recentemente editou a súmula 464 do TST, modificando o seu entendimento, destinando ao empregador o ônus da prova.

Súmula 460. Vale-transporte. Ônus da prova.

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

Tal princípio da aptidão para a prova, também foi exteriorizado através da Súmula 338 do TST:

Súmula nº 338 do TST

JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 234 e 306 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula nº 338 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

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

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

Neste particular, verifica-se a presença do aludido princípio. Ora, se o artigo 74, §2 da CLT determina que as empresas com mais de dez empregados devem manter registros de controle de frequência, em tese, todas as entidades enquadradas nesse perfil, mantém o controle de jornada, possuindo, portanto, maior facilidade para juntar aos autos os documentos referentes à jornada de trabalho do que para o autor, que apenas procedeu a assinatura do cartão-ponto e não ficou com qualquer documento comprobatório a este respeito em seu poder.

A despeito da aptidão, há ainda outros princípios, como o princípio da continuidade da relação de emprego e o princípio da primazia da realidade, que possui grande

força para formar presunções em favor do trabalhador, as quais refletem no direito processual do trabalho.

Nestes casos, verifica-se que o princípio da aptidão para a prova, ao contrário do *in dubio pro operário* não visa conferir tratamento desigual a qualquer uma das partes, tanto é que destina o ônus probatório tanto ao empregador quanto ao empregado, dependendo do direito posto à discussão.

### **3.3. Do princípio da pré-constituição da prova**

O princípio da pré-constituição da prova “é uma variante aplicável quanto à prova documental”.

A prova pré-constituída, seria a hipótese da parte que detém o documento, tratando-se de documento comum, ser obrigada a trazê-lo à instrução. Dessa obrigação pode resultar a inversão do ônus da prova, naquelas hipóteses em que, em observância ao princípio geral de distribuição da prova, o ônus competiria ao empregado.

Como por exemplo, é a hipótese do pleito de horas extras, quando o empregador nega a sobrejornada e a empresa se situa na hipótese prevista no § 2 do art. 74 da CLT.

Desta forma, toda vez que a Lei exigir a demonstração documental, ou seja, a pré-constituição da prova, e o empregador não cumprir a exigência, o ônus probatório se inverterá.

Este princípio decorre de regras estabelecidas na própria CLT, as quais determinam que certos atos comuns à relação empregatícia sejam registrados documentalmente. Seguindo neste mesmo escopo, tem-se como exemplo, o registro constante na Carteira de Trabalho do empregado, o qual é obrigatório e servirá como prova do vínculo de emprego em eventual litígio trabalhista entre o empregado e o empregador, nos termos do artigo 40 da CLT.

Sobre tal princípio, poderá o empregado beneficiar-se do princípio da pré-constituição também, nos casos em que o pedido de demissão ou o recibo de quitação do contrato de trabalho com duração superior a um ano não forem realizados com assistência do sindicato ou perante o Ministério do Trabalho, pois assim tais documentos serão inválidos, nos

termos do artigo 477, §1 da CLT. Assim, em eventual litígio, afirmando obreiro que não percebeu qualquer verba rescisória, não tendo o empregador cumprido as exigências legais no tocante ao pagamento, gozará de presunção de veracidade a alegação do primeiro, o que certamente acarretará o acolhimento do pedido.

Conclui-se, portanto, que em todos os casos em que prevê o princípio da pré-constituição, o seu descumprimento possui o condão de criar presunção iuris tantum de verossimilhança em favor do alegado pelo trabalhador.

### **3.4. A moderna teoria da carga dinâmica do ônus da prova**

A despeito do tema, é imperioso ressaltar, que carga dinâmica e inversão do ônus da prova, apesar de semelhantes, possuem motivação e fundamentos distintos, pois enquanto a inversão do ônus probatório se respalda nas regras previstas em lei, a teoria da carga dinâmica, de forma subjetiva, tem por princípio a aptidão da prova.

Destarte, quando ocorre a inversão do ônus probatório, seja pela regra estática, seja pela aptidão, notadamente sobre as matérias que em regra competiam ao autor provar, sucede-se a relativização do direito, isso porque, a flexibilização na aplicação das regras processuais do direito do trabalho, se coaduna com o princípio protetor do trabalhador, ante a sua condição hipossuficiente na relação jurídica.

Entretanto, embora as inversões geralmente aconteçam em benefício do trabalhador, quando a inversão processual ocorrer em decorrência da aptidão para produção da prova, essa pode ocorrer em benefício do empregador também, a depender do caso concreto.

Com efeito, a jurisprudência ainda se divide sobre a questão, vez que há o conflito de princípios, quando a proteção do trabalhador emerge amplamente para a forma procedimental, saindo do campo do direito material, apenas.

A propósito do tema, Mauro Schiavi <sup>36</sup> *“afirma que, atualmente a moderna doutrina vem defendendo interpretações mais flexíveis das regras de reparações do ônus da prova fixadas nos*

---

<sup>36</sup> SCHIAVI, Mauro. Manual de direito processual do trabalho. 6. ed. LTr. p. 624

*artigos 818 da CLT e do artigo 333 do CPC (atual 376 CPC/15). Diante da necessidade de se dar efetividade ao acesso à ordem jurídica justa e não inviabilizar a tutela do direito à parte que tem razão, mas não apresenta condições favoráveis de produzir a prova do fato constitutivo de seu direito, é possível ao Juiz do Trabalho atribuir o encargo probatório à parte que tem melhores condições de produzir a prova. É o que a doutrina tem denominado de carga dinâmica na produção do ônus da prova”.*

Assevera ainda o autor, que a carga dinâmica do ônus da prova tem suporte nos princípios da aptidão para a prova, cooperação processual, boa-fé objetiva das partes no processo e também em critérios de justiça e razoabilidade. O juiz do trabalho, como reitor do processo (art. 765, da CLT), deve ter a sensibilidade, à luz das circunstâncias do caso concreto, de atribuir o encargo probatório ao litigante que possa desempenhá-lo com maior facilidade.

Destaca ainda o autor, que por outro lado, a moderna doutrina vem sustentando que o ônus da prova, além de ser regra de julgamento, é também uma regra de instrução processual, devendo o juiz, antes de realizar os atos instrutórios, analisar as teses da inicial e da defesa, bem como os fatos e circunstâncias do processo, e fixar o ônus da prova à parte que esteja em melhores condições de produzi-la.

Para ele, trata-se, inegavelmente, de uma tendência mundial do processo de majoração dos poderes do Juiz a direção do processo, a fim de que os litigantes sejam tratados com isonomia real e a justiça seja implementada com maior efetividade. Não se trata de arbítrio do Juiz, pois terá que justificar, com argumentos jurídicos, sob crivo do contraditório, diante das circunstâncias do caso concreto.

Explica ainda, que a presente teoria não se confunde com a inversão do ônus da prova, embora tenha ela tenha contato, pois a inversão pressupõe a presença dos critérios previstos na lei. De outro lado, a carga dinâmica se assenta no princípio da aptidão para a prova, não necessitando a presença da verossimilhança da alegação do autor.

---

Corroborando a tese que ora se expõe, o anteprojeto do código de processo civil em seu artigo 262, já previa a possibilidade de o Juiz distribuir inversamente o ônus da prova, dependendo das circunstâncias e peculiaridades do caso.

Assim, embora o CPC/15 não tenha sido aprovado neste dispositivo e da forma antes editada, o artigo 373 do NCPC, precisamente no §1º, ampliou significativamente a condução do magistrado sob o ponto de vista instrutório, possibilitando—o a inversão do ônus probatório, quando constatada a impossibilidade ou excessiva de que tinha detinha o ônus, produzi-la, devendo, portanto, fundamentar a decisão.

Sobre tal enfoque, o Tribunal Superior do Trabalho vem decidindo:

**TRABALHADOR PORTUÁRIO. ÔNUS DA PROVA EFETIVA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. TÍQUETE-REFEIÇÃO. A jurisprudência desta Corte superior, com fundamento no princípio da proteção e amparada na teoria da carga dinâmica de distribuição do ônus da prova, tem atribuído ao Órgão Gestor de Mão de Obra - OGMO e ao Operador Portuário o encargo de comprovar que não se beneficiaram dos serviços prestados pelo trabalhador avulso constante da escala diária.** Tal entendimento lastreia-se na obrigação legal imposta ao OGMO e ao Operador portuário de verificarem "a presença, no local de trabalho, dos trabalhadores constantes da escala diária" (artigo 6º da Lei n.º 9.719/98). Precedentes. Recurso de revista conhecido e não provido. **PRESCRIÇÃO. PORTUÁRIO. TRABALHADOR AVULSO.** 1. O artigo 7º, XXXIV, da Constituição da República estendeu ao trabalhador avulso todos os direitos assegurados aos trabalhadores urbanos e rurais com vínculo empregatício. De outro lado, no rol do artigo 7º encontra-se o inciso XXIX, que trata do prazo prescricional. A contagem do prazo prescricional, a partir do advento da Constituição da República de 1988, ganhou nova perspectiva, porquanto se permite a discussão sobre possível violação de direitos decorrentes da relação de emprego, observados os últimos cinco anos e respeitado o prazo de dois anos contados do término da relação jurídica laboral. 2. Esta Corte superior, na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14/9/2012, decidiu cancelar o entendimento contido na Orientação Jurisprudencial n.º 384 da SBDI-I, quanto à aplicação da prescrição bienal prevista no artigo 7º, XXIX, da Constituição da República ao trabalhador avulso, tendo como marco inicial a cessação do trabalho ultimado para cada tomador de serviço. 3. Na presente hipótese, concluiu o Tribunal Regional que não houve a cessação da prestação de serviços pelo demandante. Nesse contexto, resulta escorregia a decisão recorrida, mediante a qual se concluiu pela incidência do prazo prescricional quinquenal. 4. Recurso de revista não conhecido. **USIMINAS. ATIVIDADE PREPONDERANTE. ENQUADRAMENTO SINDICAL. INAPLICABILIDADE DE NORMA COLETIVA FIRMADA POR SINDICATO QUE NÃO REPRESENTA A DEMANDADA. MATÉRIA FÁTICA.** É insuscetível de revisão, em sede extraordinária, a decisão proferida pelo Tribunal Regional à luz da prova carreada aos autos. Somente

com o revolvimento do substrato fático-probatório dos autos seria possível afastar as premissas sobre as quais se erigiu a conclusão consagrada pelo Tribunal Regional, no sentido de que a reclamada é qualificada como operadora portuária e, como tal, esteve representada pelo Sindicato dos Operadores Portuários do Estado de São Paulo (SOPESP), sendo-lhe aplicáveis as sentenças normativas acostadas aos autos. Incidência da Súmula n.º 126 do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista não conhecido. **PREVALÊNCIA DO ACORDO COLETIVO SOBRE A CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N.º 297, I, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.** A ausência de pronunciamento, por parte da Corte de origem, acerca de elemento essencial à tese veiculada no apelo torna inviável o seu exame, à míngua do indispensável prequestionamento. Hipótese de incidência do entendimento cristalizado na Súmula n.º 297, I, desta Corte superior. Recurso de revista não conhecido . (TST - RR: 485003120065020253 Data de Julgamento: 12/08/2015, Data de Publicação: DEJT 18/08/2015). **(Grifos Nossos)**.

### **3.5. A consolidação da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova na atual sistemática processualística brasileira**

Após vários anos discutindo a teoria da carga dinâmica do ônus da prova, em que pese já fosse entendimento o entendimento majoritário da mais alta corte laboral, o Novo Código de Processo Civil, recentemente aprovado, adotou essencialmente o critério dinâmico de distribuição do ônus da prova no artigo 373<sup>37</sup>, permitindo uma intervenção judicial sólida, que atribua o encargo probatório dos fatos discutidos a quem tiver maior facilidade para produzi-la.

---

<sup>37</sup> Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

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

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

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

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

I - recair sobre direito indisponível da parte;

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

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

Revela-se, portanto, que a regra geral continua sendo a tradicional, qual seja, a distribuição estática do ônus da prova, insculpidas no artigo 818 da CLT e caput, incisos I e II do NCPC.

Por conseguinte, o NCPC avançou ao ratificar expressamente nos parágrafos do citado artigo, a teoria dinâmica do ônus da prova, autorizando a modificação pelo juiz do encargo de produzir determinada prova, à parte que possua maior aptidão em demonstra-la.

A inovação adotada pelo Novo CPC, acerca da dinâmica probatória, tem por finalidade principal, o de assegurar o direito a quem de fato o seja digno, garantindo maior equivalência instrumental entre as partes na produção das provas, independente do polo processual, do fato a ser provado, priorizando a efetividade na prestação jurisdicional.

Corroborando a flexibilização instrumental, ora normatizada, o Novo CPC, ampliou ainda mais os poderes instrutórios do magistrado, através dos artigos 139, VI e 357, III do NCPC, com base na garantia constitucional do processo, que objetiva, sobretudo, o acesso à justiça.

Estas inovações procedimentais à disposição do magistrado, devem servir como forte instrumento, quando observar que a distribuição estática é impossível ou insuficiente, possibilitando-lhe uma percepção mais fiel sobre a controvérsia deflagrada nos autos.

Em virtude dessas inovações processuais, no que se refere à prova diabólica, convém destacar que o parágrafo 1º do artigo 373 NCPC, em que pese permitir a inversão do ônus da prova, possibilita ao mesmo tempo, a oportunidade de quem ficou encarregado, de provar e de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído pelo juiz.

Entretanto, evitando a possibilidade de eventual arguição de nulidade dos atos, decorrentes do encargo de produção de provas impossíveis ou excessivamente difícil, reforçou a necessidade de observância e respeito ao contraditório para que a parte por ventura prejudicada, possa se manifestar em sentido contrário à decisão judicial que alterou a distribuição dos encargos probatórios causando-lhe prejuízos.

Ao ensejo da conclusão deste importante tema, sobretudo, no tocante a teoria dinâmica do ônus da prova, ora consolidado pelo NCPC, as críticas que se apresentam, transitam sobre o excesso de poder do magistrado na condução da instrução processual, temendo haver decisões abusivas e arbitrárias, conquanto a ocorrência da prova diabólica, de forma que sua aplicação abusiva pode gerar desdobramentos prejudiciais a quem recaiu.

O novo CPC, alinhado as normas constitucionais, guarda relação contemporânea e segura, na busca da justa aplicação do ordenamento jurídico no caso concreto. Sendo que foi dada especial atuação do magistrado, para cada vez mais, agir como agente colaborador do processo, inclusive como participante ativo do contraditório, que na visão mais moderna reconhece também o direito das partes de participar e influenciar na construção das decisões judiciais que as envolve, conforme art.10, NCPC.

Diante do exposto, inadmissível se revela a inércia do juiz, devendo sua atuação ser dinâmica e sagaz na condução da instrução processual, atendendo, sobretudo, a finalidade social do processo. Para tanto, visando evitar equívoco ou arbitrariedade nas decisões judiciais, as partes devem estar atentas a todos os atos, resguardando-se das medidas imediatas (protestos antipreclusivos) e mediatas, elegendo a via recursal cabível, não permitindo a discricionariedade abusiva e prejudicial do processo.

## CAPITULO IV - ÔNUS DA PROVA NA DISPENSA DISCRIMINATÓRIA

### 4.1. Conceito de discriminação

A presente conceituação se faz necessária a luz do processo do trabalho, por se tratar de tema extremamente sensível e de difícil comprovação, em razão da silenciosa arbitrariedade em que muitas vezes o trabalhador é acometido.

A discriminação no trabalho, tema bastante recorrente, complexo e relevante no âmbito do direito do trabalho, tem como principal embasamento, o princípio da igualdade, sendo amplamente vedada a sua prática, resguarda por normas constitucionais, internacionais e organizações que atuam no combate a discriminação

Para Godinho Delgado<sup>38</sup>, discriminação “*é a conduta pela qual se nega à pessoa, em face de critério injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ele vivenciada*”.

A Convenção nº 111 da OIT, no seu artigo 1º, ratificada pelo Brasil em 1965, define que a discriminação “*é Toda a 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*”.

Na história, vários são os grupos de pessoas que são discriminadas, seja por raça, sexo, condição social, econômica, deficiência, entre inúmeras outras discriminações, que ocorrem veladamente, e é nesse ponto, que o debate merece destaque.

A discriminação pode ocorrer pelas situações mais comuns, como acima exemplificadas, por doença, por preferências pessoais, entre outras. Pode ser ainda pela aparência, pela propositura de uma reclamação trabalhista contra um ex-empregador, porque

---

<sup>38</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 767.

participou de uma greve, por inúmeros motivos, que não guardam qualquer relação à execução da atividade.

Destarte, apesar dos conceitos legalmente definidos sobre a discriminação, mormente, na relação de emprego, o fato é que a discriminação tem uma proporção muito maior do que o preconceito, pois, correspondem a um estigma e reflexos que não são facilmente percebidos.

Não obstante, o direito contemporâneo nos revela uma atuação cada vez mais ativa do poder judiciário, combatendo com altivez todas as formas de prática discriminatória nas relações de trabalho, atingindo, porquanto, a finalidade social que se busca.

#### **4.2. Discriminação direta e indireta**

Neste passo, para que se entenda melhor a ocorrência desse ato, é necessário esclarecer como, geralmente, acontece. Evidente, que alguns atos, por si só já demonstram a reprovável prática, dispensando maiores explicações, pois notórios.

Entretanto, há ainda formas específicas, para sua configuração, quais sejam: a discriminação direta e a indireta, sendo a primeira, reprovável de imediato, e a segunda, são aquelas aparente neutras, mas que interferem negativamente na vida de um grupo de trabalhadores.

Sobre essa distinção, explica Estevão Mallet<sup>39</sup> que “em alguns casos a discriminação se manifesta de maneira frontal. É o que se dá quando, por exemplo, mulheres são excluídas do processo seletivo para exercer a função de motorista, em consequência tão somente do gênero e preconceitos existentes na sociedade. Em outros casos, ao contrário, a adoção de critérios aparentemente impessoais repercute de maneira diferente em certos grupos ou pessoas. A primeira forma de discriminação é chamada de direta. A segunda, quando os critérios são caprichosos ou desnecessários, é tratada como discriminação indireta ou, conforme a terminologia do direito norte-americano, *disparate impact*, *disparate effect*, ainda, *disproportionate impact*”.

---

<sup>39</sup> MALLET. Estevão. Igualdade e discriminação em direito do trabalho. LTr. São Paulo. 2013. p. 98.

Revela o autor importante decisão ocorrida nos Estados Unidos sobre o tema:

Em decisão de 1977, a Suprema Corte dos Estados Unidos definiu a discriminação indireta como sendo aquela caracterizada por “practices that are facially neutral in their treatment of diferente groups but that in fact fall more harshly on one group than another and cannot be justified by business necessity”. Antes de 1971 o tema foi discutido, no âmbito trabalhista, no julgamento *Griggs v. Duke Power Co.* A situação envolvia exigência de testes acadêmicos, formação no ensino médio e avaliação de nível intelectual, para contratação e transferências em empresa de energia elétrica da Carolina do Norte. As provas colhidas no processo demonstraram que os requisitos postos pela empresa, não guardavam relação com as funções atribuídas aos empregados e que “employess who have not completed high school or taken the tests have continued to perform satisfactorily and make progress in departments for which the high school and test criteria are now used”. Embora estivessem evidenciadas a boa intenção da empresa e a ausência de propósito discriminatório, a Corte considerou inaceitáveis os critérios adotados. Explicitou que a legislação sobre discriminação considera “the consequences of employment practices, not simply the motivation”. E arrematou: “What Congress has commanded is that any tests used must measure the person for the job and not the person in the abstract”. Quer dizer, na discriminação indireta não importa “le mobile que a prévalu à l’adoption d’une mesure”.

Assevera ainda o autor, que em outro exemplo do mesmo ano de 1977, debateu-se a discriminação contra mulheres, ao exigi-las requisitos como, altura e peso para exercer função de guarda penitenciário. Entretanto, ante a natureza da atividade, admitiu-se relativamente a possibilidade das exigências de alguns requisitos, requerendo, portanto, a demonstração da necessidade.

É fato, que a discriminação indireta possui uma linha tênue, sobre o que é ou não admissível, ante a natureza da atividade, por tratar-se de direito subjetivo, impõe a necessidade de provar se determinado ato foi ou não discriminatório.

Nessa esteira, não podemos entender como discriminação indireta, quando um empregado dispensado sem justa causa, ajuíza ação em face da empresa, alegando ter sido discriminatória a dispensa, por exemplo, pelo fato dele exalar odor desagradável! Trata-se apenas de um exemplo, mas, não incomum, que por situações como esta, o sujeito venha a demandar contra a empresa. Neste cenário, como seria tratada a situação? O empregado realmente emite essa sensação, sabe disso e utiliza arditosamente para acusar a empresa? Ou,

de fato, por causar desconforto entre os demais colegas, a empresa o demitiu? Seria motivo para dispensa? Qual o limite entre a discriminação e a verdade?

Como preleciona Estevão Mallet<sup>40</sup>, “*nem sempre é fácil, delimitar o exato conceito de discriminação indireta. Afinal nem todo impacto desigual, em prejuízo de grupos desfavorecidos, provocado por certas práticas, quer as realizadas por agentes públicos, quer as estabelecidas por particulares, caracteriza, por si só, discriminação*”.

Extraímos dos ensinamentos do autor, que no Brasil, embora não pareça, são menos frequentes os casos, comparados a outros países, pois há algumas medidas que proíbem a prática discriminatória, como por exemplo, o artigo 442-A da CLT, que veda a exigência de comprovação de experiência.

Segundo Mallet, ante a dificuldade teórica para configurar a discriminação indireta, em dos seus julgamentos, a Corte Suprema dos Estados Unidos, incluiu o requisito da motivação do ato para que se caracterize a prática censurável. Todavia, entende que a prova do motivo é muito difícil de ser feita. Sempre havendo como justificar motivos aparentemente legítimos, fundados em motivos verdadeiramente ilegítimos.

Consequentemente, a discriminação, sobretudo, a indireta, possui similaridade com a comprovação da prática de dano moral, em razão da subjetividade da matéria, restando ao julgador a aplicação da técnica processual adequada para concluir se houve ou não ato motivado de discriminação na relação de trabalho.

### **4.3. Normas aplicáveis em casos de discriminação no trabalho**

É evidente, que o empregador tenha a liberdade de estipular as regras e perfis à contratação de seus empregados, contudo, essa liberalidade não pode impor situações

---

<sup>40</sup> MALLET. Estevão. Igualdade e discriminação em direito do trabalho. LTr. São Paulo. 2013. p. 101

discriminatórias, na medida em que, indiretamente condena inúmeras pessoas a marginalidade e exclusão, quando o acesso ao emprego é vedado, revelando a desigualdade de oportunidades.

No entanto, visando resguardar este tão importante princípio, o Estado deve atuar ativamente na proibição de condutas discriminatórias, preconceituosas ou racistas, sobretudo, nas relações de trabalho.

Nesse sentido, o direito de contratar, ou mesmo de demitir, em que pese o direito potestativo, devem sempre se pautar na licitude e necessidade, evitando o empregador o direito de abusar do poder que detém, desviando-o de sua finalidade.

Com efeito, o direito positivo brasileiro prevê como crime o ato discriminatório, os definidos nas leis nº 7853/89, que trata da pessoa portadora de deficiência, a Lei nº 9029/95, que cuida da origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, idade e sexo e da Lei nº 7716/89, que trata especialmente de raça ou cor.

Referidas leis, possuem rol exemplificativo sobre discriminação, entretanto, a Lei nº 9029/95<sup>41</sup>, que versa especialmente sobre a prática de discriminação nas relações de trabalho/emprego.

---

<sup>41</sup> Art. 1º É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)(Vigência)

Art. 2º Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:

I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez;

II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem:

a) indução ou instigamento à esterilização genética;

b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

Pena: detenção de um a dois anos e multa.

Parágrafo único. São sujeitos ativos dos crimes a que se refere este artigo:

I - a pessoa física empregadora;

II - o representante legal do empregador, como definido na legislação trabalhista;

III - o dirigente, direto ou por delegação, de órgãos públicos e entidades das administrações públicas direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Depreende-se da referida norma, assim, como na Constituição Federal, entre outras normas, que por razões históricas fizeram com que a Lei estipulasse normas de proteção ao trabalho.

Citamos por exemplo, a maternidade e a possível discriminação daí decorrente, pois, em que pese a CLT e a Constituição Federal, protejam a mulher, como preveem o artigo 391, CLT e a alínea “a” do artigo do ADCT da Constituição Federal, há casos em que o fato da mulher encontrar-se em estado de gravidez é determinante para sua exclusão do quadro de empregados. É perceptível tal prática, por exemplo, quando requisitado pelo pretense empregador, exames prévios de gravidez, esterilização, em que pese a vedação legal.

É óbvio, pois, que a Constituição Federal de 1988 sedimentou os direitos fundamentais, sobretudo, ao vedar a desigualdade e quaisquer outras formas de discriminação, proibindo, por exemplo, a distinção de salários, funções, critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, positivado no artigo art. 7º, XXX, da CF, igualdade na justiça social garantida pela busca do pleno emprego e na redução das desigualdades sociais, vide art. 170, VII e VIII da CF.

Não obstante, a Constituição Federal vedar qualquer prática discriminatória, a Lei nº 9029/95, por sua vez, além de exemplificar as práticas consideradas discriminatórias, prevê penalidades ao empregador que a descumpra-la.

Assim, ante a vedação expressa prevista no artigo 1º da Lei, se configurada a prática de dispensa ante o rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, o artigo 4º da mesma Lei<sup>42</sup>, prevê a faculdade do empregado, em requerer a reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento ou a percepção em dobro da remuneração correspondente a remuneração do período de afastamento.

---

<sup>42</sup> Art. 4o O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre: (Redação dada pela Lei nº 12.288, de 2010).

I - a reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros legais; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

Em consonância com o assunto, aliada as normas em vigor, o artigo 7º da Declaração Universal dos Direitos, o artigo 24 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José) e a (OIT) Organização Internacional do Trabalho, trata do assunto, especialmente na Convenção nº 111, entre outras, da não discriminação no emprego. que estipulam, entre outras práticas, a igualdade entre as pessoas, bem como, a vedação de prática discriminatória.

Por fim, o Ministério Público do Trabalho do Brasil, atuando como “custus legis”, tem exercido importante função ativa, através de prevenção e repreensão, instaurando procedimentos investigatórios e inquéritos civis públicos, visando reprimir toda e qualquer forma de discriminação que limite o acesso ou a manutenção de postos de trabalho.

Destarte, a atuação do MPT poderá promover, entre outros, a assinatura de Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta, a propositura de Ações Civis, emissão de pareceres perante os Tribunais, abarcando o máximo as práticas que possam lesionar os interesses fundamentais dos trabalhadores.

#### **4.4. Ônus da prova sobre a alegada dispensa discriminatória**

O presente trabalho chega por fim ao ponto culminante de sua discussão, onde revelam dois temas muito importantes na justiça do trabalho, quais sejam, a discriminação nas relações de trabalho e a principal ferramenta na instrução, a prova!

Como já explanado, a discriminação na relação de trabalho se revela antes mesmo da contratação, havendo a sua ocorrência na vigência do contrato de trabalho e, na dispensa, onde na maioria das vezes ocorre de forma velada, pois silenciosas e subordinadas.

Neste passo, é que a prova tem grande relevância quando determinada lide tem por objeto a reintegração ou indenização, cumulada com pedido de indenização por dano moral, revestida do estigma discriminatório não explícito.

Segundo Mallet, o processo é um dos principais elementos para se combater a discriminação. Para o autor, é ainda muito difícil discutir judicialmente o problema da discriminação. E nesse sentido revela<sup>43</sup>: *O motivo é muito simples: a discriminação normalmente não se dá – ou não se dá mais hoje em dia – de modo ostensivo, declarado ou manifesto. Ela é quase sempre dissimulada, disfarçada. Mostra-se “unusual to find direct evidence of racial discrimination”, como registrou em um julgamento a House of Lords. Fala-se, por conseguinte, em discriminação de segunda geração, em contraste com a discriminação aberta, de primeira geração, praticada o passado, quando, por exemplo, em ofertas de empregos, se adiantava não se tratar de trabalho para mulheres ou se advertia ser necessária boa aparência ou, ainda, que Irish need not apply. São ressalvas ou restrições raras de encontrar nos dias de hoje, ainda que não tenham completamente desaparecido.*

Para ele, o problema é muito delicado no Direito do Trabalho, na medida em que muitos atos se fundam no direito potestativo do empregador. Como bem assevera:

A dispensa, por exemplo, não precisa, como regra geral, ser motivada. Não está o empregador obrigado a declinar o motivo para a rescisão do contrato de trabalho, quando não invocada a justa causa, se pretende dispensar por motivo discriminatório, simplesmente silencia. Não indica a razão. O mesmo vale para a admissão do trabalhador. Ninguém dirá que não admite o trabalhador por conta do seu sexo, de sua raça, de sua idade, de sua origem ou de outro fator discriminatório de qualquer natureza. Em consequência, consoante anota Jaques Le Golf, “em matière de discrimination, il’ effectivité du droit butte sur l’écueil de la preuve de pratiques illicites.

Ao analisar a questão, de fato é de se admitir, a reduzida quantidade de ações trabalhistas motivadas pela discriminação no trabalho, quiçá na dispensa, revelando-se no máximo, pedido acessório de indenização por dano moral decorrente de constrangimento por descumprimento de normas básicas, etc, que não se inserem diretamente no campo discriminatório propriamente.

A discriminação nas relações de trabalho, como já dito alhures, pode se dar de forma direta, aquela que se dá de forma mais explícita, e indireta, como sabido, aquela que através de normas empresariais, exigências exorbitantes, entre outros, pressupõem condição de desigualdade, discriminando dissimuladamente o sujeito da relação.

---

43

Mallet, ao exemplificar a questão, afirma que nos Estados Unidos da América, não são expressivos os casos em que são julgados procedentes sob a alegação de discriminação por faixa etária.

Por outro lado, assevera o autor, que o legislador português foi muito feliz ao disciplinar o problema com a transposição, para o direito interno, da regulamentação preconizada pela Diretiva 2000/78 da União Europeia. Cita a terceira alínea do artigo 23 do Código do Trabalho, que dispõe: *“cabe a quem alegar discriminação fundamentá-la, indicando o trabalhador ou trabalhadores em relação aos quais se consideram discriminados”*. Em consequência de tal preceito, *aquele que se considera discriminado por conta de sua raça, religião ou convicção ou outra circunstância, deve apenas apontar outros trabalhadores que tiveram tratamento diferenciado. Prossegue o mesmo dispositivo estabelecendo, que incumbe ao empregador provar que as diferenças de condições de trabalho não assentam em nenhum dos fatores indicados no n.1”*.

Sobre tal assertiva, é evidente que a incumbência do empregador se assemelha aos fatores impeditivos, modificativos e extintivos, como prevê o direito processual do trabalho, entretanto, não parece solucionar a controvérsia, quando de forma, sagaz o empregador, possuidor de meios aptos, constitui contraprova com fundamentos completamente alheios a situação posta.

Segundo Mallet, a regra exemplificada, encontra paralelo em vários outros sistemas jurídicos.

*“O art. 96 da Ley de Procedimiento Laboral española, por exemplo prevê: “En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, origem racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidade”. E a Lei belga de 10 de maio de 2007 dispõe, em seu art. 28, §1º: “Lorsqu’une personne qui s’estime victime d’une discrimination, le Centre ou l’un des groupements de présumer l’existence d’une discrimination fondée sur l’un des critères protégés, il incombe au défendeur de prouver qu’il n’y a pas eu de discrimination”*”.

Para o autor, quando se busca realmente tratar judicialmente de casos de discriminação, é impostergável permitir, em certos casos e preenchidas determinadas condições, a inversão do ônus da prova ou, como preferem outros, é preciso aliviar o ônus da prova atribuído normalmente ao autor.

Nessa linha, quem estabelece a diferenciação é quem deve comprovar a justificativa para a conduta. Que a prática se constituiu devido a natureza da atividade, do conhecimento técnico, entre outros motivos, para legitimar eventual distinção.

Adverte Mallet, que a inversão do ônus da prova não deve ser aplicada de forma irrestrita e gratuita, mediante mera alegação do autor, fazendo duas ressalvas a despeito da inversão probatória:

Primeiramente é necessária a demonstração do que os tribunais norte americanos chamam de “prima facie case” e que, nos sistema romano-germânico, qualificam como indícios de discriminação.

A chamada “prima facie case”, no processo do trabalho, associa-se o art. 375 do NCPC estabelece que, na falta de norma específica, “o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece ”, sendo que a regra máxima de experiência, decorre do que normalmente acontece, fazendo parte da prática normal do juiz. Sob tal angulação, é que se extrai a chamada “prima facie”, também chamada prova de primeira aparência, ou chamada ainda de verossimilhança.

A segunda ressalva pontuada pelo autor, diz respeito à limitação da inversão do ônus da prova ao campo não penal, pois em matéria criminal não se pode pensar em presunção de culpabilidade. No direito penal, não cabe ao réu provar sua inocência, ao contrário, cabe ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca a culpa do acusado. Nesta linha de raciocínio, como no caso da Lei 7.716/89, o crime de racismo não se pode fundar em simples presunção, em decorrência, por exemplo, da não admissão de certos empregados, com a admissão de outros. Não é razoável a construção do prima facie case para aplicação de sanção penal, é preciso prova efetiva da prática criminal.

Assim, considerando a primeira hipótese, estando o juiz do trabalho diante de uma situação em que comumente aparece a discriminação, poderá fazer uso do disposto no art. 375 do NCPC, considerando-a provada prima facie.

Entretanto, a inversão do ônus da prova nos casos de discriminação não pode ser considerada apenas sob o ângulo da “prima facie” ou regras de experiências, como brevemente exposto, deve-se levar em conta as regras de direito processual, em especial, a regra de distribuição do ônus da prova.

Por esse motivo, muitos defendem a teoria dinâmica do ônus da prova, pois sua aplicação, quando razoável, permite a tutela jurisdicional efetiva, adequada, atendendo ao direito fundamental vindicado.

Antes da reforma do Código de processo civil, discutia-se muito sobre a sua aplicação, pois essa possibilidade com respaldo na doutrina e jurisprudência apenas, poderia ensejar abusos ante a subjetividade do julgador. Assim, a controvérsia era decidida sob o enfoque de quem possuiria maior aptidão para produzir a prova, invertendo-se assim, o encargo. Neste sentido, a aptidão pertencia a parte que teria melhor condição de produzi-la.

Assim, no caso de discriminação, embora, muito controvertido o tema, muitos doutrinadores entendem que o empregador é que possui maiores condições de produzir a prova, ainda que tenha negado o fato constitutivo do direito.

Destarte, com a vigência do novo CPC, norma vigorosamente aplicada ao processo do trabalho, a teoria dinâmica do ônus da prova foi expressamente autorizada através do artigo 373, §§1º e 2º, possibilitando ao magistrado, quando verificada a impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo, de inverter o ônus da prova, desde que o faça de forma fundamentada, respeitado o princípio do contraditório, bem como, que não gere situação de extrema dificuldade ao incumbido.

A despeito da inversão, que já era aplicada ao processo do trabalho por meio de princípios constitucionais, nos parece que a normatização, gera a prerrogativa e ao mesmo tempo o dever ao magistrado, na medida em que, para inverter o ônus da prova, deve fundamentar sua decisão. Assim, pensamos que ao decidir sobre tal regra, o magistrado irá ponderar sua decisão, sob pena de nulidade do ato.

Outrossim, o referido artigo, assegura a parte que foi em incumbida ao encargo probatório mediante decisão interlocutória, a possibilidade de demonstrar que o ato é excessivamente impossível, aviltando a condição que lhe foi imposta.

Outro não é o escólio, quando nos deparamos com os processos judiciais que discutem discriminação, decorrentes da relação de trabalho, pois atrai análise de extrema sensibilidade e apuração de quem os julga.

As práticas que são consideradas discriminatórias são muitas, além do rol exemplificativo previsto na Lei 9029/95, pois há aquelas condutas, que veladas, coadunam com a desigualdade social, o acesso ao trabalho e emprego, entre outros, que conseqüentemente discriminam outros grupos.

Apesar de incomum, não é difícil encontrar julgados neste sentido, senão vejamos:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. REINTEGRAÇÃO. 4.1 - O entendimento desta Corte superior é no sentido de que ônus da prova da dispensa não discriminatória cumpre ao empregador. Isso porque o direito de rescisão unilateral do contrato de trabalho, mediante iniciativa do empregador, como expressão de seu direito potestativo, não é ilimitado, encontrando fronteira em nosso ordenamento jurídico, notadamente na Constituição Federal, que, além de ter erigido como fundamento de nossa Nação a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 1.º, III e IV), repele todo tipo de discriminação (art. 3, IV) e reconhece como direito do trabalhador a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária (art. 7.º, I). 4.2 - Esta Corte, inclusive, sinaliza que, quando caracterizada a dispensa discriminatória, ainda que presumida, o trabalhador tem direito à reintegração, mesmo não havendo legislação que garanta a estabilidade no emprego, consoante a diretriz da Súmula 443 do TST e de precedente jurisprudencial. 4.3 - No presente caso, emerge dos autos a presunção de que a dispensa do reclamante, portador de glaucoma congênito e em vias de realizar cirurgia, por iniciativa do empregador, foi discriminatória e arbitrária, até porque não houve nenhuma prova de que ela ocorreu por motivo diverso, constituindo, portanto, afronta aos princípios gerais do direito, especialmente os previstos nos arts. 1.º, III, 3.º, IV, 7.º, I, e 170 da Constituição Federal. Recurso de revista conhecido e provido. PROCESSO Nº TST-RR-1996700-79.2006.5.09.0011 - DELAÍDE MIRANDA ARANTES Ministra Relatora – 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho.

DOENÇA GRAVE. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. NÃO COMPROVADA. REINTEGRAÇÃO. INVIÁVEL. Conquanto à jurisprudência venha repudiando a dispensa discriminatória de trabalhador comprovadamente portador de doença grave, para que este tenha direito à reintegração deve haver prova de que foi dado ao empregador a ciência da doença. (TRT-1 - RO: 00112663720145010067 RJ, Relator: RELATOR, Data de Julgamento: 18/01/2016, Sétima Turma, Data de Publicação: 03/03/2016)

DOENÇA GRAVE. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA NÃO COMPROVADA. REINTEGRAÇÃO INDEVIDA. A discriminação não foi

comprovada. Tanto é assim, que a reclamante disse que a doença se manifestou em novembro de 2010, durante o pacto laboral, e que a reclamada tinha ciência desde então. Ora, se a dispensa fosse de fato discriminatória teria ocorrido muito antes e não um ano depois de se manifestar. Entendo, assim, que a discriminação, in casu, não pode ser presumida, já que a reclamada não dispensou a autora quando ciente do mal que lhe acometia. Não tendo sido produzida nenhuma prova que ateste a dispensa por motivo discriminatório não há motivos para manter a reintegração. (TRT-1 - RO: 00004148320125010079 RJ, Relator: Volia Bomfim Cassar, Data de Julgamento: 05/08/2015, Segunda Turma, Data de Publicação: 20/08/2015.

A grande maioria dos julgados versam sobre as hipóteses de doenças, já consolidada na súmula 443 do TST, vejamos:

#### **Súmula nº 443 do TST**

**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.

Entretanto, há inúmeros outros casos, que se tem postulado a indenização e reintegração por dispensa discriminatória, como por exemplo, com base no Código de ética da empresa, que institui valores aparentemente éticos, todavia, que interferem intimamente na vida pessoal do trabalhador.

Citamos como exemplo, os casos em que por motivo de relacionamento, ainda que não revele qualquer conduta imoral, apenas por previsão contida em código de ética, são suficientes para dispensa. Não é diferente quando, por motivo de parentesco, a empresa demite o trabalhador.

Essas dispensas, contudo, se revelam perfeitamente normal em razão do poder potestativo do empregador, que possui a prerrogativa de poder demitir sem justa causa um trabalhador, sem que com isso, tenha que justificar a rescisão contratual.

É neste campo que se revela a controvérsia, diante de questões como as exemplificadas. Nesse sentido, como atribuir ao autor, por exemplo, o encargo de provar a

prática discriminatória da empresa, quando sequer lhe foi informado a causa da demissão, ou, dissimuladamente foi lhe informado que a dispensa se deu por motivos financeiros, mormente quando é notório que a empresa está em plenas condições mercantis?

Note-se que, geralmente o empregado conhece a situação da empresa em que trabalha, mormente, as práticas dela decorrentes. Contudo, a depender do cargo exercente, encontram grandes dificuldades em cumprir as exigências, seja porque, extrapola seu conhecimento técnico, seja porque, pela demanda, exige-se, por exemplo, jornada excessiva. Fatos tais, que no contexto da relação de trabalho, não ensejariam a aplicação da justa causa, mas, a dispensa do trabalhador, pois não se enquadra e critérios subjetivos da empresa.

Não é difícil imaginar, por exemplo, que determinado empregado seja dispensado se justa causa, por não querer realizar horas extras todos os dias, extrapolando o limite máximo permitido. Ora, não poderia enquadrar no exemplo, que a conduta do autor, pudesse ser enquadrada como insubordinação, haja vista a excessiva jornada e a insatisfação da empresa que insatisfeita com a posição do empregado, indiscriminadamente, o dispensa.

Neste passo, em que pese a dispensa ter sido imotivada, sabendo o autor que a mesma só ocorreu, porque não concordava com a empresa ao exigir jornada excessiva, já constitui motivação discriminatória para dispensa, e a prova de tal fato dependerá das condições que se encontrará o processo, tais como, o cargo do trabalhador, a quantidade de empregados na empresa, a existência de registro, entre outros fatores que, consubstanciaram a decisão do magistrado ao decidir sobre o encargo probatório, ao surgir a controvérsia.

Veja, é neste ponto que o magistrado tem o dever de atuar cautelosamente, pautado na regra estática do encargo probatório, nas máximas de experiência, bem como, no conjunto fático probatório que possui antes de decidir, que aliada a expressa prerrogativa, autoriza a inversão do ônus probatório.

Nessa toada, embora pareça muito emblemático o tema, a inversão do ônus da prova em casos como estes, sobretudo, amparados pela normatização do novo CPC, não revela hipótese abusiva e integralmente prejudicial ao empregador, pois, para tal aplicação deve ser

observada a ampla defesa e o contraditório, bem como, ser fundamentada pelo magistrado, ao decidir, consubstanciando a convicção do juiz ao julgar a lide.

## CONCLUSÃO

A não discriminação é assegurada pelo princípio universal e fundamental prevista na Constituição Federal, Tratados e das convenções internacionais firmadas pelo Brasil e de leis ordinárias, devendo ser combatida de todas as formas a sua prática.

Sobre o tema, embora exista rol exemplificativo de discriminação na relação de trabalho, fato é, que o mesmo não exauri completamente as hipóteses de discriminações dissipadas no universo laboral, podendo outras condutas serem consideradas como ato discriminatório, levando a um critério subjetivo, o seu enquadramento.

Nas situações em que a discriminação é oculta ou velada é possível a utilização da máxima de experiência e da prova prima facie,

Entretanto, na hipótese em que a lei não prevê taxativamente o ato como discriminatório, o seu enquadramento, sobretudo, será avaliado de forma subjetiva pelo julgador, o que nos leva a pensar sobre os critérios adotados pelo Magistrado ao entender que determinado ato foi discriminatório.

Assim, para que o tema possa ser levado ao campo das provas, necessário se faz entender, se aquela conduta é tipificada como discriminatória ou não, pois assim como no dano moral, quando a hipótese versa prática discriminatória não expressa em lei, há a suposição de ato ou omissão que culminaram para a discriminação, devendo, portanto, ser avaliada de forma objetiva a sua ocorrência.

Nesse sentido, sob a ótica do direito material, havendo critério objetivo para enquadramento da hipótese discriminatória não prevista em lei, indica ao julgador se a ação ou omissão da constituíram ou não a prática discriminatória.

A não discriminação está insculpida no direito à igualdade, caracterizado no princípio da isonomia, previsto no art. 5º, caput, da Constituição Federal, daí resulta o direito que tem a pessoa de não ser discriminada por motivos de origem, sexo, raça, cor, religião, idade, deficiência física ou por outros fatores que caracterize preconceito ou tratamento negativamente distinto.

Entretanto, nem sempre a composição da discriminação pode se limitar ao aspecto patrimonial, como ocorre, por exemplo, nas equiparações salariais, quando na verdade foram observadas regras próprias para a sua não caracterização. Também não constitui discriminação a recusa de candidato que não possui conhecimento técnico específico para realização de determinada função, porquanto, há hipóteses em que o tratamento diferenciado é amparado pela Lei, pela lei.

Desta forma, embora atualmente exista maior flexibilidade, frente a relativização expressamente adotada pelo novo código de processo civil a despeito da distribuição do encargo probatório, a análise que permeia a decisão do julgador encontra amparo no princípio da aptidão da prova, princípio este de natureza subjetiva.

Em suma, considerando as inúmeras hipóteses de discriminações “veladas” existentes, forçoso concluir, que a distribuição do encargo probatório na alegada dispensa discriminatória, ante a sua natureza, em regra é dever do autor, ante o direito potestativo do empregador. Assim, em pese o princípio da continuidade na relação de emprego, o empregador não está obrigado a justificar a dispensa quando ocorrida sem justa causa. Entretanto, se a hipótese discriminatória de dispensa apontar indícios de natureza duvidosa, caberá ao julgador fixar alguns critérios, sobretudo, objetivos, para inverter a distribuição do encargo probatório, tais como: se o crime está tipificado em lei; se o fato é constituído por ação ou omissão do empregador; se os fatos não decorrem de permissivo legal para diferenciação no tratamento, como no caso da equiparação salarial; se a suposta discriminação não seria na verdade um pedido de dano moral. Ou seja, não obstante a subjetividade da decisão, o julgador deve levar em conta critérios objetivos e equilibrados para inverter a distribuição do ônus da prova na dispensa discriminatória, contemplando a efetividade jurisdicional que se busca.

## BIBLIOGRAFIA

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. v. 1, 23. ed., p. 416. Forense, 1998

NERY JUNIOR. Nelson et al. Código de processo civil comentado. 2. ed. São Paulo. RT, 1996. P. 755

TEIXEIRA FILHO. Manoel Antonio. A prova no direito do processo do trabalho. 8. ed. São Paulo LTr, 2003. p. 65.

NASCIMENTO. Amauri Mascaro. Curso de direito processual do trabalho. 22. ed. São Paulo. Saraiva, 2007. p. 508.

NETO. Francisco Ferreira Jorge e CALVALCANTE. Jouberto de Quadros Pessoa. Direito processual do trabalho. 6. ed. Atlas. São Paulo. 2013. p. 614 e 615.

SCHIAVI. Mauro. Manual de direito processual do trabalho. 6. ed. LTr. p. 616. São Paulo, 2013.

OLIVEIRA. Francisco Antonio. A Prova no processo do trabalho. 4. ed. LTr p. 27. São Paulo. 2014.

CHIOVENDA. Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Campinas: Bookseller, 1998. v. 3, p. 113.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito processual do trabalho. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 437.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. A prova no processo do trabalho. 8 ed. São Paulo: LTR, 2003. p.260

MALLET. Estevão. Igualdade e discriminação em direito do trabalho. LTr. São Paulo. 2013. p. 98

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, v.3. 4 ed.. São Paulo: Malheiros, 2004

LEITE. Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. 9. ed. LTr. p. 53 a 66. São Paulo. 2011.