

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

JORGE DA SILVA WAGNER

ÔNUS DA PROVA E A DISPENSA DISCRIMINATÓRIA

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo
2017

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

JORGE DA SILVA WAGNER

ÔNUS DA PROVA E A DISPENSA DISCRIMINATÓRIA

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito (Direito das Relações Sociais – Direito do Trabalho) pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Professora Doutora Carla Teresa Martins Romar.

São Paulo

2017

Catálogo

Wagner, Jorge da Silva.

W133 Ônus da prova e dispensa discriminatória/ Jorge da

Silva Wagner. – São Paulo: [s.n], 2017.

177p. ; 30 cm

Orientador: Carla Teresa Martins Romar.

Dissertação (mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, 2017.

1. Direito Processual do Trabalho – direitos trabalhistas – processo do trabalho - discriminação – ônus da prova – inversão do ônus da prova. I. Romar, Carla Teresa Martins. II. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós Graduados em Direito. III. Título.

CDD 347.06

ERRATA

WAGNER, Jorge da Silva. Ônus da prova e a dispensa discriminatória. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2017

Página	Linha	Onde se lê	Leia-se	Comentários
41	5 ^a	Súmula 88	Súmula 338	A preferência por referida terminologia se dá por não se tratar propriamente de inversão, mas de presunção em desfavor de uma das partes, quando presentes determinadas circunstâncias, como ocorre, por exemplo, na falta de apresentação de controle de jornada por parte do empregador, fazendo presumir verdadeira a jornada alegada pelo empregado (Súmula 338 do TST).
43	26 ^a	Arts. 8, parágrafo único e 769, da CLT	Arts. 8, parágrafo 1º e 769, da CLT	Dessa forma, a regra de inversão do <i>onus probandi</i> presente no Código de Proteção do Consumidor, mantém-se perfeitamente aplicável no processo trabalhista, também, pelos princípios que norteiam o processo trabalhista (arts. 8, parágrafo 1º e 769, da CLT), em especial o princípio de acesso à justiça pelo trabalhador.
171	8 ^a	MARQUE, Fabíola	MARQUES, Fabíola	MARQUES, Fabíola. A discriminação nas relações de trabalho. In: ARRUDA PINTO, Roberto Parahyba de (coord). <i>Direito e o Processo do Trabalho na Sociedade Contemporânea – Homenagem a Francisco Ary Montenegro Castelo</i> . São Paulo: LTr., p. 41-44, 2005.

Banca Examinadora

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

AGRADECIMENTOS

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

A professora doutora Carla Teresa Martins Romar, inicialmente por ter me aceitado orientar durante esses quase dois anos e meio, e a quem admiro muito, por sua humanidade, paciência e sabedoria, bem como pela dedicação na orientação, sem a qual não seria possível a realização deste trabalho.

Aos professores do Programa de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em especial aos professores Pedro Paulo Teixeira Manus, Fabíola Marques, Renato Rua de Almeida, Suely Ester Gilteman, Cláudio De Cicco, Maria Celeste Cordeiro dos Santos e Paulo Sergio João, pelos valiosos ensinamentos acadêmicos.

A todos os meus amigos que fizeram parte deste momento e sempre me apoiaram, especialmente a professora Eline Garcia, pela disponibilidade e atenção com que fez a revisão deste trabalho.

A minha amada esposa Aparecida Fatima Antunes da Costa Wagner, por toda ajuda ao longo da pesquisa e pela inestimável colaboração.

E finalmente a minha mãe, Dulce da Silva Wagner, ao meu pai, Gildo Wagner, *in memoriam*, a minha irmã Vania da Silva Wagner e a todos os meus familiares pelo incentivo, carinho e pela paciência ao longo dessa jornada.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo estudar a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório no Direito Processual do Trabalho como instrumento na prevenção de injustiças decorrentes de discriminação preconceituosa. O preconceito é exteriorizado a partir de diversos pretextos, como raça, sexo, idade, religião, classe social, orientação política, orientação sexual, etc. A discriminação negativa é uma das faces do preconceito, a qual prejudica determinado grupo ou indivíduo pela criação de situações injustas. Na seara juslaboral, essa vertente do preconceito se dá pela demissão em razão de ato discriminatório realizado pelo empregador contra seu empregado, e resulta no dever de reintegração do empregado e, conseqüentemente, do pagamento das verbas do período em que permaneceu afastado, e à indenização por danos morais, ou ainda em conversão ao dobro dos salários. De acordo com os artigos 373 do Código de Processo Civil e 818 da Consolidação das Leis Trabalhistas, baseados em uma visão estática, a prova das alegações incumbe à parte que as fizer. Contudo, a teoria dinâmica do ônus da prova rompe com a concepção estática da distribuição de tal ônus, considerando o processo em sua concreta realidade, atribuindo-se o ônus da prova à parte que, pelas circunstâncias fáticas, tiver melhores condições para demonstrar os acontecimentos do caso específico, independentemente de sua posição. Do estudo, depreendeu-se que, no âmbito juslaboral, muito embora a Consolidação das Leis do Trabalho adote a visão estática, admite-se a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova, em razão do princípio da igualdade, dos poderes instrutórios do juiz, da colaboração das partes e da boa-fé. Por fim, concluiu-se que a inversão do ônus da prova poderá ocorrer em momentos diversos, mas que, no entanto, o mais oportuno será que ocorra na fase de instrução, evitando-se assim surpresas e garantindo o contraditório. O estudo realizado seguiu a metodologia do tipo bibliográfica, qualitativa, parcialmente exploratória.

Palavras-Chave: Direito Processual do Trabalho – direitos trabalhistas – processo do trabalho – discriminação – ônus da prova – inversão do ônus da prova

ABSTRACT

The purpose of this work is to study the application of the theory of dynamic assignment of the burden of proof on Labour Procedural Law aiming to prevent injustices arising from prejudiced discrimination. Prejudice is brought to light under various pretexts such as race, gender, age, religion, social class, political preference, sexual orientation, etc. Negative discrimination is one of the sides of prejudice, detrimental to a particular group of people or an individual due to the creation of unfair situations. Within the scope of the labour law, this aspect of prejudice is associated with dismissal motivated by a discriminatory behaviour of an employer against his/her employee, and results in the obligation to reinstate the employee and, consequently, pay the amounts connected to his/her dismissal period, pain and suffering compensation, and even the payment of double wages. According to articles 373 of the Code of Civil Procedure and 818 of the Consolidation of the Brazilian Labour Laws, which has its grounds on a static view, the evidence of the allegations lies on the party that makes them. However, the dynamic theory of the burden of proof tears the static conception of the assignment of such burden, taking into account the process in its tangible reality, attributing the burden of proof to the party who, due to factual circumstances, has better conditions to demonstrate the events of the specific case, regardless of his/her/its position. Based on the study conducted, it was possible to conclude that, in the labour law context and despite the fact that the Consolidation of the Brazilian Labour Laws adopts the static view, the dynamic theory of the burden of proof may be applied, in light of the principle of equality, court's instructive powers, collaboration of the parties and good faith. Finally, the shifting of the burden of proof has been proven to occur at different times, but, nevertheless, the most appropriate time will be during the evidentiary phase, avoiding surprises and ensuring the right to contest. The study was conducted in line with the bibliographical, qualitative, and partially exploratory methodology.

Key words: Labour Procedural Law – labour rights – labour procedure – discrimination – burden of proof – shifting of the burden of proof

Sumário

Introdução	9
1. Ônus da prova	12
1.1 Contextualização histórica	12
1.2 Conceituação de ônus da prova	21
2. O tratamento do ônus da prova no ordenamento jurídico pátrio	35
2.1 Código de Processo Civil de 1973	35
2.2 Código de Defesa do Consumidor	40
2.3 Código de Processo Civil de 2015	45
2.4 Legislação trabalhista	54
3. Instrumentalidade do ônus da prova	59
3.1 Técnica sobre inversão do Ônus da prova	61
3.1.1 Técnica de julgamento	61
3.1.2 Técnica de instrução	70
3.2 Principais teorias sobre a inversão do ônus da prova	81
3.2.1 Teoria de Chiovenda	81
3.2.2 Teoria de Carnelutti	84
3.2.3 Teoria de Emílio Betti	85
3.2.4 Teoria de Jeremy Bentham	86
3.2.5 Teoria de Jorge W. Peyrano	87
4. Dispensa discriminatória	91
4.1 Conceito	100
4.2 Hipóteses	103
4.2.1 Dispensa discriminatória em razão da idade	106
4.2.2 Dispensa discriminatória em razão de doença grave	112
4.2.3 Dispensa discriminatória em razão de outras doenças	121
4.3 Regramento internacional (Convenção OIT, etc)	125
5. Ônus da Prova e dispensa discriminatória	131
5.1 Inversão do ônus da prova como instrumento de justiça	131
5.2 Ônus da prova e hipossuficiência: a dignidade da pessoa humana	139
5.3 Efetividade da inversão do ônus da prova nas despedidas discriminatórias	147
Conclusão	166
Referências bibliográficas	169

Introdução

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

Segundo João Monteiro, “prova é uma indução lógica, um meio com que se estabelece a existência positiva ou negativa do fato probando, e é a própria certeza dessa existência”.¹

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

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

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

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

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

No direito pátrio, a regra sobre o ônus da prova está estabelecida nos artigos 373, do Código de Processo Civil e 818, da Consolidação das Leis do Trabalho, que

¹ Programa do curso de processo civil. 3ª ed. São Paulo: Duprat, 1912, v. II, p. 96 *apud* Curso de direito processual civil. 56ª ed. São Paulo: Forense, 2015, v. 1, p. 1.103.

dispõem que cabe ao autor o ônus quanto aos fatos constitutivos do seu direito e ao réu o ônus quanto aos fatos modificativos, impeditivos e extintivos do direito do autor.

Entretanto, existem exceções positivadas: nos artigos 373, parágrafo único, do CPC, 6º, inciso VIII, do CDC, na Súmula 443, do TST, nas Convenções 111 e 158 da OIT, na Lei nº 9.029/1995 e por fim no artigo 818, § 1º da CLT.

As modificações trazidas com a reforma trabalhista ao artigo 818 da CLT, dentre outras, incluiu ao processo trabalhista as disposições do artigo 373 do CPC, tanto em relação ao ônus estático (inciso I e II), como em relação ao ônus dinâmico (§ 1º).

No âmbito processual trabalhista, e ante a necessidade de se tornar efetivo o acesso a uma ordem jurídica justa, não inviabilizando a tutela do direito à parte que tem razão, mesmo não apresentando condições favoráveis na produção das provas necessárias para demonstrar seu direito, é possível ao Juiz do Trabalho atribuir o encargo probatório à parte que tem melhores condições de produzir a prova, por meio de aplicação da teoria do ônus dinâmico da prova.

Significativa parte da doutrina e da jurisprudência, entretanto, permanece contrária à admissão da presente teoria ao processo civil pátrio, sob o argumento de que ela amplia demasiadamente os poderes instrutórios do juiz, causando surpresa às partes, trazendo insegurança jurídica e dificultando o contraditório.

Apesar de tais ponderações, o presente trabalho tem como finalidade demonstrar o oposto, ou seja, que a tendência do processo civil moderno sinaliza na majoração dos poderes do juiz na instrução do processo. Tal entendimento, funda-se também, nos princípios de cooperação e de boa-fé objetiva das partes, pelos quais as partes devem produzir as provas necessárias à obtenção da verdade. E, ainda, os princípios constitucionais da isonomia real, livre convicção do magistrado e acesso real à justiça, os quais impõem ao magistrado a adoção de condutas que possam assegurar equilíbrio no processo e na produção probatória.

Destaca-se, também, a moderna doutrina, que defende que o ônus da prova, além de ser regra de julgamento, também se apresenta como regra de instrução processual, atribuindo ao juiz o dever de analisar os argumentos da petição inicial e da defesa, os

fatos e circunstâncias do processo, fixando o ônus da prova à parte que esteja em melhores condições de produzi-la, antes mesmo de se iniciarem os atos instrutórios.

O presente trabalho tem por objetivo o estudo da teoria do ônus probatório especificamente por ocasião da discriminação no momento da rescisão contratual, embora ela possa ocorrer a qualquer momento: na fase pré-contratual, durante o contrato de trabalho, ou mesmo após o contrato de trabalho.

A discriminação, como fenômeno social com reflexos no mundo jurídico, é tema extenso e que merece estudo aprofundado, porque pode o tema ser abordado pelos mais diversos aspectos.

Este trabalho pretende, com o auxílio da jurisprudência e da doutrina, contribuir para reforçar o tratamento da matéria, buscando-se a fixação de nortes mais seguros, que permitam identificar as hipóteses de aplicação da teoria das cargas probatórias, bem como delimitar a postura esperada do Juiz do Trabalho diante das novas exigências do processo, como forma de garantir um procedimento mais justo e comprometido com a proteção da dignidade do trabalhador.

Por fim, a pesquisa empreendida se orientou pelo método analítico-dedutivo, valendo-se substancialmente de pesquisa bibliográfica. Para a coleta de dados, foram utilizados a doutrina, a jurisprudência e o direito comparado. Foram consultadas leis, projetos de lei, assim como dissertações e artigos de periódicos. Ademais, foram usadas, como suporte à visão exposta neste estudo, decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho.

1. Ônus da prova

1.1 Contextualização histórica

A influência do direito romano sobre toda a construção jurídica ocidental é bastante conhecida, influência essa que se estende de forma evidente, ainda hoje, no campo processual.

Haja vista a importância do Direito Romano no âmbito do Direito Civil, de forma ampla e, estritamente, em relação ao nosso ordenamento, prefere a doutrina ter como ponto de partida justamente o Direito de Roma.

De tal sorte, fixaremos para estudo o período do Direito Romano Clássico, que vigorou desde o final da República até aproximadamente 284 d.C. e, também, o período denominado “pós-clássico romano”, que se iniciou com Diocleciano no ano 284 d.C. e se encerrou com o Direito Justiniano, entre os anos 527 a 565 d.C.²

Em razão do caráter lendário desse período, e a falta de elementos autênticos que permitam uma reconstrução histórica certa, não será examinado, propositadamente, o período do direito arcaico ou pré-clássico.

É de suma importância assinalar os períodos pertinentes ao denominado Direito:

a) período das *legis actiones* (ações da lei, que vigorou desde a fundação de Roma – 754 a.C. – até o final da República);

b) período *per formulas* (processo formular, com início partir do visível declínio da República, consubstanciado na atividade dos pretores e sem reconhecimento legislativo, atingindo seu ápice com a edição da *Lex Aebutia*, em 149 a 126 a. C., sendo definitivamente oficializado pela *Lex Julia Privatorum*, em 17 a.C.), mantendo-se até a época do Imperador Diocleciano (285 a 305 d.C.) e;

² Dados constantes deste item foram extraídos da leitura das seguintes obras: GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013; TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013; e BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do código de processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1956.

c) o período da *extraordinaria cognitio*, vigente a partir do Principado, com o Imperador Otaviano Augusto (27 a.C.), até os últimos dias do Império Romano do Ocidente, tendo, contudo, sofrido profundas modificações.

Os períodos *legis actiones* e *per formulas* constituem a fase denominada *ordo iudiciorum privatorum*, e o período *extraordinaria cognitio* constitui a fase denominada *cognitio extra ordinem*.

Todavia, tal delimitação temporal em relação aos períodos mais significativos do Direito Romano é tão somente convencional, uma vez que não há como precisar o momento exato em que cada medida se iniciou ou findou, até porque há momentos da História Romana em que ambas vigeram concomitantemente.

Tanto nas *legis actiones* quanto no período *per formulas*, poderia o árbitro não prolatar a sentença nos casos em que não obtivesse a convicção necessária para decidir, ainda que todos os meios para tal convicção tivessem sido utilizados, já que se admitia o *sib non liquere*, ou seja, o juramento do julgador de que os fatos não estão suficientemente claros ou provados, situação que o desonerava e transferia a obrigação de sentenciar a outro juiz pelo pretor.

Cabe destacar que no período das *legis actiones*, com a fundação de Roma no ano de 754 a.C., o processo judicial se revestia de caráter quase religioso, seguindo um ritual semelhante aos ritos sagrados, consagrando procedimentos antigos do chamado sistema primitivo.

As *legis actiones* possuíam esse significado em alusão à Lei das XII Tábuas, concernente ao mais antigo direito.

No início, permitia-se ao particular que fizesse justiça com suas próprias mãos, prática hoje não tolerada pelos ordenamentos modernos. No caso de ato ou conduta ilícita, a própria vítima ou prejudicado poderia “praticar a justiça”, ou seja, ignorando qualquer regra ou norma disciplinadora, poderia exercer a vingança de forma privada.

Posteriormente, a fase da vingança privada passou a ser regulamentada pelo Estado, o que só ocorreu com o fortalecimento do Estado e das instituições, permitindo a imposição de regras e sanções para quem as descumprisse.

Mais adiante, com a evolução da sociedade, a vingança privada (com ou sem regulamentação), passa a ser afastada, permitindo-se somente ao Estado a distribuição da justiça e, conseqüentemente, a aplicação de sanções.

Existiam duas fases, chamadas de “*in juri*” e “*in iudicium*”; na primeira as partes compareciam perante o magistrado, que concedia ou não a ação. Na segunda fase, “*in iudicium*”, as partes compareciam diante de um árbitro, produziam-se as provas e a sentença era proferida. O procedimento, nesse período, era excessivamente formalista e solene.

Em tal período destacavam-se os procedimentos probatórios de índole “*ordálica*”, ou seja, com provas sobrenaturais, sem qualquer racionalidade, o que tornava impossível o estabelecimento de regras relativas à atribuição do ônus da prova.

É possível que a transição desse sistema primitivo e ilógico para o sistema romano, que estabelecia a igualdade das partes perante o julgador, além da plena independência desse para valoração das provas, tenha ocorrido com a *legis actio sacramento in rem*.

Em seguida a essa evolução, que ocorreu durante o período mesmo das *legis actiones*, passou o juiz a ter discricionariedade no que tange a estabelecer a qual parte incumbiria a produção da prova em juízo, fase essa denominada *apud iudicem*. Detinha o árbitro privado, assim, amplos poderes não só no tocante às provas, mas também em relação à própria qualidade moral e social das partes, utilizando para tal valoração as regras de experiência e equidade. Frise-se que tal situação não foi modificada no período subsequente aos das *legis actiones*, que foi o período *per formulas*.

Nesse segundo período (*per formulas*), destaca-se a expansão do Império Romano, o que ocasionou o surgimento de relações jurídicas mais complexas, tornando-se impossível sua resolução pelos escassos limites das *legis actiones*.

Destacam-se o crescimento da população, a sofisticação e a ampliação do comércio, a expansão dos povos, com contato com outros povos de forma mais intensa.

Vale frisar que os procedimentos estabelecidos nas *legis actiones e ius civile* só eram aplicáveis aos cidadãos romanos, o que fez surgir a necessidade de novas regras

para disciplinar as relações que envolvessem estrangeiros, cada vez mais presentes dentro do espaço antes exclusivo aos romanos. Tais *formulas* eram dadas aos estrangeiros pelo pretor peregrino para que comparecessem perante um juiz. Este, por sua vez, passaria a conhecer os fatos e proferir uma sentença e, com o tempo, tal sistema passou a ser também utilizado entre romanos. Ou seja, pouco a pouco o sistema processual primitivo, sistema das *legis actiones*, foi substituído pelo sistema *per formulas*.

No sistema *per formulas*, como no procedimento das *legis actiones*, as fases da instância são as mesmas: *in jure e in iudicium*. Comparecem as partes diante do pretor e expõem suas pretensões. Este, porém, não assiste passivamente à controvérsia. Redige a fórmula, intervém, participa. Em seguida, na segunda fase, *in iudicium*, o juiz proclama a sentença.

No período *per formulas* o procedimento era todo oral, com exceção da *formula*, que era escrita. A *formula* é o escrito, redigido pelo magistrado *in jure*, com a indicação da questão que deveria ser resolvida.

Não mais há a rigurosidade das solenidades que caracterizavam a fase anterior. As provas admitidas para o livre convencimento do juiz eram as testemunhas, os documentos, a confissão e o juramento. A prova incumbia à parte que os alegava. A obrigatoriedade da sentença não advinha da autoridade do juiz, visto que este não era funcionário do Estado, mas da convenção entre autor e réu, quando da aceitação da fórmula, momento esse em que ambos concordavam em cumprir com o que viesse a ser estabelecido pelo árbitro.

Despiu-se o sistema do rigor anterior, das solenidades características da fase superada, ganhando destaque a prova documental, que passou a ser, a par da prova testemunhal, a mais importante.

O procedimento da *cognitio extra ordinem* ou *cognitio* vigorou a partir do Principado, com o Imperador Otaviano Augusto (27 a.C.), até os últimos dias do Império Romano do Ocidente.

Ainda que não fosse desorganizado, o período da *cognitio extraordinaria*, cuja característica era não ser pautado pela ordem, norteava-se pela autonomia e independência dos juristas e da jurisprudência.

Tal sistema teve como resultado a atribuição, pelo Governo Imperial, das funções judiciárias a funcionários estatais, cuja incumbência era presidir e dirigir a demanda, após solicitação das partes, conduzindo o feito até a sentença final e execução.

Não há mais indicação pelas partes de magistrados ou árbitros particulares, como ocorria na égide do direito antigo. Já há atribuição da tarefa jurisdicional a agentes do Estado, os quais também possuíam uma hierarquia entre eles.

Algo similar ao que hoje se denomina “identidade física do juiz” já ocorria, visto que o mesmo juiz deveria conhecer a causa, decidir e executar a sentença, com a realização dos procedimentos na forma escrita, definindo etapas como: o pedido do autor, a defesa do réu, a instrução da causa com a produção de provas, a prolação da sentença e sua posterior execução.

Também havia a previsão de meios de combater a decisão final, com recursos para a autoridade hierarquicamente superior, havendo a possibilidade de reforma.

Vale destacar alguns aspectos da prova testemunhal produzida no período da *cognitio extraordinaria*. A primeira diz respeito ao fato de que a fala de uma única testemunha carecia de valor probatório. A segunda apontava que as declarações feitas por testemunhas de elevada posição social tinham mais valor do que uma declaração de testemunhas de classe sociais inferiores. E, por fim, às declarações prestadas por hereges e judeus nos litígios contra cristão não deveriam ser outorgadas a devida fé.

Ressalta-se, ainda, que era proibido o testemunho de parentes consanguíneos.

No que tange aos documentos, também eram admitidas as espécies: a) denominadas *acta*, que eram os documentos produzidos pelos oficiais públicos, com efeito de prova plena e perpétua; b) os instrumentos públicos, que eram os documentos propriamente ditos, elaborados por pessoas equiparadas aos notariais em razão da atividade ou profissão que exerciam; c) os *chirographas*, uma última categoria de

importância, compreendendo os documentos produzidos por particulares, sendo que o seu valor probante era condicionado ao número de testemunhas que nele intervínham frequentemente.

Já em relação à prova pericial, havia um agrupamento de técnicos em três espécies a) os calígrafos; b) os agrimensores; c) os médicos e as parteiras. Cada um elaborava o seu laudo, e o juiz possuía plena autonomia para valorar cada conteúdo.

Dessa forma, várias discussões surgem sobre a real origem do ônus da prova, prevalecendo atualmente o pensamento de que se trata de instituto que originou no período formulário e que foi se desenvolvendo posteriormente, na fase *extraordinaria cognitio*.³

Depois da queda do Império Romano, a influência dessa doutrina voltou a ter importância e ela voltou a ser estudada a partir do século XI.⁴

Com a queda do Império Romano, durante a prevalência do direito germânico, o magistrado delimitava o que deveria ser provado e quem deveria produzir a prova, sendo o processo dividido em duas fases: uma relativa à sentença de prova, onde o juiz declarava a quem cabia o ônus, geralmente o réu, porque o autor não reclamava um direito seu, mas a injustiça do comportamento do réu; e a segunda, em que a parte sujeita ao ônus devia produzir a prova, que em geral tinha um caráter formal absoluto, determinando o prejulgamento da causa.⁵

No processo germânico, escreve Giuseppe Chiovenda, “a função do juiz consiste em estabelecer quem deve fazer a prova e por que meio. Depois disso, limita-se a

³ Sobre o tema: “Além de sustentar a genuinidade de vários textos tidos como violados por outros autores, PUGLIESE também defende a existência de regras sobre o ônus da prova no processo formular com base na estrutura do processo. Com efeito, afirma que, no processo *per formulas*, prevalece o princípio dispositivo (em que a iniciativa da parte é fundamental para o seu desenvolvimento, especialmente na instrução probatória) enquanto na *cognitio* predomina o princípio inquisitório-corolário da estrutura publicística que passou a nortear o processo, no qual se reconhecem ampliados poderes instrutórios ao juiz. Então, conclui que o desenvolvimento do princípio do ônus da prova encontraria ambiente mais propício no período formular do que na fase da *cognitio*”. *Apud* PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. 8. ed. São Paulo : RT, 2011 – 44 v. – Coleção Estudos de Direito do Processo ENRICO TULLIO LIEBMAN, p. 55.

⁴ Segundo Vicente Greco Filho: “Após o ano 1000, com ressurgimento do Direito Romano, voltam a ser aplicados os princípios acima aludidos do Direito Romano clássico, com a limitação, porém, da atividade judicial, segundo a regra *iudex debet iudicare secundum allegata et probata partium* (o juiz deve julgar segundo o alegado e provado pelas partes). *In: Direito processual civil brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, 2 v. p. 232.

⁵ *Ibid.*, mesma página.

assistir à produção da prova, seja duelo, ou juramento, com ou sem rituais e a verificá-lo mecanicamente o resultado.”⁶ O triunfo, ou malogro da causa depende unicamente do bom, ou mau êxito na produção da prova, não entrando o juiz na apreciação do seu merecimento, mas tão só na verificação se foi, ou não realizada a prova. Esta cisão em fases distintas vem permitir que o processo germânico se desenvolva intercalado por um conjunto de sentenças que decidem questões processuais e substanciais, à medida que surgem.⁷

Somente após mil anos, com o renascimento do Direito Romano, é que voltam a serem aplicados os princípios acima mencionados do Direito Romano Clássico, entretanto, com as limitações da atividade judicial segundo a regra *iudex debet iudicare secundum allegata et probata partium* (o juiz deve julgar segundo o alegado e provado pelas partes).

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

No direito comparado, algumas legislações são omissas, como, por exemplo, o Código de Processo Civil alemão e o austríaco. Os que tratam da matéria, em geral, seguem a regra de quem afirma deve provar, ou seja, ao autor incumbe provar a obrigação e ao réu o fato extintivo que alegar. Assim, se dá no direito canônico; o Código Civil suíço, art. 8º; no art. 2.697 do Código Civil italiano; no direito português no art. 342 do Código Civil e no art. 516 do Código de Processo Civil, dispondo este que a dúvida sobre a realidade de um fato resolve-se contra a parte a quem o fato aproveita.⁸

No direito brasileiro, com a edição do Código Comercial, instauraram-se normas para processamento das causas comerciais por meio do Regulamento 737, o qual não contém disposições explícitas sobre o ônus da prova. Os códigos estaduais, no entanto, de uma maneira geral, estabeleceram a competência a cada uma das partes para fornecer

⁶ Instituições de direito processual civil. Campinas: Bookseller, 2009, p. 181.

⁷ BUZAID, Alfredo. Do agravo de petição no sistema do código de processo civil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 21

⁸ GRECO FILHO, Vicente. *op cit.*, p. 233.

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

O Código de Processo Civil de 1939, na mesma linha, regulou a matéria nos arts. 209 e seguintes.

No direito positivo brasileiro vigente, a teoria de distribuição do ônus da prova perdeu interesse prático, em razão de o Código de Processo Civil ter atribuído ao autor o encargo de provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu os fatos modificativos, impeditivos ou extintivos desse direito, conforme art. 373, I e II (repetindo disposição do artigo 333 do Código de 1973).

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

Há quem defenda que o texto original do art. 818 da CLT era muito enxuto e não possuía a mesma amplitude do art. 373 do Código de Processo Civil, sendo este mais explicativo, fazendo-se necessária a sua aplicação subsidiária.

Nesse sentido, afirma Valentin Carrion: “a regra de que o ônus pesa sobre quem alega é incompleta, simplista em excesso. O empregado que afirme não ter faltado ao serviço em certo dia terá de prová-lo? Se um outro alegar na petição inicial que celebrou contrato com empresa e que esta foi representada no ato por preposto capaz e sem coação, deverá provar as três circunstâncias? É obvio que não: 1. Ao autor cabe o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito; 2. Ao réu, o da existência do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (CPC, art. 333)”.⁹

No mesmo sentido destacamos a visão de Carlos Zangrado: “[...] a única regra sobre ônus da prova prevista na CLT segue justamente aquela vetusta orientação individualista romana, determinando, pura e simplesmente, que o ônus da prova das alegações cabe à parte que as fizer (CLT, art. 818). Essa regra não é adequada ao

⁹ Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 732.

Direito Processual moderno, devendo ser suplementada pelas modernas teorias e pela muito melhor elaborada regra presente no art. 333 do Código de Processo Civil”.¹⁰

A segunda, em extremo oposto, defende a não aplicação do CPC, por possuir a CLT regra própria.

Nesse sentido defende Manoel Antonio Teixeira Filho que:

“[...] em virtude da disposição didática do art. 333 do CPC, que ao intérprete trabalhista desavisado pode impressionar, erigiu-se, no âmbito da Justiça do Trabalho, a praxe de adotar-se o mesmo critério estampado naquele dispositivo para resolver o problema relacionado à distribuição da carga da prova entre os litigantes, fazendo-se, inclusive, sempre que for o caso, expressa invocação da mencionada norma civil. Sem pretendermos ser deselegante, acreditamos, com sinceridade, que tal atitude do intérprete trabalhista revela um desses hábitos cuja quebra honraria mais do que a observância – nas palavras do imortal Shakespeare (Hamlet. São Paulo: Melhoramentos, sem data, trad. de Carlos Alberto Nunes, p. 42-43). Justifiquemos-nos. A CLT, ao estatuir, no art. 818, que “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer”, demonstra, à evidência plena, que possui dicção expressa e específica sobre a matéria, desautorizando, desta maneira, que o intérprete – pretexto de que o art. 769 do mesmo texto, permite – incursione pelos domínios do processo civil com a finalidade de perfilhar, em caráter supletivo, o critério consubstanciado no art. 333 e incs. Não seria equivocado asseverar-se, portanto, que tais incursões são irrefletidas, pois não se têm dado conta de que lhes falece o requisito essencial da omissão da CLT. Com efeito, o art. 769, da CLT, longe de constituir permissivo para a invocação subsidiária daquela norma processual civil, planta-se como obstáculo intransponível para admissibilidade desse procedimento ínvio. Nada obstante esse fato nos pareça incontestável,

¹⁰ Processo do Trabalho: processo de conhecimento. São Paulo: LTr, 2009. V. I, p. 735.

*segue grassando, na prática, o costume sobre o qual estamos a lançar censura”.*¹¹

Pensamos, todavia, que a orientação legal do citado art. 818 da CLT é insuficiente para solução de todas as controvérsias, mesmo porque se trata apenas de um princípio da prova, conhecido desde o Direito Romano, segundo o qual o ônus da prova incumbe a quem alega o fato.

Referida insuficiência fez com que o legislador ordinário, ao conceber as alterações na CLT pela Lei nº 13.467, de 13/07/2017, modificasse significativamente a redação do artigo 818, que passa a contar com dois incisos, os quais repetem a redação do artigo 373 do CPC.

Importante, ainda, destacar que o texto original do art. 818 da CLT foi concebido quando vigia o CPC de 1939, o qual não possuía regras objetivas para atribuição do ônus da prova, o que só veio a ocorrer com o CPC de 1973.

Conclui-se, então, que prevaleceu a tese de omissão no texto consolidado, fazendo-se necessária a aplicação subsidiária do art. 373 do CPC (que repete as disposições do artigo 333 do CPC de 1973), até a vigência da alteração legislativa.

1.2 Conceituação de ônus da prova

Antes de adentrar particularmente na conceituação da expressão “ônus da prova”, mostra-se necessário tecer algumas considerações acerca do que é prova, qual é o seu objeto, quem é o destinatário.

Tem-se por prova todo elemento trazido ao processo para a formação do convencimento do Juiz a respeito das alegações relativas aos fatos, cabendo a ele estabelecer, ao decidir, quais são verdadeiras ou não, ou seja, quais formaram seu convencimento.

Possui a prova duplo sentido: um subjetivo e outro objetivo, sendo o primeiro o convencimento de alguém sobre determinada alegação ou fato e, o segundo, justamente os elementos trazidos ao feito.

¹¹ Curso de Direito Processual do Trabalho. São Paulo: LTr, 2009, 2 v. p. 974.

A junção desses dois aspectos permite a compreensão do que seja, para o processo, a prova.

A prova é a alma do processo de conhecimento. E só através das provas o Juiz poderá reconstruir os fatos da causa e, com isso, produzir uma decisão que seja correta para o caso deduzido.¹²

A prova é o direito fundamental das partes, que emana do princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/1988) e do decorrente direito que essas possuem de influir no convencimento do Juiz.¹³

Provar é convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa, ou seja, a prova tem por objeto (prova de determinado fato), uma finalidade (formação da convicção de alguém) e um destinatário (aquele que deve ser convencido); e quem se propõe a provar algo terá de lançar mão dos meios adequados para tanto.¹⁴

Transpostas tais ideias para o âmbito da prova judiciária, tem-se que o seu objeto são os fatos controvertidos da causa, sua finalidade é a formação da convicção do Juiz e os seus meios são aqueles adequados à fixação, no processo, dos fatos provados.

Decorre daí, então, que a prova judiciária “*é a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo*”.¹⁵

A prova visa a atestar um ou mais fatos, sendo o objeto da prova um fato alegado, devendo, também, ser fatos pertinentes e relevantes para a solução da causa.

Vale ressaltar, que nem todos os fatos postos em discussão dependem de prova, quer por inexistir controvérsia a seu respeito, quer por não se revestirem de qualquer relevância.

De modo que o fato a ser provado tem que ser controvertido entre as partes, pois, caso não o seja não será objeto da prova, passando a ser admitido como verdadeiro no processo.

¹² CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 224.

¹³ ARRUDA ALVIM. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: RT, 2016, p. 241.

¹⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva. 2004. 2 v. p. 337.

¹⁵ *Ibid* p. 339

São objeto de prova os fatos controvertidos, ou melhor, as alegações sobre fatos, ou seja, os fatos que foram alegados por uma parte e contestados pela contrária, bastando que possam influenciar no convencimento do Juiz, excetuando aqueles previstos no artigo 374 do CPC ou que a lei dispense determinada prova (notórios, confessados, incontrovertidos, ou em favor dos quais milita presunção legal de existência ou veracidade).

A prova tem como objeto demonstrar a veracidade de alegações sobre fatos que sejam, controvertidos e relevantes. Veja-se, então, que o objeto da prova não é o fato, mas a alegação.

Frise-se que as alegações sobre direito dispensam, em princípio, produção de prova, com exceção do previsto no art. 376 do CPC (direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, se assim o Juiz determinar).

Como já mencionado anteriormente, independem de prova, por seu turno, os fatos notórios, os alegados por um das partes e confessados pela outra, os incontrovertidos e aqueles em cujo favor milita a presunção de veracidade.

Notórios são os fatos de conhecimento de uma determinada comunidade ou determinada região, num determinado lapso de tempo.

Como destaca Adalberto Martins: *“o conhecimento notório não se confunde com o conhecimento pessoal (aquele derivado de observação pessoal), e tampouco coincide com o conhecimento absoluto, bastando o conhecimento relativo. Contudo, não se permite ao Juiz julgar com base em fatos de que tenha ciência pessoal e que não constam dos autos, excepcionando-se aqueles que Couture denomina “fatos evidentes”, e que ressaltam da experiência pessoal do magistrado”*.¹⁶

Os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária são admitidos como verdadeiros no processo, ainda que alegados pela parte com prejuízo de seu próprio interesse (art. 389, do CPC); ocorrendo, assim, a confissão, o fato torna-se incontrovertido prescindindo de prova.

¹⁶ Manual didático de direito processual do trabalho. 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 2014. p. 157.

Fatos incontroversos são aqueles que não mais admitem discussão, quer por reconhecidos como verdadeiros pelas partes, quer por não haverem sido impugnados por aquela em cujo desproveito atua (art. 344 e 345 do CPC).

Há, ainda, outros fatos que dispensam prova, a saber: os fatos inconcludentes e irrelevantes para o processo; os fatos intuitivos, porque perceptíveis pela experiência comum, ao Juiz e aos demais homens; os fatos indeterminados e absolutamente negativos, entendidos estes últimos como negativas genéricas, sem contextualização no tempo e no espaço.¹⁷

Há uma celeuma na doutrina sobre quem é o destinatário da prova, se o Juiz ou o processo.

Ao lecionar sobre a matéria, Cândido Rangel Dinamarco esclarece que o destinatário da prova é o Juiz. *“A natureza processual da prova é intimamente associada à identificação do Juiz como seu destinatário. A produção da prova não é prerrogativa inerente à estrutura dos direitos, mas ao exercício da jurisdição, da ação e da defesa. A ideia do processo como combate, ou jogo (Calamandrei), é apenas uma bela imagem e não deve distorcer a visão de que todos os atos das partes no processo são invariavelmente dirigidos ao Juiz: só indiretamente o adversário lhes sentirá os efeitos, a saber, quando o Juiz decide”*.¹⁸

O atual entendimento jurisprudencial é de que o Juiz deve ser considerado como o único destinatário da prova no processo.

Entretanto, com o devido respeito, ousamos discordar, e pedimos vênias para ponderar o seguinte: pelo princípio da aquisição processual ou da comunhão da prova, uma vez produzida, a prova passa a fazer parte do processo, devendo o Juiz fundamentar sua conclusão por qualquer prova dos autos, sendo irrelevante quem a tenha produzido (art. 371, do CPC), até mesmo quando produzida por determinação judicial.

Portanto, não é o Juiz exatamente o destinatário da prova, mas o processo.

¹⁷ ARRUDA ALVIM. Manual de direito processual civil 16. Ed.. São Paulo: RT, 2013, n. 195. p. 989, *apud* ARRUDA ALVIM. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: RT, 2016, p.243

¹⁸ Instituições de direito processual civil. 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009, 3 v. p 46.

Nesse sentido se pronuncia Arruda Alvim:

*“O direito probatório é também informado pelo princípio da aquisição processual, ou princípio da comunhão da prova. Por este princípio, deve o Juiz fundamentar a decisão na prova dos autos, pouco importando quem tenha produzido (art. 371 do CPC/2015); a prova pertence ao processo e será, pelo seu valor intrínseco, sopesada pelo Juiz, independentemente de se ter originado da atividade deste ou daquele litigante, ou mesmo de atividade oficiosa do Juiz. É a partir dessa diretriz que podemos concluir que, embora seja o convencimento do Juiz que defina a valoração da prova, não é ele, o Juiz, o destinatário da prova, mas sim o próprio processo. A prova não é feita para o Juiz; é produzida para o processo”.*¹⁹

Corroborando esse entendimento, Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery dizem:

*“Destinatário da prova é o processo. O Juiz deve julgar segundo o alegado no processo, vale dizer, o instrumento que reúne elementos objetivos para que o Juiz possa julgar a causa. Portanto, a parte faz a prova para que seja adquirida pelo processo. Feita a prova, compete à parte convencer o Juiz da existência do fato e do conteúdo da prova. Ainda que o magistrado esteja convencido da existência de um fato, não pode dispensar a prova se o fato for controvertido, não existirem nos autos prova do referido fato e, ainda, a parte insistir na prova. Caso indeferida a prova. Nessa circunstância, haverá cerceamento de defesa. No mesmo sentido: Sentís. Prueba, p. 20”.*²⁰

Segundo a lição de Cintra, Grinover e Dinamarco, “o processo também, como complexa ligação jurídica entre os sujeitos que nele desenvolvem atividade, é em si mesmo uma relação jurídica (relação jurídica processual, a qual, vista em seu

¹⁹ *Ibid.*, p. 247/248

²⁰ Comentários ao código de processo civil. Novo CPC – Lei 13.105/2015. São Paulo: Revistas dos Tribunais. 2015, p. 984/985.

conjunto, apresenta-se composta de inúmeras posições jurídicas ativas e passivas de cada um de seus sujeitos: poderes, faculdades, deveres, sujeição, ônus".²¹

No processo civil a noção de ônus ganha especial relevância dentre tais posições jurídicas.

Ocorre que, ao solucionar conflitos não criminais, isto é, aqueles não sujeitos a sanções penais, o processo civil acaba por dividir o encargo entre os sujeitos da relação processual (assim entendidos como o autor e o réu), passando-lhes a quase total incumbência na realização de condutas para atingirem seus objetivos, ou seja, obtenção de êxito na demanda, o que significaria procedência (autor), consubstanciada em uma sentença que lhe reconheça determinado direito, concedendo-lhe o bem da vida almejado.

Também a ele (autor) é dado o custo do insucesso, quer pela má formação processual (que resultará no "encerramento" do processo sem resolver o mérito) ou, pior, a improcedência, que equivale a atribuir o direito ao demandado, permanecendo o réu com o bem da vida almejado pelo autor.

Tal divisão destaca os ônus processuais de cada parte, no entanto, como mencionado por Carla Teresa Martins Romar, "*o fato de não ter produzido a prova que lhe incumbia, porém, não significa necessariamente um julgamento desfavorável à parte, tendo em vista que a formação do convencimento do juiz é mais ampla e pode decorrer das provas produzidas pela parte contrária e até mesmo daquelas produzidas de ofício*".²²

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

De acordo com De Placido e Silva, a palavra do latim ônus (carga, peso, obrigação), na significação técnico-jurídica, entende-se como todo encargo, dever ou

²¹ Teoria geral do processo. 19ª ed. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 282/283.

²² Distribuição Dinâmica do ônus da Prova no Direito Processual do Trabalho. In: DIDIER JR. Fredie. (coord) *Direito Probatório*. 2ª ed. São Paulo: Juspodium. 2016, p. 1008.

obrigação que pesa sobre uma coisa ou uma pessoa, em virtude de estar obrigada a respeitá-los ou a cumpri-los.²³

Ensina Cândido Rangel Dinamarco que ônus da prova “*é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para decisões a serem proferidas no processo*”.²⁴

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci, “*ônus representa um encargo, uma responsabilidade, uma incumbência. Possui um sentido negativo, valorando-se como obrigação da qual não se pode subtrair, sob pena de sofrer as consequências desfavoráveis ao próprio interesse. É exatamente nesse prisma que se deve captar o ônus da prova*”.²⁵

Ao discorrer sobre o tema, Mauro Schiavi diz que ônus da prova “*é um dever processual que incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito, e ao réu quanto aos fatos modificativos, extintos e impeditivos do direito do autor, que, uma vez não realizado, gera uma situação desfavorável à parte que detinha o ônus e favorável à parte contrária, na obtenção da pretensão posta em juízo*”.²⁶

Prevalece o entendimento entre os estudiosos do processo de que o conceito de ônus relaciona-se mais com o exercício de uma faculdade do que com o cumprimento de uma obrigação.

Como assevera Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, “*no ônus, o sujeito é livre para dotar a conduta prescrita pela norma, não estando juridicamente vinculado ao seu cumprimento em favor de outro, como ocorre na obrigação. O não exercício de um ônus não configura ato ilícito e não é sancionado, enquanto a violação de uma obrigação é ilícita e sancionada. A norma estatuidora de um ônus tutela interesse do próprio onerado, ao passo que a norma portadora de uma obrigação tutela interesse do titular do direito subjetivo correspondente, que pode exigir o seu cumprimento*”.²⁷

²³ Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Forense. 3 v. p. 282.

²⁴ *Ibid.*, p. 70.

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Prova no processo penal. São Paulo: Revistas dos Tribunais. 2009, p. 22, *apud* SCHIAVI. Mauro. *Provas no Processo do Trabalho*. 4ª ed. São Paulo. LTr. 2014, p. 82.

²⁶ *Ibid.*, p. 83.

²⁷ *Ibid.*, p. 41.

Neste contexto, Gian Antonio Micheli, destaca que *“há ônus na hipótese em que determinado comportamento do sujeito seja necessário para alcançar determinado fim jurídico, sendo, todavia, livre para agir como melhor lhe pareça, eventualmente, até mesmo em sentido contrário ao previsto na norma. De seu lado, a obrigação caracteriza-se pelo vínculo jurídico imposto à vontade do obrigado em favor de um interesse alheio, vínculo cuja violação importa em ato ilícito, porque o desrespeito ao comando não deixa ao obrigado liberdade de escolha”*.²⁸

É importante ressaltar essa característica do ônus, que é a da liberdade, já que nos dias de hoje parece estar havendo uma tentativa de desfigurar o ônus aproximando-o do dever, o que é malquisto e tende a criar um tipo de processo civil autoritário que não se coaduna com o devido processo legal.

Vale ressaltar que os dois principais ônus a serem desempenhados pelos sujeitos parciais do processo civil são o ônus de afirmar e o ônus de provar.

Em relação ao “ônus de afirmar”, pode-se dizer que existe em decorrência de que, em nosso sistema, há desconhecimento dos fatos pelo juiz, além da condição de que, de forma geral, não lhe é atribuído o poder de iniciativa, não podendo iniciar o processo sem manifestação das partes.

Assim, cabe ao interessado o encargo de iniciar o processo com o ajuizamento da ação por meio de uma petição inicial, provocando o juiz. Nessa peça inicial devem ser descritos os fatos ocorridos (ou que teme que venham a ocorrer), fatos que constituem o seu direito e que, em seu sentir, são suficientes para que obtenha o bem da vida pretendido.

De outro lado, atribui-se ao réu o encargo de invocar os fatos que entende lhe sejam benéficos para desconstituir a pretensão do autor, fatos que impedem, modificam ou extinguem o direito alegado.

Entretanto, não é suficiente alegar; há necessidade de provar os fatos alegados, quer sejam constitutivos, extintivos, modificativos ou impeditivos.

²⁸ MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*. 2ª ed. Padova: Cedam. 1966, p. 100-101, *apud* PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. 2 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais. 2011., p. 41.,

Chega-se, assim, ao ônus da prova.

O ônus da prova assume uma posição importante somente quando a instrução do processo não possibilita um convencimento seguro das questões apresentadas, ou seja, quando o julgador se depara com um *non liquet*.

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

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

Carla Teresa Martins Romar analisando a questão em comento diz que “*o ônus da prova significa, portanto, esse encargo, que os diversos sistemas processuais atribuem aos litigantes, de que os mesmos reproduzam nos autos os fatos tais como aconteceram*”.²⁹

Nesse aspecto, faz necessária a análise da questão sobre dois prismas: o objetivo e o subjetivo.

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

Tem-se, conforme a redação original do artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, que “*o ônus de provas às alegações incumbe à parte que as fizer.*” No entanto, como tal artigo é considerado omissivo pela doutrina majoritária, necessária se fazia a utilização subsidiária do instituto do ônus da prova no processo comum, para que se pudesse aferir os detalhes e peculiaridades do instituto do ônus da prova no processo do trabalho.

²⁹ Distribuição dinâmica da prova no direito processual do trabalho. In: DIDIER JR. Fredie. (coord.). *Direito Probatório*. 2ª ed. Salvador: Juspodium. 2016, p. 1007.

Nesse aspecto, cita Carla Teresa Martins Romar que “o art. 818 da CLT não basta para definição das regras de ônus da prova no Processo do Trabalho, sendo necessária, por força do ar. 769 da CLT, a utilização subsidiária do Direito Processual Comum, abrangendo as regras de ônus da prova do Código de Processo Civil (CPC) e do Código de Defesa do Consumidor (CDC)”.³⁰

O artigo 373 do atual Código de Processo Civil (com previsão semelhante ao seu antecessor) atribui ao autor o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito. Já ao réu há a incumbência de provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do autor (defesa indireta de mérito), divergindo a jurisprudência sobre o ônus de provar a inexistência do fato (defesa direta do mérito).

Discorrendo sobre o tema, Alexandre Câmara destaca que:

“Este é texto normativo muito tradicional no direito processual civil brasileiro, mas que é claramente insuficiente para explicar todas as situações. É que de sua leitura ressalta a (falsa) impressão de que em um processo só poderiam ser discutidos quatro tipos de fato: constitutivo do direito, impeditivo do direito, modificativo do direito e extintivo do direito. Assim não é, porém. Evidentemente, esses quatro tipos de fato são os que mais frequentemente aparecem nos processos. Sempre haverá a alegação de um fato constitutivo do direito (isto é, de um fato do qual se origina o direito), o qual constitui, aliás, a causa de pedir remota da demanda do autor. Pode, também, ser alegado algum fato impeditivo (ou seja, um fato contemporâneo ao fato constitutivo, mas que é suficiente para impedir que o direito efetivamente se constitua, como seria a incapacidade de um contratante, a impedir a constituição de direitos resultantes do contrato por ele celebrado), modificativo (isto é, um fato superveniente e que altere a substância do direito, como seria o pagamento parcial de uma dívida que esteja sendo cobrada pelo demandante) ou extintivo (fato superveniente à formação do direito e que faz com que ele desapareça, como é o pagamento em relação ao

³⁰ *Ibid.*, p. 1008-1009

direito de crédito). Além desses quatro tipos, porém outros podem ser alegados. Imagine-se, por exemplo, um processo no qual o autor cobra do réu uma dívida resultante de um contrato (sendo o contrato constitutivo do direito do autor). O réu, então, alega em sua defesa o pagamento (fato extintivo do direito). Pode ocorrer, então, de o autor, na réplica, afirmar que o pagamento foi inválido por ter sido feito a mandatário sem poderes para recebê-lo (fato impeditivo da eficácia extintiva do pagamento). Pois o texto do art. 373 não dá solução a uma relevante questão: sobre quem incidirá o ônus da prova acerca deste último fato alegado (o “fato impeditivo do fato extintivo”)? Daí porque é multissecular a afirmação de que o ônus da prova incumbe a quem alega (ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat)”.³¹

Dessa forma, o ônus da prova recai a quem alega.

Entretanto, com a reforma trabalhista, a redação do art. 818 da CLT, passa a ser idêntica à do CPC: “O ônus da prova incumbe: I - ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante.

No entanto, como já citado, há a possibilidade de que as provas produzidas não sejam suficientes para a demonstração dos fatos ocorridos.

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

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

Explicando as duas espécies de ônus, Barbosa Moreira destaca: “*O desejo de obter a vitória cria para o litigante a necessidade, antes de mais nada, de pesar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão, e de esforçar-se, depois, para*

³¹ *Ibid.*, p. 232-233.

que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa. Fala-se, ao propósito, de ônus da prova, num primeiro sentido (ônus subjetivo ou formal)".³²

E segue comentando o ônus objetivo: *"A circunstância de que, ainda assim, o litígio deva ser decidido torna imperioso que alguma das partes suporte o risco inerente ao mau êxito da prova. Cuida então a lei, em geral, de proceder a uma distribuição de riscos: traça critérios destinados a indicar, conforme o caso, qual dos litigantes terá de suportá-los, arcando com as consequências desfavoráveis de não se haver provado o fato que lhe aproveitava. Aqui também se alude ao ônus da prova, mas num segundo sentido (ônus objetivo ou material)*".³³

Assim, tem-se por ônus subjetivo a regra de conduta para as partes, questionando qual terá a incumbência de provar determinado fato e, em consequência, arcar com o risco, em não sendo possível tal prova. Referida vertente ocorre no âmbito privado e impõe uma sanção de não produção à parte.

Em outro sentido, o ônus objetivo é regra de julgamento a ser aplicada pelo magistrado em caso de insuficiência nas provas produzidas.

Referido ônus é atributo da função jurisdicional, tratando-se de uma necessidade do próprio ordenamento, pelo qual não se aceita o já citado *non liquet*, ou seja, ao juiz não se admite o "não julgar", mesmo que não haja provas suficientes ou não se sinta plenamente convencido. A ele se atribui o dever de julgar de acordo com o que foi provado nos autos, estipulando as consequências para cada parte quando ausentes ou insuficientes as provas dos fatos alegados.

É possível, assim, dizer-se que a finalidade de referida função é estabelecer o efeito do não cumprimento do ônus subjetivo pela parte.

Não obstante, parte significativa da doutrina defende entendimento contrário. Juristas como Manoel Antonio Teixeira Filho,³⁴ por exemplo, não admite o ônus "para o juiz", já que há critérios de avaliação utilizados pelo julgador ao decidir determinada

³² MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Julgamento e ônus da prova" Temas de Direito Processual Civil – segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 74-75 In: DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA. Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 10ª ed. Bahia: Jus Podium. 2 v. 2015. p. 107

³³ *Ibid.*, p. 108.

³⁴ *Ibid.*, p. 972-973.

demanda, critérios que são livremente considerados na apreciação das provas, uma vez que em nosso sistema jurídico adota-se o critério da “persuasão racional ou do livre convencimento motivado”, tornando-se inaceitável que se diga que há ônus ao juiz.

Apesar de o atual artigo 371 do CPC haver excluído a expressão “o juiz apreciará livremente a prova”, permanece o entendimento de que ainda persiste “o livre convencimento motivado”, conforme destacado por Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery: “*o juiz é soberano na análise das provas produzidas nos autos. Deve decidir de acordo com o seu convencimento*”.³⁵

Seguem, ainda, defendendo que, em relação à não produção de prova pela parte a quem incumbe o ônus, esse descumprimento não é relevante, já que não geraria nenhum efeito, à medida que não importa ao julgador quem produziu a prova; uma vez produzida, passa a pertencer ao processo, devendo ser analisada segundo seu valor intrínseco.

Assim, tem-se por ônus uma faculdade da parte, a qual poderá ou não cumpri-la, sendo que o descumprimento gera consequências tão somente a ela própria, como, por exemplo, formar a convicção do juiz de forma prejudicial ao seu interesse. Não se trataria, assim, de sanção judicial.

Portanto, o que se entende por distinção ou distribuição de ônus é atribuir a cada parte o que a ela compete fazer no processo, podendo o juiz julgar de acordo com seu convencimento, desde que motivado, podendo determinar a produção de prova que entende necessária quando aquelas produzidas foram insuficientes ou ausentes. Só não poderá jamais deixar de julgar por falta ou insuficiência de provas.

Sob esse aspecto é que se discorre sobre o “ônus objetivo”, ou seja, o juiz não se abstém de julgar ante a inexistência ou insuficiência de provas. Já o ônus das partes, isto é, o “ônus subjetivo”, consiste no encargo da produção da prova de suas alegações, provas que têm como meta formar o convencimento do julgador e, caso não cumpram com tal encargo, ou o cumpram de forma incompleta, as partes poderão vir a ser prejudicadas na decisão, por falta de respaldo probatório a suas alegações.

³⁵ *Ibid.*, p. 992

Assim, a sentença desfavorável à parte (improcedência para o autor ou procedência para o réu) é a verdadeira penalidade à parte para a não produção da prova.

2. O tratamento do ônus da prova no ordenamento jurídico pátrio

2.1 Código de Processo Civil de 1973

As regras gerais básicas sobre o ônus da prova encontravam-se no artigo 333 do Código de Processo Civil. O referido artigo adotava a teoria de Carnelutti que, de acordo com o entendimento de Moacyr Amaral Santos, estava firmada no princípio de que *“quem propõe uma pretensão em julgamento, deve provar os fatos que a sustentem; e quem opõe por sua parte uma exceção, deve provar os fatos de que resulta; em outras palavras: quem pretende, deve provar o fato ou fatos constitutivos, e quem excepciona, o fato ou fatos extintivos ou as condições modificativas”*.³⁶

Assim, ônus da prova incumbia ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Entretanto, devemos ter bem definido o que são fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos.

Vicente Greco Filho, lecionando sobre a questão, diz:

“são fatos constitutivos aqueles que, se provados, levam à consequência jurídica pretendida pelo autor. A relevância ou não de determinado fato para a produção de certo efeito jurídico é dada pelo direito material, porque nele estão definidas as relações jurídicas e os respectivos fatos geradores de direito subjetivos. O autor, na inicial, afirma certos fatos porque deles pretende determinada consequência de direito; esses são fatos constitutivos que lhe incumbe provar sob pena de perder a demanda. A dúvida ou insuficiência de prova quanto a fato constitutivo milita contra o autor. O juiz julgará o pedido improcedente se o autor não provar suficientemente o fato constitutivo de seu direito”.³⁷

Discorrendo sobre fatos constitutivos, Giuseppe Chiovenda afirma que são aqueles que dão vida a uma vontade concreta da lei e à expectativa de um bem por parte

³⁶ Primeiras linhas de direito processual. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2, p. 356.

³⁷ Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva. 1993. v. 2, p. 185.

de alguém, e exemplifica fazendo referência ao empréstimo, ao testamento, ao ato ilícito e ao matrimônio.³⁸

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

Mais adiante, Vicente Greco Filho afirma que:

*“Ao réu incumbe a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, ou seja, o fato que a despeito da existência do fato constitutivo, tem, no plano do direito material, o poder de impedir, modificar ou extinguir o direito do autor – são desse tipo as chamadas exceções materiais, como, por exemplo, a exceptio non adimplenti contractus. Se o réu não provar suficientemente o fato extintivo, modificativo ou impeditivo, perde a demanda. Não existe, no processo civil, o princípio geral do in dubio pro reo. No processo civil, in dubio, perde a demanda quem deveria provar e não conseguiu”.*³⁹

Dessa maneira, o réu pode deduzir três tipos de fatos novos: extintivos, impeditivos ou modificativos do direito afirmado. E a prova de todos esses fatos novos, que, de alguma forma, abalam o direito afirmado pelo autor, é encargo do réu.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart entendem que fatos extintivos são aqueles que *“fazem cessar uma vontade concreta de lei e conseqüentemente expectativa de um bem (v.g., pagamento)”*.⁴⁰

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira definem como fato extintivo *“aquele que retira a eficácia do fato constitutivo, fulminando o direito do autor e a pretensão de vê-lo satisfeito”*.⁴¹

³⁸ Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 1, p. 7. *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção de acordo com o CPC de 2015*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 204.

³⁹ *Ibid.*, p. 185

⁴⁰ *Ibid.*, p. 204.

Desse modo, o fato extintivo é aquele capaz de gerar a extinção da relação jurídica, aquele que tem força de dirimir ou extinguir direito. Em matéria processual, o fato extintivo constitui matéria de defesa, que pode ser alegada por quaisquer dos litigantes, para anular a eficácia do fato constitutivo ou do direito pretendido pelo adversário.

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

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira definem como fato impeditivo “*aquele cuja existência obsta que o fato constitutivo produza efeitos e o direito, dali, nasça – tal como a incapacidade, o erro, o desequilíbrio contratual*”.⁴²

Giuseppe Chiovenda,⁴³ afirma que para o nascimento de um direito é necessária a presença de: a) causas *eficientes*, que são circunstâncias que tem por função específica dar nascimento ao direito – compõem o próprio fato constitutivo do direito; e b) causas *concorrentes*, que são circunstâncias que devem concorrer para que o fato constitutivo (causa eficiente) produza seu efeito regular (dar nascimento ao direito) e cuja ausência obsta sua produção – isto é, são fatos impeditivos do direito.

Por fato modificativo Daniel Amorim Assumpção Neves entende que “*é aquela que altera apenas parcialmente o fato constitutivo, podendo ser tal alteração subjetiva, ou seja, referente aos sujeitos da relação jurídica (como ocorre, por exemplo, na cessão de crédito), ou objetiva, ou seja, referente ao conteúdo da relação jurídica como ocorre, por exemplo, na compensação parcial*”.⁴⁴

Assim, o fato modificativo é aquele que, sem excluir ou impedir a relação jurídica, à qual é posterior, busca, tão somente, alterá-la.

⁴¹ *Ibid.*, 2015, 112

⁴² *Ibid*, p. 112.

⁴³ Instituições de direito processual civil. vol. 1 *apud* DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA. Rafael. *Curso de direito processual Civil*. 2ª ed. Bahia: Jus Podium. 2016, v. 2, p. 112-113.

⁴⁴ Manual de direito processual civil. 8ª ed. Salvador: Juspodium, 2016, p. 1226.

Sob tal perspectiva surgiu a máxima segundo a qual o ônus da prova incumbe a quem alega. Dito de outro modo, se no momento de proferir a decisão de mérito o juiz verificasse que alguma alegação não estava suficientemente provada, deveria proferir decisão contrária a quem a tenha feito.

Nota-se, assim, que o Código de Processo Civil de 1973 não previa, necessariamente, a obrigação na produção da prova, limitando-se a indicar a quem caberia o encargo de comprovar os fatos alegados, indicação que surgia de acordo com a natureza de tais fatos e, também, em relação à posição em que a parte ocupa no processo, questão que se coaduna com a teoria clássica sobre o tema, ou seja, não atribuía uma punição à parte inerte, tampouco um prejuízo irremediável ao direito alegado. As partes tão somente assumiam o risco de não produzir prova do direito alegado (melhor dizendo, do aspecto fático em que tal direito se funda) e, consequentemente, lograr uma decisão que lhe fosse favorável.

Na verdade, a própria razão de ser da regra de distribuição do ônus da prova era, além de uma razão de oportunidade e de experiência, a ideia de equidade resultante da consideração de que, litigando as partes e devendo conceder-lhes a palavra igualmente para o ataque e a defesa, é justo não impor só a uma o ônus da prova.⁴⁵

A partir de tais conceitos, havia no código revogado regras que se mostravam suficientes para solucionar a maior parte dos casos, porém havia aqueles para os quais tais conceitos não se mostravam adequados como, por exemplo, situações mais complexas, em que há desdobramento de fatos.

A título de exemplo, o código não trazia solução para a alegação de “fato impeditivo do fato extintivo”.

Alexandre Freitas Câmara discorrendo sobre a questão apontava que:

“Evidentemente, esses quatro tipos de fato são os que mais frequentemente aparecem nos processos. Sempre haverá a alegação de um fato constitutivo do direito (isto é, de um fato do qual se origina o direito), o qual constitui, alias a causa de pedir remota da demanda

⁴⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 19ª ed. São Paulo: Malheiros. 2003, p. 351-352.

do autor. Pode, também, se alegado algum fato impeditivo (ou seja, um fato contemporâneo ao fato constitutivo, mas que é suficiente para impedir que o direito efetivamente se constitua, como seria a incapacidade de um contratante, a impedir a constituição de direitos resultantes do contrato por ele celebrado), modificativo (isto é, um fato superveniente e que altere a substância do direito, como seria o pagamento parcial de uma dívida que esteja sendo cobrada pelo demandante) ou extintivo (fato superveniente à formação do direito e que faz com que ele desapareça, como é o pagamento em relação ao direito de crédito). Além desses quatro tipos de fatos, porém, outros podem ser alegados. Imagine-se, por exemplo, um processo no qual o autor cobra do réu uma dívida resultante de um contrato (sendo o contrato o fato constitutivo do direito do autor). O réu, então, alega em sua defesa o pagamento (fato extintivo do direito). Pode ocorrer, então, de o autor, na réplica, afirmar que o pagamento foi feito a mandatário sem poderes para recebê-lo (fato impeditivo da eficácia extintiva do pagamento). Pois o texto do art. 373 não dá solução a uma relevante questão: sobre quem incidiria o ônus da prova acerca deste último fato alegado (o “fato impeditivo do fato extintivo”). Daí por que é multissecular a afirmação de que o ônus da prova incumbe a quem alega...”⁴⁶

Outro aspecto relevante refere-se ao concurso do referido artigo 333 com o artigo 130 do CPC/1973 (esse último previa que o juiz poderia, “de ofício ou a requerimento das partes, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”), já que a doutrina costumava referir-se a ambos de forma conjunta, a fim de admitir a intervenção do juiz somente se em conformidade com as regras de distribuição, não sendo fundamento para que o juiz substituísse a parte, suprimindo sua lacuna na produção da prova que lhe competia, de tal forma que referidas regras se constituíam em clara limitação aos poderes do juiz.⁴⁷ Em outras palavras, se o conjunto probatório produzido por uma das partes for insuficiente ou inválido, ao juiz não seria permitido atuar de ofício a fim de

⁴⁶ O novo processo civil brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2016, p. 233.

⁴⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 128/129.

suprir a lacuna da parte, sob pena de violação do seu dever de imparcialidade, entendimento que tinha, também, como fulcro, o artigo 125, I do CPC/1973 (“O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código”, o chamado “princípio dispositivo”).

No que tange a citados limites do juiz na produção de provas, há críticas como a de José Roberto dos Santos Bedaque, segundo o qual “à luz das premissas que informam a visão instrumentalista e publicista do fenômeno processual, não parece correta tal conclusão. As normas processuais devem ser interpretadas em conformidade com a finalidade do processual, qual seja a efetivação de direito substancial e a pacificação social. Não se pode ver, na iniciativa instrutória do juiz, uma atividade substitutiva de qualquer das partes, em detrimento da outra”.⁴⁸

Mostraram-se, assim, insuficientes as disposições do CPC de 1973 para uma considerável gama de situações, como nas questões envolvendo matéria ambiental, ou nas relações em que há clara desigualdade entre as partes, o que fez com que o legislador introduzisse inovações sobre a distribuição do ônus da prova, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, trazendo ao direito positivo flexibilização no que diz respeito a atribuição de tal ônus.

2.2 Código de Defesa do Consumidor

Antes de estudarmos o referido diploma, cabe uma pequena digressão relativa a terminologia utilizada.

A grande maioria dos doutrinadores, e até a própria jurisprudência e o Código de Defesa do Consumidor, utiliza a expressão “inversão do ônus da prova” para o caso em que se atribui tal ônus de forma diversa do previsto ordinariamente.

Entretanto, o entendimento mais atual defende a utilização da terminologia acolhida pelo legislador do vigente CPC, ou seja, “distribuição do ônus da prova”, como descrito nos artigos 357 III, 373, par. 3º, ambos do CPC ou “atribuição”, como descrito no artigo 373, par. 1º, do CPC, também repetida no art. 818, par. 1º, da CLT, com a redação dada pela Lei 13467/2017.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 129.

A preferência por referida terminologia se dá por não se tratar propriamente de inversão, mas de presunção em desfavor de uma das partes, quando presentes determinadas circunstâncias, como ocorre, por exemplo, na falta de apresentação de controle de jornada por parte do empregador, fazendo presumir verdadeira a jornada alegada pelo empregado (Súmula 88 do TST).

Verifica-se, assim, que o ônus do fato constitutivo continua com a parte autora, havendo uma presunção que lhe é favorável.

No entanto, como a terminologia mais utilizada ainda é “inversão”, manteremos neste trabalho tal terminologia.

O artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) prevê a facilitação na defesa dos direitos do consumidor, inclusive com a inversão do ônus da prova a seu favor, no processo civil, quando, a critério do Juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras de experiência.

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

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

Como visto anteriormente, a regra geral de divisão de ônus da prova estabelece que compete ao autor-reclamante fazer prova do fato constitutivo de seu direito, enquanto ao réu-reclamado da existência de fato extintivo, modificativo ou impeditivo ao direito invocado pelo autor (arts. 373 do CPC/2015 e 818 da CLT).

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

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

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

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

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

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

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

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

Não havia no texto original da Consolidação das Leis Trabalhistas, previsão de inversão do ônus da prova. Como examinado anteriormente, o único artigo que tratava sobre o ônus da prova era o art. 818 da CLT.

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

Em vista disso, o legislador ordinário, por meio da Lei nº 13.467/2017, não só modificou o art. 818 da CLT, repetindo o artigo 373 do CPC no que diz respeito à regra geral de atribuição do ônus da causa, como também repetiu as previsões no que tange à inversão, adaptando-a ao processo do trabalho.

Assim, passa o art. 818 da CLT a contar, além dos incisos já citados, com os seguintes parágrafos: § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão referida no § 1º deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido. § 3º A decisão referida no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Importante notar que o legislador não repetiu a regra do parágrafo 3º do artigo 373 do CPC, o qual permite a convenção sobre a distribuição do ônus da prova, justamente em razão da própria desigualdade que existe entre as partes no processo do trabalho, que muito se aproxima do processo nas relações de consumo.

Defende, também, a doutrina a manutenção da aplicação subsidiária do CDC, a despeito da alteração legislativa, sob o argumento de que poderá o julgador inverter o ônus nos casos de verossimilhança da alegação ou de hipossuficiência do trabalhador, segundo as normas ordinárias de experiência.⁴⁹

Dessa forma, a regra de inversão do *onus probandi* presente no Código de Proteção do Consumidor, mantém-se perfeitamente aplicável no processo trabalhista, também, pelos princípios que norteiam o processo trabalhista (arts. 8, parágrafo único e 769, da CLT), em especial o princípio de acesso à justiça pelo trabalhador.

⁴⁹HIRATA, Carolina Marzola. A reforma trabalhista e o processo do trabalho: Comentários à parte processual do PL nº 6.787/2017 (Câmara dos Deputados – PL/2017 (Senado Federal)). São Paulo: Revitsa LTr. 81-06/658-671.

Entretanto, ao comentar sobre o tema, José Cláudio Monteiro de Brito Filho manifestou-se sobre a impossibilidade da aplicação do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor ao processo trabalhista: “A norma prescrita no Código de Proteção do Consumidor, todavia, não pode ser aplicada diretamente no processo trabalhista, por duas razões básicas. Em primeiro lugar, o art. 6º, VIII, em comento, é claro ao referir sua aplicação no processo civil; segundo, porque não há omissão na legislação processual do trabalho que permita a utilização da norma alienígena”.⁵⁰

No mesmo diapasão, sustenta Marcelo Moura que:

*“Não obstante o processo do trabalho também trate de tentar diminuir as desigualdades processuais entre os litigantes, não vejo lugar para aplicação de regra especial que cuida de relações de consumo, como a do art. 6º, VIII, do CDC. A solução mais consentânea com a realidade trabalhista foi a proposta, a nosso ver, por Cleber Lúcio de Almeida, Direito Processual, 2009, p. 583-584. O autor defende que o Juiz do Trabalho deve estabelecer presunções favoráveis ao empregado, fundadas nos princípios do direito do trabalho, na exigência de pré-constituição da prova e em regras de experiência; além disso, deve o juiz conceder especial valor a prova favorável ao trabalhador, que se sustenta no princípio de que basta a prova do início do fato que gera seu direito para que o juiz entenda superado o encargo probatório”.*⁵¹

Corrente contrária, todavia, defende a possibilidade da aplicação da inversão do *onus probandi* no processo do trabalho, em face de similitude de situações processuais em que se encontram o consumidor e o trabalhador. Veja-se a inestimável análise de Carlos Henrique Bezerra Leite ao tratar sobre tema:

“O CDC consagra expressamente o princípio da inversão do ônus da prova, como se infere do seu art. 6º, VIII, in verbis: O art. 6º - São direitos básicos do consumidor: VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, ao seu favor, no

⁵⁰ Discriminação no trabalho. São Paulo: LTr. 2002, p. 95.

⁵¹ Consolidação das Leis do Trabalho para concursos. 6ª ed. Salvador: Jus Podivm. 2016, p. 919.

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

52

Como se pode concluir, tal discussão manter-se-á mesmo com a atual redação do artigo 818 da CLT.

2.3 Código de Processo Civil de 2015

Segundo a teoria do ônus da prova prescrita por Giuseppe Chiovenda e acolhida pelo legislador de 1973 no art. 333 do Código de Processo Civil revogado, competia ao autor a prova dos fatos constitutivos do direito que alega ser detentor, e ao réu a prova dos alegados fatos impeditivos, modificativos, extintivos ou quaisquer outros que barrassem o direito alegado pelo autor, sob pena de vir a sofrer as consequências por não o fazer.

Configurava-se em uma regra de distribuição estática do ônus da prova, com as partes já tendo conhecimento de forma antecipada sobre quais fatos deveriam provar no processo, tendo por pressuposto a existência de igualdade de condições de produção de provas pelas partes. Assim, passavam a ser oneradas de maneira equilibrada, no aspecto formal, sem que houvesse qualquer forma de compensar eventual desequilíbrio substancial entre elas.

⁵² Curso de direito processual do trabalho. 9ª ed. São Paulo: LTr. 2011, p. 600.

Não obstante sua inegável serventia, referida teoria não poderia ser considerada adequada a todo e qualquer caso, por consistir em forma extremamente rígida, podendo gerar injustiça na prestação da tutela jurisdicional.

A partir desse desequilíbrio, que foi notado nos casos em que as partes não possuíam as mesmas condições fáticas na produção da prova, concebeu-se a possibilidade de inverter tal ônus, inicialmente, no sistema pátrio, com o advento do Código de Defesa do Consumidor prevê, em seu art. 6º, VIII, trazendo referida inversão como direito básico do consumidor. Entretanto, dada a sua aplicação específica às relações entre consumidor e fornecedor, tal previsão não foi suficiente, fazendo surgir, na prática, um imenso empenho jurisprudencial para aplicar de forma extensiva a distribuição de carga probatória em outros sistemas, notadamente o ambiental e o do trabalho.

Entre as novidades trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, no campo das provas cíveis, destaca-se a criação da carga dinâmica da prova, que, muito embora já fosse reconhecida em diversas decisões judiciais, está agora regulamentada.

O advento do atual CPC, instituído pela Lei nº 13.105 e publicado no dia 16 de março de 2015, traz em seu art. 373, § 1º, a técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova ou “*la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*” idealizada por Jorge W Peyrano.

Sustenta o doutrinador a necessidade de definição casuística e pontual de qual parte será onerada, segundo as condições de produzir a prova de cada uma delas e também pela proximidade da prova.

Roland Arazi, que também já proferiu entendimento acerca do tema da prova, destaca que “*ante la falta de prueba, es importante que el juez valore las circunstancias particulares de cada caso, apreciando quien se encontraba en mejores condiciones para acreditar el hecho controvertido, así como las razones por las cuales quien tenía la carga de la prueba no la produjo, a fin de dar primacía a la verdad jurídica objetiva,*

*de modo que su esclarecimiento no se vea preturbado por um excesivo rigor formal, en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”.*⁵³

Tal teoria ecoa no CPC, principalmente em três dispositivos:

- a) No art. 357, inc. III, que trata do saneamento e organização do processo;⁵⁴
- b) Nos parágrafos do art. 373, em especial em seus dois primeiros, que se referem de forma direta à distribuição dinâmica do ônus da prova; e⁵⁵
- c) No inc. XI do art. 1.015 que trata do cabimento do recurso de agravo de instrumento.⁵⁶

Todavia, é por meio dos §§ 1º e 2º do art. 373, que a chamada teoria dinâmica do ônus da prova veio a ser introduzida de forma geral ao ordenamento pátrio.

Cabe destacar que, apesar de ser prevista em poucos dispositivos legais, a modificação sobre o conceito de inversão do ônus da prova, reveste-se de importância prática e teórica, representando significativa e substancial alteração, como exposto a seguir.

⁵³ La carga probatoria. Disponível em: <http://www.apdp.com.ar/archivo/teoprueba.htm>. acessado em: 24 abr.2017).

⁵⁴ Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: I - resolver as questões processuais pendentes, se houver; II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373; [...]

⁵⁵ Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: I - resolver as questões processuais pendentes, se houver; II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373; [...]

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.

⁵⁶ Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: [...] XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º; [...]

O Código de Processo Civil traz três requisitos a serem observados pelo juiz ao atribuir o ônus da prova de modo diverso daquele já especificado na norma geral, requisitos que podem ser definidos como positivos e negativos.

Nesse diapasão, os requisitos positivos de aplicabilidade da teoria dinâmica do ônus da prova, inserido no § 1º do art. 373, seriam:

- a) Impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo rígido da distribuição do ônus probatório, o qual está disciplinado nos incs. I e II do referido artigo; e
- b) Maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.

Já o requisito negativo vem previsto no § 2º do art. 373, o qual veda a chamada prova diabólica reversa, isso é, a dinamização do ônus da prova não pode vir a causar a desincumbência desse “encargo”, tornando impossível ou excessivamente difícil a produção da prova pela parte agora onerada.

No que diz respeito à previsão da adoção da teoria da dinâmica do ônus da prova por consenso das partes, a lei estabelece fatores legais impeditivos, *i.e.*, situações em que não se há de falar em inversão do ônus por liberalidade das partes:

- a) Quando o fato a ser provado consistir em direito indisponível; e
- b) Quando o acordo tornar excessivamente difícil o exercício do direito de provar da respectiva parte (§ 3º, incs. I e II, do art. 373).

Destaca-se que tal convenção das partes pode ocorrer antes ou durante o trâmite processual.

A chamada doutrina das cargas probatórias dinâmicas pode e deve ser utilizada pelos tribunais em determinadas situações nas quais não funcionem adequada e valiosamente as previsões legais que repartem os encargos probatórios. Ela importa em um deslocamento do *onus probandi*, segundo forem as circunstâncias do caso, podendo aquele recair, por exemplo, na cabeça de quem está em melhores condições técnicas,

profissionais ou fáticas para produzi-las, para além do seu posicionamento como autor ou réu, ou de se tratar de fator constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos.⁵⁷

Destaca-se que a regra geral da distribuição estática, que serve a maior parte dos casos do direito comum, vem mantida no *caput* do art. 373, com a mesma previsão que já havia no CPC de 1973. Entretanto, como regra exceptiva, concebeu o legislador, no parágrafo 1º do mesmo artigo, a distribuição da carga probatória de forma distinta, prevendo que, para tal distribuição diversa, há que se observar se as peculiaridades do caso concreto revelam que a solução extraordinária do citado parágrafo se mostra mais adequada para a situação discutida no processo do que aquela prevista no *caput*.

Referida norma se torna um instrumento de suma importância para aplicar a justiça ao caso concreto, preservando direitos fundamentais protegidos constitucionalmente, além de estabelecer mecanismos de proteção ao direito de defesa do onerado, outro direito fundamental também agasalhado pela Constituição.

Inicialmente, há a necessidade de fundamentação na decisão, previsão que encontra respaldo na Constituição em seu artigo 93, IX.

E, ainda, na aplicação da inversão, deverá o juiz verificar a presença ou não dos requisitos, positivos e negativos, ou ambos. Em relação a esses últimos, deve se atentar o juiz para o fato de que não poderá inverter o ônus quando tal inversão tiver como consequência a prova diabólica reversa, sob pena de violação ao princípio constitucional da paridade de armas.

Ao estabelecer a atribuição do ônus de forma diversa, caberá ao juiz demonstrar, de forma clara, quais os elementos dos autos em que se encontra a impossibilidade ou a excessiva dificuldade de a atribuição seguir a determinação ordinária de ônus probatório, disciplinada nos incisos I e II do art. 373 e, também, onde se encontra a maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário pela parte requerida, explicitando, ainda, as razões pelas quais a distribuição diversa não tornará impossível ou excessivamente difícil à parte agora incumbida de se desincumbir do encargo.

⁵⁷ AMBROSIO, Graziella. *A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr. 2013. p. 52.

Vale dizer que não basta a simples reprodução do dispositivo de lei, sob pena de violação do princípio constitucional da motivação das decisões judiciais.

Também estabelece o mencionado artigo em seu § 1º que a distribuição dinâmica da prova só pode ser implementada se for possível à parte onerada se desvencilhar de tal ônus, com possibilidade de produção probatória necessária, objetivando a garantia plena à produção da prova.

Destaca-se o preciso pensamento de Arruda Alvim:

*“O CPC/2015 permite também que o juiz modifique a distribuição do ônus probatório prevista no caput do art. 373 sempre que, no caso concreto, tal regra geral possa conduzir à dificuldade ou impossibilidade de uma das partes para se desincumbir do ônus que lhe tenha sido atribuído legalmente (art. 373, § 1º, do CPC/2015). Aplica-se, aqui, a chamada teoria dinâmica das cargas probatórias. Assim, deve o juiz, por decisão fundamentada, atribuir o ônus da prova de modo diverso do previsto na regra geral, “no caso previsto em lei ou diante de peculiaridade da causa, relacionada à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do contrário” (art. 373, § 1º, do CPC). A finalidade do dispositivo é a de permitir a inversão quando, a depender do caso concreto, restar demonstrável que a parte a quem incumbe legalmente o ônus de provar determinado fato tenha dificuldade de fazê-lo, e que a parte contrária encontre facilidade na comprovação”.*⁵⁸

Não obstante, a aplicação da distribuição dinâmica do encargo probatório não serve como preenchimento de lacuna da parte inicialmente onerada, não podendo o julgador substituir uma parte por outra por inércia daquela, pois o que se pretende é evitar *probatio diabolica*, que se dá no caso de ser impossível à parte produzir prova, quer por lhe ser inacessível, quer por ser hipossuficiente.

⁵⁸ Novo contencioso cível no CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 249.

Por outro lado, tal dinamização também não pode resultar em prova diabólica reversa.

Nesse aspecto, o § 2º do art. 373, do CPC, prevê que a decisão prevista no § 1º do mesmo artigo “*não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil*”.

Inova o legislador prevendo a possibilidade de as partes convencionarem sobre a distribuição do ônus da prova (art. 373, § 3º); entretanto, tal ato de vontade não pode recair sobre direitos indisponíveis ou fazer com que a desincumbência do ônus probatório se torne extremamente dificultosa à parte onerada por meio de tal convenção. Sobre o mesmo tema, há que se destacar que o Código de Processo Civil também trouxe como inovação a possibilidade de as partes convencionarem antecipadamente ou no curso do processo.

Essa espécie de convenção possui natureza de negócio jurídico processual típico, com previsão legislativa expressa, sendo que dificilmente poderá vir a ser aplicável ao processo do trabalho, haja vista a disparidade de armas entre as partes.

Entretanto, ainda que por convenção das partes, o momento oportuno, e preclusivo, para se estabelecer quem terá o ônus de provar qual fato, ou seja, a aplicação da dinâmica do ônus da prova como prevista no Código de Processo Civil, será a fase de saneamento e organização do processo.

Como exemplo, vem estabelecido no art. 357, *caput* e inc. II que o juiz deverá, quando do proferimento de decisão de saneamento e de organização do processo, definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373 do mesmo diploma legal.

Logo, excetuando-se a hipótese de extinção de todo o processo ou de parte dele, ou de julgamento antecipado de todo o mérito ou de parte dele, o juiz, ao proferir decisão de saneamento e organização do processo/procedimento, deverá fazer constar se a atribuição do ônus se dará de forma ordinária ou diversa dos incisos do artigo 373 do CPC, além de fundamentar tal decisão.

A interpretação que se dá ao art. 357 sob análise, é que se trata de poder-dever do julgador estabelecer de forma expressa na decisão saneadora, se o ônus da prova será

o inflexível previsto nos incs. I e II, ou o dinâmico, estabelecido nos §§ 1º e 2º, todos do art. 373 do CPC e, também, indicar os elementos que levaram à decisão baseada no segundo caso.

Importante destacar que o silêncio, tanto pelas partes ao não requerem a fixação de forma diversa dos incisos I e II do artigo 373 do CPC, como pelo juiz, não estabelecendo a atribuição diversa de referidos incisos, importará na fixação rígida, ou seja, da forma como estabelecida em tais incisos, conclusão lógico-jurídica e contextual com o sistema processual.

Sob tal prisma, é importante frisar que a simples omissão não gera nulidade processual, já que o processo se norteará pelo já previsto na lei e estabelecido como regra geral (incs. I e II do art. 373 do CPC). Além disso, o § 1º do mencionado artigo traz o termo “poderá”, significando que a inversão do ônus da prova é uma faculdade do juiz e não uma imposição, mesmo porque faz-se necessário analisar o caso concreto, para concluir se há ou não os elementos que permitem tal inversão.

No entanto, quando houver o requerimento expresso para a dinamização do ônus da prova, o quadro jurídico modifica-se, surgindo a obrigação para o magistrado de estudar tal requerimento, sendo que sua omissão resulta em impossibilidade de inversão futura do ônus da prova sob pena de nulidade insanável por violação de um dos preceitos constitucionais mais importantes no que tange a garantias processuais, que são garantias do contraditório e/ou ampla defesa.

Há outro ponto de extrema importância no que diz respeito ao momento da atribuição da dinâmica do ônus da prova, que é o fato de a lei prever expressamente que tal momento deve ocorrer antes da fase sentencial, respaldando o argumento de violação do contraditório e da defesa.

No que tange ao cabimento de recurso de agravo de instrumento contra a decisão de redistribuir do ônus da prova, o artigo 1.015 do Código de Processo Civil estabelece de forma expressa tal hipótese, com a possibilidade de a instância *ad quem* atribuir efeito suspensivo à decisão *a quo*.

Assim, no caso de o juiz monocrático optar pela atribuição dinâmica do ônus da prova, onerando as partes de forma diversa da prevista nos incs. I e II do art. 373, em

consonância com o § 1º do referido artigo, sentindo-se prejudicada, poderá a parte valer-se do agravo de instrumento contra referida decisão, com respaldo no art. 1.019 do CPC, podendo obter efeito suspensivo junto ao órgão *ad quem*.

Em tal hipótese, independentemente de ter sido concedido ou não efeito suspensivo, deverá o juiz, por cautela, aguardar o mérito do agravo de instrumento antes de iniciar a fase probatória, sob pena de vir a ser necessário repetir referida fase.

Analisemos: Na continuidade do processo, havendo ou não efeito suspensivo, a produção probatória causará prejuízo processual a ambas as partes, já que restaria a dúvida objetiva em relação ao respectivo *onus probandi*.

Na hipótese de provimento do recurso de agravo, citado prejuízo processual é ainda mais evidente, já que a parte anteriormente desonerada passa a ser a onerada, surgindo, assim, direito à reabertura da fase probatória.

Conclui-se, dessa forma, que a estabilização da lide só se dará com o julgamento definitivo do referido agravo de instrumento.

Merece análise, também, outra questão relacionada à interpretação do inc. XI do art. 1.015 do CPC.

A interpretação literal de referido dispositivo leva à conclusão que somente a redistribuição do ônus da prova enseja o manejo do agravo de instrumento.

Por tal interpretação, só cabe referido recurso quando o juiz aplicar a atribuição dinâmica do ônus da prova subjetiva.

Em outras palavras, não há cabimento para a ferramenta processual do agravo de instrumento quando o ônus for estabelecido nos moldes dos incs. I e II do art. 373 do CPC, quer quando as partes não requereram expressamente a inversão, quer na hipótese de indeferimento pelo juiz monocrático.

Nesse aspecto, destaca-se que nos demais incisos do referido art. 1.015, o legislador trouxe as hipóteses de cabimento de agravo de instrumento nos casos de decisões concessivas e denegatórias para o mesmo tema. Como exemplo, cite-se o inc. IX, que trata de hipótese de cabimento decisão de admissão ou não de intervenção de

terceiros; inc. VII, trazendo apenas a hipótese de cabimento para decisões concessivas; inc. III que trata expressamente de rejeição de alegação da parte. Logo, a interpretação que se deve dar ao inciso XI é restritiva, até porque, no caso de denegação do pedido de redistribuição do ônus da prova subjetivo, prevê o artigo 357, § 1º, do CPC a possibilidade de a parte solicitar esclarecimentos ou ajustes.

Sem prejuízo do manejo de tais dispositivos pela parte na fase cognitiva, como se trata de matéria de ordem pública, a decisão de indeferimento da aplicação da dinamização do ônus da prova subjetivo, será passível de questionamento em sede de apelação.

2.4 Legislação trabalhista

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

A Consolidação disciplina a regra de distribuição do ônus no artigo 818, que, até o advento da Lei 13.467/2017, estabelecia que *“a prova das alegações incumbe à parte que as fizer”*.

Mesmo tratando-se de artigo com redação limitada, alguns autores, como Manoel Antonio Teixeira Filho, defendem que o artigo 818, da CLT, bastava por si mesmo no Processo do Trabalho.

Leciona esse processualista:

“A CLT ao estatuir, no art. 818, que “a prova das alegações incumbe à parte que as fizer”, demonstra, à evidência plena, que possui dicção expressa e específica sobre a matéria, desautorizando, desta maneira, que o intérprete – a pretexto de que o art. 769 do mesmo texto, o permite – incursione pelos domínios do processo civil com a finalidade de perfilhar, em caráter supletivo, o critério consubstanciado no artigo 373 e incisos. Não seria equivocado asseverar-se, portanto, que tais incursões são irrefletidas, pois não se

tem dado conta de que lhes falece o requisito essencial da omissão da CLT. Com efeito, o art. 769 da CLT, longe de constituir permissivo para a invocação subsidiária daquela norma processual civil, se planta como obstáculo intransponível para a admissibilidade desse procedimento ínvio. Nada obstante esse fato nos pareça incontestável, segue grassando, na prática, o costume sobre o qual estamos a lançar censura. Dir-se-á, provavelmente, que o conteúdo do art. 373 do CPC não colide com a expressão do art. 818 da CLT, porquanto, literalidade à parte, em essência um e outro dizem a mesma coisa, consagram idêntico critério. Ainda que se admita, por apego à argumentação, que colidência inexistia, não se pode negar que, mesmo assim, subsistirá íntegro o veto legal (CLT, art. 769) à adoção supletória do art. 373, do diploma processual civil, por não ser a CLT omissa quanto à matéria, como expusemos. Ademais, se ambos os textos expressam a mesma coisa, como se tem equivocadamente suposto, seria, por certo, redundante e tautológica a atração para o processo do trabalho da norma processual civil referida – cujo fato tornaria, por isso, no mínimo desaconselhável essa atitude. A colisão, porém, do dispositivo pertencente ao processo civil com o art. 818 da CLT, é frontal”.⁵⁹

Entretanto, corrente oposta sustenta que o artigo 818 da CLT possuía dicção muito ampla e vaga, não definindo a contento a disciplina legal do ônus da prova. Por tal motivo, e com lastro no artigo 769 também da CLT, entendia-se cabível a aplicação subsidiária das regras do Direito Processual Comum, notadamente o art. 373 do Código de Processo Civil, ao Direito Processual do Trabalho. Tal se dá porque, como defendido pela doutrina, o disposto no Direito Processual Civil mostrava-se mais técnico e didático às partes envolvidas, pois distribui o ônus probatório observando a posição que cada parte ocupa na relação jurídica processual e, também, a natureza dos fatos alegados, tendo como premissa o interesse processual, além do estabelecimento de critérios objetivos de julgamento, nos casos de insuficiência ou inexistência de provas.

⁵⁹ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho: Lei nº 13.501, de 16 de março de 2015. São Paulo: LTr. 2015, p. 499.

Há, ainda, uma terceira corrente, que defendia não só a aplicação subsidiária do CPC, mas de outros sistemas processuais, que se mostravam compatíveis com a estrutura do Processo do Trabalho.

Nesse sentido, destaca-se a lição de Carla Teresa Martins Romar, ampliando o rol de regras do direito processual comum a serem aplicáveis: *“inegável, portanto, que o art. 818 da CLT não basta para definição das regras de ônus da prova no Processo do Trabalho, sendo necessária, por força do art. 769 da CLT, a utilização subsidiária do Direito Processual Comum, abrangendo as regras da prova do Código de Processo Civil (CPC) e do Código de Defesa do Consumidor (CDC)”*.⁶⁰

Outro jurista da mesma linha doutrinária, César P. S. Machado Júnior, destaca: *“entendemos que o texto do art. 818 da CLT, tanto quanto as disposições do art. 333 do CPC, são insuficientes para a solução do complexo tema do ônus da prova no processo do trabalho”*.⁶¹

Mauro Schiavi afirma que:

“No nosso sentir, o referido art. 818 da CLT não é completo, e por si só é de difícil interpretação e também aplicabilidade prática, pois como cada parte tem que comprovar o que alegou, ambas as partes tem encargo probatório de todos os fatos que declinaram, tanto na inicial, como na contestação. Além disso, o art. 818 consolidado não resolve situações de inexistência de prova no processo, ou de conflito entre as provas produzidas pelas partes. O juiz da atualidade, diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF), não pode se furtar 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 necessidade do processo contemporâneo”.⁶²

⁶⁰ Distribuição dinâmica do ônus da prova no direito processual do trabalho, p. 1009. In: DIDIER JR. Fredie. (coord.). *Direito probatório*. 2ª ed. São Paulo: Juspodivm. 2016.

⁶¹ O ônus da prova no processo do trabalho. 3ª ed. São Paulo: LTr. 2001, p. 67

⁶² Provas no processo do trabalho. 4ª ed. São Paulo: LTr. 2014. p. 94.

A própria CLT consiste em um sistema dinâmico e, levando-se em conta os princípios que norteiam o Direito do Trabalho e o Processo do Trabalho, não havia razão para a não adoção de técnicas que levassem à maior efetividade, celeridade e justiça aos casos submetidos a Justiça do Trabalho.

Logo, considerando a insuficiência do conceito relativo ao ônus da prova constante no texto consolidado, a corrente que defendia ser aplicável, de forma subsidiária, ao processo do trabalho a regra do art. 373 do CPC, segundo ao qual compete ao autor a demonstração dos fatos constitutivos do seu direito, e ao réu, a dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos, tornou-se majoritária, influenciando o legislador ordinário na reforma trabalhista.

Nesse diapasão, o saudoso Professor Valentin Carrion afirmava que:

“A regra de que pesa sobre quem alega é incompleta, simplista em excesso. O empregado que afirme não ter faltado ao serviço em certo dia terá de prová-lo? Se outro alegar, na petição inicial, que celebrou contrato com a empresa e que esta foi representada no ato por preposto capaz e sem coação, deverá provar as três circunstâncias? É obvio que não: 1) ao autor cabe o ônus da prova do fato constitutivo de seu direito; 2) ao réu, o da existência do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (CPC, art. 333)”.⁶³

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

Vale frisar que a distribuição dinâmica é excepcional e leva em conta a hipossuficiência de uma das partes em relação à outra, não podendo ser vista apenas como uma questão econômica.

Segundo Carla Teresa Martins Romar, “o critério de hipossuficiência deve, a nosso ver, porém, ser entendido como uma menor capacidade do trabalhador de produzir prova de suas alegações, abrangendo não só a condição econômica, mas

⁶³ Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 38ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 732-733.

*também as condições materiais, técnicas e sociais e a dificuldade de obter alguns tipos de informações necessárias à produção probatória”.*⁶⁴

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho encaminha-se no sentido de relativizar o modelo preconizado no art. 333 do CPC/1973, agora art. 373 do CPC/2015, e no art. 818 da CLT.

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

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

Súmula nº 16 do TST - Presume-se recebida a notificação 48 (quarenta e oito) horas depois de sua postagem. O seu não-recebimento ou a entrega após o decurso desse prazo constitui ônus de prova do destinatário.

Súmula nº 212 do TST - O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 1010

3. Instrumentalidade do ônus da prova

Não só a doutrina questiona qual o momento adequado para dinamização do ônus da prova, tema relevante e de veras polêmico, mas a jurisprudência também o faz. Uma primeira corrente afirma que o momento processual deve ser em audiência, ou em outro momento, desde que ainda na fase instrutória, enquanto outra corrente, de forma oposta, defende a inversão do ônus da prova como regra de julgamento e que, portanto, deve ser analisada pelo juiz após a instrução do processo.

De forma incontestável e sem qualquer discussão, o direito à produção de prova dos fatos alegados, direito esse pertencente a ambas as partes, é de extrema importância para que seja prestada a jurisdição de forma adequada, assegurando-se, por todos os meios, a possibilidade de que a parte possa provar as alegações e os argumentos trazidos a juízo, tornando efetivo o processo judicial.

A partir do advento do Código de Defesa do Consumidor, tanto os civilistas como os processualistas passaram a discutir com maior ênfase tal questão, resultando na teoria pela qual o ônus da prova deve ser rateado entre as partes do processo, em detrimento do que vigorava por ocasião do direito romano, no qual o ônus pertencia sempre ao autor.

Nesse sentido, há o entendimento pacífico doutrinário segundo o qual “ônus da prova” não possui índole de dever ou obrigação, mas de incumbência para fazer valer o direito alegado. Assim, há interesse da parte a quem é atribuído tal ônus em se desincumbir desse ônus de forma satisfatória.

Todavia, mesmo que não o faça, ou seja, mesmo que não consiga provar o alegado, tal condição não lhe torna imediatamente prejudicada, pois embora o não cumprimento do “ônus de provar” a coloque inegavelmente em posição de desvantagem, não há a automática assunção de veracidade dos fatos alegados pela parte adversa.

Isso se dá porque o processo é um exercício complexo, que sofre influência não só das partes, mas de terceiros, além de existirem os fatos incontroversos, os fatos sobre os quais milita a presunção de veracidade, as presunções, os princípios de razoabilidade, entre outros.

O Código de Processo Civil define o ônus da prova em seu artigo 373 (reproduzindo as determinações do revogado Código de Processo Civil de 1973 em seu artigo 333), e a Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor – inovou, com determinações próprias e singulares, tratando específica e detalhadamente sobre matéria probatória.

Sem sombra de dúvida o legislador concebeu previsão espetacular ao permitir que se inverta o ônus da prova, atribuindo ao magistrado condutor do processo o poder-dever para, estando presentes os requisitos da verossimilhança das alegações, e ante a hipossuficiência do consumidor em relação ao fornecedor, determinar a inversão do ônus em desfavor desse último, porém não avançou o legislador em relação à instrumentalização do procedimento de tal medida.

Também no âmbito do Processo do Trabalho, admite-se a inversão do ônus, porém como regra excepcional.

Nesse aspecto, é importante citar o entendimento de Carla Teresa Martins Romar, segundo o qual, ainda que se admita a aplicação subsidiária do direito processual comum ao processo do trabalho no que tange à inversão do ônus, *“não se pode perder de vista que essa inversão é excepcional, supletiva. Portanto, o juiz somente pode se afastar da regra clássica sobre ônus da prova, invertendo o ônus, após uma análise criteriosa do caso concreto e a efetiva constatação de que uma das partes tem uma melhor condição de produzir a prova, razão porque o ônus será à mesma atribuído”*.⁶⁵

A partir de então, concebeu a doutrina duas formas de inversão do ônus da prova: no momento do julgamento, quando o magistrado define quem deveria ter provado o quê, segundo as características particulares do processo; ou durante a instrução, antes da fase probatória.

Assim, ante a possibilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova, ou seja, sua inversão ante os fatos e peculiaridades do caso concreto, analisa-se a questão sob a ótica dos diversos princípios que se aplicam ao processo, como o contraditório e a ampla defesa, levando à definição do momento em que se dará tal inversão.

⁶⁵ Distribuição dinâmica do ônus da prova no direito processual do trabalho, p. 1011-1012. In: DIDIER JR. Fredie. (coord.). *Direito probatório*. 2ª ed. São Paulo: Juspodivm. 2016.

Sob tal prisma, o atual Código de Processo Civil prevê que o momento adequado para a definição do ônus da prova, ou seja, o momento em que o julgador define o ônus de forma diversa da previsão legal, invertendo-o, será no saneamento do processo, ou seja, antes do início da fase probatória.

Entretanto, como não há no processo trabalhista referida fase de saneamento do processo, surge uma lacuna sobre o momento de inversão nessa seara.

Outra dúvida é se há aplicação de referida determinação ao processo do trabalho, isto é, se também no âmbito processual trabalhista haveria a limitação à inversão na fase pré-instrutória, ou ainda se haveria espaço para a inversão dinâmica apenas no momento de decisão.

Com pouco mais de um ano de vigência do citado artigo 373, ainda não há definição na jurisprudência, sobre a questão.

3.1 Técnicas sobre inversão do ônus da prova

3.1.1 Técnica de julgamento

A regra geral de divisão do *onus probandi*, na dicção do art. 373 do Código de Processo Civil, como já mencionado em capítulo anterior, é de que incumbe ao autor provar os fatos constitutivos do seu direito, e ao réu, a existência de fatos impeditivos, modificativos e extintivos.

Assim, a distribuição do ônus da prova é produzida segunda a natureza do fato controverso (constitutivo, modificativo, extintivo e impeditivo) e com a posição na lide (autor e réu), o que demonstra a imutabilidade das regras previstas nesse dispositivo e a desconsideração da dificuldade encontrada pela parte na produção da prova do fato que alega.

Em outras palavras, a regra continua sendo a de que cabe à parte fazer prova do fato por ela alegado, ou seja, ordinariamente persiste a distribuição estática do ônus da prova.

Vale dizer que tal destinação é razoável e mesmo necessária, pois eis que seria de todo inconveniente permitir que quem “acusa” como “irregular/indevida” uma situação não tenha de demonstrar minimamente a substância de sua afirmativa. Pensar o

contrário seria abrir, ainda mais, as portas do Judiciário para um demandismo que tem sido verificado em nosso país num patamar, aparentemente, além do razoável.⁶⁶

Tem-se, assim, a regra geral da distribuição estática do ônus da prova, a qual se fundamenta no pressuposto de que as partes litigam nos mesmos patamares de igualdade em relação ao acesso à prova e a comprovação dos fatos por elas alegados, de tal forma que haveria uma partilha equilibrada do encargo probatório.

Dessa forma, previamente ao surgimento do processo, há a definição do ônus da prova, ou seja, já se discrimina a quem caberá a sucumbência e será prejudicado caso o conjunto probatório do feito não seja suficiente para convencer o julgador.

Portanto, em linhas gerais, sucumbe aquele que não trouxe elementos que comprovassem suas alegações, embora possuísse, por expressa previsão legal, o ônus de tal comprovação.

Configura-se, assim, a hipótese de que a parte, por não produzir provas a contento, não consegue obter o convencimento do juiz de forma favorável à sua tese, hipótese em que o legislador já definiu de antemão a quem caberia tal incumbência.

Importante destacar, ainda, que tal regra foi concebida para que o conflito seja encerrado, mesmo que não tenham sido produzidas quaisquer provas, ou essas sejam insuficientes para qualquer convencimento.

Isso se dá porque a prova, uma vez produzida, passa a pertencer ao processo, isto é, a parte pode – e frequentemente o faz – produzir prova em sentido contrário à sua tese.

Todavia, quando não há prova em nenhum sentido, ou as provas produzidas não levam a conclusão alguma, e não podendo o julgador declarar o *non liquet*, resta-lhe decidir com base na regra de atribuição do ônus da prova, verificando quem tinha a incumbência de provas e dela não se desvencilhou.

Com base em tal premissa, discute a doutrina qual seria o momento de inversão do ônus da prova: se previamente à produção probatória, a fim de assegurar a ampla

⁶⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Acesso à justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 59-60 *apud* PUOLI, José Carlos Baptista. O ônus da prova e sua distribuição dinâmica no processo civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. (coord.). *O novo código de processo civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, p.234-235.

defesa e o contraditório, ou no momento de decisão, uma vez que, não obstante a regra de distribuição geral do ônus da prova, já se sabe de antemão qual das partes possui maior aptidão para a produção da prova e qual é a hipossuficiente no caso concreto, além da premissa de que a decisão fundada no ônus da prova é exceptiva, ou seja, apenas ocorrerá quando o conjunto probatório for insuficiente.

José Roberto dos Santos Bedaque preleciona que *“as regras referentes à distribuição do ônus da prova devem ser levadas em conta pelo juiz apenas e tão somente no momento de decidir. São regras de julgamento, ou seja, destinam-se a fornecer ao julgador meios de proferir a decisão, quando os fatos não restaram suficientemente provados. Antes disso, não tem ele de se preocupar com as normas de distribuição do ônus da prova, podendo e devendo esgotar os meios possíveis, a fim de proferir julgamento que retrate a realidade fática e represente a atuação da norma à situação apresentada em juízo”*.⁶⁷

Neste mesmo contexto, destacamos a visão de Cândido Rangel Dinamarco, baseado em Barbosa Moreira, que sustenta que *“o momento adequado à inversão do ônus da prova é aquele em que o juiz decide a causa. Antes, nem sequer ele sabe se a prova será suficiente ou se será necessário valer-se das regras ordinárias sobre esse ônus, que para ele só são relevantes em caso de insuficiência probatória”*.⁶⁸

Kazuo Watanabe enfatiza que *“a inversão deve ocorrer na sentença em razão das regras de distribuição do ônus da prova, que são regras de julgamento, a orientar o juiz quando houver prova do fato ou a prova for dividida, razão pela qual somente após instrução do feito, no momento da valoração das provas, caberá ao juiz habilitado afirmar se existe ou não situação de non liquet, sendo caso ou não, conseqüentemente, de inversão do ônus da prova. Dizê-lo em momento anterior será o mesmo que proceder ao prejulgamento da causa, o que é de todo inadmissível”*.⁶⁹

Assim, no que tange à regra geral contida no *caput* do art. 373, não haverá qualquer alteração, de maneira que, persistindo incerteza para o juiz até o momento de sentenciar, pela razão de não ter encontrado nos autos prova bastante para formar seu

⁶⁷ Poderes instrutórios do juiz. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013, p. 130.

⁶⁸ Instituições de direito processual civil. 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 2009. v. 3 p. 80.

⁶⁹ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1998. p. 496. *apud* BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 9ª ed. São Paulo: LTr., 2011. p. 601.

convencimento (sobre qual das partes detém razão), proferirá sentença prejudicial àquele que não conseguiu se desincumbir a contento do ônus probatório.

Importante, também, destacar o posicionamento de Pontes de Miranda, que sustenta a existência tão somente do ônus objetivo da prova:

*“O ônus da prova é objetivo, não subjetivo. Como partes, sujeitos da relação jurídica processual, todos os figurantes hão de provar, inclusive quanto a negações. Uma vez que todos têm de provar, não há discriminação subjetiva do ônus da prova. O ônus da prova, objetivo, regula a consequência de se não haver produzido prova. Em verdade, as regras sobre as consequências da falta da prova exaurem a teoria do ônus da prova. Se falta prova, é que se tem de pensar em se determinar em quem se carga a prova. O problema da carga ou ônus da prova é, portanto, o de determinar-se a quem vão as consequências de se não haver provado.”*⁷⁰

Tem-se, aqui, a concepção do aspecto objetivo do ônus de provar, o qual decorre diretamente da vedação legal ao *non liquet*, de forma que, com referida regra, possibilita-se o encerramento do processo ainda que a prova produzida não traga ao magistrado a certeza dos fatos, não levando a um convencimento pleno.

Não se admite a possibilidade de aguardar de forma indefinida pela prova necessária ao referido convencimento do magistrado, de forma que nosso ordenamento jurídico processual já possibilita à parte a produção da prova que lhe interessa, permitindo que o juiz determine a realização de referida prova em determinadas circunstâncias, mas não admite um processo sem fim.

Dessarte, ultrapassada a fase destinada à instrução da causa, passa a incidir, como diz Fábio Guidi Tabosa Pessoa, o *“aspecto objetivo a que antes se aludiu, vale dizer, a regra de julgamento”*⁷¹, que fornecerá ao juiz subsídio para sua decisão, de

⁷⁰ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. O ônus da prova. 2ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais. 2011, p. 158.

⁷¹ TABOSA PESSOA, Fabio Guidi. Código de processo civil interpretado. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2008, p. 1058 *apud* PUOLI, José Carlos Baptista. O ônus da prova e sua distribuição dinâmica no processo civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. (coord.). *O novo código de processo civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, p.245.

forma que poderá produzir uma decisão favorável a essa ou aquela parte com base em tal ônus objetivo, ou seja, quem deveria ter produzido a prova e não o fez.

Em suma, o ônus da prova, sob a concepção de regra de julgamento, possibilita ao juiz sentenciar, cujo dever (poder-dever) de decidir não se modifica, ainda que não haja plena convicção sobre os fatos relevantes e controvertidos do processo.

Entretanto, a regra de julgamento permite apenas a definição do conteúdo da sentença em qualquer hipótese, o que leva ao objetivo de pacificação social (escopo social do processo), mas não atinge o objetivo jurídico, já que o que se almeja é a entrega da Justiça, e essa só ocorre quando a decisão é a mais justa e fiel ao plano material, o que só se obtém quando a prova produzida for de qualidade.

No direito processual civil argentino, Jorge W. Peyrano defende que a dinamização do ônus da prova seria regra de julgamento, devendo ser realizada somente no momento da prolação da sentença.

O processualista argentino refuta o entendimento de que a aplicação de ofício da “*doctrina de la carga probatoria dinamica*” possa gerar uma “*infausta sorpresa*” ou que acarretaria riscos para a garantia do devido processo, sob dois fundamentos: I) ciência prévia das partes sobre a possibilidade de incidência da técnica da distribuição dinâmica e II) o entendimento de que o ônus da prova deve ser aplicado apenas quando o magistrado não puder valorar da prova, o que ocorre no momento da prolação da sentença.⁷²

No âmbito do STJ a jurisprudência incorporou expressamente tal entendimento, como se pode observar em diversos precedentes (REsp 422.788/SP, 3ª T., rel. p/ Min. Nancy Andrighi, DJ 27.08.2007, RePro, n. 115. P. 277; AgRg nos EDcl no AgIn 77.795/PR, rel. Min. Sidnei Beneti, DJ 13.10.2008; REsp 1.125.621/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 07.02.2011).

⁷² PEYRANO, Jorge W. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la maquina de impedir em matéria jurídica. In: P W. (dir); WHITE, Inés Lésperi (coord.). *Carga probatoria dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2008, p. 88-92. Especificamente o item “Acerca de la infausta sorpresa que puede entrañar la aplicación judicial oficiosa de la doctrina em comentario y de los riesgos que ello puede acarrear para la garantía del debido proceso”. *apud* SANTOS, Welder Queiroz dos. O ônus da prova no CPC de 2015: Teoria estática de Giuseppe Chiovenda à Teoria dinâmica de Jorge W. Peyrano. In ALVIN, Thereza (coord.). *O novo código de processo civil brasileiro – Estudos dirigidos: sistematização e procedimento*. Rio de Janeiro: Forense. 2015, p.713.

Há vasta jurisprudência sobre a inversão do ônus no momento do julgamento:

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS FORNECIMENTO DE ÁGUA FRAUDE NO HIDRÔMETRO CORTE DO FORNECIMENTO CABIMENTO AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA INVERSÃO DO ÔNUS ART. 6º, VIII, CDC REGRA DE JULGAMENTO IMPROCEDÊNCIA UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIO DE COBRANÇA PELO INDICADOR VERIFICADO NO MOMENTO DA APURAÇÃO DA IRREGULARIDADE APLICAÇÃO DO DECRETO Nº 41.446/96 RECURSO NÃO PROVIDO. I. II. Considerando-se que a inversão do ônus da prova termos do art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor é regra de julgamento, permanece inalterada a regra do art. 333 do Código de Processo Civil. Sendo a prova coligida pelo autor insuficiente para demonstrar fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito da ré, de rigor a improcedência do pedido. III. (TJ-SP - APL: 00091514320128260010 SP 0009151-43.2012.8.26.0010, Relator: Paulo Ayrosa, Data de Julgamento: 24/06/2014, 9ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, Data de Publicação: 25/06/2014)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. NULIDADE DO PROCESSO POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM MOMENTO ANTERIOR À AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. INOCORRÊNCIA. NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. ÔNUS DA PROVA. Desprovidimento. Diante da ausência de violação dos dispositivos invocados, da não demonstração de divergência jurisprudencial específica e da consonância da v. decisão com a Súmula 338, III, do c. TST, não há como admitir o recurso de revista. Agravo de instrumento desprovido. (TST - AIRR: 2073720125120028 207-37.2012.5.12.0028, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 16/10/2013, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/10/2013)

No que diz respeito ao processo do trabalho, ainda que, apesar de o atual CPC ter deixado clara a inversão do ônus como técnica de instrução, mantém-se como majoritário o entendimento de que a inversão se dá como técnica de julgamento, quer pela maior aptidão do empregador para a produção da prova, quer pela vasta jurisprudência trabalhista nesse sentido (a exemplo, as súmulas 06, VI, “b”, VIII, 16, 43, 338, III, 460, 461), quer porque, no âmbito do processo do trabalho, não há o despacho saneador, expressamente previsto no artigo 357, III do CPC, cuja redação assim dispõe:

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

I-[...]

II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373.

Da inversão do ônus da prova depreende-se da norma contida no artigo 67, da Lei 8.666/93, que a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição, o que inclui o objeto principal do contrato, bem como as obrigações dele derivadas, incluindo as trabalhistas. Diante desse contexto, não há falar em irregular inversão do ônus da prova, tampouco cerceamento de defesa, uma vez que no momento processual oportuno (contestação), deixou o recorrente de demonstrar os elementos probatórios que pudessem fundamentar sua tese defensiva. Rejeito. (...)(TRT-2 - RO: 00011628020135020038 SP 00011628020135020038 A28, Relator: MARTA CASADEI MOMEZZO, Data de Julgamento: 19/05/2015, 4ª TURMA, Data de Publicação: 28/05/2015)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA.NULIDADE DO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL REGIONAL POR DESRESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. (...).HORAS EXTRAS. QUALIFICAÇÃO DOS FATOS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. A regra acerca do ônus da prova é regra de julgamento e, portanto, deve ser aplicada pelo juiz no momento em que vai proferir sua decisão, não importando quem produziu as provas que, após realizadas, passam a pertencer ao processo - princípio da aquisição processual -, somente tendo relevância caso não existam outras provas nos autos, quando, então, aquele a quem incumbia o encargo de provar poderá sofrer as conseqüências de não ter se desincumbido corretamente desse mister. Na hipótese dos autos, o Tribunal Regional, com base nas provas produzidas nos autos, em especial os depoimentos das testemunhas apresentadas pelo Reclamante, manteve a condenação ao pagamento de horas extras. Não há, pois, violação

dos arts 5º, II e LV, da Constituição Federal, 818 da CLT e 333, I, do CPC e inespecíficos os arestos acostados para exame. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST - AIRR: 621409420035080203 62140-94.2003.5.08.0203, Relator: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 17/09/2008, 1ª Turma, Data de Publicação: DJ 26/09/2008).

Ocorre, entretanto, que o texto da reforma trabalhista, conforme Lei nº 13.467 de 13/07/2017, que passou a vigorar em 11/11/2017, encampa a teoria de instrução do CPC.

Artigo 818 da CLT:

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

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão referida no § 1º deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido.

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

Tal reforma trabalhista, entretanto, não traz qualquer modificação ao previsto no artigo 852-D da CLT, que possui a seguinte redação:

Art. 852-D. O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas,

impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.

É certo que referido artigo faz parte da disciplina do rito sumaríssimo. Entretanto, com fundamento no artigo 765 da CLT (o qual também não é objeto de modificação legislativa), poder-se-á aplicá-lo aos demais ritos e, tendo em vista sua redação aberta, manter-se a inversão como técnica de julgamento.

Causará, por certo, alguma controvérsia a forma como se dará tal decisão, uma vez que a audiência no processo do trabalho é una, e é apenas no momento da audiência que o juiz toma conhecimento da demanda.

Conforme o parágrafo 2º, introduzido no art. 818 da CLT pela Lei nº 13.467/2017, antes mesmo da audiência o réu já deverá saber se haverá ou não inversão do ônus em seu desfavor, o que importará em suspensão ou postergação do processo, a menos que se criem mecanismos para que o juiz tenha contato com a demanda antes da audiência, sob pena de se prejudicar um dos principais princípios do processo do trabalho, que é, justamente, a celeridade (nesse aspecto, e fazendo uma pequena digressão, todo o projeto de reforma da CLT afronta tal princípio, pois prevê a suspensão do processo para processamento de exceção de incompetência territorial, incidente de desconsideração da personalidade jurídica, e suspensão do julgamento em caso de não comparecimento das partes à audiência).

Tem-se, assim, que toda discussão sobre o momento de inversão do ônus cai por terra, já que nem na lei processual comum, nem na lei trabalhista, haverá espaço para relegar a inversão do ônus no momento da decisão.

Uma solução seria, já na notificação inicial, constarem as matérias que poderiam ensejar a modificação da regra geral, evitando-se, assim, o adiamento da audiência, já que não poderia o réu alegar surpresa quando houver a inversão do ônus em seu desfavor.

Frise-se que adiamento da audiência já é uma prática quando há necessidade de produção de prova mais complexa, como ocorre com a perícia. Nesse caso, a praxe forense é de recebimento da defesa para que o autor/reclamante apresente réplica e designação de audiência de instrução, quando se produzirá a prova oral.

Poderá o réu/reclamado se insurgir contra tal determinação, sob o argumento de que a inversão do ônus prejudica sua defesa, pretendendo o adiamento para outra audiência una ou inicial.

Todavia, sob tal aspecto, é importante destacar que, mesmo no processo comum, a inversão se dá em momento posterior à apresentação da defesa, já que o despacho saneador ocorre posteriormente à impugnação do autor, além do fato de que o parágrafo 2º do art. 818 da CLT, refere-se, expressamente, à decisão de inversão “antes” da instrução.

Logo, qualquer momento anterior à instrução, ainda que posterior ao oferecimento da defesa estará de acordo com o texto legal.

3.1.2 Técnica de instrução

Ainda que relevantes os fundamentos do entendimento anterior, não significa que, antes do momento de julgar, a disciplina do ônus da prova seja destituída de relevância no processo.

Segundo a doutrina de que a inversão deva ser aplicada como técnica de instrução, é dever do juiz, já na audiência preliminar, informar as partes do ônus que cada uma tem, advertindo-as das consequências de eventual omissão – sendo uma das tarefas nessa oportunidade, a organização da prova mediante fixação dos limites de seu objeto e determinação dos meios probatórios a desencadear.⁷³

Defensores dessa linha doutrinária afirmam que, no cenário atual constitucional, com previsão expressa da ampla defesa e do contraditório como direitos fundamentais, não se pode afastar a necessidade da inversão do ônus ser instrumentalizada de forma a possibilitar ao onerado a produção da prova devida de forma eficaz.

Como já mencionado, há argumentos contrários, no sentido de que a inversão seria mera regra de julgamento e não de procedimento, pois mesmo sem as partes terem certeza previamente de que haverá tal inversão, já sabem de antemão da possibilidade de tal inversão ocorrer, não havendo, assim, qualquer surpresa, pois deverão agir com

⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 3, p. 82.

cautela e lealdade, e produzirem todas as provas possíveis, sob pena de virem a sofrer uma decisão desfavorável.

Para os defensores da regra de instrução, esse pensamento, apesar de aparentemente coerente com o princípio da cooperação e da boa-fé processual, não deve prevalecer, já que, ainda que seja dever das partes utilizarem todos os meios para colaborar com a obtenção da melhor decisão possível, não é menos verdade que ao juiz cabe adotar todas as medidas que outorguem ou possam outorgar mais qualidade à sua decisão.

Como já afirmado, é garantia constitucional, assim como princípio que rege os atos processuais, a assecuração do contraditório às partes do litígio judicial. De mais a mais, o processo justo, que vem garantido pela Constituição ao conceber como direito fundamental o devido processo legal, somente prevalecerá se houver respeito à ampla defesa e ao contraditório.

Indagando-se sobre o que seria contraditório, Alexandre Freitas Câmara ensina ser a garantia que têm as partes de que participarão do procedimento destinado a produzir decisões que as afetem. Em outras palavras, o resultado do processo deve ser fruto de intenso debate e da efetiva participação dos interessados, não podendo ser produzido de forma solitária pelo juiz. Não se admite que o resultado do processo seja fruto do solipsismo do juiz. Dito de outro modo: não é compatível com o modelo constitucional do processo que o juiz produza uma decisão que não seja o resultado do debate efetivo no processo.⁷⁴

O contraditório, para Joaquim Canuto Mendes de Almeida, é “*a ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los*”, podendo ser identificado quando a cada litigante é dada ciência dos atos praticados pelo contendor.⁷⁵

Para Rui Porta Nova, “*o princípio da ampla defesa é uma consequência do contraditório, mas tem características próprias. Além do direito de tomar conhecimento de todos os termos do processo (princípio do contraditório), a parte também tem o*

⁷⁴ O novo processo civil brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2016, p. 11.

⁷⁵ A contrariedade na instrução criminal. São Paulo: Saraiva. 1937, p. 104.

*direito de alegar e provar o que alega e – tal como o direito de ação – tem o direito de não se defender”.*⁷⁶

Forçoso concluir, diante dos ensinamentos supramencionados, que a inversão do ônus da prova somente por ocasião da sentença desrespeitará a constituição e seus princípios, além das regras e princípios processuais.

Ademais, segundo o art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor são “direitos básicos do consumidor”, “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

De acordo com o dispositivo supramencionado, o magistrado pode inverter o ônus da prova, em benefício do consumidor, quando for verossímil o que alega, ou, alternativamente, hipossuficiente. O magistrado para inverter o ônus da prova deverá verificar um desses pressupostos, utilizando das regras ordinárias de experiência.

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

O art. 373, § 1º, do Código de Processo Civil, presume que, nos casos previstos em lei, ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo, disposto no art. 373, *caput*, do CPC/2015, ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Assim, há no Código de Processo Civil forma expressa permitindo que o juiz distribua o *onus probandi* e abrindo a possibilidade de a legislação esparsa prever outras hipóteses de aplicação dessa teoria.

⁷⁶ Princípios do Processo Civil. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Segundo Daniel Amorim Assumpção, “*criou-se um sistema misto: existe abstratamente prevista em lei uma forma de distribuição, que poderá ser no caso concreto modificada pelo juiz. Diante da inércia do juiz, portanto, as regras de distribuição do ônus da prova no Novo Código de Processo Civil continuarão a ser as mesmas do diploma processual revogado*”.⁷⁷

Entretanto, a decisão de inversão do ônus da prova não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil (art. 373, § 2º, do CPC).

Assim sendo, a distribuição dinâmica do ônus da prova procura a facilidade para produção da prova, dependendo do caso concreto, como forma de preservar a boa-fé, a lealdade, a igualdade, a solidariedade, o devido processo legal e o acesso à justiça, impedindo comportamentos abusivos por parte daqueles que possuam melhores condições de provar, os quais poderiam se fundar no dever de cooperação processual, permanecendo na inércia com amparo das regras rígidas e inflexíveis do atual modelo probatório.

Como destacado por Humberto Theodoro Junior “*a redistribuição não pode representar surpresa para a parte, de modo que a deliberação deverá ser tomada pelo juiz, do ônus da prova esclarecedora, a tempo de proporcionar-lhe oportunidade de se desincumbir a contento do encargo. Não se tolera que o juiz, de surpresa, decida aplicar a dinamização no momento de sentenciar; o processo justo é aquele que se desenvolve às claras, segundo os ditames do contraditório e ampla defesa, em constante cooperação entre as partes e o juiz e, também, entre o juiz e as partes, numa completa reciprocidade entre todos os sujeitos do processo*”.⁷⁸

Já para Daniel Amorim Assumpção Neves não se trata de inversão do ônus da prova, mas sim de mera sinalização “*às partes que, no caso de necessidade de aplicação da regra, o fará de forma invertida, e não conforme previsto como regra geral em nosso estatuto processual*”.⁷⁹

Diante disso, o sistema jurídico brasileiro, de acordo com as normas e valores que emanam da Constituição Federal, dispõe a adoção da teoria das cargas probatórias

⁷⁷ Manual de direito processual civil. 8ª ed. Salvador: Juspodium, 2016, p. 1226

⁷⁸ Curso de direito processual civil. 56ª ed. São Paulo: Forense, 2015, v. 1, p. 1137.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 1232.

dinâmicas para a excepcional definição de quem são os responsáveis pela demonstração dos fatos.

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

Como citado por Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, “a modificação do ônus da prova não poderia ser feita na hipótese em que tornaria impossível que a outra parte dele se desincumbisse”.⁸⁰

No mesmo sentido, orienta Daniel Amorim Assumpção Neves: “A norma é elogiável porque a técnica de distribuição dinâmica da prova não se presta a tornar uma das partes vitoriosa por onerar a parte contrária com encargo do qual ela não terá como se desincumbir. A nova sistemática de distribuição do ônus da prova serve para facilitar a produção da prova, e não para fixar a priori vencedores e vencidos”.⁸¹

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

Em relação ao processo do trabalho, até a reforma trabalhista não havia previsão de inversão do *onus probandi* na Consolidação das Leis do Trabalho, nem em nenhuma outra lei trabalhista.

Segundo Mauro Schiavi, é possível a inversão do ônus dinâmica no processo do trabalho como regra de instrução, mesmo sem previsão legal de despacho saneador, pois formalmente, o juiz saneia o processo na própria audiência. Em suas palavras “o juiz, ao sanear o processo na própria audiência, ou em outro momento processual, deve fundamentar a aplicação do ônus dinâmico da prova, antes do início da instrução processual”.⁸²

⁸⁰ Curso de direito processual civil. 10ª ed. Salvador: Juspodivm. 2015, v. 2, p. 1226.

⁸¹ *Ibid.*, p. 1228.

⁸² Manual de processual do trabalho. 9ª ed. São Paulo: LTr., 2015, p. 690.

No mesmo sentido, Carla Teresa Martins Romar destaca que se “*o juiz entender pela aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova em relação a fatos alegados no processo e em relação aos quais não há uma definição prévia pela jurisprudência de a quem incumbe o ônus, isso ocorrerá na audiência*”.⁸³

Ainda sobre a questão da compatibilidade, a mesma jurista defende que “*como o legislador permite o fracionamento da audiência em mais de uma seção, caso o juiz entenda necessário em virtude da ocorrência de questões diversas, parece-nos que a aplicabilidade da carga dinâmica do ônus da prova impõe a definição pelo juiz, com registro em ata de audiência, das incumbências probatórias de cada parte e, por conseguinte, o fracionamento da audiência, com designação de nova data para a instrução probatória para que a parte onerada possa se desincumbir do seu encargo. A celeridade e a concentração de atos não podem se impor às garantias do direito de defesa, do contraditório e do devido processo legal*”.⁸⁴

Como já mencionado, o Código de Processo Civil e a Consolidação das Leis do Trabalho adotaram a distribuição estática do ônus da prova, conforme redação dos artigos 373 do CPC e 818 da CLT, porém tanto o CPC como a CLT, após a reforma trabalhista, já prevêm regra de inversão.

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

Também a jurisprudência trabalhista fixou algumas hipóteses de inversão do ônus, como se depreende do teor das Súmulas 06, VIII (equiparação), 16 (notificação), 212 (término do contrato), 338, I (jornada de trabalho), 461, I (FGTS), cancelamento da Súmula 215 (que atribuía o ônus ao empregado em relação ao vale transporte). Todos esses verbetes invertem a regra geral de que o ônus pertence a quem alega, ao que ao autor cabe o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito.

Consoante o artigo 357 do CPC, a regra geral é a distribuição do ônus de prova ocorrer na decisão de saneamento, e de forma que seja dada à parte a oportunidade de se

⁸³ *Ibid.*, p. 1018.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 1018.

desincumbir do ônus que lhe foi atribuído, do que se infere a impossibilidade de inversão no momento da sentença (art. 373 § 1º do CPC).

Não obstante a regra dos artigos 15 do CPC e 769 da CLT e, ainda, a regra introduzida no processo do trabalho pelo parágrafo 2º do art. 818 por meio da reforma trabalhista, torna-se controversa a aplicação do referido artigo 357 do CPC e da inversão como regra de instrução em relação ao processo do trabalho, uma vez que em tal procedimento não há despacho saneador, sendo que o primeiro contato que o juiz tem com o processo é, justamente, na audiência, muitas vezes uma.

Sobre referida questão, analisa Carla Teresa Martins Romar: *“a inexistência do despacho saneador [...] nos leva a adoção do entendimento de que as disposições referentes à distribuição dinâmica do ônus da prova não podem ser, pura e simplesmente, transplantados para o foro trabalhista, uma vez que a literalidade de suas disposições não atende integralmente às peculiaridades existentes no Processo do Trabalho”*.⁸⁵

Ainda que inexistente o despacho saneador, já há diversas hipóteses sumuladas de inversão, como, por exemplo, nas Súmulas 212 e 338 do TST, porém, justamente por tal previsão jurisprudencial, a ausência de referido despacho não importaria, necessariamente, em cerceamento de defesa ou, como mencionado pela mesma jurista *“permite previamente às partes conhecerem as hipóteses em que a inversão ocorrerá e, se for o caso concreto em que se encontram, permite que as mesmas se preparem para produzir a prova necessária para que se desincumbam de seu ônus”*.⁸⁶

Discute-se, também, sobre a possibilidade de adiamento ou não da audiência trabalhista, a qual, em geral, é uma.

Sobre a questão, Carolina Marzola Hirata assim se manifesta: *“Embora a redação [...] pareça ser enfática no sentido de que a modulação do ônus da prova ensejará, necessariamente, o adiamento da audiência, desde que haja requerimento da parte, essa previsão não exclui a possibilidade de o juiz, mediante decisão fundamentada, indeferir diligências inúteis ou meramente protelatórias. Isso porque o magistrado, como diretor do feito, tem o dever de controlar as condutas das partes*

⁸⁵ *Ibid.*, p. 1016.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 1016.

*para que atuem no processo de acordo com os preceitos de probidade e lealdade processuais, prevenindo condutas tumultuárias do processo e imprimindo celeridade na tramitação do feito”.*⁸⁷

Em sentido contrário, há quem defenda que o fracionamento será inevitável, como mencionado por Carla Teresa Martins Romar: *“a aplicabilidade da carga dinâmica do ônus da prova é incompatível com a adoção de audiência una, já que, sendo definida a distribuição do ônus da prova na audiência, a parte a quem foi atribuído o ônus não terá como produzir a prova, ou pelo menos terá grande dificuldade para tanto, já que não se preparou para tal situação previamente. Isso ocorrendo, a imposição do ônus da prova transforma-se em verdadeira “armadilha” para a parte que, não conseguindo provar os fatos, sofrerá as consequências negativas derivadas de uma sentença desfavorável”.*⁸⁸

Destacam-se, nesse sentido, os princípios norteadores do processo do trabalho, como o da concentração, da celeridade, da informalidade, lembrando a natureza alimentar dos créditos trabalhistas, natureza essa que exige uma solução célere, porém, justamente por tal necessidade de celeridade, não pode adotar condutas que levem à nulidade da decisão.

Logo, o não adiamento da audiência, quando requerido pela parte onerada, e existindo justificativa para o adiamento, poderá redundar em nulidade da sentença, o que, ao contrário de contribuir para uma resposta rápida ao jurisdicionado, em verdade a retardará.

Ainda discorrendo sobre a inversão no âmbito trabalhista, a doutrina trabalhista vem sinalizando no sentido de ser efetivamente uma regra de instrução.

Nesse sentido, em artigo científico Edilton Meireles sustenta que:

“O disposto no art. 6º, VIII, do CDC não estabelece uma simples regras de julgamento, mas, sim, um comando que prevê um procedimento a ser adotado pelo juiz, vinculado às atividades a serem desenvolvidas pelas partes, especialmente pelo réu-fornecedor, ao se impor a este um ônus processual que ordinariamente não lhe seria

⁸⁷HIRATA, Carolina Marzola. A reforma trabalhista e o processo do trabalho: Comentários à parte processual do PL nº 6.787/2017 (Câmara dos Deputados – PL/2017 (Senado Federal). São Paulo: Revista LTr. 81-06/658-671.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 1017.

*exigível. A partir dessa decisão, o juiz estaria autorizado, para compatibilizá-la à atividade procedimental, a inverter os demais encargos processuais, por exemplo, em relação ao ônus pecuniário da realização da perícia quando determinada de ofício, numa verdadeira alteração da regra estabelecida no art. 333, in fine, do CPC, que impõe ao autor esse encargo. Assim, o juiz estaria, a partir dessa inversão do ônus da prova, autorizado a adotar todas as providências procedimentais necessárias à efetivação desse direito do autor-consumidor. Seria, portanto, uma regra de atividade e não uma regra de julgamento [...] Assim, por exemplo, na reclamação trabalhista onde seja necessária a realização de prova pericial para comprovar o labor em condições perigosas, sendo o reclamante hipossuficiente, deve o juiz inverter o ônus da prova, incumbindo à demandada o ônus de comprovar o fato contrário. Evidentemente o juiz deve verificar se o fato alegado na inicial é verossímil, pois a não comprovação das afirmações do réu, em sua defesa, acarretará a presunção de veracidade do aduzido pelo autor, o que pode conduzir a uma aberração jurídica, que repugna a consciência comum, em não existindo dita verificação”.*⁸⁹

Nesse sentido, Mauro Schiavi defende que “a lei não disciplina essa questão. Entretanto, acreditamos, a fim de resguardar o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, da CF), que a inversão do ônus da prova deve ser levada a efeito pelo Juiz do Trabalho antes do início da audiência de instrução, em decisão fundamentada (art. 93, IX, da CF), para que a parte contra a qual o ônus da prova foi invertido não seja pega de surpresa e produza as provas que entender pertinentes, durante o momento processual oportuno”.⁹⁰

No âmbito do processo do trabalho, já vinham admitindo a doutrina e a jurisprudência a inversão em casos de doença do trabalho, acidente, cargo de confiança, já que possui o empregador melhor aptidão para a produção de prova de sua ausência de culpa.

Com as novas regras sobre inversão do ônus, outras matérias poderão ser objeto de tal procedimento.

⁸⁹ MEIRELES, Edilton. Inversão do ônus da prova no processo trabalhista. Revista *Juris Plenum* [CD-ROM], Caxias do Sul-RS: Plenum, v.2, 2005 *apud* BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 9ª ed. São Paulo: LTr. 2011. p. 601-602.

⁹⁰ SCHIAVI, Mauro. *Prova no Processo do Trabalho*. 4ª ed. São Paulo: LTr. 2014. p. 93.

Isso quer dizer que, em respeito ao contraditório, a parte terá amplo direito à produção da prova, de maneira que não parece adequado que a inversão ocorra somente no momento de prolação de sentença, sob pena de ofensa ao princípio da economia processual.

Nesse sentido, há vasta jurisprudência sobre a inversão do ônus da prova na fase instrutória:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE PROCEDIMENTO E NÃO DE JULGAMENTO. INVIABILIDADE DE INVERSÃO TÃO SOMENTE NO MOMENTO DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE VICIO NO JULGADO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. UNÂNIME. (Embargos de Declaração Nº 71005144340, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Pedro Luiz Pozza, Julgado em 14/10/2014). (TJ-RS - ED: 71005144340 RS, Relator: Pedro Luiz Pozza, Data de Julgamento: 14/10/2014, Primeira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 17/10/2014)

APELAÇÃO AÇÃO DE INDENIZAÇÃO EXTRAVIO DE BAGAGEM INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA MOMENTO PROCESSUAL REGRA DE INSTRUÇÃO CERCEAMENTO DE DEFESA. A oportuna inversão do ônus probatório deve ocorrer no momento de saneamento do feito, ou antes, do encerramento da fase instrutória do processo, de forma a atribuir a cada parte seus direitos e obrigações. A aplicação da inversão do ônus da prova como regra de julgamento enseja o cerceamento de defesa da parte que, pega de surpresa, passa a ter atribuição do ônus da prova só no momento do sentenciamento da lide, ocasião na qual, já finda a instrução probatória, fica a mercê das provas até ali produzidas, sem ter condições de comprovar o fato constitutivo de seu direito ou o fato impeditivo, modificativo ou extintivo da pretensão de seu ex adverso. Precedentes do STJ. SENTENÇA ANULADA RECURSO PROVIDO. (TJ-SP - APL: 00036976820128260047 SP 0003697-68.2012.8.26.0047, Relator: Eduardo Siqueira, Data de Julgamento: 22/05/2013, 38ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 23/05/2013)

Verifica-se que, em tais decisões, privilegiou-se o princípio da ampla defesa e do contraditório.

Outra questão que exige uma postura diferenciada no processo trabalhista é a existência de um volume excepcional de trabalho, audiências, processos, os quais não diminuirão mesmo com a reforma, apesar de significativo entendimento em sentido contrário.

Além da natural controvérsia sobre a interpretação de cada texto da reforma, novos casos surgirão, e mesmo que haja diminuição, atualmente a estrutura da Justiça do Trabalho vem se mostrando insuficiente para os casos atuais, haja vista o acúmulo de audiências e de trabalho para magistrados e servidores.

Vale lembrar que no processo do trabalho o juiz tem contado com o a demanda no momento da audiência, em geral com pautas de quinze, vinte audiências no dia, o que impede uma análise mais aprofundada sobre o ônus da prova.

Como destaca Carla Teresa Martins Romar: *“parece-nos que dificilmente a análise sobre a dificuldade de produção probatória, que deve ser cuidadosa e criteriosa, e a fixação fundamentada da distribuição dinâmica do ônus probatório em ata de audiência poderão ser feitas, o que poderá levar a situações concretas de distribuição dinâmica de ônus da prova de forma apressada e descuidada, gerando insegurança e desrespeito ao devido processo legal”*.⁹¹

Uma questão que merecerá um estudo mais criterioso será a definição sobre se o adiamento ou não da audiência importará em nova audiência uma ou audiência de instrução, já que, no primeiro caso possibilita-se ao réu/reclamado a reformulação de sua defesa e, no segundo caso, já se abre a defesa à parte autora para impugnação.

A melhor interpretação deve ser o adiamento apenas para instrução, tanto pela literalidade do parágrafo 2º do artigo 818 da CLT, que faz referência à decisão “antes da abertura da instrução” e não “antes da apresentação da defesa”, bem como pela própria sistemática há muito adotada no processo comum, no qual o despacho saneador é sempre proferido após a contestação e a réplica.

Outra peculiaridade do processo do trabalho, que merece atenção especial, é em relação à natural cumulação de pedidos, significativamente superior à que existe em outros ramos do Judiciário.

⁹¹ *Ibid.*, p. 1019.

Tal cumulação objetiva importará, muitas vezes, na atribuição de ônus de forma diversa da regra geral para diversos pleitos, o que exigirá do julgador a definição em relação a cada um.

Discorrendo sobre a hipótese, Carla Teresa Martins Romar assim se manifesta: *“No Processo do Trabalho é comum a cumulação de pedidos nas ações, o que, se de um lado, inegavelmente evita a proliferação de demandas entre as mesmas partes, propiciando economia de tempo e de dinheiro, de outro lado, em relação ao tema ora tratado, revela a imposição ao juiz de uma definição prévia [...] de como a distribuição do ônus probatório está sendo feita, com individuação em relação a cada um dos pedidos”*.⁹²

Tais inovações causarão, em um primeiro momento, muitas dúvidas e decisões díspares, até que se chegue a um entendimento que traga a todos segurança e possibilidade de ampla defesa.

3.2 Principais teorias sobre a inversão do ônus da prova

3.2.1 Teoria de Chiovenda

Segundo Giuseppe Chiovenda, não há, no processo, um dever de provar, mas tão somente necessidade ou ônus, e seu descumprimento gera apenas uma situação jurídica similar ao inadimplemento.

Para Chiovenda, considerando-se que a solução das controvérsias resvala a um modelo de convicção do juiz, torna-se necessário que a produção das provas se dê de forma mais perfeita. Conforme o referido autor, a produção da prova se configura em um encargo, que, em um primeiro momento, é atribuído ao autor por duas razões: I) por sua condição de iniciador da lide; e II) o seu interesse de tomar para si a prova de seus argumentos a fim de evitar os argumentos do adversário.⁹³

Em sequência, o autor ressalva o fato de que não são de incumbência do autor todas as provas para a convicção do Juiz, uma vez que não necessariamente o réu se limita a negar o direito alegado pelo autor em sua peça inicial. Há vezes em que o réu

⁹² *Ibid.*, p. 1019.

⁹³ Instituições de direito processual civil. Campinas: Bookseller, 2009, p. 931.

admite a existência anterior do direito, mas afirma sua extinção, situação em que chama a si a responsabilidade pela prova, por se tratar de fato extintivo ou impeditivo do direito alegado pelo autor.

Destaca-se a crítica do autor em relação à máxima (decorrente da interpretação medieval das regras de direito romano) *affirmati no neganti incumbit probatio*, que por sua vez fez surgir o princípio *negativa non sunt probanda*. Por tal máxima, não haveria necessidade de prova de negações, apenas das afirmações.⁹⁴

Inicialmente, Chiovenda critica o princípio porque, na maior parte das vezes, não se consegue distinguir entre o que é negativa ou afirmativa. Aponta o autor que “via de regra, toda a afirmação é, ao mesmo tempo, uma negação, quando se atribui a uma coisa um predicado, negam-se todos os predicados contrários ou diversos”.⁹⁵

Ressalta, também, que se torna impossível a aplicação da máxima romana nas situações em que a demanda tem como fundamento fato negativo. Assim, tendo como pressuposto o entendimento de que sobre o autor recai o ônus da prova dos fatos constitutivos do seu direito, nos casos em que a pretensão tem por pressuposto um fato negativo, a este caberia a prova da negativa, distanciando-se, dessa forma, da regra negativa de que *non sunt probanda*. Mesma situação se daria em demandas declaratórias negativas, nas quais o que se pretende é o reconhecimento da inexistência de um direito ou de um fato.

Com tais considerações, Chiovenda destaca a dificuldade em se chegar “a uma formulação geral e completa do princípio que preside ao ônus da prova, assim também é difícil dar-lhe justificação racional, absoluta e real”.⁹⁶

O autor defende que, não obstante no caso concreto perceber-se uma necessidade em atribuir a uma das partes o ônus da prova, é difícil verificar uma razão geral para fazê-lo. Esclarece que o justo seria ao autor incumbir a produção da prova

⁹⁴ *Ibid.*, p. 931

⁹⁵ *Ibid.*, p. 932

⁹⁶ *Ibid.*, p. 932

não só dos fatos constitutivos de seu direito, mas também a inexistência de fatos impeditivos ou extintivos, porém reconhece que lhe seria impossível tal tarefa.

Dessa forma, segundo seu ponto de vista, a divisão do ônus da prova resulta de uma razão de oportunidade. Em homenagem aos princípios que regem o processo comum, notadamente o princípio dispositivo (uma vez que, de modo geral, há vedação ao juiz de procurar provas não constantes dos autos, assim como substituir as partes no que tange à produção de tais provas) e o princípio da igualdade das partes, o ônus da prova deve ser repartido entre tais partes de acordo com os fatos cuja prova seja de seu interesse (isto é, cada uma das partes deve provar o que for por elas alegado).⁹⁷

Nesse aspecto, goza o réu de uma posição relativamente privilegiada em relação à posição do autor, uma vez que o interesse do réu é a não existência dos fatos alegados pelo autor. Por isso, uma vez não tendo o autor provado os fatos constitutivos de seu direito, a consequência é a improcedência de sua pretensão, sem qualquer dependência da conduta do réu no que tange à produção de provas, podendo este se limitar, exclusivamente, a negar os fatos alegados pelo autor.⁹⁸

Segundo tal linha de pensamento, é incumbência do autor a comprovação dos fatos constitutivos de seu direito, os quais, estando demonstrados, transferem ao réu o ônus de provar, ou a inexistência desses fatos, ou a extinção, modificação ou impedimento do direito do autor. Segundo a visão de Chiovenda, o ônus da prova é uma questão de oportunidade e de interesse, ficando cada uma das partes onerada a produzir provas dos fatos que possam ensejar o resultado que lhe seja mais benéfico.

O autor ainda destaca que a divisão do ônus da prova tem relação direta com a conservação do princípio dispositivo, apontando que, se assim não fosse, ou seja, em um sistema puramente inquisitivo, não haveria espaço para a repartição do ônus da prova, já que haveria ampla permissão ao juiz para a busca da verdade.⁹⁹

⁹⁷ *Ibid.*, p. 934

⁹⁸ *Ibid.*, p.934

⁹⁹ *Ibid.*, p. 945

3.2.2 Teoria de Carnelutti

Segundo Carnelutti, não é suficiente apenas a ideia de interesse como explicação para a distribuição do ônus da prova, pois há para ele diferença entre o ônus de afirmar e o ônus de provar, já que o primeiro é unilateral e o segundo é bilateral, ou seja, uma vez afirmado determinado fato na demanda, a ambas as partes haverá interesse na produção de em relação a ele, “uma tem interesse de provar sua existência e a outra, sua inexistência”.¹⁰⁰

Entende o autor que, no aspecto teleológico, deve prevalecer o critério pelo qual a inexistência de prova venha a prejudicar a parte que possua interesse em contribuir com a prova positiva (existência do fato) e favorecer aquela cujo interesse seja a prova negativa (inexistência do fato). Para Carnelutti, apenas dessa forma se poderia obter o objetivo do processo, “que não é a simples composição, mas a composição justa do litígio”.¹⁰¹

Carnelutti resume o instituto do ônus da prova em dois aspectos essenciais: “na proibição ao juiz de buscar por si só a prova que não tenha sido fornecida pelas partes”; e “na distribuição entre estas do risco da prova que faltar, ou em outras palavras: da incerteza dos fatos”.¹⁰²

De acordo com o pensamento de Carnelutti, a divisão do risco da prova que faltar ocorre quando os efeitos de referida falta refletirem sobre esta ou aquela parte, segundo o fato seja pressuposto de uma pretensão ou de uma exceção.¹⁰³

Para tal autor, a repartição do ônus não ocorre pelo poder de provar, mas pelo risco a que a parte corre com a ausência ou insuficiência de prova. Isso porque, se existirem nos autos fundamentos que comprovem determinado fato, o juiz formará sua convicção em tais fundamentos; por outro lado, inexistindo qualquer prova, ou essas sendo insuficientes, o juiz solucionará a demanda baseado nas regras de divisão do ônus

¹⁰⁰ A prova civil. Campinas: Bookseller. 2002, p. 257.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 257.

¹⁰² *Ibid.*, p. 256.

¹⁰³ Sistema de direito processual civil. São Paulo: Classicbook, 2000, v. 2, p. 135.

da prova, decidindo em desfavor da parte a quem recaiu o encargo de demonstrar o fato cuja prova não foi produzida a contento.

O autor salienta que, em determinadas situações, a lei pode inverter o ônus da prova. Isso se verifica por meio de presunções, ocasiões em que certa pretensão ou exceção não possui a necessidade de ser provada, ficando tal ônus à parte que invoca uma contrapretensão ou contraexceção.

Esclarece, ainda, que a máxima *actore non probante, reus absolvitur* não tem lugar apenas na hipótese de ausência de prova da pretensão, porém também no caso de não se alcançar o nível de prova necessário para formação da convicção do juiz (cita-se a obtenção de princípio de prova ou prova não plena).

3.1.3 Teoria de Emílio Betti

Emilio Betti objeta a teoria de Carnelutti, defendendo que o interesse à afirmação é bilateral, não obstante em menor medida do que o interesse à prova (Chiovenda). De fato, o réu possui interesse em afirmar a inexistência dos fatos alegados pelo autor, todavia, enquanto não houver prova pelo autor da sua existência, não haverá ao réu o ônus de provar a sua afirmação (inexistência do fato).¹⁰⁴

Assim, substituindo o interesse à afirmação, Betti defende que o critério válido para repartição do ônus da prova repousaria no ônus da afirmação.

Ressalta o jurista que há relação entre o ônus da demanda e da afirmação e, ainda, a profunda conformação entre o ônus da afirmação e o ônus da prova, excepcionando apenas os fatos notórios. Além do mais, biparte o ônus da demanda em ônus da ação, por parte do autor, e ônus da exceção, por parte do réu.¹⁰⁵

Alega ainda que a divergência entre o ônus da ação e o ônus da exceção, inclusive com efeitos sobre o ônus da prova, pode ser obtida em consonância com dois

¹⁰⁴ BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile italiano*. 2ª ed. Roma: Società Editrice de Foro Italiano, 193 *apud* PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. p. 115

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 115

aspectos: a) o aspecto formal, pelo qual quem tem o ônus da ação também possui o ônus da afirmação e prova dos fatos que embasam suas razões trazidas a juízo (da mesma forma, quem possui o ônus da exceção deve afirmar e provar os fatos que fundamentam sua exceção); b) o aspecto material, consistente no alcance jurídico que o direito substancial atribui aos fatos ou às circunstâncias afirmadas.

Segundo o mencionado aspecto material, Betti lista a natureza dos fatos ou circunstâncias em acordo com a sua importância para o surgimento, a transformação ou o término da relação (ou estado) deduzida em juízo: a) fatos constitutivos são aqueles pelos quais a norma substancial confere eficácia de dar vida (constituir); b) circunstâncias impeditivas são as que, em conformidade com o direito material, devem coexistir com os fatos constitutivos, e sua ausência impede a produção de seus efeitos, ficando tanto sua afirmação como sua prova como funções do réu; e c) os fatos modificativos ou extintivos são os que, tendo ocorrido depois da formação da relação jurídica, por força do direito material, podem vir a extingui-la ou modificá-la, tendo também o réu a incumbência de sua afirmação e prova.¹⁰⁶

Continua Betti, ressaltando que a diferenciação entre o que é fato constitutivo e fato extintivo – ou entre aquele e o fato modificativo – não importa em dificuldade. Não é, entretanto, possível dizer o mesmo no que diz respeito à diferenciação entre o que é fato constitutivo e o que é condição impeditiva. Assim, defende que a melhor forma de diferenciá-los é considerando como normal a presença de circunstância concorrente (impeditiva), utilizando, dessa forma, do critério da normalidade.¹⁰⁷

3.1.2 Teoria de Jeremy Bentham

O conceito de distribuição dinâmica do ônus da prova não é recente; surgiu com o filósofo e jurista inglês Jeremy Bentham, o qual questionava a distribuição do ônus como uma regra geral, cabendo, no entanto, destacar que esse jurista jamais citou que a

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 116

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 116.

aplicação da inversão dinâmica poderia ocorrer como forma de correção de injustiças.

108

Segundo o autor, deveria ser definida em cada caso concreto a divisão do ônus da prova, atribuindo tal ônus à parte que possuísse maior facilidade em produzir as provas necessárias, ou seja, àquela que sofresse menores despesas, constrangimento ou que pudesse produzir a prova no menor tempo. Assim, a parte com maior possibilidade de produzir provas no menor tempo e com o menor gasto, teria a incumbência de fazê-lo.¹⁰⁹

É clara a índole protecionista ao autor da lide, desconsiderando qualquer necessidade de que esse tenha que provar os fatos constitutivos do direito que alega possuir.

Parte-se da presunção de que o autor não intentaria uma demanda sem que possuísse razão em sua pretensão.

Referida teoria serviu de base para a teoria a seguir estudada, concebida por Jorge W. Peyrano.

3.1.5 Teoria de Jorge W. Peyrano

Refletindo sobre as limitações de todas as teorias que estipulam a forma estática para a distribuição do ônus da prova, Jorge W. Peyrano também concebeu uma teoria de repartição dinâmica do ônus da prova.

Destacando que, inserto no ônus do processo, possui singular importância o ônus da prova, o qual indica a quem cabe a tarefa de demonstrar dentro da demanda como se deu determinado fato. No entanto, assevera que esse tema só se reveste de importância quando ausente prova que seja capaz de formar o convencimento do julgador, situação

¹⁰⁸ BENTHAM, Jérémie. Tratado de las pruebas judiciales. Trad. de Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires, EJE, 1971, v. 2, p. 149 *apud* PIREZ, Cristiane Pedrosa. *Distribuição dinâmica do ônus da prova*. Dissertação Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2014, p. 33.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 33

em que a sentença deve ser prolatada em desfavor daquele que deveria provar e não o fez.¹¹⁰

Aponta o autor que a adoção pela doutrina de um ponto de vista exageradamente estática sobre a questão, acaba estabelecendo regras excessivamente rígidas sobre o ônus da prova, não dando a devida atenção às circunstâncias peculiares do caso concreto, as quais, possivelmente, poderiam levar a outro desfecho.¹¹¹

Dessa forma, defende o autor ser necessária a repartição do ônus da prova de maneira mais versátil, dando atenção aos casos em que a fórmula de divisão estática não se apresente satisfatoriamente apropriada.

Pela teoria do ônus dinâmico da prova, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, há a transferência do ônus de uma para outra parte, empenhando aquela em que se situam condições de vantagem, sejam técnicas, profissionais ou fáticas, para a produção da prova de determinado fato, independentemente de se encontrar na posição de autor ou de réu, ou mesmo de se tratar de fato constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo de direitos.¹¹²

A justificativa do autor para a denominação optada é que se trata de teoria que atribui o ônus da prova àquela parte que, em princípio, a ele não se sujeitava.

Jorge W. Peyrano também sublinha que não há a intenção de que outra regra rígida de repartição do ônus probatório venha a surgir, objetivando tão somente propiciar de forma excepcional, um paradigma de distribuição de referidos ônus em situações singulares, nas quais o modelo tradicional se mostra insatisfatório.¹¹³

Em seu trabalho doutrinário, Jorge W. Peyrano critica a postura de conceber-se apenas uma norma para atribuição do ônus da prova. Segundo suas palavras, coube à

¹¹⁰ PEYRANO, Jorge W. e CHIAPPINI, Julio. O lineamentos de las cargas probatorias "Dinâmica". In: *Carga Probatorias Dinâmica*. Dir. Jorge W Peurano. Coord. Ines Lépori White. Santa Fe: Rubizal Culsoni Editores, 2008, p. 14-15.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 15.

¹¹² *Ibid.*, p. 19-20.

¹¹³ *Ibid.*, p. 24.

praxis alertar a doutrina sobre a inadequação ou insuficiência das regras estáticas para tal questão.¹¹⁴

Destaca que, de forma gradual e sob impulso de decisões judiciais, surgiram as primeiras regras de atribuição dos encargos probatórios de maneira flexível. Acentua a posição especial dos juízes em ponderar as circunstâncias do caso concreto de forma adequada, ainda que na falta de norma expressa atribuindo-lhes tal tarefa.¹¹⁵

Como exemplo de atribuição diversa do ônus da prova, Jorge W. Peyrano cita presunções com base no conhecimento da pessoa comum, algo como o previsto em nosso Código de Processo Civil, em seu artigo 375 (O juiz aplicará as regras de experiência comum ministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial). Em suas palavras “*quem sustenta que algo sucedeu ao contrário da ordem normal das coisas tem o ônus da prova*”.¹¹⁶

Segundo seu entendimento, “*no processo se dá uma permanente mutação de papéis e situações que em um momento dado podem proporcionar a alegria do êxito e, em um instante, a tristeza do fracasso*”.¹¹⁷

Chega, em seu estudo, a quatro conclusões: em primeiro lugar, a distribuição dinâmica, apesar de o mais importante, é apenas um dos capítulos relativos à distribuição do encargo probatório. Lembra, também, a solidariedade e responsabilidade compartilhada no momento de produção da prova.

Em segundo lugar, enfatiza o aspecto subsidiário e residual de tal procedimento, que se deve dar apenas em caráter excepcional, quando a aplicação da teoria estática produzir um resultado indesejado.

Outro ponto de destaque é a possibilidade de redistribuição dinâmica ou inversão, nos casos em que uma das partes “*está em melhores condições profissionais,*

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 15.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 16.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 16.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 17.

técnicas ou fáticas para produzir a prova respectiva”, sem deixar de alertar para o cuidado que se deve ter na hora de valorar tal prova, haja vista que quem está em tal condição, também estará em condição de desvirtuá-la ou desnaturá-la.¹¹⁸

A terceira conclusão é seu entendimento de ser inconveniente a incorporação da teoria dinâmica no texto legal, de forma taxativa, que leve a uma interpretação inflexível, impedindo ou dificultando ao intérprete o necessário ajuste em razão das peculiaridades do caso concreto.¹¹⁹

Sua quarta conclusão encampa a teoria dinâmica como regra de instrução, destacando que a invocação apenas no momento de sentenciar pode ocasionar riscos para o direito de defesa. Defende, portanto, a advertência às partes em audiência preliminar, a fim de evitar tal risco.¹²⁰

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 18

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 19

¹²⁰ *Ibid.*, p. 19

4. Dispensa discriminatória

Antes de adentrar a análise da dispensa discriminatória, mister se faz analisar o princípio da igualdade e o da não discriminação.

O art. 5º, inciso I, da Constituição Federal de 1988 dispõe sobre o princípio da igualdade de direitos prevendo a igualdade de aptidão, igualdade essa de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm direito de tratamento idêntico pela lei.

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

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Mas não é somente o referido art. 5º, I, que contempla tal princípio da igualdade. Ele também consta em inúmeras disposições na Constituição Federal, como no preâmbulo:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, da ordem interna e na ordem internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

Igualmente, vêm dispostos na parte final do art. 3º, IV e no art. 7º, incisos XXX, XXXI, XXXII, ambos da Carta Magna:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

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

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

XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

No entanto, o art. 5º, I, da Constituição Federal é o mais importante pilar da igualdade constitucional.

Ao nos referirmos a isonomia, entretanto, é importante destacar que a igualdade deve ser considerada sob dois ângulos: igualdade formal, significando a igualdade perante a legislação, e a igualdade material, garantida por meio de instrumentos constitucionais, destacadamente os direitos sociais e econômicos, assegurando igualdade de forma precípua.

Vale destacar que a fixação da igualdade, tanto formal como material, representa o maior desafio do Estado Democrático de Direito, já que a solidificação de tal princípio requer, de forma original, a explicitação de quem são os “iguais” e quem são os “desiguais”.

A própria natureza criou o homem de forma desigual em seu exterior, porém ontologicamente igual, sendo função do direito estabelecer diferenças entre os entes formalmente diferentes, para aproximá-los.

Assim, a primeira determinação do direito foi, justamente, estabelecer que somente por meio de lei se poderiam criar diferenciações entre os seres. Entretanto, tal atribuição ao legislador não era suficiente, pois poderiam ser repetidos erros históricos, cabendo lembrar que o Holocausto, a escravidão, o *apartheid* também possuíam previsão legal. Assim, necessário foi estabelecer critérios e limites ao legislador.

Dessa forma, tem-se por nova conquista o estabelecimento de parâmetros constitucionais, ou seja, os tratamentos diferenciados, para serem considerados como juridicamente válidos, devem estar expressos na Constituição Federal ou, ao menos, serem compatíveis com princípios nela previstos.

Sob tal prisma, a melhor definição para a compatibilidade entre a Constituição e norma que estabelece como tratar de forma diferenciada foi concebida pelo Professor Celso Antonio Bandeira de Mello, em sua obra *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, na qual destaca que a característica principal para examinar a compatibilidade entre uma regra e um princípio isonômico está na existência ou não de nexos lógicos entre o fato destacado e a discriminação legal decidida em função dele.

Cabe frisar que o nexo lógico ou correlação lógica citada por Celso Antonio Bandeira de Mello, em princípio não é estática, podendo sofrer influências éticas, culturais, sociais, modificando-se e modulando-se de acordo com o tempo e o espaço.

Como exemplo, a limitação do exercício de determinada profissão aos que concluíram com êxito o curso correspondente, como ocorre com a profissão de médico ou engenheiro, pode ser citada como critério de discriminação com correlação lógica entre a norma infraconstitucional e os valores protegidos pela Lei Maior, já que há o resguardo de valores como a vida, a saúde e a incolumidade.

Já não haveria tal correlação lógica se a lei limitasse, por exemplo, o exercício da medicina ou da engenharia a pessoas nascidas em determinada localidade, ou que tivessem concluído curso em outra área, como direito ou pedagogia. Não há qualquer correlação ou nexo lógico entre os *discrímens* e a discriminação legal.

Não obstante, há hipóteses para as quais a lei não pode deixar de observar a vasta desigualdade social e biológica entre os indivíduos. Nesse aspecto, a linha doutrinária mais contemporânea do Direito Constitucional afirma que, somando-se à igualdade perante a lei, há a necessidade de igualdade “na lei”.

Tal conceito estabelece uma espécie de regra de modulação do sistema constitucional, cuja base está em reconhecer a existência de diferenças substanciais entre os indivíduos.

Conforme destaca Carla Teresa Martins Romar, que:

*“[...] nem toda distinção, exclusão ou preferência pode ser considerada como conduta discriminatória. O ordenamento reconhece que não constitui discriminação o tratamento desigual que tenha um fundamento juridicamente aceito, como, por exemplo, no caso do trabalho, a distinção feita entre homens e mulheres em relação aos empregos que demandam uso da força muscular. O princípio da igualdade, fundamento da não discriminação, assegura tratamento igual àqueles que têm a mesma condição, permitindo que se estabeleçam critérios de proteção distintos àquele que têm condição desigual entre si”.*¹²¹

Considera-se como “igualdade na lei” a forma contemporânea de afirmar que uma regra se coaduna com o princípio da isonomia, não obstante trate os diferentes de forma diversa, na medida de sua desigualdade (conforme frase célebre de Aristóteles, citada por Ruy Barbosa em sua “oração aos moços”: A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam). Tendo por fundamento tal lógica, o legislador pátrio concebeu tratamento diferenciado para grupos sociais mais vulneráveis, como mulheres, crianças, adolescentes, idosos, trabalhadores, consumidores.

Também o Ministro Celso de Mello, ao julgar o Mandado de Injunção n. 58, afirma que igualdade na lei é uma exigência ao legislador para que, no processo de formação, não inclua questões discriminatórias, que são as causadoras da ruptura da ordem isonômica;

¹²¹ Direito do Trabalho Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 649.

Por outro lado, o conceito de “igualdade perante a lei” traz o pressuposto de que a lei já existente é imposição a todos, inclusive aos demais poderes estatais, sendo que, ao aplicar a norma legal, não se pode submetê-la a critérios que resultem em tratamento diferenciado ou seletivo.

A não discriminação decorre diretamente da isonomia, sendo, desta forma, uma derivação do princípio da igualdade. Todavia, em razão da importância que desfruta referido conceito, passa a deter índole de princípio.

Sergio Torres Teixeira declara que:

*“A proibição à discriminação, entretanto, se revela peculiar, sendo a própria essência substancial do postulado da igualdade. É na imposição da regra de não discriminação que se especifica o princípio da igualdade. Tanto que a respectiva diretriz antidiscriminatória é tradicionalmente elevada à categoria de postulado geral, ou seja, de verdadeiro princípio norteador, ainda que como fruto do cânone da isonomia. Em virtude da sua relevância, assim, assume postura de verdadeiro princípio, o postulado da não discriminação embora vinculado e englobado pelo mais abrangente princípio da igualdade”.*¹²²

Alice Monteiro de Barros defende que:

“A ideia de pessoa é incompatível com a desigualdade entre elas. A tutela jurídica do direito à igualdade passará, normalmente, pela declaração de inconstitucionalidade das normas que a violem no domínio privado e incluíra à obrigação de indenizar por parte de quem praticar atos discriminatórios em razão de raça, estado civil, religião, sexo, orientação sexual, convicção filosófica, política e social, entre outros. A não discriminação é, provavelmente, a mais expressiva manifestação do princípio da igualdade, cujo

¹²² Proteção à relação de emprego. São Paulo: LTr, 1998.p. 371-372 *apud* RIBAR, Georgia. *Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e o princípio da não-discriminação na proteção contra a discriminação na relação de emprego.* São Paulo: Revista LTr, 2006, p. 1099.

*reconhecimento, como valor constitucional inspira o ordenamento jurídico brasileiro no seu conjunto”.*¹²³

Conforme explicita Daniela Lucy Lopes de Sehli, o conceito de não discriminação representa o âmbito negativo do princípio da igualdade. Isso significa que este concebe dever de agir de determinada maneira, enquanto o princípio da não discriminação *“assume uma ideia proibitiva, no que tange à diferenciação de fatos iguais, desde que não exista uma razão lógica para esse tratamento desigual”.*¹²⁴

Na seara trabalhista, o impositivo constitucional de tratamento igualitário para situações iguais adquire nuances únicas, já que parte da incontroversa desigualdade estrutural na relação entre empregado e empregador, e, observando a necessidade de ser a forma de compensar tal desigualdade, surge o desafio de efetivar os direitos fundamentais, destacando-se que, entre esses, o preceito constitucional da isonomia é soberano.

Nas palavras de Adriana Campagnoli, Chayne Oliveira e Silvana Mandolozzo, ao tratar da discriminação do portador do vírus HIV, o princípio da não discriminação ganha força sob o prisma do Direito do Trabalho, uma vez que *“o Direito do Trabalho é caracterizado pelo embate em prol da concretização da igualdade entre homens e da proteção do trabalhador, haja vista seu status de hipossuficiência”.*¹²⁵

E foi nesse sentido que, apreciando demanda trabalhista em grau de recurso, o Tribunal Regional do Trabalho da Bahia procurou destacar a relevância do direito fundamental à igualdade como elemento equalizador do desequilíbrio nas relações de emprego, conforme se constata no excerto transcrito abaixo:

“[...] Com efeito, a conduta perpetrada deixa clara a discriminação procedida pela recorrente. Aliás, é preciso dizer que a matéria é muito cara ao Direito do Trabalho, pois o tema da igualdade e não discriminação se encontra na sua origem, eis que

¹²³ Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr. 2005, p. 1064.

¹²⁴ SHELI, Daniele Lucy Lopes de. A ruptura do contrato de trabalho e as práticas discriminatórias. *apud* DALLEGRAVE NETO. José Affonso; COUTINHO. Aldacy Rachi; GUNTHER, Luiz Eduardo. (coords). *Transformações do direito trabalho*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 97.

¹²⁵ Direito a continuidade do contrato de trabalho: empregado portador do vírus HIV. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Vol. 3, n. 27. (jan./fev. 2014). acessado em: 02-02-2017.

surge historicamente como elemento compensador das desigualdades reais existentes entre empregados e empregadores nas relações de trabalho. É assente a ideia de que o desequilíbrio estrutural que vige na relação trabalhista, tendo de um lado o empregador, detentor do poder econômico; e do outro o empregado, que dispõe apenas de sua força de trabalho, mostra o ambiente propício e que naturalmente já pode ensejar arbitrariedades que, quando aliada a um fator discriminatório torna-se mais violenta. (TRT 5ª R.; RecOrd 0002327-64.2013.5.05.0561; Primeira Turma; Relª Desª Margareth Rodrigues Costa; DESJTBA 02/06/2015).

Dessa forma, e com o intuito de mitigar tal desequilíbrio, o princípio isonômico, no âmbito das relações entre empregado e empregador inibe, esse de atuar de forma discriminatória, valendo-se de tratamento diferenciado desfavorável sem fundamento lógico, e com base em razões descabidas em face dos seus empregados.

Prestigia-se, assim, o princípio da não discriminação, não obstante se admitam as denominadas “ações afirmativas”, por meio das quais se tem, como objetivo, justamente a correção de distorções surgidas por todo um passado de discriminação. Tais ações, formalmente discriminatórias de forma positiva, na verdade se constituem em importante instrumento de equilíbrio, de correção de distorções.

Também se destacam as previsões legais que prescrevem tratamento desigual, com base em fundamentos lógicos, como o artigo 390 da CLT, que impede a contratação de mulheres para prestar serviços em atividades que demande o emprego de força física superior a vinte quilos para trabalho contínuo.

Também, deve-se, obedecer ao princípio isonômico durante todo o pacto laboral, antes mesmo da admissão, já que na seleção não se admite discriminação sem fundamento lógico-jurídico, até o momento da ruptura contratual, uma vez que qualquer conduta do empregador ao preferir ou preterir determinado trabalhador sem qualquer fundamento, ou com fundamento ilegítimo juridicamente, constitui-se em prática discriminatória. Não obstante, alerta Daniele Lucy Lopes de Sehli que “*não contrário do que ocorre nas fases pré-contratual e contratual propriamente ditas, na dispensa da*

*relação empregatícia é muito mais difícil visualizar o empregado como alvo de perseguição do empregador”.*¹²⁶

Nesse contexto, importante é lembrar as palavras de Carla Teresa Martins Romar: *“as práticas discriminatórias nem sempre se manifestam de forma clara e direta, mas sutil e indireta, quando, sob a aparência de neutralidade, nada mais fazem que criar desigualdades em relação a certos grupos de pessoas com as mesmas características”.*¹²⁷

As práticas discriminatórias representam uma das questões mais discutidas no universo laboral, isso porque, o cotidiano do Poder Judiciário tem revelado uma infeliz recorrência de ações, noticiando a prática pelo empregador de atos arbitrários, com claro conteúdo discriminatório em relação ao obreiro.

Qualquer conduta discriminatória é fortemente vedada pelo ordenamento jurídico, em especial pelo previsto constitucionalmente (Preâmbulo do Texto Máximo; art. 1º, III; art. 3º, I e IV; art. 5º, *caput* e inciso I; art. 5º, III, *in fine*, todos preceitos da Constituição da República). Detectada prática discriminatória em qualquer fase da contratação, surge o dever de reparação do dano moral perpetrado (art. 5º, V e X, da CF/88; art. 186, CCB/2002).

E não só surge o direito à indenização por danos, mas também, por certo, outros efeitos jurídicos resultantes do ato ilícito perpetrado, como previstos em lei. Destacam-se as seguintes consequências:

a) a retomada do emprego com a reintegração do trabalhador;

b) a indenização pela rescisão, nos casos de não ser recomendável a reintegração (nesse aspecto, a Lei nº 9.029/1995, em seu artigo 4º, faculta ao trabalhador lesado optar pela reintegração ou indenização em dobro da remuneração do período de afastamento);

¹²⁶ A ruptura do contrato de trabalho e as práticas discriminatórias. In *Apud* DALLEGRAVE NETO. José Affonso; COUTINHO. Aldacy Rachi; GUNTHER, Luiz Eduardo. (coords). *Transformações do direito trabalho*. Curitiba: Juruá, 2000, p. 101.

¹²⁷ Direito do Trabalho Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 651.

c) dependendo da forma como se deu a despedida, a possibilidade de sua conversão em dispensa injusta (por exemplo, quando há irregular dispensa por justa causa ou coação para pedido de demissão).

Em todas as alternativas poderá haver, concomitantemente, o direito à indenização por danos morais.

A referida Lei nº 9.029/1995, traz em seu bojo diversas disposições antidiscriminatórias, estabelecendo critérios para cada hipótese de dispensa, em vista dos fatores de discriminação que cita (isto é, “sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade” – art. 1º). Este mesmo texto legal, em seu art, 2º, faz menção à mulher trabalhadora, citando como razões de discriminação vinculadas à temática da gestação, natalidade, maternidade e congêneres.

Já o citado art. 4º, por sua vez, prevê que a ruptura do contrato de *trabalho* “*por ato discriminatório, nos moldes desta lei*”, *abre ao empregado a faculdade de optar entre: I – readmissão, com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais; II – a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigidas monetariamente e acrescidas dos juros legais*”.

Portanto, faz jus o empregado à dobra da indenização do período de afastamento, caso opte por não retornar ao emprego.

No mesmo sentido, dá a jurisprudência efetividade aos princípios e regras constitucionais e legais que cuidam do combate à discriminação nas relações de trabalho, como se exemplificam pela Súmula 443, editada pelo TST, em setembro de 2012.

Referido verbete assim dispõe: “*presume-se discriminatória a despedida de empregado portador de vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego*”.

4.1 Conceito

As palavras discriminação e discriminar têm sua etimologia no latim (*discriminatio, discriminare*), sendo discriminação o ato de distinguir ou diferenciar alguém ou algo, e discriminar, pôr à parte ou separar.

No contexto jurídico, esses vocábulos são usados para indicar toda sorte de separação que se possa fazer entre várias coisas, entre várias funções ou encargos, distinguindo-as umas das outras, para que se diferenciem ou possam ser encaradas consoante a divisão.¹²⁸

Podendo ocorrer em vários contextos, o que a torna um fenômeno sociológico, a discriminação que se pretende combater é a que traz injusto prejuízo à pessoa, a partir de tratamento diferenciado, por motivo injustificável.

Dessa forma, haja vista que pode haver discriminação em benefício do discriminado, o princípio da não discriminação trata somente daquela que causa prejuízo à pessoa.

A discriminação revela-se como resultado de fatos históricos, e ganha relevo em nosso país, cujo passado foi de escravidão de negros e índios, tidos por inferiores aos brancos, ainda que detivessem superioridade física.

Nem sempre, contudo, a discriminação tem raiz étnica, podendo se estender a outros fatores da vida e da sociedade, como em razão de credo, estado civil, orientação sexual, aparência física, condição social. Infelizmente, não há limite para tal conduta.

Qualquer conduta discriminatória destrói ou corrompe os direitos fundamentais do ser humano, trazendo prejuízos ao indivíduo em seu contexto social, cultural, político ou econômico.

A forma mais frequente de discriminação é a racial, consistente em excluir, restringir, isolar a pessoa com base em sua raça, cor, ascendência, etnia e, em nosso país, até a origem regional.

¹²⁸ DE PLACIDO E SILVA, Vocabulário Jurídico. Vol. II, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1991, p. 99.

Há, ainda, a discriminação social e a religiosa, quando a pessoa é tratada de forma desigual e prejudicial por pertencer a uma classe social diferente ou seguir determinado credo.

Nos termos do artigo 7º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, "*todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação*".

Desde seu surgimento, a Organização das Nações Unidas tem envidado esforços para erradicar toda e qualquer discriminação nas sociedades das nações integrantes.

Como resultado da discriminação surgem a segregação e a exclusão social, consequências gravíssimas, que causam impacto extremamente negativo na sociedade.

O estudo da discriminação não se limita à identificação de suas manifestações, mas, baseia-se principalmente, nas razões que a faz surgir, podendo ser destacadas: o ódio, o pensamento de superioridade racial, a antipatia, os preconceitos, a ignorância, o medo, a intolerância e a política mediata e estabelecida.¹²⁹

Em geral, a discriminação nasce de um sentimento de antipatia ou preconceito, sem que o indivíduo atente para a realidade dos fatos ou se dê conta dos aspectos racionais, que demonstram exatamente o contrário do que pensa: nessas hipóteses "a paixão divorcia-se da razão" (Balzac) e leva a condutas emocionais, irracionais e injustas.¹³⁰

O desconhecimento dos fatos e das pessoas, isso é, a ignorância, produz os mesmos efeitos do preconceito, fazem com que sobrevivam boatos, mitos, lendas, crenças e falsos conceitos, disseminando-os, sendo que em tais fatores é que se baseiam os comportamentos.

Importante, assim, distinguir "preconceito" de "discriminação".

¹²⁹ Barros, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr. 2005, p. 1066

¹³⁰ *Ibid.*, p. 1066

Segundo Carla Teresa Martins Romar, “*etimologicamente, preconceito significa conceito ou opinião formados antecipadamente, ideia preconcebida, intolerância, ódio irracional ou aversão a outras raças, convicções, religiões, etc. Discriminação significa distinguir, diferenciar, segregar, dar preferência*”.¹³¹

Assim, nas palavras da jurista, “*Preconceito é uma concepção interior. Discriminação é a exteriorização do preconceito, sendo, por essa razão, objeto de tratamento pela ordem jurídica*”.¹³²

No âmbito específico do Direito do Trabalho destaca-se o medo da concorrência, invocado como razão de discriminação com fundamento em raça ou sexo, aliado ao temor de que a contratação de pessoas de determinada raça ou sexo venham a causar diminuição de remuneração ou declínio das condições laborais.

Outro fator importante de discriminação reside na intolerância, geralmente aliada a determinados credos, praticada por pessoas que seguem esta ou aquela religião, ou, ainda, quando o aspecto religioso exerce importante papel na vida pública e social, muitas vezes considerada como religião do Estado.

No sentido contrário também pode haver discriminação, ou seja, quando o Estado é oficialmente hostil às manifestações religiosas. A discriminação religiosa é flagrante tanto em países nos quais a religião possui papel de destaque como naqueles em que a política oficial é contrária à religião. Nesses casos, a discriminação é praticada até pelo próprio Estado.

Nem sempre a discriminação é fruto de atitudes pessoais, podendo resultar de adoção de políticas criadas com o fito de separar raças protegendo uma delas, fato que já foi consagrado por meio de leis anti-imigração, regulamentação de emprego, práticas laborais, programas de formação profissionais, convenções coletivas, estatutos e regulamentos sindicais.

Como exemplo cite-se o sistema que vigorou até bem pouco tempo na África do Sul, que, dentre outras formas de discriminação, reservava determinados empregos para certas raças.

¹³¹ Direito do Trabalho Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 649.

¹³² *Ibid.*, p. 649.

Tratava-se claramente de flagrante política de discriminação, a qual, infelizmente, não desaparece tão somente na derrogação de leis, sendo necessário erradicar suas causas, o que pressupõe modificação nas atitudes pessoais.

Há que se concluir, dessa forma, que a discriminação reside basicamente em fatores de cunho psicossocial, educacional ou econômico.

4.2 Hipótese

No âmbito das relações de emprego e trabalho, a discriminação pode ocorrer em todas as etapas da contratação, desde a seleção, a admissão, no curso do contrato e em sua ruptura.

Como exemplo, na seleção o empregador poderá praticar ato de discriminação de forma inequívoca por meio de anúncio de emprego, ou de forma mais velada por meio de seu departamento de pessoal ou de seleção, que exclui aqueles que não se encaixam no modelo determinado pela política da empresa.

Mais raramente, há a discriminação por pressão dos próprios empregados, que não aceitam dividir o espaço de trabalho com determinados indivíduos de certas características pessoais.

Agrava o problema dos discriminados o fato de que, muitas vezes, não possuem acesso à educação e formação profissional adequadas o que, por evidência, limita suas oportunidades e poder de negociação para os cargos de maior qualificação.

Muitas vezes, esses trabalhadores obtêm o emprego, mas lhes são vedadas as melhores posições, restando-lhes os cargos de menor remuneração, maior desgaste, recusados pelos demais trabalhadores.

Durante o pacto laboral, são inúmeras as possibilidades de conduta discriminatória, desde a delegação de tarefas inferiores, que não requeiram qualificação e preterimento nas promoções, até as práticas mais simples, porém claramente discriminantes, como o fornecimento de brindes de final de ano e o convite a festas de confraternização apenas a parte dos empregados.

E por fim, no final do contrato poderá ocorrer a discriminação quando o empregador, alegando necessidade de conter gastos, dispensa apenas os empregados do sexo feminino e em idade de procriação, ou com idade avançada, com problemas de alcoolismo, oriundos de determinada região do país ou de determinada orientação sexual.

Não obstante, há limite ao *jus variandi*, o qual não poderá servir de respaldo a dispensas com cunho discriminatório, as quais, quando comprovadas, maculam o ato de ilicitude e ensejam a reparação pelos meios judiciais.

Como exemplo, o art. 186 do Código Civil determina que *“aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”*.

Complementando referido dispositivo legal, o art. 187, também do Código Civil, determina que *“também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”*.

No mesmo diploma encontramos o artigo 932, III, o qual prevê a responsabilidade do empregador por atos de seus prepostos ou empregados. Tal responsabilidade se reveste de natureza objetiva e, assim, caso o ato discriminatório ocorra, por exemplo, por chefe ou encarregado, ao empregador cabe o dever de indenizar, ainda que não tenha conhecimento da prática, ressalvando-lhe o direito a ação regressiva contra o real agressor.

Também o art. 9º da Consolidação das Leis do Trabalho pode ser interpretado como inibidor das práticas discriminatórias ao prever que *“serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”*.

Vale lembrar que todas as normas do Direito do Trabalho que possuam índole protetiva ao trabalhador são de ordem pública e, assim, imperativa, irrenunciável e imposterável, excetuando-se as hipóteses previstas expressamente na lei, cuja interpretação deve ser restritiva.

Portanto, toda e qualquer ofensa aos preceitos do Direito do Trabalho estará eivada de nulidade não produzindo efeitos no contrato de emprego.

Dessa forma, a dispensa do empregado operada por conduta discriminatória é ato jurídico nulo, já que viola os direitos e garantias constitucionais, disposições da CLT, inúmeros tratados internacionais, e diversas leis esparsas. Haverá clara afronta a princípios basilares de Direito, além das normas mencionadas neste trabalho.

Sabe-se que “ato jurídico é o ato de vontade que, por se conformar com os mandamentos da lei e a vocação do ordenamento jurídico, confere ao agente os efeitos por ele almejados”.¹³³

Isso significa que para produzir efeitos desejados e obter proteção do Estado, o ato jurídico deve emanar de agente capaz, contemplar objeto lícito e submeter-se à forma prescrita ou não proibida em lei.

Por outro lado, se “o ato vem inquinado de algum defeito, se desatende ao mandamento legal ou se divorcia da finalidade social que o deve inspirar, deixa de produzir os efeitos almejados pelas partes, pois ou não adquire validade, ou pode ser declarado ineficaz”.¹³⁴

Somente quando há restrita observância aos preceitos legais haverá garantia da eficácia jurídica da vontade individual, pelo Direito, ou seja, se o ato jurídico, não obstante reúna os elementos fundamentais, for praticado violando a lei, de forma contrária à ordem pública, ou aos bons costumes, ou sem observar a forma legal, torna-se eivado de “visceral nulidade, recusando-lhe a ordem jurídica os efeitos, que produziria, se fosse perfeito”.¹³⁵

Não há, dessa forma, conclusão diversa senão a de que a ruptura do contrato de emprego derivada de conduta discriminatória é ato jurídico nulo, não usufruindo de nenhuma proteção estatal.

Nesse sentido a jurisprudência:

¹³³ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Parte Geral. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 283.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 283.

¹³⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 264

DISCRIMINAÇÃO. NULIDADE DA DISPENSA. REINTEGRAÇÃO. Comprovado nos autos que a reclamada tinha ciência da doença do reclamante, resta configurada a discriminação e, por consequência, nula é a dispensa, motivo pelo qual são devidas a reintegração e a indenização por danos morais. Recurso a que se dá provimento. (TRT-2 - RO: 413200404602002 SP 00413-2004-046-02-00-2, Relator: SILVIA ALMEIDA PRADO, Data de Julgamento: 20/04/2010, 8ª TURMA, Data de Publicação: 26/04/2010)

Portanto, como no acórdão citado acima, o poder potestativo do empregador é limitado e, sendo discriminatória a despedida, nasce ao empregado o direito à reintegração e à indenização.

4.2.1 Dispensa discriminatória em razão da idade

Não somente mulheres e negros, mas também os trabalhadores com mais idade sofrem contínuas práticas discriminatórias no mercado de trabalho.

Trabalhadores que, por chegarem à maturidade, não obstante possuírem vigor físico e intelectual, passam a ser marginalizados, por serem considerados “ultrapassados”, “obsoletos”, “inadaptáveis às inovações”, ideias equivocadas na maioria das vezes, já que se põe de lado a experiência no trabalho e na própria vida.

Outro argumento que faz com que tais trabalhadores sejam segregados diz respeito ao acúmulo de benefícios que adquirem, como no caso de empregado com longo contrato de trabalho (adicionais por tempo de serviço, multa do FGTS, maior tempo de aviso prévio, quer por previsão legal ou normativa, etc.).

Por esse prisma, mostra-se mais econômico substituí-los por trabalhadores mais jovens, não obstante menos experientes. Encontram-se nesse grupo discriminado os trabalhadores acima dos 40 anos de idade.

Tal discriminação decorre do conceito de uma sociedade que privilegia o novo, como se velhice fosse desvirtude, não obstante a expressa vedação constitucional, que destaca, entre outros direitos dos trabalhadores, a “[...] proibição de diferença de salários, de exercício e funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade,

cor ou estado civil” (art. 7º, XXX), e quando adota, como objetivo fundamental (art. 3º, IV), a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras discriminações.

Seguindo o preceito constitucional, surge a Lei nº 9.029, de 1995, que em seu artigo 1º veda qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção.

Assim se tem que é expressamente proibida a discriminação por idade na relação de emprego, inclusive dispensar empregado em razão da idade ou deixar de contratá-lo por tal motivo.

Em tais casos, a entidade patronal infratora deverá responder pelo ato danoso.

Para ilustrar, destaca-se o julgamento proferido:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA - IDADE - REINTEGRAÇÃO - SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - Não obstante a reclamada seja integrante da Administração Pública Indireta da União, estando submetida, por força do disposto no art. 173, inciso II, § 1º, da Constituição Federal, no regime próprio das empresas privadas, tem-se como evidente que o direito de rescisão unilateral do contrato de trabalho não é absoluto, encontrando limites na cláusula geral de tutela da pessoa humana. Constata-se, da análise dos autos, que o único motivo que foi levado em consideração para a despedida da autora foi o fato de ser aposentada, fruto, portanto, de prática discriminatória, vedada pela Lei 9.029/95. Nesse contexto, é devida a reintegração da reclamante e seus conseqüentários, na forma decidida pelo juízo de origem. Recurso a que se nega provimento.” (TRT 13ª R. - RO 79700-51.2011.5.13.0002 - Rel. Des. Edvaldo de Andrade - DJe 04.06.2012 - p. 29).

Verifica-se, assim, que a cláusula geral de tutela da pessoa foi o fator limitador para o empregador no caso acima. Portanto, ainda que se admita a dispensa imotivada

como direito potestativo do empregador, esse direito possui limites, como destacado na decisão.

Outro não é o posicionamento do TST, como se extrai desses julgados:

SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA MOTIVADA POR IDADE. REINTEGRAÇÃO. POSSIBILIDADE . 1. O Tribunal Regional, tendo consignado que a reclamada não poderia dispensar seus empregados imotivadamente, determinou a reintegração do reclamante porque as provas coligidas aos autos demonstraram que, entre agosto de 2007 e junho de 2008, ela teria dispensado dezenas de empregados aposentados com o intuito de renovar o quadro de pessoal. 2. Nesse contexto, não há falar em violação do art. 173, § 1º, inc. II, da Constituição da República, porquanto, ainda que seja possível à reclamada dispensar imotivadamente seus empregados, o direito de rescisão unilateral do contrato de trabalho não é absoluto, encontrando limites na cláusula geral de tutela da pessoa humana. 3. Assim, não se trata de negar a existência do direito de rescisão contratual ou de criar jurisprudencialmente uma nova forma de estabilidade, mas de proteger os direitos fundamentais. O empregador, ao dispensar seus empregados movido por razões discriminatórias, exerce seu direito excedendo manifestamente os limites impostos pelo seu fim social, ofendendo os princípios constitucionais da proteção da dignidade humana, da isonomia e da não discriminação (arts. 1º, inc. III, 5º, caput , e 7º, inc. XXX, da Carta Magna). DISPENSA DISCRIMINATÓRIA MOTIVADA POR IDADE. DANOS MORAIS. VIOLAÇÃO AO ART. 37, § 10, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO CONSTATADA. Na hipótese, não se constata violação ao art. 37, § 10, da Constituição da República, na medida em que esse preceito não legitima a conduta adotada pela reclamada, mormente porque, além de não ter sido invocado no momento da dispensa do reclamante, não alcança as situações em que o custeio dos proventos de aposentadoria é feito pelo regime geral da

Previdência Social. Recurso de Revista de que não se conhece. (TST - RR: 1141007520095040014 114100-75.2009.5.04.0014, Relator: João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 14/12/2011, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/12/2011).

RECURSO DE REVISTA - Dispensa discriminatória por idade. Nulidade. Abuso de direito. Reintegração. Se das premissas fáticas emergiu que a empresa se utiliza da prática de dispensar seus funcionários quando estes completam 60 anos, imperioso se impõe ao julgador coibir tais procedimentos irregulares, efetivados sob o manto do " poder potestativo ", para que as dispensas não se efetivem sob a pecha discriminatória da maior idade. Embora o caso vertente não tivesse à época de sua ocorrência previsão legal especial (a L. 9.029 que trata da proibição de práticas discriminatórias foi editada em 13.04.1995 e a dispensa do reclamante ocorreu anteriormente), cabe ao prolator da decisão o dever de valer-se dos princípios gerais do direito, da analogia e dos costumes, para solucionar os conflitos a ele impostos, sendo esse, aliás, o entendimento consagrado pelo art. 8º, da CLT, que admite que a aplicação da norma jurídica em cada caso concreto, não desenvolve apenas o dispositivo imediatamente específico para o caso, ou o vazio de que se ressente, mas sim, todo o universo de normas vigentes, os precedentes, a evolução da sociedade, os princípios, ainda que não haja omissão na norma. Se a realidade do ordenamento jurídico trabalhista contempla o direito potestativo da rescisão unilateral do contrato de trabalho, é verdade que o exercício deste direito guarda parâmetros éticos e sociais como forma de preservar a dignidade do cidadão trabalhador. A despedida levada a efeito pela reclamada, embora cunhada no seu direito potestativo de rescisão contratual, estava prenhe de mácula pelo seu conteúdo discriminatório, sendo nula de pleno direito, em face da expressa disposição do art. 9º da CLT, não gerando qualquer efeito, tendo como consequência jurídica a continuidade da relação de emprego, que se efetiva através da reintegração.

Efetivamente, é a aplicação da regra do § 1º do art. 5º da CF, que impõe a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, pois, como apontando pelo v. acórdão, a prática da dispensa discriminatória por idade confrontou o princípio da igualdade contemplado no caput do art. 5º da CF. Inocorrência de vulneração ao princípio da legalidade e não configurada divergência jurisprudencial." (TST - RR 462.888/1998.0 - 5ª T. - Rel. Juiz Conv. André Luís Moraes de Oliveira - DJU 26.09.2003).

Entretanto, como se depreende das decisões supra, a discriminação é de difícil comprovação, já que ela é sempre velada, dissimulada, sendo que, na esfera laboral essa condição se agrava, já que os atos de ruptura contratual por iniciativa do empregador têm como fundamento seu direito potestativo, ou *jus variandi*, não se exigindo a motivação para o ato de dispensa.

Cabem aqui, no entanto, algumas ponderações, já que essa regra não é absoluta. A título de exemplo, a dispensa impessoal, isto é, de todos ou de parte significativa de empregados em condições idênticas, como regra geral, não é discriminatória porque não há diferença de tratamento, desde que, por óbvio, não se tenha operado tal dispensa por terem todos os membros do grupo atingido determinada faixa etária, sem qualquer outro fator determinante (impossibilidade de continuidade das atividades laborais que demandem força, por exemplo).

Discorrendo sobre o tema, Alice Monteiro de Barros destaca que “*a discriminação estabelece uma comparação com o tratamento atribuído a outra pessoa, para se verificar se existiu a distinção, exclusão ou preferência a que alude a Convenção nº 111 da OIT*”.¹³⁶

Segundo tal linha de pensamento, quando há dispensa do empregado ao completar a idade-limite estabelecida com razoabilidade, e sem privilegiar alguns apenas, não há distinção, exclusão, nem há ofensa à igualdade de oportunidades ou de tratamento em matérias de emprego ou profissão.

¹³⁶ Discriminação no emprego por motivo de sexo. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (coord.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2010. p. 16.

Vale citar que a própria legislação brasileira, aliás, admite procedimentos semelhantes, como o artigo 40, II, da Constituição Federal, que estipula a aposentadoria compulsória dos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, aos setenta e cinco anos de idade.

Segundo a Professora Maria Silvia Zanella Di Pietro, justifica-se a norma uma vez que a idade de 70 anos cria uma presunção *juris et de jure* de incapacidade para o serviço público.¹³⁷

No mesmo sentido, a empresa privada também pode se valer dessa presunção legal, já que, de acordo com o artigo 51 da Lei nº 8.213/91, o empregador poderá rescindir o contrato para aposentadoria compulsória do empregado, desde que o empregado tenha cumprido o período de carência de 70 (setenta) anos de idade.

Dessa forma, a fixação de idade máxima para aposentadoria compulsória do idoso não viola seu direito ao trabalho. Na verdade, a intenção foi de preservar o seu descanso após longo período de trabalho.

Em relação ao ônus da prova, no Direito do Trabalho, há a previsão do art. 818 da CLT, segundo o qual o ônus da prova da discriminação contestada compete a quem a invoca, no caso, o trabalhador.

Mesmo com a nova redação de referido artigo, mantém-se, em princípio, com o trabalhador, o ônus da prova, haja vista a previsão do inciso I do art. 818 da CLT, pela qual o ônus incumbe “*ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito*”.

Entretanto, em face à dificuldade em se comprovar o tratamento discriminatório, questão que torna inviável a efetividade da tutela constitucional, há que se entender suficiente que o trabalhador apresente em juízo circunstâncias fáticas que levem à presunção de tratamento desigual, invertendo-se o ônus, passando a ser de competência do empregador a prova da razoabilidade de sua conduta, quando essa não for transparente, mostrando que não violou o princípio da igualdade.

¹³⁷ Direito Administrativo. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 651.

4.2.2 Dispensa discriminatória em razão de doença grave

O medo, a ignorância, o preconceito fazem surgir outra forma de discriminação, que é a que ocorre em razão de o empregado ser portador de doença grave.

De todas as doenças, a que mais causa situações de discriminação é a do portador do vírus HIV, já que se trata de doença surgida em meados da década de 1980, e ainda sem que se tenha descoberto uma cura ou vacina, sendo seus tratamentos apenas paliativos, resultando num maior ou menor prazo, no óbito do paciente.

Agrava a situação o fato de ser uma doença contagiosa, e mesmo que não seja por contato social, acaba isolando seu portador, pelo medo das pessoas de, apenas pelo contato, contraírem a doença tão letal.

A discriminação no emprego relacionada com o vírus HIV ocorre predominantemente nas três situações: “na admissão, no curso da relação de emprego e na dispensa, quando configurada ofensa à dignidade do trabalhador e ao princípio da igualdade”.¹³⁸

Assim, a discriminação pode ocorrer mesmo antes da contratação. Um candidato a emprego infectado pelo vírus HIV que revelou o seu estado pode vir a ser recusado pelo empregador. Da mesma forma, que um empregado pode ser submetido a um teste de HIV como condição para ascender a um emprego.

Um trabalhador pode, também, ser despedido unicamente por ser portador do vírus HIV, ou como resultado da percepção de que não pode executar as tarefas do posto de trabalho, independentemente da sua capacidade real.

Outro fator de agravamento para o portador do vírus HIV é que as formas de transmissão estão diretamente relacionadas com assuntos delicados, envolvidos em tabus religiosos e sociais, como o sexo e o uso de drogas injetáveis (além da

¹³⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Direito contemporâneo do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 405.

contaminação sanguínea por transfusão ou por compartilhamento de seringas, entre outros).

A situação se agravou pelo fato de que a doença iniciou-se entre homossexuais, e, não obstante toda a informação disseminada de que a transmissão só ocorre por meio de relação sexual ou transfusão de sangue, a gravidade da doença gerou um pânico entre quem precisava conviver socialmente com pessoas com esse mal.

Somam-se, assim, ao preconceito arraigado contra homossexuais, a ignorância e o medo. Não são poucos os que atribuem a AIDS a um castigo divino a homossexuais, prostitutas, promíscuos e viciados.

Tal discriminação ultrapassa o âmbito laboral, chegando a escolas, moradias (inúmeros abrigos para portadores do vírus sofreram protesto de moradores, que não os queriam em sua vizinhança), e até mesmo os trabalhadores no setor médico chegaram a recusar atendimento a esses doentes, não obstante possuírem grau de conhecimento sobre as formas de contágio acima das demais pessoas.

Não raras empresas despedem os empregados portadores desse vírus, e há recusa na emissão de apólices de seguro para pessoas que simplesmente residam em local frequentado por homossexuais.

Mesmo atualmente, quando o conhecimento sobre as formas de contágio está estão mais disseminado, e os tratamentos vêm prolongando a sobrevivência dos portadores, esses abusos ainda persistem, sendo poucos os países cujas leis vedam expressamente a discriminação fundada na existência do HIV ou da AIDS.

Países como Alemanha no estado da Bavária, Rússia, entre outros, em notórios exemplos de discriminação, têm exigido o exame anti-HIV de estudantes estrangeiros que lá queiram estudar.

Nesse aspecto, é importante a distinção entre o portador do vírus HIV e o doente de AIDS, já que o primeiro porta o vírus, mas, se submetido a exames de controle da carga viral e de células de defesa (CD4), acaba por não desenvolver a doença, já que possui uma carga viral baixa, muitas vezes até indetectável pelos exames rotineiros, pois possui um número de células de defesa do tipo 4 normais

segundo os padrões. Por outro lado, o paciente com a doença AIDS em desenvolvimento, possui uma carga viral alta, um número reduzido de células de defesa, e passa a desenvolver toda sorte de doenças oportunistas devido à sua baixa imunologia.

Todavia, o que se entende por AIDS é na realidade, o estágio mais grave e avançado da doença, pelo qual o sistema imunológico é atacado. A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS é a sigla em inglês de “Acquired Immunodeficiency Syndrome”) é causada pelo vírus HIV.

Tal vírus ataca as células de defesa do corpo humano, tornando o organismo mais vulnerável e suscetível a diversas doenças, possibilitando que um simples resfriado se transforme em algo mais grave, como tuberculose ou câncer. Até mesmo as doenças mais simples passam a ter seus tratamentos dificultados.

No início da epidemia, receber o diagnóstico de AIDS equivalia a uma sentença de morte. Porém, com o avanço da ciência e da medicina, ainda que não se tenha a cura ou a vacina contra o mal, já é possível ser soropositivo e viver com qualidade de vida, desde que mantenha o tratamento médico, tomando a medicação indicada e seguindo corretamente as recomendações médicas.¹³⁹

Como já citado, a AIDS é transmitida precipuamente pelo contato sexual entre parceiros infectados e sem qualquer proteção (a forma mais comum); pela via sanguínea, mediante transfusão de sangue ou hemoderivados, ou contato com objetos corto-perfurantes sem qualquer esterilização (agulhas, alicates); e pela via materno-filial, por meio da gravidez, parto e amamentação.

Portanto, a grande maioria das profissões e tarefas não traz nenhum risco de contaminação ou transmissão do vírus HIV, seja de um empregado para outro, seja de um empregado para um cliente ou de um cliente para um empregado. E, ainda, mesmo no meio médico ou qualquer outro que tenha ou possa ter contato com sangue (manicures, tatuadores), os cuidados evitam o contágio, não só do HIV como de outros vírus (sendo o da hepatite o mais comum).

¹³⁹ AIDS: Perguntas/Respostas. <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/links-de-interesse/286-aids/9049-o-que-e-aids>> Acessado em 02-2-2017

Tem-se, assim, que pela delimitação real do contágio pelo vírus HIV, não subsiste razão para a discriminação, quer pela não contratação, quer pela não manutenção do soropositivo ou mesmo do doente de AIDS.

Pelo contrário, a continuidade na relação só traz benefício ao trabalhador, pois além de lhe proporcionar acesso aos sistemas de saúde (mesmo quando o empregador não possua plano de saúde), também possibilita a garantia da subsistência do trabalhador e lhe mantém o sentimento de utilidade.

Funda-se a vedação de qualquer prática discriminatória no emprego no inciso XXX do art. 7 da Constituição Federal, nas Convenções nºs 111 e 117 da OIT, e na Lei nº 9.029/95.

Não obstante, tais normas não levarem em conta o estado de saúde, é plenamente possível uma interpretação extensiva ou aplicação analógica, aplicar essa normatividade “quanto o fator de discriminação é o estado de saúde do empregado”.¹⁴⁰

Haja vista que o trabalhador que enfrenta o problema HIV/AIDS, e até sua família, sofre com a discriminação, na sociedade de forma geral, e no ambiente de trabalho de forma específica, o ordenamento pátrio vem enfrentando a situação, com a possibilidade de anulação da ruptura contratual, propiciando a reintegração, em havendo presunção de dispensa discriminatória, conforme remansosa jurisprudência sobre o tema, além da súmula 443 do TST sobre o tema.

São inúmeras as decisões sobre a situação do empregado portador do vírus HIV, destacando-se que, já no presente século, podem ser reproduzidas algumas bem esclarecedoras, como a proferida no Tribunal Superior do Trabalho, transcrita a seguir.

RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. PRESUNÇÃO DE DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. Presume-se discriminatória a ruptura arbitrária, quando não

¹⁴⁰ ROMITA, Arion Sayão. Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 365.

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

Verifica-se na decisão acima que o julgador não deixou de consignar o fator estigmatizante da doença e o agravamento da conduta do empregador, ao submeter o empregado a teste de produtividade (teste no qual o empregado fatalmente sucumbiria, ante sua debilidade física).

Faz-se indispensável se ter como conclusão lógica que é uma tragédia, pelo princípio da dignidade humana, considerar que a AIDS possa ser vista como um castigo divino.

Nessa esteira, os Tribunais do Trabalho, ao inibirem o preconceito e a discriminação, anulando as dispensas arbitrárias e sem justa causa, doutrinam a população segundo o entendimento de que a AIDS não é um mito, mas uma doença como qualquer outra e que muito embora a medicina não tenha encontrado a cura até então, não se pode transformar os portadores em marginais e nem condená-los de antemão à morte.

Observa-se que o indivíduo portador do HIV é capaz de exercer suas atribuições como qualquer empregado, e mesmo desenvolver iniciativas.

Dessa forma, torna-se inadmissível alijar tais trabalhadores de suas funções e dos meios de subsistência, pois mantê-los trabalhando pode favorecer no tratamento, podendo significar-lhes a vida.

Tanto para o soropositivo como para o doente de AIDS, manter seu emprego representa não só o incentivo para continuar lutando contra o vírus, *“como também representa o único meio de sobrevivência e custeio para adquirir medicamentos necessários para o tratamento e manutenção diária de sua carga viral”*.¹⁴¹

Toda a problemática envolvendo esse grupo de trabalhadores foi objeto de análise da jurista e desembargadora Vólia Bomfim Cassar indicando que o cerne da questão é a discriminação e não uma suposta estabilidade, *“assim, quando o empregador demite um portador do vírus HIV, segundo o TST, ele deve provar (ônus do patrão) que o procedimento não foi discriminatório”*.¹⁴²

¹⁴¹ TELLES, Fábio Luiz de Queiroz. O portador do vírus da síndrome da imunodeficiência adquirida (HIV) como trabalhador e sua relação com a empresa: uma análise sob a perspectiva da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e dos direitos da personalidade. 25.10.2012. Dissertação (mestrado em Direito Empresarial e Cidadania), Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2012. P. 93 In: GUNTHER, Luiz Eduardo. *O HIV E A AIDS: Preconceito, discriminação e estigma no trabalho – Aplicação da súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho*. Revista Eletrônica do TRTPR v. 4 n. 42. Julho 2015. p. 61.

¹⁴² Direito do trabalho. 3ª ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 357.

No entendimento dessa autora, é cabível “a norma coletiva ou interna do empregador criar este direito aos empregados portadores de AIDS ou outras doenças”.¹⁴³

Sobre o mesmo tema, Sergio Pinto Martins defende que o paciente com doença associada ao HIV, denominado “doente de AIDS”, seria detentor do direito a auxílio-doença ou aposentadoria, desde que a doença apresente-se após à filiação à Previdência Social. Em sentido contrário, enquanto não houver manifestação da doença, não haveria tal direito.¹⁴⁴

O referido autor fundamenta seu pensamento por haver prejuízo ao soropositivo pelo fato de a empresa impedi-lo de fazer jus ao benefício previdenciário.

Porém, não haveria abuso a simples dispensa, mesmo do empregado doente de AIDS, pois o empregador estaria exercendo o *jus variand*, pelo qual lhe é permitida a dispensa com o pagamento das verbas discriminatórias.

Segundo esse autor, a Convenção nº 111 da OIT, ratificada pelo Brasil, veda apenas os atos de discriminação no que diz respeito ao acesso à formação profissional, à admissão no emprego e às condições de trabalho por motivo de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social (art. 1º). Ou seja, não há nada especificando sobre reintegração de empregado em decorrência de doença, especialmente de AIDS.¹⁴⁵

Ocorre que, como já mencionado, a própria Constituição Federal de 1988 estabeleceu, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a erradicação de qualquer forma de discriminação e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, III e IV). E, ainda, em seu art. 5º, XLI, prevê que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

¹⁴³ *Ibid.*, p 357.

¹⁴⁴ Direito do trabalho. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 455.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 456.

Tratando-se de norma de eficácia limitada, a Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995, veda a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeitos de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade (art. 1º), também estabelecendo que o rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório traz ao empregado a opção entre o retorno ao posto de trabalho, com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, ou percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento (art. 4º).

Ainda assim há doutrinadores que defendem a não aplicação dessa lei para o caso de dispensa discriminatória de empregado portador do vírus HIV, como é o caso de Sergio Pinto Martins¹⁴⁶, quando sustenta que a Lei nº 9.029/1995 limita-se tão somente a exames relativos à esterilização, a controle de gravidez ou a controle de natalidade, preceitos que dizem respeito à mulher e não a determinada doença; ou em relação a sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, em função do que, essa lei é dirigida à proteção das mulheres e não a doentes.

No mesmo sentido, Alice Monteiro de Barros também negava a aplicabilidade da Lei nº 9.029/1995 para os casos de dispensa discriminatória de empregado soropositivo, porém defendia outro fundamento, *in verbis*:

“Se a Lei Ordinária n. 9.029, de abril de 1995, que proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, tivesse incluído o estado de saúde, ao lado dos motivos de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, que relacionou, não haveria dificuldade na interpretação e conseqüente deferimento da reintegração do portador do HIV no emprego, pois essa lei a prevê, embora com imprecisão técnica faça menção à readmissão, mas com direito a salários. Não se pode aplicar a Lei n. 9.029 aos

¹⁴⁶ Os efeitos do contrato de trabalho do empregado portador do vírus HIV. *In*: Revista IOB trabalhista e previdenciária, São Paulo, v. 19, n. 220, p. 29-37, out. 2007

*portadores do HIV, uma vez que ela contém preceito de natureza penal, insuscetível de interpretação analógica ou extensiva”.*¹⁴⁷

Em que pesem tais entendimentos, *data máxima vênia*, não parecem os mais acertados, haja vista que a Lei nº 9.029/1995 proíbe qualquer prática discriminatória quanto à admissão, manutenção ou rompimento do vínculo laboral, por sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade.

Tem-se que os motivos ora arrolados no art. 1º da Lei supramencionada são meramente exemplificativos, pelo que pode ser aplicado analogicamente, como permite o art. 8º da CLT, em outros casos que acarretem formas discriminatórias que violem o princípio da dignidade e intimidade da pessoa humana, previstos nos art. 1º, III, e 5º, XLI, da Constituição Federal.

É certo, efetivamente, que a tipificação penal não permite a interpretação analógica ou extensiva, no entanto, as práticas discriminatórias tipificadas como crime, na Lei nº 9.029/1995, limitam-se às hipóteses expressamente previstas no art. 2º da referida lei, ou seja, à exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez (inciso I) e à adoção ou instigamento à esterilização genética (inciso II).

Portanto, não há qualquer impedimento de aplicação das normas não penais previstas na Lei nº 9.029/1995 para os casos de dispensas discriminatórias de empregados portadores do vírus HIV.

Sob outro aspecto, não há qualquer dúvida que dispensas discriminatórias, sejam em razão de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, sejam em razão de doença, afrontam os direitos fundamentais da pessoa humana, em clara violação à Constituição Federal de 1988 (arts. 1º, III, 3º, I e IV; 5º, *caput*).

Assim, como efeito da dispensa discriminatória, se o empregado portador do vírus HIV for dispensado por ato discriminatório fará jus a ser reintegrado no emprego ou optar pela indenização substitutiva prevista na própria lei.

¹⁴⁷ Aids no local de trabalho: um enfoque de direito internacional e comparado. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Belo Horizonte, 32 (62): 67-86, jul./dez.2000.

4.2.3 Dispensa discriminatória em razão de outras doenças

Outras doenças, atualmente não tão graves quanto a AIDS, ainda são objeto de dispensa discriminatória, como os portadores de hanseníase (lepra), que sofrem preconceito e discriminação. Há, ainda, doenças que, embora não sejam contagiosas nem submetam a pessoa a preconceito por medo, motivam a dispensa em razão dos longos afastamentos que ocorrerão em razão do tratamento a que se submeterá o empregado doente, como é o caso do doente de câncer, por exemplo.

Há ainda outras doenças que, embora assim consideradas pela própria OMS, submetem os portadores a preconceitos e discriminação, como os doentes de alcoolismo ou os toxicômanos em geral (mesmo que a falta de conhecimento aliada ao preconceito ainda dê fôlego ao pensamento contrário, são doenças físicas e, pior, associadas a transtornos mentais, por isso, de gravidade incontestável).

A CLT, em seu artigo 482, “f”, tipifica a embriaguez habitual como uma falta grave, autorizando a dispensa por justa causa.

O dispositivo consolidado mantém o mesmo pensamento da época de sua concepção, quando ainda não se sabia da existência da doença “alcoolismo”, razão pela qual não distingue o trabalhador acometido de tal doença daquele que não o é. Com base em tal dispositivo consolidado, muitos empregados que sofrem do mal do alcoolismo são dispensados por justa causa.

Entretanto, tal entendimento não se coaduna com a visão atual sobre o alcoolista. Em verdade, demonstra uma prática discriminatória do empregador, ainda hoje muitas vezes causada por desconhecimento, mesmo entre os mais estudados, de que o trabalhador é portador de uma enfermidade.

Há reconhecimento formal do alcoolismo como doença pela Organização Mundial da Saúde (OMS), tratando-se de uma enfermidade progressiva, incurável e fatal, que consta do Código Internacional de Doenças, classificada no código “F 10.2”.

Não há a menor dúvida que o alcoolismo crônico pressupõe dependência por parte do empregado, questão preocupante, não havendo como atribuir culpa ao

trabalhador já fragilizado pelo vício, ante o descumprimento de suas obrigações contratuais.

Dessa forma, antes de ser dispensado, o empregado deve ser encaminhado para tratamento médico, já que desenvolve uma patologia física com fundo psiquiátrico, pelo que, o tipo previsto no art. 482, “f”, da CLT deve ser aplicado com restrições ou mesmo não aplicado em grande parte dos casos.

Prevalece o entendimento de que a embriaguez habitual do empregado se trata de uma doença degenerativa, fatal, mas que pode ser controlada, fatos que levam à suspensão do contrato de trabalho do empregado alcoólatra, para que possa ser submetido a tratamento médico ou mesmo a sua aposentadoria por invalidez, situações que afastam a aplicação do art. 482, “f”, da CLT, impedindo a despedida justificada, fazendo prevalecer os princípios humanitários e sociais.

Nesse sentido, registre-se o entendimento Alice Monteiro de Barros que: “[...] há uma vertente jurisprudencial que sustenta ser a embriaguez habitual do empregado doença degenerativa e fatal, logo, o empregado alcoólatra deverá ter seu contrato suspenso e ser encaminhado à Previdência Social para controle do vício, ou então aposentado por invalidez, dependendo do quadro clínico, pois ele é acometido de doença catalogada no CID. Ele é considerado muito mais como um desafortunado do que como um mau profissional e, por isso mesmo, deverá ser encaminhado ao serviço de saúde.¹⁴⁸

Seguindo essa corrente é lição de Amauri Mascaro Nascimento, para que “[...] a embriaguez habitual deve ser afastada da lei como *justa causa*”.¹⁴⁹

Dessa forma tem entendido a jurisprudência, como demonstram os exemplos a seguir:

RECURSO DE REVISTA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. SÍNDROME DE DEPENDÊNCIA ALCOÓLICA. REINTEGRAÇÃO. Na diretriz da Súmula n.º 443 do TST, - Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra

¹⁴⁸ Curso de direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 848.

¹⁴⁹ Curso de direito do trabalho. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1220.

doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego-. Desse modo, sendo o alcoolismo crônico catalogado no Código Internacional de Doenças - CID da Organização Mundial de Saúde (OMS) como doença grave, e, ficando evidenciada nos autos a dispensa discriminatória, o Autor faz jus à reintegração postulada. Recurso de Revista conhecido e provido. (RR - 156-23.2011.5.02.0001, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 21/05/2014, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/08/2014).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FALTA GRAVE. ALCOOLISMO. JUSTA CAUSA. 1. O alcoolismo crônico, nos dias atuais, é formalmente reconhecido como doença pela Organização Mundial de Saúde - OMS, que o classifica sob o título de síndrome de dependência do álcool, cuja patologia gera compulsão, impele o alcoolista a consumir descontroladamente a substância psicoativa e retira-lhe a capacidade de discernimento sobre seus atos. 2. Assim é que se faz necessário, antes de qualquer ato de punição por parte do empregador, que o empregado seja encaminhado ao INSS para tratamento, sendo imperativa, naqueles casos em que o órgão previdenciário detectar a irreversibilidade da situação, a adoção das providências necessárias à sua aposentadoria. 3. No caso dos autos, resta incontroversa a condição da dependência da bebida alcoólica pelo reclamante. Nesse contexto, considerado o alcoolismo, pela Organização Mundial de Saúde, uma doença, e adotando a Constituição da República como princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, além de objetivar o bem de todos, primando pela proteção à saúde (artigos 1º, III e IV, 170, 3º, IV, 6º), não há imputar ao empregado a justa causa como motivo ensejador da ruptura do liame empregatício. 4. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (AIRR - 1082-75.2010.5.15.0001, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 12/03/2014, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/03/2014).

RECURSO DE REVISTA. ALCOOLISMO. DOENÇA CRÔNICA. DISPENSA POR JUSTA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO À REINTEGRAÇÃO. De acordo com o Tribunal Regional, o reclamante é dependente químico, apresentando quadro que associa alcoolismo crônico com o uso de maconha e crack. A jurisprudência desta Corte tem se orientado no sentido de que o alcoolismo crônico, catalogado no Código Internacional de Doenças (CID) da Organização Mundial de Saúde OMS, sob o título de síndrome de dependência do álcool, é doença que compromete as funções cognitivas do indivíduo, e não desvio de conduta justificador da rescisão do contrato de trabalho. Assim, tem-se como injustificada a dispensa do reclamante, porquanto acometido de doença grave. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 529000-74.2007.5.12.0004, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 05/06/2013, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/06/2013).

Como se depreende pelas decisões acima, os Tribunais do Trabalho reconhecem o alcoolismo como doença, não subsistindo o dispositivo consolidado de que seria fator ensejador de falta grave (art. 482, “f” da CLT).

Portanto, prevalecendo no atual estágio o pensamento de que o alcoolismo é uma doença, assim também classificado pela Organização Mundial da Saúde, os trabalhadores que sofrem desse mal devem ser considerados como vítimas e, assim, tratadas, merecendo respeito, devendo ser tratado pela sociedade, em especial pelo empregador, sem preconceito e com compreensão.

Se o trabalhador, vítima do alcoolismo, está doente, precisa de tratamento, não merecendo punição. E, ainda, é necessária uma reforma legislativa, modificando o teor da alínea “f” do art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho, para que a embriaguez habitual, detectada como doença, seja afastada da lei como justa causa.

4.3 Regramento Internacional (Convenção OIT, etc.)

No âmbito internacional, o princípio da não discriminação vem previsto em inúmeras normas, declarações, tratados, convenções, etc., e, já em 1948, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, referido princípio vinha assegurado, como se depreende de seu art. 1º e 2º:

“Art. 1º - Todas pessoas nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. São dotados de razão e de consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”

Em seguida, o art. 2º da Declaração Universal dos Direitos Humanos prescreve que:

“Art. 2º - Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição”.

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

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

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

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

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

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

A Convenção nº. 158 da OIT possui a característica de generalidade, assim como as demais convenções do mesmo ente, fazendo remissão em seus dispositivos à regulamentação por meio da lei de cada país membro, não obstante parte significativa seja autoaplicável, efeito já reconhecido pelo Estado no Decreto 1.855/96.

Resumidamente, a Convenção nº. 158 veta a despedida de um trabalhador, “a menos que exista para isso causa justificada, relacionada com sua capacidade ou seu comportamento, ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço” (art. 4º). Ainda assim, não permite a ruptura contratual sem que tenha sido ofertada ao trabalhador oportunidade de se defender das acusações formuladas contra ele, em claro efeito horizontal dos direitos fundamentais.

Já nas situações de dispensas justificadas por motivos “econômicos, tecnológicos, estruturais e análogos”, devem ser observados diversos requisitos, desde a imprescindibilidade de comprovação, pelo empregador, da “justificabilidade” da dispensa, até a comunicação em tempo hábil, disponibilização de informações

pertinentes, possibilidade de negociação com os representantes dos trabalhadores e notificação prévia à autoridade competente.

A par disso, toda vez que vivenciar a situação de uma dispensa injustificada, o trabalhador deve poder impugná-la judicialmente ou recorrer à arbitragem contra tal conduta. Em tais situações, o ônus da prova deve recair ou recair sobre o empregador, ou a decisão deve ser tomada pelo tribunal do trabalho ou árbitro, levando em consideração as provas produzidas pelas partes, sendo a escolha de uma dessas possibilidades feitas a partir da regulamentação da Convenção.

Há, nesse aspecto, três hipóteses diferenciadas no que tange à possibilidade de término da relação de emprego: a) o término por motivo relacionado ao comportamento do empregado (o que, no caso do nosso ordenamento, equivale à “justa causa”); b) a ruptura por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos a serem previstos na regulamentação da Convenção; c) o término sem justificativa, sem atender aos quesitos anteriores e que, portanto, levariam à readmissão do empregado ou ao pagamento de indenização adequada ou reparação que se considerar apropriada.

Nos termos da Constituição Federal, a ratificação de uma convenção internacional pelo país impescinde da aprovação de seus dispositivos por seu Congresso Nacional. Em relação à Convenção 158 da OIT, tal aprovação já ocorreu em 1992, conforme o Decreto Legislativo n. 68, de 17 de setembro daquele ano.

Uma vez aprovada pelo Congresso Nacional, coube ao governo solicitar o registro da ratificação da Convenção junto ao diretor geral da OIT, o que só veio a ocorrer na gestão do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, em 5 de janeiro de 1995, data em que passou a contar o prazo de 12 meses para que a Convenção entrasse em vigor no país.

Na época, no entanto, parte significativa do empresariado nacional e de sua assessoria jurídica impugnou a entrada em vigor da Convenção 158, sob o argumento de que sua aplicação dependeria da regulamentação do inciso I do art. 7º da Constituição Federal.

Uma vez instaurada tal discórdia, o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso expediu o Decreto nº 1.855, de 10 de abril de 1996, determinando que “A Convenção nº. 158 da OIT deverá ser executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém”.

Entretanto, por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), a Confederação Nacional dos Transportes (CNT) em conjunto com a Confederação Nacional de Indústria (CNI), entidade patronal, contestaram tanto a vigência como a autoaplicabilidade da Convenção nº 158.

Apenas 34 países de um total de 180, ratificaram a Convenção nº 158 da OIT, o Brasil foi o único a denunciá-la, levando a OIT a entender que este agiu de acordo com a normativa internacional e aceitando sua denúncia.

Questiona-se tal denúncia com fundamento no fato de que o então Presidente da República a fez sem qualquer consulta ao Congresso Nacional, procedimento tido por incorreto, uma vez que sendo a ratificação um ato jurídico complexo, o ato que a derroga ou revoga deve se revestir dos mesmos requisitos formais.

No que tange aos tratados normativos, o Presidente da República sempre deverá submeter a denúncia à apreciação do Congresso Nacional e, ainda assim, a denúncia só pode ser autorizada no caso de violar algum outro direito individual, conforme previsto no art. 60, § 4º, da CF, uma vez que a Convenção nº 158 da OIT é Tratado Internacional de Direitos Humanos, tendo ingressado no ordenamento jurídico pátrio no patamar constitucional.

Houve acolhimento pelo STF (voto 7x4) do pedido de liminar nos autos da ADI-CNI citada acima, fato que resultou na denúncia brasileira ao tratado, a partir de novembro de 1997, por meio do Decreto nº 2.100/96, sem qualquer participação do Congresso Nacional como já mencionado.

Com a denúncia à Convenção, a ADI-CNI perdeu o objeto, tendo sido arquivada pelo Ministro Celso de Mello sem resolução final de seu mérito, em 27.06.2001.

Por outro lado, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura – CONTAG ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade, pretendendo justamente a declaração da inconstitucionalidade do Decreto nº 2.100/96.

No Supremo Tribunal Federal, o julgamento da ADI-CONTAG (1625) teve continuidade no dia 14 de setembro de 2016, com voto-vista do Ministro Teori Zavaski (pela improcedência do pedido), tendo sido novamente suspenso o julgamento por pedido de vista do Ministro Dias Toffoli.

Fato é que hoje, enquanto não for finalizado o julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 1.625, a Convenção n. 158 não é aplicada, a despeito de que sua aplicação seria mais um instrumento de defesa para evitar a discriminação.

Já a Convenção nº 111, aprovada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1958, ratificada pelo Brasil em 25 de novembro de 1965, e promulgada pelo Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968, tem inúmeras disposições em matéria de emprego e profissão, tendo como escopo promover a igualdade de oportunidades e de tratamento, com o fim de eliminar qualquer discriminação, seja qual for a raça, credo, religião, cor, opinião política, ascendência nacional, origem social ou qualquer outro motivo especificado por um Estado, garantindo acesso à formação profissional, admissão no emprego e nas diversas ocupações e condições de trabalho, e assim conceitua discriminação:

Para os fins da presente Convenção, o termo “discriminação” compreende; a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão; b) Toda e qualquer distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificado pelo Estado-membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de patrões e trabalhadores, quando existam, e outros organismos adequados. (2) As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para determinado emprego não são consideradas como discriminação. (3) Para fins da presente Convenção, as palavras emprego e profissão incluem não só o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, como também as condições de emprego.

Yara Maria Pereira Gurgel define que a Convenção nº 111 demonstra preocupação com todo ser humano e abrange todas as formas de discriminação, não ficando limitada somente ao aspecto remuneratório. Referida Convenção teria por objeto, ainda, o combate a todo tipo de discriminação, independentemente do contexto sociocultural de cada país.¹⁵⁰

A referida autora destaca que a Convenção nº 111 da OIT se constitui em instrumento de proteção do trabalhador não só em todos os ambientes de trabalho, mas também em todas as fases da relação laboral – pré-contratual, durante o lapso contratual, e mesmo após o término da contratação.

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

¹⁵⁰ Direitos humanos, princípios da igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007, p. 168 ss.

5. Ônus da prova e dispensa discriminatória

5.1 Inversão do ônus da prova como instrumento de justiça

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

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

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

Como bem observa Cleber Lúcio de Almeida:

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

*processual, à justa solução dos conflitos submetidos ao Poder Judiciário, à efetividade da jurisdição e do processo e ao procedimento. Acrescente-se que estabelecer, como modelo, o processo democrático é reconhecer o direito à prova, posto que no processo verdadeiramente democrático as partes têm o direito de participar da formação do provimento jurisdicional, e uma das formas de fazê-lo é fornecer ao juiz os elementos necessários à formação de sua convicção sobre a ocorrência de tais fatos controversos”.*¹⁵¹

A expressão “acesso à justiça” é definitivamente de difícil conceituação, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.¹⁵²

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

Como adverte Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

“O enfoque sobre o acesso – o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos – também caracteriza crescentemente estudo do moderno processo civil. A discussão teórica, por exemplo, das várias regras do processo civil e de como elas podem ser manipuladas em várias situações hipotéticas, pode ser instrutiva, mas, sob essas descrições neutras, costuma ocultar-se o modelo frequentemente irreal de duas (ou mais) partes em igualdade de condições perante a corte, limitadas apenas pelos argumentos jurídicos que os experientes advogados possam alinhar. O processo, no entanto, não deveria ser

¹⁵¹ ALMEIDA, Cleber Lúcio de. Elementos da Teoria Geral da Prova: a prova como direito humano e fundamental das partes do processo judicial. São Paulo: LTr. 2013. P. 173-174. In: *apud* SCHIAVI, Mauro. *Prova no Processo do Trabalho*. 4ª ed. São Paulo: LTr. 2014. p. 35.

¹⁵² CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 8.

*colocado no vácuo. Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formam um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e, ademais, aprender através de outras culturas. O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também necessariamente, o ponto central da moderna processualista. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica”.*¹⁵³

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

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

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

Destacando o direito fundamental à prova no Processo Civil, vale transcrever o art. 369 do CPC, *in verbis*: “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para

¹⁵³ *Ibid*, p. 12-13.

provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.

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

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

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

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

Nesse sentido, impõe-se a inversão quando há alegação de justo motivo e a prova produzida pelo empregador não é suficiente para caracterizá-lo, como fundamentado nas decisões abaixo, as quais serviram como precedentes da Súmula 443 do TST, que trata justamente da despedida discriminatória *in verbis*:

TST-RR-317800-64.2008.5.12.0054: De fato, presume-se discriminatória a ruptura arbitrária, quando não comprovado um motivo justificável, em face de circunstancial debilidade física causada pela grave doença em comento (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - AIDS) e da realidade que, ainda nos tempos atuais, se observa no seio da sociedade, no que toca à discriminação e preconceito do portador do vírus HIV. (Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado – 6ª Turma – DEJT 12-08-2011).

TST-RR-76.089/2003-900-02-00.9: A jurisprudência desta Corte Superior evoluiu na direção de se presumir discriminatória a dispensa sempre que o empregador tem ciência de que o empregado é portador do HIV, e não demonstrou que o ato foi orientado por outra causa. (Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa – 1ª Turma – DEJT 17-06-2005).

TST-RR-119500-97.2002.5.09.0007: A dispensa imotivada de empregado portador de doença grave autoriza presumir, em tese, seu caráter discriminatório e arbitrário, incumbindo ao empregador produzir prova da existência de outros motivos lícitos para a prática do ato, o que não ocorreu no caso em exame. (Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa – 1ª Turma – DEJT 23-03-2012).

TST-RR-18900-65.2003.5.15.0072: Muito embora não exista, no âmbito infraconstitucional, lei específica asseguradora da permanência no emprego de empregado portador de cardiopatia grave, a reintegração em face de dispensa arbitrária e discriminatória, devido à ausência de motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, não afronta o art. 5º, II, da Constituição Federal. (Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho – 1ª Turma – DEJT 06-08-2010).

Nos julgados acima se percebe a preocupação dos juízes do trabalho com as dispensas discriminatórias do trabalhador acometido de qualquer tipo de doença grave.

Porém, não apenas as doenças graves mereceram atenção da jurisprudência como, também, a discriminação àquele trabalhador que já buscou anteriormente a Justiça para reconhecimento de direitos. Nesse sentido:

RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PROCESSO SELETIVO. ATO DISCRIMINATÓRIO. PRESUNÇÃO. AJUIZAMENTO DE RECLAMAÇÃO TRABALHISTA EM FACE DO FUTURO EMPREGADOR. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. A Constituição Federal considera a dignidade da pessoa humana

como fundamento da República (artigo 1º, inciso III), de tal modo que o ordenamento jurídico deve sempre estar voltado para a pessoa, de forma que todo fundamento seja direcionado à sua proteção sendo, nesse contexto, vedado qualquer tipo de discriminação (artigos 3º, IV; 5º, caput e XLI, 7º, I, 170 e 193 da Constituição Federal). Nessa linha de princípio, tem-se que havendo presunção do ato discriminatório, como no caso dos autos, em que verificada a existência de pesquisa durante o processo seletivo sobre o ajuizamento de demandas judiciais em face do futuro empregador, deve recair sobre a reclamada o ônus de comprovar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante atinente à inexistência do ato discriminatório para a não contratação. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 5301620115020041, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 24/09/2014, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/09/2014)

Percebe-se que, no caso citado acima, o reconhecimento do direito só foi possível em face de presunção favorável ao empregado, como citamos anteriormente. O indício de discriminação se deu pela pesquisa realizada pela contratante, a qual não produziu prova de que houvesse fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Já na decisão a seguir, houve presunção favorável ao trabalhador, não por pesquisa como no caso anterior, mas pelo seu próprio histórico:

CONTRATO DE TRABALHO. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. ASSÉDIO MORAL. REINTEGRAÇÃO E INDENIZAÇÃO. Hipótese em que a ruptura do contrato de trabalho do Reclamante, a despeito de formalmente creditada como "sem justa causa", foi motivada em discriminação, evidenciando transgressão ao disposto no art. 1º, III, da CF e aos arts. 1º e 4º da Lei nº 9.029/95, de aplicação analógica. Não se coaduna com o conteúdo ético-jurídico que preside a relação de emprego a atitude patronal, consubstanciada na intimidação do trabalhador, como forma de retaliação contra o ajuizamento de ações anteriores e a prestação de depoimento perante o Ministério

Público do Trabalho. Obrigação de reparação do assédio moral (CCB, art. 927 c/c o art. 8º da CLT). Recurso do Reclamado conhecido e desprovido. Recurso do Reclamante parcialmente conhecido e parcialmente provido. (TRT-10 - RO: 02008200900710007, Relator: DOUGLAS ALENCAR RODRIGUES, Data de Julgamento: 06/07/2011, Data de Publicação: 21/07/2011)

Utilizou-se, assim, da presunção como ferramenta para garantir direitos constitucionais, no caso, o acesso à Justiça.

Outro exemplo de presunção relativa que serviu de lastro à atribuição de ônus ao empregador:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO DEVIDA. Embora o artigo 1º da Lei 9.029/95 determine a proibição de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, suas hipóteses são, sem dúvida alguma, meramente exemplificativas, razão pela qual o referido dispositivo deve ser interpretado de maneira a vedar qualquer ato que tenha, em sua origem, cunho discriminatório. No presente caso, restou amplamente comprovado que a autora foi dispensada imediatamente após o retorno de seu terceiro afastamento, restando evidente, assim, que o desligamento ocorreu exclusivamente em razão da enfermidade, ainda que a reclamada não tenha declinado os motivos para a dispensa. (TRT-3 - RO: 00320201401103000 0000320-23.2014.5.03.0011, Primeira Turma, Data de Publicação: 04/11/2015)

Em tal caso, não obstante o poder potestativo do empregador, o simples fato de a dispensa ter ocorrido logo após retorno da empregada de seu afastamento, caracterizou presunção em seu favor de que a despedida teve por fundamento seus diversos afastamentos, tendo o julgador aplicado a atribuição dinâmica do ônus em desfavor da empregadora.

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. EMPREGADO ALCOÓLATRA. DISCRIMINAÇÃO PRESUMIDA. FUNDAMENTO DE BEM FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA. PRECEDENTES DO C. TST. Em que pese não haver, relativamente ao empregado acometido pelo alcoolismo, norma garantidora de estabilidade no emprego, o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro consagra uma gama de princípios garantidores de direitos fundamentais, dos quais se destacam, enquanto corolários dos demais, o fundamento da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade, cuja a força normativa horizontal obriga a empresa, que também possui função social. Assim, ao se deparar com empregado alcoólatra, a empresa assume múnus público de manter-lhe o vínculo empregatício, cujo valor social garante-lhe a dignidade humana, sob pena de discriminação presumida, à exceção de motivação justa e comprovada. (TRT-7 - RO: 00015140820135070003, Relator: JOSE ANTONIO PARENTE DA SILVA, Data de Julgamento: 13/10/2016, Data de Publicação: 04/11/2016)

No caso do acórdão anterior, fica estampada a superação do entendimento que resultou na alínea “f” do artigo 482 da CLT. Por tal dispositivo, é possível a dispensa justificada do empregado alcoólatra, sendo que já se tem ciência de que o alcoolismo é patologia, sendo necessária submissão a tratamento médico.

Utilizou o julgador de princípios constitucionais, como dignidade humana e igualdade, para que, em momento crítico, o trabalhador pudesse manter o seu posto de trabalho.

Dessa forma, é plenamente justificável a inversão dinâmica como um dos instrumentos de justiça, já que propicia igualdade material entre as partes na obtenção de provas.

5.2 Ônus da prova e hipossuficiência: a dignidade da pessoa humana

Um dos fundamentos da Constituição Federal de 1988 é a erradicação de toda e qualquer forma de discriminação, além de assegurar a todos a igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, estabelecendo, ainda, punição para toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, como consta de forma expressa em seu artigo 5º, inciso XLI.

A par de tais diretrizes, o legislador constituinte também legitimou outros preceitos específicos relativos à isonomia e à não discriminação no âmbito das relações de trabalho, especificamente no seu art. 7º.

Os pressupostos de isonomia e não discriminação, no âmbito trabalhista, foram incrementados com o advento da Lei nº 9.029/1995, concebida justamente para coibir práticas discriminatórias contra o trabalhador, prevendo, inclusive, efeitos em relação à manutenção do emprego.

A referida Lei nº 9.029/1995 destina-se a proibir toda e qualquer forma de discriminação por parte do empregador, qualquer que seja o motivo da discriminação, o que significa não ser exaustivo o rol de hipóteses expressamente consignado em seu bojo. Não obstante o referido dispositivo legal arrolar práticas discriminatórias por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, prevalece o entendimento pacífico de que não se excluem as demais formas de discriminação, uma vez que consta do dispositivo que “[...] *fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória [...]*”, valendo destacar o princípio segundo o qual a lei não contém palavras inúteis.

Dessa forma, a citada descrição não deve ser interpretada como taxativa, já que entendimento em contrário colidiria com a expressão “qualquer prática discriminatória” contida no texto.

É indene de dúvidas que a partir da atual Constituição e, principalmente, com a Lei nº 9.029/1995, ficou proibida toda prática discriminatória por parte do empregador ou seus prepostos (uma vez que aquele responde de forma objetiva por atos praticados por estes, nos termos do artigo 932, III do Código Civil), incluindo-se as dispensas de trabalhadores com fundamento discriminatório.

Como exemplo, cite-se outro dos precedentes que culminaram com o advento da Súmula 443 do TST.

No julgamento do RR-366/2000-021-15-00.6 o TST dá destaque ao fundamentado pelo Tribunal Regional da 15ª Região: *“Inegável o poder diretivo do empregador de dispensar o empregado sem justa causa. Contudo, neste aspecto, cumpre destacar que a Lei 9.029/1995, de aplicação analógica ao presente caso, proíbe a discriminação no emprego e, quando configurada, permite a reintegração”*.

Não obstante todo o alicerce normativo inibindo práticas discriminatórias no âmbito laboral, inclusive com imposição de multas administrativas, medidas reparatórias e outras sanções, não há dúvida que a discriminação deve ser provada em juízo.

Tal inquietude com a tutela jurisdicional torna-se evidente na medida em que a não discriminação é tema intimamente relacionado à proteção dos direitos humanos e à conservação da dignidade humana. Se o sistema falhar em garantir a efetividade de tais direitos, surge a possibilidade de multiplicação das práticas discriminatórias, destruidoras da dignidade da pessoa humana.¹⁵⁴

Vale lembrar que os conceitos de direito processual de distribuição do ônus da prova garantem apenas a igualdade formal dos litigantes, não observando as dificuldades e possibilidades reais no caso concreto, o que acaba gerando de forma contínua, um efeito discriminatório, e também negando o comando constitucional de garantia a todos do acesso à justiça ou, em outros termos, o direito constitucional a uma prestação jurisdicional efetiva.

No plano processual, segundo Marcelo Abelha Rodrigues, uma prestação jurisdicional efetiva significa ter *“um processo de resultado, em que se possa dar e permitir, no plano dos fatos, exatamente aquilo que se teria caso ele, o processo, não fosse necessário”*.¹⁵⁵

¹⁵⁴ VASCONCELOS, Elaine Machado. A discriminação nas relações de trabalho: a possibilidade de inversão da prova como meio eficaz de atingimento dos princípios constitucionais. *Revistas do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, ano 71, n. 2, p. 94-107, maio/ago. 2005

¹⁵⁵ Elementos de Direito Processual Civil. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 93.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart conseguem vincular a efetividade do processo à origem da tutela estatal ao lembrar que, “*se o Estado vedou a autotutela e assumiu o poder de solucionar os casos concretos, ele também assumiu o grave dever de prestar aos cidadãos aquilo que denominamos de ‘adequada tutela jurisdicional’*”.¹⁵⁶

Humberto Theodoro Junior entende que a efetividade é tida como o maior desígnio do processo moderno segundo o qual “*o processo, hoje não pode ser visto como mero rito ou procedimento. Mas igualmente, não pode reduzir-se a palco de elucubrações dogmáticas, para recreio de pensadores. O processo de nosso final de século é, sobretudo, um instrumento de realização efetiva dos direitos subjetivos violados ou ameaçados. E de realização pronta, célere e pouco onerosa. Enfim, um processo a serviço de metas não apenas legais, mas, também, sociais e política. Um processo que além de legal, seja, sobretudo, um instrumento de justiça*”.¹⁵⁷

Estevão Mallet assevera que “[...] *condicionar a tutela do direito à apresentação de prova que, em decorrência de dificuldades materiais ou circunstanciais, a parte não é concretamente capaz de produzir significa, em termos práticos, impedir ou dificultar excessivamente o acesso à justiça, privando de tutela o direito [...]. Assim, as regras relativas ao ônus da prova, para que não constituam obstáculo à tutela processual dos direito, hão de levar em conta sempre as possibilidades, reais e concretas, que tem cada litigante de demonstrar suas alegações, de tal modo que recaia esse ônus não necessariamente sobre a parte que alega, mas sobre a parte que se encontra em melhores condições de produzir a prova necessária à solução do litígio*”.¹⁵⁸

Além disso, a prova pode ser direta ou indireta, sendo a prova direta a que se refere ao fato probando ou consistindo no próprio fato (por exemplo, a prova testemunhal e a documental), e a prova indireta como sendo a que não se refere ao próprio fato probando propriamente dito, mas a outro fato, aparentemente secundário,

¹⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 2 p. 65.

¹⁵⁷ Execução: rumo atuais do processo civil em face da busca de efetividade jurisdicional. *Revista Jurídica, Síntese*, ano XLVI – nº 251 – setembro de 1998, p. 7.

¹⁵⁸ MALLET, Estevão. Discriminação e o processo do trabalho. In: VIANA, Marcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2010. P. 156-168.

mas que, por meio de raciocínio lógico, chega-se àquele. Referida prova também é denominada “prova indiciária ou por presunção”.

Portanto, admite-se a prova indireta, indiciária ou por presunção, para provar a discriminação.

Nesse sentido há a lição de Márcio Túlio Viana, que assevera que *“a prova da discriminação pode ser difícil. Raramente o empregador ou seu preposto irá admiti-la e como ninguém é obrigado a dizer por que razão não contrata, bastará negar em silêncio. Ainda assim, ou por isso mesmo, a prova indiciária assume um peso maior. Em outras palavras, o juiz terá de valorizá-la bem mais do que às situações comuns, sob pena de trair, por linhas tortas, o comando constitucional que garante o acesso à justiça.”*¹⁵⁹

Leciona ainda esse processualista que: *“Cabe ao reclamante, naturalmente, demonstrar os indícios. Mas como eles fazem presumir a prática do ato ilícito, têm o poder de inverter o ônus da prova. Terá o empregador então de apresentar uma justificativa qualquer para a sua recusa ou, no mínimo, demonstrar que não agiu daquele modo com intenção discriminatória, mesmo porque, v.g, tem várias vendedoras casadas na mesma função. Mas a dúvida pesará contra ele, e não poderia ser de outro modo – já que é exatamente para decidir o impasse do juiz que a lei criou as regras do ônus da prova”.*¹⁶⁰

Alice Monteiro de Barros defende idêntico posicionamento: *“a pessoa considerada discriminada deverá apresentar fatos que permitam deduzir indícios racionais de discriminação fundada em sexo e o empregador deverá destruir a presunção, apresentado o motivo capaz de justificar o tratamento desigual. Exigir-se prova de discriminação ou da intenção de discriminar, inviabiliza o reconhecimento da igualdade de oportunidades e de tratamentos no emprego”.*¹⁶¹

Ainda, Márcio Túlio Viana, tratando sobre o assunto, acrescenta: *“aqui, incide também o princípio da aptidão para a prova, que transfere para o mais apto dos*

¹⁵⁹ A proteção trabalhista contra os atos discriminatórios. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Otávio Linhares (coord). *Discriminação*. São Paulo: LTr. 2010, p. 360.

¹⁶⁰ *Ibid.* p. 360.

¹⁶¹ Discriminação no emprego por motivo de sexo. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Otávio Linhares (coord). *Discriminação*. São Paulo: LTr. 2010, p. 41.

litigantes o encargo de convencer o juiz. É que o empregador, enquanto empresário, reúne à sua volta todo um aparato burocrático e, sobretudo, toda uma rede de poder que o armam, antecipadamente, para eventuais acusações de seus empregados. De resto, é ele quem cria o risco do negócio, e por extensão, também o risco da demanda”.

162

As ponderações doutrinárias têm lastro nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proteção ao trabalho, da erradicação do preconceito e da discriminação, todos corolários do princípio democrático, o qual, conseqüentemente, reprovava atos arbitrários. Não se esquecendo, por óbvio, do já citado artigo 6º do CDC, inciso VIII que consagra como direito do consumidor “a *facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor no processo civil, quando, a critério do Juiz, for verossímil a alegação ou quando for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência*”.

Kazuo Watanabe, ao lecionar sobre a matéria, alerta que:

“na primeira situação, na verdade, não há verdadeira inversão do ônus da prova. O que ocorre, como bem observa Leo Rosenberg, é que o magistrado, com a ajuda das máximas de experiência e das regras de vida, considera produzida a prova que incumbe a uma das partes. Examinando as condições de fato com base em máximas de experiência, o magistrado parte do curso normal dos acontecimentos e, porque o fato é ordinariamente a consequência ou o pressuposto de um outro fato, em caso de existência deste, admite também aquele como existente, a menos que a outra parte demonstre o contrário. Assim, não se trata de uma autêntica hipótese de inversão do ônus da prova”.

[...]

¹⁶² *Ibid.* p. 362.

*“Na segunda situação, que é o da hipossuficiência, poderá ocorrer, tal seja a situação do caso concreto, uma verdadeira inversão do ônus da prova”.*¹⁶³

Antônio Herman V. Benjamin, defende idêntico posicionamento:

“O consumidor é, reconhecidamente, um ser vulnerável no mercado de consumo (art. 4º, I). Só que, entre todos os que estão vulneráveis, há outros cuja vulnerabilidade é superior à média. São os consumidores ignorantes e de pouco conhecimento, de idade pequena ou avançada, de saúde frágil, bem como aqueles cuja posição social não lhes permite avaliar com adequação o produto ou serviço que estão adquirindo. Em resumo: são os consumidores hipossuficientes. Protege-se, com este dispositivo, por meio de tratamento mais rígido que o padrão, o consentimento pleno e adequado do consumidor hipossuficiente”.

[...]

*“A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns – até mesmo a uma coletividade -, mas nunca a todos os consumidores. A utilização, pelo fornecedor, de técnicas mercadológicas que se aproveitem da hipossuficiência do consumidor caracteriza a abusividade da prática. A vulnerabilidade do consumidor justifica a existência do Código. A hipossuficiência, por seu turno, legitima alguns tratamentos diferenciados no interior do próprio Código, como, por exemplo, a previsão de inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII).”*¹⁶⁴

¹⁶³ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005, p. 793/794

¹⁶⁴ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005, p.370-371

Vale, aqui, ressaltar que, quando se fala em hipossuficiência, não se está, necessariamente, referindo à condição econômica do consumidor, ainda que tal aspecto deva ser considerado, bastando a existência de desequilíbrio entre as partes. Por outro lado, a vulnerabilidade do consumidor é considerada, ainda, em relação à sua condição social, nível educacional. Em tais casos, ainda que as alegações possam ser, em um primeiro momento, inverossímeis, há admissão da inversão do ônus, com base na superioridade do demandado.

Trazendo tais conceitos ao âmbito trabalhista, não há controvérsia sobre o aspecto de hipossuficiência do trabalhador na relação de emprego, de maneira que o processo do trabalho, por meio de mecanismos próprios ou invocados de outras codificações, busca o equilíbrio substancial entre as partes.

Nesse sentido, Carlos Henrique Bezerra Leite possui pensamento ainda mais progressista no que diz respeito à inversão do ônus da prova, defendendo que tal instrumento pode ser adotado no processo do trabalho, tanto pela aplicação analógica do art. 6º, VIII do CDC, tendo como pressuposto a posição do empregado semelhante à do consumidor, no que tange à situação de hipossuficiência, como também por estar o julgador autorizado, com base no art. 852-D combinado com o artigo 769, ambos da CLT.

Destaca o autor que, não obstante o citado artigo 852-D ser específico procedimento sumaríssimo, em se tratando de matéria de prova, qualquer que seja o procedimento, fica o juiz autorizado a conduzir o processo em busca da verdade real, não deixando de considerar as dificuldades naturais enfrentadas pelo empregado-reclamante nas demandas trabalhistas.

Assim para Carlos Henrique Bezerra Leite, torna-se, plenamente aceitável o disposto no do art. 852-D da CLT a todo procedimento do processo trabalhista, cabendo apenas uma ressalva: o referido princípio só possui cabimento quando as provas nos autos foram insuficientes ao convencimento do magistrado sobre os fatos alegados pelas partes.¹⁶⁵

¹⁶⁵ Curso de Direito Processual do Trabalho. 9ª ed. São Paulo: LTr., 2011. p. 600.

Outro fundamento para a aplicação da legislação consumerista no âmbito laboral é a teoria do diálogo das fontes normativas, como mecanismo para a efetivação do direito fundamental de acesso à justiça e ao processo justo, tanto para o consumidor, quanto para o trabalhador, já que são ambos hipossuficientes e vulneráveis na relação jurídica (material e processual).

Assim é que a inversão se mostra necessária não só como instrumento de busca da verdade, mas também para efetivação de princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido segue a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, conforme se infere dos seguintes precedentes *in verbis*:

TST-RR-1017500-36.2007.5.11.0018: ao manter a sentença, que determinou a reintegração de trabalhador portador do vírus HIV, dispensado sem justa causa e de maneira discriminatória, sem que a reclamada tenha produzido prova robusta em sentido contrário, o Tribunal Regional julgou em consonância com o ordenamento jurídico pátrio, em especial, com os princípios constitucionais protetivos da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da não-discriminação. (Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva – 2ª Turma – DEJT 11-05-2012).

TST-E-RR-14/2004-037-02-00.0: Impende salientar que o julgador deve se valer da prerrogativa inserta no artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, para aplicar à espécie os princípios gerais do Direito. Notadamente os princípios constitucionais assecuratórios do direito à vida, ao trabalho e à dignidade, insculpidos nos artigos 1º, III e IV; 3º, IV, 5º, caput e XLI, 170 e 193 da Constituição de 1988. (Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires – Subseção I Especializada em Dissídios Individuais – DJ 14-11-2008).

Todas as decisões acima tiveram como fundamento os princípios constitucionais de direito à vida, trabalho e, principalmente, dignidade humana. Não se pode alijar o ser

humano de um de seus maiores bens, que é seu trabalho, em momento em que esse representa não só sua subsistência, mas sua própria dignidade.

5.3 Efetividade da inversão do ônus da prova nas despedidas

Tem-se por processo efetivo aquele que confere ao autor aquilo que obteria sem a intervenção do Estado ou, ao menos, o mais próximo possível do que se entende por justiça ou, nas palavras de Kazuo Watanabe, o acesso à ordem justa, assim considerada a prestação jurisdicional adequada e em tempo razoável.

Para a obtenção de tais efeitos, há que existir no ordenamento instrumentos apropriados de tutela ou, pelo menos, mecanismos que possibilitem ao juiz amoldar os instrumentos existentes ao caso concreto.

Assim sendo, não é incorreto dizer que a efetividade processual tem como subprincípio o amoldamento do processo às especificidades da causa, quer sejam elas de cunho subjetivo (a exemplo, o prazo em quádruplo para pessoa jurídica de direito público defender-se), finalístico (resultado que se intenta obter) ou objetivo.

No que tange ao critério objetivo, leciona Fredie Didie Jr. que “três são, basicamente, os critérios objetivos de que se vale o legislador para adequar a tutela jurisdicional pelo procedimento: um, a natureza do direito litigioso, cuja relevância impõe uma modalidade de tutela diferenciada; o segundo, a evidência como se apresenta o direito material no processo; o terceiro, a situação processual de urgência”.

166

Sobre o tema efetividade processual e adequação do procedimento ao direito material, vale destacar o pensamento de Luiz Guilherme Marinoni:

“Será que o direito à tutela jurisdicional é apenas o direito ao procedimento legalmente instituído, não importando sua capacidade de atender de maneira idônea ao direito material? Ora, não tem cabimento entender que há direito fundamental à tutela jurisdicional, mas que esse direito pode ter a sua efetividade comprometida se a

¹⁶⁶ Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. Salvador: JusPodium, 2015, vol. 1, p. 116.

*técnica processual houver sido instituída de modo incapaz de atender ao direito material. Imaginar que o direito à tutela jurisdicional é o direito de ir a juízo por meio do procedimento legalmente fixado, pouco importando a sua idoneidade para a efetiva tutela dos direitos, seria inverter a lógica da relação entre o direito material e o direito processual. Se o direito de ir a juízo restar na dependência da técnica processual expressamente presente na lei, o processo é que dará os contornos do direito material. Mas deve ocorrer exatamente o contrário, uma vez que o primeiro serve para cumprir os desígnios do segundo. Isso significa que a ausência de técnica processual adequada para certo caso conflitivo concreto representa hipótese de omissão que atenta contra o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional”.*¹⁶⁷

Inegável, portanto, que o processo mostra-se como instrumento para realização da justiça e garantia dos direitos e dos interesses individuais, pelo que se conclui que deve o processo oportunizar a parte que dele se valer a efetividade do resultado que ela poderia obter, caso lhe fosse possível usar de seus próprios meios para exigir a obediência à lei, conforme pensamento acima do jurista Kazuo Watanabe.

Ocorre que, para obter o bem da vida desejado, é necessário demonstrar ao julgador que os fatos alegados correspondem à verdade, e essa demonstração é a finalidade da prova.

Por conseguinte, a prova é justamente o vínculo entre a pretensão e o resultado, razão pela qual, o acesso à justiça está umbilicalmente ligado à produção de prova, pelo que, quando se nega ou dificulta o acesso à jurisdição, ainda que no tocante à questão relativa à divisão justa do ônus probatório, se está diretamente objetando o primado de acesso à justiça.

Por isso, chega-se à conclusão de que não se pode simplesmente utilizar os artigos 818, I da CLT, impondo ao empregado que produza uma prova quase

¹⁶⁷ Técnica Processual e Tutela de Direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 188-189.

impossível, como ocorre nas demandas em que se discute comportamento discriminatório, sob pena de negativa da devida tutela jurisdicional para reparação da discriminação sofrida no emprego.

Em tais casos, importante se faz a consideração da desigualdade do empregado perante o empregador, desigualdade que adquire proporções acima do normal no que tange à produção probatória, uma vez que, além do estado natural de sujeição do empregado, é o empregador quem detém os meios de prova. Sob sua guarda estão as provas documentais, além do fato de que as testemunhas, na maioria das vezes, ainda se encontram sob sua subordinação.

Tanto é assim que a dificuldade de produção de prova pelo empregado é reconhecida na seara trabalhista que o valor da prova documental é mitigado quando em confronto com outros meios de prova e com o princípio da primazia da realidade.

A hipossuficiência do empregado (não necessariamente econômica, como anteriormente destacada), frente ao empregador e à dificuldade de acesso ao meio probatório eficaz, acaba por autorizar o julgador a inverter o encargo probatório, facilitando, assim, o acesso à justiça.

O Juiz do Trabalho, como condutor do processo (art. 765, da CLT), usualmente possui sensibilidade para, à luz do caso concreto, atribuir o ônus probatório à parte que possa desempenhá-lo de forma mais fácil, questão importante para a obtenção do equilíbrio entre as partes no processo trabalhista, como destacado pela doutrina e pela jurisprudência.

Em relação ao exposto, vale destacar a precisa observação de Mauro Schiavi:

“Com efeito, há muito o juiz deixou de ser um convidado de pedra na relação jurídica processual. Na moderna teoria geral do processo, ao juiz cabe zelar pela dignidade do processo, pela busca da verdade real e por uma ordem jurídica justa. Isso não significa dizer que o juiz está desconsiderando o princípio do dispositivo, ou as regras do ônus da prova previstas nos artigos da CLT e do CPC, ou ao princípio da igualdade de tratamento às partes (deveras) está apenas garantindo a dignidade da justiça, da aplicação justa e

equânime da lei e uma ordem jurídica justa. O entendimento acima ganha corpo no Direito Processual do Trabalho, que tem o princípio do inquisitivo no que tange à iniciativa probatória do juiz (art. 765 da CLT)”.¹⁶⁸

Dessa forma, alinha-se a busca da efetividade com os poderes conferidos ao julgador para aplicar a inversão dinâmica em relação ao ônus da prova.

Observa-se que o TST está sensível a essa tendência reforçada pelo CPC de 2015, como se infere do seguinte arresto *in verbis*:

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DA JORNADA DECLINADA NA INICIAL. SÚMULA N. 338, TST. (...) IV. De todo modo, constata-se que o TRT de origem não violou o preceito normativo invocado pela agravante (art. 818 da CLT), não apenas porque lhe deu a devida e escorreita aplicação jurídica, sob o prisma do ônus subjetivo da prova, mas, sobretudo, por ter se valido precipuamente do princípio da persuasão racional do juiz, o qual se caracteriza pela liberdade conferida ao magistrado para valorar o conteúdo probatório carreado aos autos, em observância ao art. 371 do CPC/2015 e sempre nos limites das provas produzidas, valendo salientar que a declaração de idoneidade dos cartões não se deveu exclusivamente ao fato de eles estarem desordenados, mas por muitos serem ilegíveis ou conterem marcação britânica. (TST, AIRR 0000710-67.20165.5.21.0007, 5ª Turma, Rel. Min. Antônio de Barros Levenhagen, DEJT 11.11.2016, p. 1.433).

Na decisão supra, não houve propriamente inversão do *ônus probandi*, mas presunção em favor do trabalhador, ante a prova produzida pela empregadora, ainda que, ordinariamente, o ônus pertencesse àquele.

Assim, prevalece a presunção de discriminação na despedida, quando presentes elementos suficientes para caracterizá-la, e não tendo o empregador se desincumbido do

¹⁶⁸ Manual de direito processual do trabalho. São Paulo: LTr, 2008, p. 473.

encargo, como ressaltado nos julgados já transcritos e que serviram como precedentes fundamentadores da Súmula 443 do TST.

Importante destacar que, em muitos casos, a inversão do ônus é o único mecanismo para dar efetividade aos princípios constitucionais de valorização do trabalho e dignidade da pessoa humana, como se pode perceber pelas seguintes decisões *in verbis*.

TST-RR-112900-36.2005.5.02.0432. A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que o empregado, portador do vírus HIV, em face das garantias constitucionais que vedam a prática discriminatória e asseguram a dignidade da pessoa humana, tem direito à reintegração, não obstante a inexistência de legislação que assegure a estabilidade ou a garantia no emprego, presumindo-se discriminatória a sua dispensa imotivada. (Rel. Min. Katia Magalhães Arruda – 5ª Turma – DEJT 06.05.2011).

TST-RR-1046/2002-036-02-00.5. A ciência do empregador da condição do reclamante de portador do vírus HIV, gera a presunção relativa de despedida sem justa causa discriminatória. Inexistindo prova em contrário, faz jus o reclamante à sua reintegração. (Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula – 3ª Turma – DEJT 03-10-2008).

Em ambos os casos acima citados, tanto a decisão de primeiro grau quanto o acórdão de segundo grau acolheram a tese patronal, e somente em grau superior o trabalhador conseguiu ver reconhecido seu direito, sendo que a distribuição dinâmica foi justamente o mecanismo utilizado para dar efetividade ao direito.

Cabe destacar que, não obstante os acórdãos supracitados que serviram de embasamento para a mencionada Súmula 443 tenham por fundamento discriminação em razão de doença grave, qualquer forma de discriminação é vedada, tanto pelos próprios termos da lei, como pela jurisprudência, conforme segue *in verbis*:

DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA – IDADE FATOR DISCRÍMEN – VIOLAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL (ARTIGOS, 1º, IV; 3º, IV; 5º, CAPUT, II E XXXVI; 7º, I, XXX E XXXI;

170, CAPUT) E DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL – READMISSÃO AUTORIZADA PELA LEI N. 9.029/95 – ART. 1.090 DO CÓDIGO CIVIL – Imperiosa a declaração de nulidade das despedidas dos empregados relacionados em ação civil pública, com consequente readmissão dos mesmos no emprego se, da prática aparentemente neutra do ato imotivado perpetrado pela ré, sobressai a malsinada discriminação indireta. Logo, constatado que no caso em concreto, dentre os dispensados, a maioria detinha o componente apontado na inicial como discriminatório (idade compreendida na faixa dos quarenta e quarenta e poucos anos) cujo resultado deletério, se afastou dos propósitos das regras pactuadas para a privatização, não buscando o desenvolvimento social a que se obrigou, nem preservando o trabalho como valor social. Malferimento que se reconhecem aos princípios, garantias e direitos – FUNDAMENTAIS E SOCIAIS, inscritos nos preceitos epígrafados, bem assim na legislação infraconstitucional (Lei n. 9.029.) (TRT 9ª R. – RO 13115/2000 – (32676/2001 – 2000) Relª Juíza Rosemarie Diedrichs Pimpão – DJPR 23.11.2001).

Toda forma de discriminação é vedada, porém os fatores doença e idade acabam por se tornar mais frequentes, em razão das eventuais limitações que atingem o empregado. Porém, não se deve deixar de destacar o papel social que a empresa desempenha, não se podendo admitir que, em nome de maior produção, o trabalhador venha a ser dispensado no momento em que mais necessita do emprego.

Entretanto, é importante destacar que não se trata pura e simplesmente de inversão ante a mera alegação; haverá a necessidade de o autor trazer aos autos algum indício que lhe seja favorável (não basta, por exemplo, o empregado provar ser portador de doença grave, mas deverá provar que dela tinha ciência o empregador).

A inversão pura e simples tão somente por estar o hipossuficiente em um dos pólos da demanda pode macular justamente a efetividade que se busca alcançar, já que, em tal hipótese, penderá a balança de forma injusta para um dos lados, quebrando o equilíbrio que se busca alcançar com a inversão dinâmica.

Sob tal prisma, e para que se enquadre a hipótese como possível despedida discriminatória e, assim, inverter-se o encargo probatório, há que a parte autora trazer elementos que levem à presunção da discriminação alegada.

Citando a inversão nas relações de consumo, assim se manifesta Humberto Theodoro Junior:

*“Não se pode, todavia, entender que o consumidor tenha sido totalmente liberado do encargo de provar o fato constitutivo do seu direito, nem que a inversão especial do CDC ocorra sempre, e de maneira automática, nas ações de consumo. Em primeiro lugar, a lei tutelar do consumidor condiciona a inversão a determinados requisitos (verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor), que deverão de ser aferidos pelo juiz para a concessão do excepcional benefício legal. Em segundo lugar, não se pode cogitar de verossimilhança de um fato ou da hipossuficiência da parte para prová-lo sem que haja um suporte probatório mínimo sobre o qual o juiz possa deliberar para definir o cabimento, ou não, da inversão do ônus da prova [...] Sem prova alguma, por exemplo, da ocorrência do fato constitutivo do direito do consumidor (autor), seria diabólico exigir do fornecedor (réu) a prova negativa do fato passado fora de sua área de conhecimento e controle. Estar-se-ia, na verdade, a impor prova impossível, a pretexto de inversão de onus probandi, o que repugna à garantia do devido processo legal, com as características do contraditório e ampla defesa”.*¹⁶⁹

Não basta, por exemplo, que o empregado seja portador do vírus HIV ou de outra doença grave; é preciso que se demonstre que o empregador tinha ciência de tal condição, ainda que falte imediatidade entre a ciência e a despedida.

Corroborando esse entendimento destacam-se as seguintes ementas *in verbis*:

¹⁶⁹ Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Vol. 1, p. 1146.

PORTADOR DO VÍRUS HIV. REINTEGRAÇÃO. Em circunstâncias nas quais o trabalhador é portador do vírus da Aids e o empregador tem ciência desse fato, o mero exercício imotivado do direito potestativo da dispensa faz presumir discriminação e arbitrariedade. A circunstância de o sistema jurídico pátrio não contemplar previsão expressa de estabilidade no emprego para o soropositivo de HIV não impede o julgador trabalhista de valer-se da prerrogativa inserta no art. 8º da CLT, para aplicar à espécie os princípios gerais do direito, notadamente as garantias constitucionais do direito à vida, ao trabalho e à dignidade, insculpidos nos arts. 1º, incisos III e IV; 3º, inciso IV; 5º, caput e XLI, 170 e 193 da Carta Política, além da previsão do art. 7º, inciso I, também da Constituição Federal, que veda a despedida arbitrária. Recurso de revista conhecido e provido'. (RR - 76089/2003-900-02-00, Rel. Min. Lélío Bentes Corrêa, DEJT 17/06/2005).

RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VIRUS HIV. PRESUNÇÃO DE DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. [...] Conforme se depreende do acórdão, o Tribunal a quo não considerou abusiva a dispensa do obreiro, fundamentada em reestruturação de pessoal, que resultou na dispensa de outros três empregados, bem como no fato de o Reclamante haver permanecido no emprego por um ano após o diagnóstico da doença, com a sua liberação para a realização de tratamento médico. Não se olvida que a denúncia vazia do contrato de trabalho, na ordem jurídica brasileira, traduz um direito meramente potestativo, realizando-se por meio de uma declaração volitiva de caráter receptício e constitutivo, com efeitos imediatos quanto à extinção contratual, tão logo recebida pela parte adversa. Entretanto, tal direito potestativo encontra limites no ordenamento jurídico pátrio, haja vista que algumas situações restringem ou até mesmo inviabilizam o livre exercício do poder resiliatório (como exemplo, as garantias provisórias de emprego). In casu, não se pode conferir validade à dispensa imotivada do obreiro

portador do vírus HIV, porquanto decorrente de ato discriminatório, indo de encontro aos princípios da função social da propriedade (art. 170, III, da CF), da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF). Não se olvide, outrossim, que faz parte do compromisso do Brasil, também na ordem internacional (Convenção 111 da OIT), o rechaçamento a toda forma de discriminação no âmbito laboral. (TST-RR-317800-64.2008.5.12.0054, Min. Maurício Godinho Delgado, DEJT 10/06/2011).

Como se depreende dos acórdãos acima, nas circunstâncias em que o empregado é portador do vírus da Aids e o empregador tem ciência desse fato, o mero exercício imotivado do direito potestativo da dispensa faz presumir discriminação e arbitrariedade.

A outorga de tais poderes ao juiz, poderes esses limitados ao princípio do contraditório, da existência de presunção ou indício, é que dá efetividade ao processo.

Na lição de Humberto Theodoro Junior: “*O direito fundamental à tutela jurisdicional justa e efetiva engloba necessariamente o direito também fundamental à igualdade substancial e à prova. E é em nome da busca da verdade real que se reconhece ao juiz o amplo poder na iniciativa da prova, que exerce em nome do interesse público na efetividade da justiça. E é, ainda, como decorrência dessa mesma função, que se lhe atribui o poder de redistribuir o ônus da prova, quando necessário à adequada apuração da verdade*”.¹⁷⁰

Outra questão atrelada à efetividade do processo e à distribuição dinâmica do ônus da prova diz respeito ao adiantamento de honorários periciais como efeito da inversão do ônus da prova.

No âmbito do direito comum, caminha a doutrina no sentido de que tal previsão tornou-se impraticável, ante os parágrafos 3º e 4º do artigo 95 do CPC, que preveem de forma expressa o custeio da prova pelo Estado quando de responsabilidade do beneficiário da justiça gratuita (quase a totalidade dos autores na Justiça do Trabalho).

¹⁷⁰ *Ibid.* p. 1143.

Entretanto, como inexistente quadro próprio de peritos no Poder Judiciário, resta ao julgador valer-se de particulares nomeados, cujo rol vem diminuindo drasticamente no âmbito da Justiça do Trabalho, principalmente após o corte orçamentário sofrido a partir de 2015.

Portanto, ainda que haja disposição expressa no CPC que leve à não determinação de antecipação de honorários pelo empregador, a praxe forense vem permanecendo na primeira instância, apesar de entendimento jurisprudencial firmado em sentido contrário: *OJ 98 da SDI-II do TST - Mandado de segurança. Cabível para atacar exigência de depósito prévio de honorários periciais. (Inserida em 27.09.2002. Nova redação - Res. 137/2005, DJ 22.08.2005). É ilegal a exigência de depósito prévio para custeio dos honorários periciais, dada a incompatibilidade com o processo do trabalho, sendo cabível o mandado de segurança visando à realização da perícia, independentemente do depósito.*

Embora a redação da referida OJ seja genérica, abrangendo toda e qualquer exigência para depósitos prévios, inclusive pelo empregador, a prática forense é no sentido de atribuir o encargo ao empregador, com fundamento na inversão do ônus da prova.

“A doutrina mais atual sustenta que o ônus da prova deve ser atribuído a quem tem aptidão para tanto e daí a conclusão de que deve fazer a prova quem tem a condição de produzi-la, num aparente contraste às regras do art. 818, da CLT, c/c art. 333, 1, do CPC. Desse modo, considerando que o reclamante encontra-se em posição de hipossuficiência em relação à reclamada VALE S/A, entendo que os honorários periciais devem ser antecipados pela ré, garantido o ônus da sucumbência ao final, ressaltando-se que a citada antecipação visa, tão somente, garantir a produção de prova, a qual se faz imprescindível para o deslinde da questão. Por outro lado, observa-se, ainda, que, ao contrário do alegado no writ, a impetrante também requereu a produção de prova pericial nos autos da ação originária, conforme se depreende da leitura da contestação, cuja cópia repousa às fls. 100/134. Isto posto, firmo convicção no sentido de que, no caso em exame, o ato praticado pela autoridade coatora não se configura contrário à legislação trabalhista, na medida em que resguarda o direito do

hipossuficiente, estando em perfeita consonância com a mais atualizada doutrina sobre o assunto.”¹⁷¹

Ideias não faltam para suprir a falta de peritos, como concebido por Daniel Amorim Neves: “o Poder Judiciário poderia firmar convênios com as faculdades públicas para a prestação desse ‘serviço social’. Em regra, não há ramo de conhecimento que escape de uma faculdade pública, que poderia se organizar para atender aos pedidos do Poder Judiciário, indicando um professor responsável e alunos do último ano para elaborarem a perícia, como TCC (trabalho de conclusão do curso) ou como parte de sua avaliação. Além de perícias certamente de qualidade, teríamos uma excelente experiência profissional e de vida para os alunos”.¹⁷²

Entretanto, torna-se necessário observar que, com a reforma da CLT pela Lei nº 13.467/2017, ocorreram diversas alterações nos trâmites processuais, algumas de duvidosa constitucionalidade, já que limitam a efetivação de direitos sociais previstos no texto da norma máxima, o que pode ocasionar limites ao acesso à Justiça.

Tal conclusão se extrai porque, pelo texto celetista revogado, se a parte sucumbente fosse beneficiária da justiça gratuita, havia isenção dos honorários periciais, os quais seriam arcados pela União (art. 790-B da CLT). No mesmo sentido a Orientação Jurisprudencial nº 387 da SDI-I do C. TST convertida na Súmula 457.¹⁷³

Com a modificação perpetrada pela citada Lei 13.467/2017, o artigo 790-B passa a prever que a parte sucumbente arca com os honorários periciais “ainda que sucumbente”, sendo que a União só passa a arcar com tais honorários se o sucumbente não possuir créditos a receber, ainda que em outro processo.

A orientação jurisprudencial, convertida na Súmula 457, tem como objetivo a de que o perito não fique sem receber pelo seu trabalho em razão da parte sucumbente ser

¹⁷¹ RO-18000-62.2012.5.16.0000, Data da Publicação: DEJT 06-09-2013.

¹⁷² Manual de direito processual civil. 8ª Ed. Salvador: JusPodium. 2016. p. 448.

¹⁷³ Súmula 457 - HONORÁRIOS PERICIAIS. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. RESPONSABILIDADE DA UNIÃO PELO PAGAMENTO. RESOLUÇÃO Nº 66/2010 DO CSJT. OBSERVÂNCIA. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 387 da SBDI-1 com nova redação).

A União é responsável pelo pagamento dos honorários de perito quando a parte sucumbente no objeto da perícia for beneficiária da assistência judiciária gratuita, observado o procedimento disposto nos arts. 1º, 2º e 5º da Resolução n.º 66/2010 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT.

beneficiária da gratuidade da justiça. Os Tribunais Regionais do Trabalho elaboraram provimento no sentido de ser expedida certidão de honorários pelas Varas, cujos valores serão pagos pela União, matéria que atualmente é disciplinada pela Resolução 66/2010 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

Segundo Valetin Carrion, em seus Comentários à CLT esse dispositivo “*coloca o juiz entre dois princípios: não obstaculizar a pretensão do reclamante, de um lado, e, de outro, não sucumbir ao abuso dos que pedem caprichosamente, sem se importar com o prejuízo alheio*”.¹⁷⁴

De fato, é superlativo o número de ações em que a parte requer a realização de perícias sem fundamento, apenas porque não decorrerá, para ela quaisquer ônus.

Homero Batista Mateus da Silva analisando a questão em comento diz que:

“Sejamos franco: em muitas Comarcas houve abuso postulatório quanto aos pedidos de adicional de insalubridade, adicional de periculosidade e pedidos derivados de doenças ocupacionais. Casos gravíssimos, lesões infames e ambientes de trabalho agressivos foram todos misturados com pedidos inconsequentes de insalubridade por conta de sabão de coco ou com produtos altamente diluídos, comprados em supermercados e não no fabricante das essências, bem assim muitos levam doenças hereditárias, degenerativas ou epidemias para discussão na esfera trabalhista. O tema é preocupante, especialmente para os que dedicam a vida ao estudo e à pesquisa da saúde, da higiene e da segurança do trabalho, porque, como tudo na vida, o mau uso ou o uso em excesso provocam reação contrária. A banalização deveria preocupar”.¹⁷⁵

Antes mesmo da reforma trabalhista pela Lei 13.467/2017, e da novel redação do artigo 790-B da CLT, parte da jurisprudência se inclinava a responsabilizar o

¹⁷⁴ Comentários à Legislação das Leis do Trabalho: legislação complementar/jurisprudência. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 702.

¹⁷⁵ Comentários à reforma trabalhista: análise da Lei 13.467/2017 – artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017, p. 138.

reclamante no caso de sucumbência, caso houvesse crédito a receber, devendo ser reservada de tal crédito a parcela relativa aos honorários periciais.

Em tal sentido, destacamos a seguinte decisão do TRT da 2ª Região:

HONORÁRIOS PERICIAIS. SUCUMBÊNCIA NO OBJETO DA PERÍCIA. RECLAMANTE VENCEDOR EM OUTROS PLEITOS. POSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO. O perito nomeado pelo Juiz é considerado um auxiliar da justiça (art. 149 do CPC de 2015), sendo certo que seu trabalho não se trata de munus público. Sua nomeação é necessária quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico (art. 156 do CPC de 2015). Nesses termos, sua remuneração será sempre devida – cujo arbitramento deverá ser moderado – considerando que seus honorários caracterizam-se como salário, posto estarem atuando no desempenho de sua profissão. A intenção do legislador, ao incluir a isenção dos honorários periciais entre os efeitos da concessão da gratuidade processual (artigo 98, § 1º, VI, do CPC de 2015) é a de garantir o acesso à ordem jurídica justa, num patamar que obedeça ao devido processo legal substancial. Mas, sendo o reclamante vencedor em outros títulos da demanda trabalhista, a qual via de regra contém cumulação objetiva, nada impede que se deduza de tais créditos o valor dos honorários do perito, sem causar qualquer prejuízo ao acesso à justiça e sem precisar onerar os cofres públicos. (TRT/SP 0001998-52.2014.5.02.0027 12ª Turma – Rel. Des. Elizabeth Mostardo. DOE 2.9.2016).

Como podemos verificar, a decisão tomada na análise do recurso determinou que pode haver dedução nos ganhos para pagamento de perito, mesmo sendo o sucumbente beneficiário da justiça gratuita. E a razão o próprio acórdão explica: “A intenção do legislador, ao incluir a isenção dos honorários periciais entre os efeitos da concessão da gratuidade processual é a de garantir o acesso à ordem jurídica justa. Mas, sendo o reclamante vencedor em outros títulos da demanda trabalhista, nada impede que se deduza de tais créditos o valor dos honorários, sem causar qualquer prejuízo ao acesso à justiça e sem precisar onerar os cofres públicos.”

Como citado, a redação atual do artigo 790-B da CLT responsabiliza a parte sucumbente em relação ao objeto da perícia pelos honorários do perito, mesmo que beneficiária da justiça gratuita.

Ou seja, a responsabilização da União por tais honorários será apenas residual, nos casos em que não haja créditos a receber, ainda que em outro processo.

Tem-se, assim, que o reclamante poderia não receber nenhum valor, como no caso de a parcela vencedora de seu pleito ser igual ou inferior aos honorários periciais. Há uma clara mitigação aos pleitos de adicional de periculosidade e insalubridade de forma cumulativa.

Como já citado, houve emissão da resolução nº 66/2010 pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho, regulamentando perante a Justiça do Trabalho a questão dos honorários periciais em caso de sucumbência de parte beneficiária da Justiça Gratuita, atribuindo o encargo à União.

Referida Resolução nº 66/2010 possui tal redação:

Art. 1º Os Tribunais Regionais do Trabalho deverão destinar recursos orçamentários para:

I – o pagamento de honorários periciais, sempre que à parte sucumbente na pretensão for concedido o benefício da justiça gratuita;

II – o pagamento de honorários a tradutores e intérpretes, que será realizado após atestada a prestação dos serviços pelo juízo processante, de acordo com a tabela constante do Anexo.

§ 1º Os valores serão consignados sob a rubrica “Assistência Judiciária a Pessoas Carentes”, em montante estimado que atenda à demanda da Região, segundo parâmetros que levem em conta o movimento processual.

§ 2º O juiz poderá ultrapassar em até 3 (três) vezes os valores fixados na tabela constante do Anexo, observados o grau de

especialização do tradutor ou intérprete e a complexidade do trabalho, comunicando-se ao Corregedor do Tribunal.

Art. 2º A responsabilidade da União pelo pagamento de honorários periciais, em caso de concessão do benefício da justiça gratuita, está condicionada ao atendimento simultâneo dos seguintes requisitos:

I – fixação judicial de honorários periciais;

II – sucumbência da parte na pretensão objeto da perícia;

III – trânsito em julgado da decisão.

§ 1º A concessão da justiça gratuita a empregador, pessoa física, dependerá da comprovação de situação de carência que inviabilize a assunção dos ônus decorrentes da demanda judicial.

§ 2º O pagamento dos honorários poderá ser antecipado, para despesas iniciais, em valor máximo equivalente a R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais), efetuando-se o pagamento do saldo remanescente após o trânsito em julgado da decisão, se a parte for beneficiária de justiça gratuita.

§ 3º No caso de reversão da sucumbência, quanto ao objeto da perícia, caberá ao reclamado-executado ressarcir o erário dos honorários periciais adiantados, mediante o recolhimento da importância adiantada em GRU – Guia de Recolhimento da União, em código destinado ao Fundo de “assistência judiciária a pessoas carentes”, sob pena de execução específica da verba. (NR)

Art. 3º Em caso de concessão do benefício da justiça gratuita, o valor dos honorários periciais, observado o limite de R\$ 1.000,00 (um mil reais), será fixado pelo juiz, atendidos:

I – a complexidade da matéria;

II – o grau de zelo profissional;

III – o lugar e o tempo exigidos para a prestação do serviço;

IV – as peculiaridades regionais.

Parágrafo único. A fixação dos honorários periciais, em valor maior do que o limite estabelecido neste artigo, deverá ser devidamente fundamentada.

Art. 4º Havendo disponibilidade orçamentária, os valores fixados nesta Resolução serão reajustados anualmente no mês de janeiro, com base na variação do IPCA-E do ano anterior ou outro índice que o substitua, por ato normativo do Presidente do Tribunal.

Art. 5º O pagamento dos honorários efetuar-se-á mediante determinação do presidente do Tribunal, após requisição expedida pelo Juiz do feito, observando-se, rigorosamente, a ordem cronológica de apresentação das requisições e as deduções das cotas previdenciárias e fiscais, sendo o valor líquido depositado em conta bancária indicada pelo perito, tradutor ou intérprete.

Parágrafo único. O valor dos honorários será atualizado pelo IPCAE ou outro índice que o substitua, a partir da data do arbitramento até o seu efetivo pagamento.

Art. 6º As requisições deverão indicar, obrigatoriamente: o número do processo e o nome das partes; o valor dos honorários, especificando se de adiantamento ou se finais; o número da conta bancária para crédito; natureza e característica da atividade desempenhada pelo auxiliar do Juízo; declaração expressa de reconhecimento, pelo Juiz, do direito à justiça gratuita; certidão do trânsito em julgado e da sucumbência na perícia, se for o caso; e o endereço, telefone e inscrição no INSS do perito, tradutor ou intérprete. (Art. 6º com redação dada pela Resolução nº 115, de 28 de setembro de 2012)

Art. 7º Os Tribunais Regionais do Trabalho poderão manter sistema de credenciamento de peritos, tradutores e intérpretes para fins de designação, preferencialmente, de profissionais inscritos nos órgãos de classe competentes e que comprovem sua especialidade na matéria sobre a qual deverão opinar, a ser atestada por meio de certidão do órgão profissional a que estiverem vinculados.

Art. 8º As Presidências de Tribunais Regionais do Trabalho ficam autorizadas a celebrar convênios com instituições com notória experiência em avaliação e consultoria nas áreas de Meio Ambiente, Promoção da Saúde, Segurança e Higiene do Trabalho, e outras, capazes de realizar as perícias requeridas pelos Juízes.

Art. 9º O pagamento dos honorários está condicionado à disponibilidade orçamentária, transferindo-se para o exercício financeiro subsequente as requisições não atendidas.

Art. 10. Nas ações contendo pedido de adicional de insalubridade, de periculosidade, de indenização por acidente do trabalho ou qualquer outro atinente à segurança e saúde do trabalhador, o Juiz poderá determinar a notificação da empresa reclamada para trazer aos autos cópias dos LTCAT (Laudo Técnico de Condições Ambientais de Trabalho), PCMSO (Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional) e PPRA (Programa de Prevenção de Riscos Ambientais), e de laudo pericial da atividade ou local de trabalho, passível de utilização como prova emprestada, referentes ao período em que o reclamante prestou serviços na empresa.

Art. 11. Fica revogada a Resolução n.º 35/2007.

Art. 12. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Torna-se necessária nova interpretação sobre referida Resolução, até que outra seja expedida, já que a União não mais arcará com honorários em um primeiro momento.

Há a possibilidade de que a nova redação do art. 790-B da CLT dificulte as perícias, na medida em que os processos de menor valor (geralmente de pessoas mais simples), que não poderão adiantar honorários nem terão valores significativos a receber ao final.

Se pensarmos que o perito é um profissional gabaritado, médico ou engenheiro especializado, o valor de R\$ 1.000,00 não se mostra atraente, o que fará com que os juízes tenham que ser criativos a fim de tornar possível a realização de perícias.

Uma forma possível seria a regra ordinária de atribuição do ônus da prova: ao autor incumbe a prova dos fatos constitutivos do seu direito; ao réu incumbe a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (art. 818 da CLT).

Dessa forma, se a alegação do trabalhador for de exercício de determinada atividade, enquadrada na lei ou Normas Regulamentadoras da Portaria nº 3.214/78 como insalubre e/ou perigosa, a regra de distribuição do ônus recairá sobre o empregador, que deverá provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito alegado, uma vez que o ordinário se presume e o extraordinário se prova. Portanto, se a alegação do empregado for de que sua atividade consiste em manipulação de produtos numa caldeira e pleitear adicional de insalubridade e o empregador não impugnar tal alegação, será seu o ônus de provar que referida caldeira não extrapola os limites de calor, ou que o nível de calor não é prejudicial ao trabalhador. Assim, tem-se que o ônus da prova pertence ao empregador.

Entretanto, como já destacado, a Lei nº 13.467/2017 (que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho) trouxe, entre suas inovações processuais, barreiras ao direito constitucional de ação, que limitam a efetivação dos direitos sociais previstos constitucionalmente, dificultando o acesso ao Poder Judiciário.

Como exemplo de tais barreiras, citem-se as restrições à gratuidade judiciária no âmbito da Justiça do Trabalho àqueles que comprovem insuficiência de recursos.

Sobre esse tema, cite-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) pela Procuradoria Geral da República, questionando justamente os dispositivos que afetam a gratuidade da justiça.

Referida ADI, com número 5766, e tendo comorelator o Ministro Luís Roberto Barroso, pretende a declaração de inconstitucionalidade de inúmeros dispositivos da nova lei, entre os quais o artigo 790-B da CLT (*caput* e parágrafo 4º), que responsabiliza a parte sucumbente pelos honorários periciais, ainda que beneficiária da justiça gratuita. Como já citado, a redação anterior de tal artigo previa o custeio dos honorários pela União, exigindo apenas que o sucumbente fosse beneficiário da Justiça Gratuita, valendo destacar que o Código de Processo Civil, em seu artigo 98, parágrafo 1º, inciso VI é claro ao dispor que a gratuidade judiciária engloba custas, despesas processuais e honorários advocatícios.

Frise-se que há pedido de liminar em tal ADI, requerendo a suspensão da eficácia da expressão “ainda que beneficiário da justiça gratuita”, no *caput*, e do parágrafo 4º do artigo 790-B da CLT, e até momento do término deste trabalho, não havia, ainda, sido apreciada tal liminar.

Conclusão

Conforme o estudo evidenciado neste trabalho, o princípio da não discriminação, universal e fundamental, faz-se presente em todo o ordenamento pátrio, estando expresso tanto no tecido Constitucional, como nos inúmeros tratados e convenções internacionais das quais o Brasil é signatário, e, ainda, em leis ordinárias.

Pelo compromisso assumido na Constituição Federal de 1988, assim como em normas internacionais, o Brasil tem como dever combater e eliminar toda e qualquer forma de discriminação, tanto no campo do direito material como no do direito processual.

Não obstante, notamos que as vítimas de discriminação acabam enfrentando dificuldades para provar suas alegações nos processos judiciais, dificuldades essas que podem, ao menos, ser mitigadas com medidas processuais.

Entre tais medidas, o Estado criou previsões legais que visam a facilitar a tutela processual em semelhantes demandas, inclusive com a transferência do encargo probatório.

Decerto, em todas as demandas faz-se necessário estabelecer equilíbrio entre os litigantes e, de forma especial, no Processo do Trabalho, torna-se indispensável assegurar ao empregado litigante o acesso ao órgão judicial, como também a igualdade de condições com a outra parte, inclusive por meio de inversão do ônus da prova, quando cabível.

Sob tal aspecto, nota-se que a teoria estática do ônus da prova, prevista tanto no Código de Processo Civil, em seu artigo 373, como na Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 818, acaba não atendendo de forma adequada às hipóteses de discriminação no âmbito trabalhista.

Levando-se em consideração esses aspectos, para que as regras relativas ao ônus da prova não venham a constituir óbice à proteção processual dos direitos, devem sempre ponderar as possibilidades efetivas que tem cada parte de demonstrar suas alegações, de tal sorte que esse ônus não obrigatoriamente recaia sobre a parte que alega, mas sobre aquela que se encontra em melhores condições de produzir a prova

necessária à solução da contenda, inclusive com a possibilidade de inversão judicial do ônus da prova.

Há, mesmo, situações, como na discriminação oculta ou velada, nas quais há a possibilidade de utilização das máximas de experiência e da prova *prima facie*, nos termos do artigo 375 do Código de Processo Civil.

Quanto à distribuição dinâmica do ônus da prova, pudemos verificar que possui assento na Constituição (notadamente nos incisos III, V, X e XXXV do artigo 5º) e no princípio da aptidão da prova, estabelecido em diversos diplomas infraconstitucionais (notadamente nos artigos 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, 373, § 1º, do Código de Processo Civil e 818, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho), em vista dos quais há que se considerar a efetiva capacidade probatória das partes e se permitir temperar a regra dos artigos 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e 373 do Código de Processo Civil, especialmente nos casos de prova diabólica da discriminação.

Ressaltamos que, antes mesmo de qualquer reforma legislativa no âmbito processual, o ordenamento jurídico já convivía com as teorias da distribuição estática e dinâmica do ônus da prova, pois a própria jurisprudência já vinha sinalizando que, para se evitarem injustiças que pudessem ser causadas pelo engessamento provocado pela distribuição estática, seria necessário suavizar tal regra, adotando a dinamização da distribuição do ônus probatório como técnica jurídica.

Assim sendo, é possível concluir que essa postura deriva de uma nova concepção de processo, claramente influenciada por toda a principiologia da Constituição Federal, estabelecendo que, além do conflito litigioso, devem as partes ser notadas como sujeitos capazes de diálogo, com vista a se obter a finalidade maior da jurisdição, que é a pacificação social.

Não há qualquer dúvida de que a nova Codificação processual, tanto pelas novas disposições do Código de Processo Civil e da Consolidação das Leis do Trabalho, como pelo previsto no Código de Defesa do Consumidor, abraçou tal pensamento, idealizando um procedimento em que a resposta jurisdicional resulta da cooperação entre as partes.

Traçando um paralelo do direito processual com o direito material, a cooperação está para o processo assim como a boa-fé objetiva e os seus consectários estão para o contrato.

Dessa forma, o direito processual acaba por se aproximar dos mesmos vetores principiológicos contidos no direito material, a saber: socialidade, operabilidade e eticidade.

Em razão disso, torna-se possível afirmar que o atual panorama processual atribui ao julgador a incumbência de, à luz das particularidades do caso concreto, não aplicar o ônus estático da prova, mas, em momento processual específico, atribuir o encargo probatório à parte que possua melhores condições de dele se desincumbir.

Destacamos, no entanto, que no processo trabalhista, predomina a oralidade e, principalmente, a concentração dos atos processuais se dá em audiência, não havendo um momento exato de saneamento do processo, ou seja, não há uma oportunidade prévia para a atribuição do ônus de forma diversa da ordinariamente prevista em lei.

Portanto, acaba não sendo possível a simples aplicação da regra de procedimento prevista pela Consolidação das Leis do Trabalho, tornando-se imprescindível que a dinamização seja estabelecida, ao menos, na audiência inaugural, antes de se realizar a instrução, a fim de que a parte onerada possa se desincumbir de tal ônus, sob pena de, com o fito de se evitar injustiça à parte hipossuficiente, acabar-se por trazer injustiça à parte adversa, o que agride qualquer conceito de justiça.

Em resumo, a aplicação da atribuição dinâmica do ônus da prova produz uma prestação de tutela jurisdicional legítima e efetiva, não permitindo que o acesso à justiça venha a se tornar letra morta no texto constitucional, não podendo ser desprezada sob nenhum pretexto, haja vista que os provimentos jurisdicionais resultam da convergência de vontades das partes (ainda que antagonistas), e apenas se legitimam quando assegurado é o direito fundamental à prova.

Referências Bibliográficas

Livros

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

ARRUDA, Alvim. *Novo Contencioso civil no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ALVIM, Thereza. *O Novo Código de Processo Civil brasileiro. Estudos dirigidos: sistematização e procedimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2015

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr., 2005.

_____. *Discriminação no emprego por motivo de sexo*. In VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Otávio Linhares (coord). *Discriminação*. São Paulo: LTr. 2000.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

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

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

BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do código de processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1956.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CARNELUTTI, Francesco. *A Prova Civil*. Campinas: Bookseller, 2002.

_____. *Sistema de Direito processual civil*. São Paulo: Classicbook, 2000. v. 2.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça - tradução de Ellen Gracie Northfleet*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. Niterói: Impetus, 2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso; COUTINHO, Aldacy Rachi; GUNTHER, Luiz Eduardo. (coords). *Transformações do direito trabalho*. Curitiba: Juruá, 2007

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13ª ed. São Paulo: LTr., 2014.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 2ª ed. Bahia: JusPodivm, 2008. v. 2.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. 10ª ed. Bahia: JusPodivm, 2015. v. 2.

_____. *Direito probatório*. 2ª ed. Bahia: JusPodivm, 2016

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

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Direito à prova e dignidade humana: cooperação e proporcionalidade em provas condicionadas à disposição física da pessoa humana (abordagem comparativa)*. São Paulo: LTr., 2007.

GAGNO, Luciano Picoli. *A Prova no processo civil – uma análise sob a ótica do direito fundamental de acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Novo Código de Processo Civil: Principais Modificações*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GIGLIO, Wagner D. *Direito Processual do Trabalho*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

LACERDA, Maria Francisca dos Santos. *Ativismo – cooperativo na produção de prova: garantia de igualdade das partes no processo civil*. São Paulo: LTr., 2012.

LIMA, Francisco Melton Marques de. LIMA, Francisco Pérciles Marques de. *Reforma trabalhista: entenda ponto a ponto*. São Paulo: LTr., 2017.

- LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MACHADO JÚNIOR, Cesar P. S. *O ônus da prova no processo do trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr., 2001
- MANHABUSCO, José Carlos; MANHABUSCO, Amanda Camargo. *A inversão do ônus da prova no processo do trabalho: teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova*. São Paulo: LTr., 2013.
- MARQUE, Fabíola. A discriminação nas relações de trabalho. In: ARRUDA PINTO, Roberto Parahyba de (coord). *Direito e o Processo do Trabalho na Sociedade Contemporânea – Homenagem a Francisco Ary Montenegro Castelo*. São Paulo: LTr., p. 41-44, 2005.
- MARTINS, Adalberto. *Manual didático de direito processual do trabalho*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- _____. *Direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela de Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. *Curso de processo civil – processo de conhecimento*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 2.
- _____. *Manual do Processo de Conhecimento*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 2.
- _____. *Prova e Convicção de acordo com o CPC de 2015*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995
- MIESSA, Elison. (coord.). *O novo código de processo civil e seus reflexos no processo do trabalho*. Salvador: JusPodivm. 2015.
- MOURA, Marcelo. *Consolidação das Leis do Trabalho para concurso*. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo. Atlas, 1999.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Direito contemporâneo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil Lei 13.105/2015 – inovações, alterações, supressões*. Rio Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

_____. *Manual de direito processual civil*. 8ª ed. Salvador: Juspodium, 2016

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLMOS, Cristina Paranhos. *Discriminação na relação de emprego e proteção contra dispensa discriminatória*. São Paulo: LTr., 2008.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori. (coords). *Carga probatorias dinâmica*. Bueno Aires: Rubizal-Culzoni, 2008.

PUOLI, José Carlos Baptista. O ônus da prova e sua distribuição dinâmica no novo código de processo civil. In: CARMONA, Carlos Alberto. (coord.). *Novo código de processo civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, p. 231- 251, 2015.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

RIBAR, Georgia. *Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e o princípio da não-discriminação na proteção contra a discriminação na relação de emprego*. São Paulo: Revista LTr, 2006.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral*. 25ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROMAR, Carla Teresa Martins. *Direito do trabalho esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Distribuição dinâmica do ônus da prova no direito processual do trabalho, p. 1009. In: DIDIER JR. Fredie. (coord.). *Direito probatório*. 2ª ed. São Paulo: Juspodivm. 2016.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 5ª ed. São Paulo: LTr., 2013.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

SANTOS, Gabriel do Val. A aplicação da teoria das cargas dinâmica da prova ao novo código de processo civil. In: ARRUDA ALVIM, Thereza (coord.). *O novo código de processo civil brasileiro – estudos dirigidos: sistematização e procedimentos*. Rio de Janeiro: Forense, p. 457-480, 2015.

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

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

_____. *Provas no processo do trabalho*. 4ª ed. São Paulo: Ltr., 2014.

_____. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho*. São Paulo: Ltr., 2017.

SEHLI, Daniele Lucy Lopes de. A ruptura do contrato de trabalho e as práticas discriminatórias: o limite entre o direito potestativo de dispensar e o abuso de direito sob enfoque da Lei. 9.029/95. In: COUTINHO, Aldacy Rachid; DALLEGRAVE NETO, José Afonso; GUNTHER, Luiz Eduardo. (coords.). *Transformações do direito do trabalho*. Curitiba: Juruá, p. 97-108, 2007.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

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

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

TARTUCE, Flávio. *O novo cpc e o direito civil: impacto, diálogos e interações*. Rio Janeiro. Forense; São Paulo: Método, 2015.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade – o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TEIXEIRA FILHO, Manuel Antonio. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr., 2009. v 2.

_____. *A prova no processo do trabalho*. 8ª ed. São Paulo: LTr. 2003.

_____. *Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho: Lei nº 13.501, de 16 de março de 2015*. São Paulo: LTr. 2015.

_____. *O processo do trabalho e a reforma trabalhista: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei nº 13.467/2017*. LTr., 2017.

THEODORO JR, Humberto. *Curso de direito processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015. v. 1.

_____. *Execução: rumo atuais do processo civil em face da busca de efetividade jurisdicional*. Revista Jurídica, Síntese, ano XLVI – nº 251 – setembro de 1998

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luís Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (coord.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000.

ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr., 2008, v. 2.

Artigos em periódicos e em suporte eletrônico:

ARAZI, Rolad. La carga probatória. Disponível em: <http://www.apdp.com.ar/archivo/teoprueba.htm> > acessado em: 24 abr. 2017.

BARROS, Alice Monteiro de. *Aids no local de trabalho: um enfoque de direito internacional e comparado*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Belo Horizonte, 32 (62): 67-86, jul./dez.2000.

BUZAID, Alfredo. *Do ônus da Prova*. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66398/69008> >

CAMPAGNOLI, Adriana; OLIVEIRA, Chayne; MANDOLOZZO, Silvana. Direito a continuidade do contrato de trabalho: empregado portador do vírus HIV. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Vol. 3, n. 27. (jan./fev. 2014). acessado em: 02-02-2017.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. *O princípio da não discriminação e o ônus da prova*. Disponível em: < http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/18058/002_chehab.pdf?sequence=4 >

HIRATA, Carolina Marzola. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho: Comentários à parte processual do PL nº 6.787/2017 (Câmara dos Deputados – PL/2017 (Senado Federal))*. São Paulo: Revista LTr., 81-06

MARTINS, Sergio Pinto. Os efeitos do contrato de trabalho do empregado portador do vírus HIV. *In: Revista IOB trabalhista e previdenciária*, São Paulo, v. 19, n. 220, p. 29-37, out. 2007.

MARTINS, Rodrigo Bezerra. Dispensa Discriminatória por Doença do Empregado. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47341&seo=1>>

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

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

TEIXEIRA, Sergio Torres. Proteção à relação de emprego. São Paulo: LTr, 1998.p. 371-372 *In: RIBAR, Georgia. Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e o princípio da não-discriminação na proteção contra a discriminação na relação de emprego*. São Paulo: Revista LTr, 2006.

TELLES, Fábio Luiz de Queiroz. O portador do vírus da síndrome da imunodeficiência adquirida (HIV) como trabalhador e sua relação com a empresa: uma análise sob a perspectiva da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e dos direitos da personalidade. 25.10.2012. Dissertação (mestrado em Direito Empresarial e Cidadania), Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2012. P. 93 *In: GUNTHER, Luiz Eduardo. O HIV E A AIDS: Preconceito, discriminação e estigma no trabalho – Aplicação da súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho*. Revista Eletrônica do TRTPR v. 4 n. 42. Julho 2015.

VASCONCELOS, Elaine Machado. A discriminação nas relações de trabalho: a possibilidade de inversão da prova como meio eficaz de atingimento dos princípios constitucionais. *Revistas do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, ano 71, n. 2, p. 94-107, maio/ago. 2005.

AIDS: Perguntas/Respostas. <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/links-de-interesse/286-aids/9049-o-que-e-aids>> Acessado em 02-2-2017.

Teses e dissertações

BERTELLI, Sandra Miguel Abou Assali. *A importância da prova como garantia de efetividade do processo do trabalho*. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009.

GURGEL, Yara Maria Pereira. *Direitos humanos, princípios da igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho*. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007.

PIRES, Cristiane Pedroso. *Distribuição dinâmica do ônus da prova*. Dissertação Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2014.

Pesquisas feitas na rede mundial de computadores, por meio de consulta a sítios eletrônicos dos Tribunais.

Supremo Tribunal Federal – www.stf.jus.br

Tribunal Superior do Trabalho – www.tst.jus.br

Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região – www.trt2.jus.br

Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região – www.trt6.jus.br

Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região – www.trt9.jus.br

Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região – www.trt15.jus.br