

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Cintia Batista Pereira

**A ADEQUADA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA
NO PROCESSO DO TRABALHO**

Belo Horizonte
2014

Cintia Batista Pereira

**A ADEQUADA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA
NO PROCESSO DO TRABALHO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Luiz Otávio Linhares Renault

Belo Horizonte
2014

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

P346a Pereira, Cintia Batista
A adequada distribuição do ônus da prova no processo do trabalho / Cintia Batista Pereira. Belo Horizonte, 2014.
156f.

Orientador: Luiz Otávio Linhares Renault
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direito do trabalho. 2. Justiça do trabalho. 3. Ônus da prova. 4. Inversão do ônus da prova. 5. Prova (Direito). I. Renault, Luiz Otávio Linhares. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 331.16:347.9

Cintia Batista Pereira

**A ADEQUADA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA
NO PROCESSO DO TRABALHO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Professor Luiz Otávio Linhares Renault (Orientador) - PUC Minas

Professor Márcio Túlio Viana - PUC Minas

Professor Vinícius Moreira Lima - PUC Minas

Professor Antônio Gomes - UFMG

Belo Horizonte, 20 de Fevereiro de 2014

*A meus pais, pelo amor incondicional.
À minha mãe, por me ensinar a sempre ter fé na vida e no ser humano.
Ao meu saudoso pai, que ensinou-me o significado da palavra trabalho, pois o exemplo
deixado foi de trabalhar até seu último instante de vida.
Ao Jobson por fazer meus dias mais felizes e por estar tão presente (fazer parte mesmo) na
construção/realização de todos os meus sonhos.*

AGRADECIMENTOS

À minha querida irmã, Fabiana Pereira Bicalho, por me defender e trazer alegria à minha vida nos momentos mais difíceis.

Ao meu amado irmão Marconi Batista Pereira, pela compreensão, apoio e carinho constantes.

Aos meus sobrinhos Tâmara Pereira Bicalho e Ian Pereira Bicalho, que tanto amo e ao Antildes, por me entenderem e me apoiarem sempre.

A todos os meus familiares, que de algum modo, contribuíram para a minha formação pessoal e profissional.

À todas as minhas amigas e colegas que me apoiaram nesse projeto, em especial a Ana Maria, Anita, Dani Assis, Dani Favilla, Janaina Moreira, Luciana e Santusa, pelo apoio e compreensão em todos os momentos.

Ao Professor Luiz Otávio Linhares Renault por ter acreditado em mim e ter me oportunizado realizar o Mestrado, contribuindo ainda com a orientação, aprendizado e apoio em todos os momentos necessários.

À Professora Maria Cecília Máximo Teodoro, pelo aprendizado e por ter me confiado a tarefa de Coordenar (conjuntamente) a Revista da Faculdade Mineira de Direito.

À CAPES, pelo financiamento da minha pesquisa.

À PUC MINAS, por proporcionar a realização do meu sonho.

À todos que, de alguma forma, contribuíram para esta construção.

A paz é o fim que o Direito tem em vista, a luta é o meio de que se serve para o conseguir. Por muito tempo, pois que o Direito ainda esteja ameaçado pelos ataques da injustiça e assim acontecerá enquanto o mundo for mundo – nunca ele poderá subtrair-se à violência da luta. (JERING, 2000)

RESUMO

A presente dissertação analisa o ônus da prova e suas especificidades no Processo do Trabalho. Seu objetivo é mostrar como se dá a distribuição do encargo probatório no processo comum e analisar suas especificidades no Processo do Trabalho, vez que este se insere no ramo do Direito do Trabalho, que como mostra a história, protege o trabalhador, considerado parte hipossuficiente da relação empregatícia e igualmente hipossuficiente na dinâmica processual. Realizou-se uma análise comprovativa de que o ônus da prova, da forma como disposta nos art. 818 da CLT, mostra-se estática e retrógrada, não atendendo à peculiaridade do Processo do Trabalho, que se mostra um processo dinâmico, garantista, veloz e tuitivo, necessitando, assim, de uma distribuição do encargo probatório apto à atender essas especificidades. Nesse sentido, mostrou-se que a inversão do ônus da prova, inserida na legislação brasileira, por meio do Código de Defesa do Consumidor, que autoriza deslocar o ônus probatório, estando preenchidos os requisitos da hipossuficiência do consumidor e verossimilhança das suas alegações, se mostra necessária no processo laboral, e vem sendo utilizada em razão da hipossuficiência do empregado, quando houver disposição legal autorizativa, quando determinada pelo juiz ou por convenção das partes. Nesse sentido, apontou-se que a jurisprudência dos Tribunais do Trabalho brasileiros e mesmo estrangeiros, tem aplicado e autorizado a inversão do ônus probatório, diante do caso concreto e em razão da peculiaridade do Processo do Trabalho. No mesmo sentido, constatou-se que a doutrina da Distribuição Dinâmica do ônus da Prova, onde o *onus probandi* não se apresenta previamente estabelecido, mas que fixa o ônus à parte que estiver em melhores condições de produzir a prova dos fatos alegados, também se aplica ao Processo do Trabalho, vez que o empregado, normalmente o autor das demandas judiciais que chegam à Justiça do Trabalho, não consegue fazer a prova de suas alegações devido à dificuldade ou mesmo impossibilidade de produção de determinada prova e em contrapartida, o empregador possui extrema facilidade em produzi-la, devendo o ônus, nesses casos, ser distribuído no sentido de subsumir o binômio: dificuldade/impossibilidade do empregado x facilidade/possibilidade do empregador. Assim, cumprindo o atual conceito de processo inserido no Estado Democrático de Direito, considerando ainda as particularidades do Direito do Trabalho e sua proteção ao trabalhador, que se transpõe ao Processo do Trabalho, a utilização da inversão do ônus da prova ou da Distribuição Dinâmica do ônus da prova é medida que se impõe, na seara *jus laboral*.

Palavras-chave: Princípio da Proteção. Ônus da Prova. Inversão do Ônus da Prova no Processo do Trabalho. Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Processo do Trabalho.

ABSTRACT

This Paper analyzes the burden of proof and its specificities in Labor Law Procedures. The purpose is to show how the distribution of the burden of proof is in ordinary civil procedures and to analyze its specificities in Labor Law Procedures, since the later is part of Labor Law, which historically protects the employee, regarded as the party inherently at disadvantage in the employment relationship and equally in disadvantage at the legal procedures. An analysis was carried out to prove that the burden of proof, as provided in article 818 of the CLT (the Brazilian Labor Laws), is static and retrograde, not meeting the peculiarities of Labor Law Procedures, which is a dynamic, guarantee-oriented, quick and protective procedure, which requires a fair distribution of the burden of proof to meet the specificities of such procedure. In that sense, demonstrably the inversion of the burden of proof, inserted into the Brazilian law, by means of the Consumer Protection Code, which allows to displace the burden of proof, once the requirement of disadvantage of the consumer is met along with the likelihood of the consumer's statements, is also required in Labor Law Procedures and is currently being used as a result of the disadvantage of the employee, whenever a legal provision authorizes it, when determined by the judge or upon agreement between the parties. In that sense, the jurisprudence in Brazilian Courts and even foreign courts has been applying and authorizing the inversion of the burden of proof in view of the material case as well as of the specificities of Labor Law Procedures. In that sense, we have found out that the doctrine of Distribution of the Burden of Proof, where the *onus probandi* is not previously established, and the burden lies on the party with the most appropriate conditions to produce evidence on the alleged facts, also applies to the Labor Law Procedures, since the employee, who is usually the Plaintiff in Labors cases at the Court of Labor, cannot make proof of their allegations due to the difficulty or even impossibility to produce a certain evidence and, on the other hand, it is extremely easy for the employer to produce it, in such a situation the burden needs to be addressed in order to solve the binomial: difficulty/impossibility of the employee versus easiness/possibility of the employer. Thus, for compliance with the current concept of procedure in the Democratic State of Right, furthermore considering the peculiarities of the Labor Law and the protection of the employee, which shall also apply to Labor Law Procedures, the use of the inversion of the burden of proof or the dynamic distribution of the burden of proof is the measure to be taken concerning the *jus laboral*.

Keywords: Principle of Protection. Burden of Proof Inversion of the Burden of Proof in Labor Law Procedures. Dynamic distribution of the Burden of Proof in Labor Law Procedures.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 A FUNÇÃO PROTETIVA DO DIREITO DO TRABALHO	16
2.1 Evolução Histórica do Direito do Trabalho no Brasil e no Mundo – Breves Considerações.	17
2.2 O Direito Material do Trabalho	23
2.3 Fundamentos para a Proteção	26
2.3.1 <i>Princípios da Isonomia e a Proteção como Fundamentos para a Função Protetiva do Direito do Trabalho</i>	29
2.3.1.1 <u>Princípio da (Des)Igualdade</u>	31
2.3.1.2 <u>Princípio da Proteção</u>	35
2.3.1.2.1 <u>Princípio <i>In Dubio pro Operario</i></u>	40
2.3.1.2.2 <u>Princípio da Norma Mais Favorável</u>	42
2.3.1.2.3 <u>Princípio da Condição Mais Benéfica</u>	44
2.3.2 Da Fixação da Função Protetiva do Direito Material do Trabalho e o Caminho a Percorrer	45
3. O PROCESSO COMO CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO MATERIAL	47
3.1 Evolução Histórica das Teorias Processuais	47
3.2 O Devido Processo Legal	54
3.3 Contraditório	56
3.4 Ampla Defesa	58
3.5 Isonomia e Simétrica Paridade	60
3.6 Acesso à Jurisdição	62
3.6.1 Primeira Onda de Acesso: Assistência Judiciária Gratuita	64
3.6.2 Segunda Onda de Acesso: Representação dos Interesses Difusos	67
3.6.3 Terceira Onda de Acesso: Novo enfoque – Satisfatividade do Jurisdicionado... ..	68
4. O INSTITUTO JURÍDICO DA PROVA NA CONTEMPORANEIDADE	72
4.1 Necessidade de Ressemantizar o Instituto Jurídico da Prova	72
4.2 Os Sistemas Probatórios	74
4.3 A Prova como Instituto	80
4.4 Objeto da Prova.....	81
4.5 Distinção entre Meio, Elemento e Instrumento de Prova	83
4.6 Meios Legais de Prova	85
4.6.1 Meios Legais de Prova n Processo do Trabalho	87
4.7 Princípios Associados à Prova no Processo do Trabalho	89
4.8 Procedimento Probatório	91
4.9 Valoração e Valorização da Prova	93
4.10 A Verdade que Toca o Processo	95
4.12 Finalidade e Destinatário da Prova	101
5. O DIREITO DO TRABALHO CONCRETIZADO PELA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA	104
5.1 A Regra Geral e Estática do art. 818 da CLT e a Necessidade de Flexibilização	107
5.2 A Inversão do Ônus da Prova	112

5.2.1 Começando do Começo: a Inversão do Ônus da Prova do Código de Defesa do Consumidor.....	114
5.2.1.1 <u>Pressupostos para Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor</u>	115
5.3 A Inversão do Ônus da Prova do Processo do Trabalho.....	116
5.3.1 Pressupostos para Inversão do Ônus da Prova no Processo do Trabalho.....	120
5.3.2 A Inversão do Ônus da Prova no Direito Processual do Trabalho Comparado - Áustria, Portugal e França.....	123
6. O DIREITO DO TRABALHO CONCRETIZADO PELA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA	127
6.1 A Probatio Diabolica Reversa.....	133
6.2 Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Processo do Trabalho no Brasil - Fundamentos e Pressupostos.....	135
6.3 A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Direito do Trabalho Comparado - Espanha, Portugal e Argentina.....	140
7 CONCLUSÃO	142
REFERÊNCIAS	146

1 INTRODUÇÃO

Em razão do desequilíbrio existente na relação entre trabalhador e empregador, o Direito do Trabalho protege a parte hipossuficiente dessa relação, tutelando o trabalhador por meio do Direito Material do Trabalho, bem como por meio do Direito Processual do Trabalho.

Por sua vez, o Processo tem por objetivo, colocar fim à lide e instaurar a segurança e a paz social, por meio de uma decisão justa.

Para que o juiz profira tal decisão, necessita passar pelo exame das provas, para a formação do seu convencimento, sendo imprescindível a contribuição das partes, na produção de referidas provas, estando legalmente autorizado o juiz a determinar a produção delas, conforme seu entendimento.

Nesse sentido, tem-se que, hodiernamente, o conceito moderno de Processo, quer significar a instalação do discurso processual procedimentalizado, assegurado por meio de uma construção dialógica (princípio do contraditório), com presença da isonomia das partes e discussão compartilhada, garantindo efetivo e completo acesso à jurisdição aos participantes a administração da justiça e construção de um provimento legítimo pelo Juiz e consoante o Estado Democrático de Direito, com base legitimante no exercício da cidadania, amplamente desempenhada no atual conceito de processo.

Dessa forma, a prova ocupa lugar de destaque e importância no processo, pois efetiva a participação das partes no processo e auxilia na formação do convencimento do juiz e do consequente proferimento da decisão.

Lado outro, o art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 2013a) estatui que, quanto à prova, a parte que fizer sua alegação caberá o ônus de provar os fatos que embasam tal alegação e, estático da forma como disposta no referido artigo, corrobora para a manutenção do desequilíbrio existente na relação de trabalho, mostrando-se, por conseguinte, estático e inapto a disciplinar tal espécie de litígio entre trabalhador e empregador. Desequilíbrio que se transpõe para o Processo do Trabalho.

Ademais, considerando a hipossuficiência econômica do empregado que se introjeta tanto na relação empregatícia quanto na relação processual, deverá o Direito do Trabalho garantir-lhe meios de defender seus direitos frente ao empregador, utilizando-se para tanto das benéficas da Inversão do Ônus da Prova e da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, como meio de garantir sua proteção e a defesa de seus direitos, dada a sua hipossuficiência probatória.

Esta dissertação tem por objetivo o estudo da proteção conferida ao trabalhador pelo Direito do Trabalho, sua concretização por meio do Processo do Trabalho, utilizando-se para tanto da assente Inversão do Ônus da Prova e da, cada vez mais crescente, utilização da Doutrina da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova.

O primeiro capítulo analisa os motivos ensejadores da proteção do Direito do Trabalho conferida ao empregado - hipossuficiente - que culminou no Princípio da Proteção, fazendo um retrospecto dos marcos históricos do Direito do Trabalho e sua importância até os dias atuais.

O segundo capítulo estuda a importância do Processo como instrumento de concretização do Direito Material, perpassando a evolução histórica do Direito Processual, iniciando pela teoria imanentista, passando pelo processo como relação jurídica e pela teoria instrumentalista de processo, até se chegar na *Teoria Neo-Institucionalista de Processo* defendido pela Escola Mineira de Processo, que entende o processo como instituição constitucionalizada, que reúne os princípios do contraditório, isonomia e ampla defesa, como regentes e necessários para a legitimação dos provimentos judiciais ou administrativos. Sendo que, a administração da justiça compartilhada com a presença dos princípios constitucionais igualmente se inserem no Processo do Trabalho.

O terceiro capítulo trata do instituto jurídico da prova, da necessidade de ressemantizá-lo, faz um esforço histórico dos sistemas probatórios até o sistema atualmente manejado da persuasão racional do Juiz.

Nesse capítulo, mostra-se importante traçar a distinção entre os princípios conceptivos da prova que são o meio, elemento e instrumento e que lhe conferem validade e eficácia, cumprindo ainda discorrer sobre os meios legais de prova e os meios legais de prova previstos no Processo do Trabalho, bem como tratar do procedimento probatório, finalizando com a necessidade de valoração e valorização da prova, bem como demonstrando o destinatário e a finalidade da prova.

O quarto capítulo, aprofunda o estudo da prova, apontando como dogmaticamente e estaticamente é feita a distribuição do ônus da prova, disposta no art. 818 da CLT, mostra a necessidade de distribuir o encargo probatório conforme o caso concreto, pelo que se propõe aplicar a Inversão do Ônus da Prova, conforme se realiza no âmbito do Direito Consumerista, onde ocorre a Inversão do Ônus do probatório.

No capítulo quinto, propõe-se a aplicação da doutrina do jurista argentino Jorge Walter Peyrano que trata da Doutrina da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, por intermédio da qual ocorre a distribuição dinâmica do ônus probatório à parte que se encontrar

apta ou em melhores condições de produzir referida prova, mostrando-se, ao final, que ambas (Inversão e Distribuição Dinâmica) devem ser aplicadas ao Processo do Trabalho, para possibilitar melhores meios de defesa do empregado no processo, dada a sua hipossuficiência também em matéria probatória.

Na conclusão faz-se uma síntese de todas as questões apontadas, indicando a necessária utilização da inversão do ônus da prova e da distribuição dinâmica do ônus da prova, como possibilidade de concretização do Direito do Trabalho, ao possibilitar que o empregado tenha acesso às provas dos fatos em que se funda seu pleito.

2 A FUNÇÃO PROTETIVA DO DIREITO MATERIAL DO TRABALHO

Toda atividade humana com um fim produtivo que demande consumo de energia, física ou intelectual, compõe o trabalho e se fez presente na vida do homem ao longo de toda a sua existência, sendo que “o trabalho humano é noticiado em toda a história da humanidade”. (BENEVIDES, 2013, p. 19).

Desde os primeiros registros históricos da presença do homem na terra, é possível evidenciar a ocorrência do trabalho humano. Em Gênesis 2, 19, constata-se a ordenação ao homem, após o ato do pecado, de que no suor do rosto, ele tiraria seu sustento “o teu pão”, culminando na ideia de que o trabalho seria um castigo de Deus ao homem, logo no início da sua existência. Ressalte-se que o trabalho, ainda que não humano, aconteceu antes mesmo de Adão e Eva, pois “sustenta-se que os primeiros trabalhos foram os da Criação” (BARROS, 2009, p. 53), quando o mesmo livro de Gênesis traz a narrativa de que “Deus acabou no sétimo dia a obra que tinha feito; e descansou...” (Gn 2, 2), confirmando desde sempre a presença do trabalho nos registros históricos mais remotos ainda que não humano e logo posteriormente, o registro do trabalho humano.

Passada a citação bíblica, já o homem primitivo empregava sua energia na caça, em busca do alimento que permitiria tirar seu sustento e continuar sua existência. O homem medieval dirigia seu esforço humano em troca de alimento e da segurança que lhe dava o dono do feudo. Ou seja, também buscava por meio do uso e consumo da sua força física, um modo de alimentar-se e manter-se vivo oferecendo em troca o seu trabalho, podendo-se concluir, assim, que “toda a energia humana, física ou intelectual, empregada com um fim produtivo, constitui trabalho”. (SUSSEKIND, 2004, p. 3).

Evidencia Arnaldo Sussekind (2004, p. 4-5) “que no curso da história, a prestação de serviço humano tomou diversas formas, gerando importantes instituições jurídicas para a época, com remarcados reflexos econômicos, sociais e políticos”, citando à título de exemplo o Código de Hammurabi, adotado na Babilônia no século XXI a.C, dispendo sobre as condições para a prestação do trabalho, inclusive sobre salários, organizando e distribuindo o trabalho em várias profissões, tratando da aprendizagem, etc.

No período Greco Romano, o trabalho detinha uma conotação material, tendo sido reduzido ao status de mercadoria e de coisa, o que possibilitou o surgimento da escravidão, da “coisificação do trabalho humano”. (NEVES. 2012. p. 20). Aos nobres a contemplação e a razão. Aos escravos o trabalho braçal e penoso.

Tal conceito perdurou durante muito tempo, até que com a chegada do Renascimento o trabalho passou a ser visto como “verdadeira essência humana” (BARROS, 2009, p. 54) e passou a se constituir em ato de vontade livre do homem.

E nesse contexto, importa destacar que o trabalho humano tratado na presente dissertação, é o trabalho que surgiu após o término do período da escravidão, chamado de trabalho assalariado, pressuposto para o surgimento do trabalho subordinado, tutelado pelo Direito do Trabalho.

2.1 Evolução Histórica do Direito do Trabalho no Brasil e no Mundo - Breves Considerações

O trabalho livre assalariado, de forma relevante nos fins da idade média e início da idade moderna, com a decadência do feudalismo, apesar de livres, os trabalhadores não detinham os meios de produção. Eles precisavam trabalhar para sobreviver, e passaram a ofertar a sua força de trabalho em troca de uma contrapartida econômica, fazendo surgir a relação empregatícia (BENEVIDES, 2013, p. 19), que consistia em relações havidas entre quem trabalhava e quem detinha os meios de produção.

Hodiernamente, designa-se relação de trabalho, de caráter genérico, a relação jurídica que acomoda todas as formas de pactuação de prestação de trabalho, consubstanciada em *labor humano*. Engloba a relação de emprego, o trabalho autônomo, eventual, avulso e o estágio. Diz-se ser aquele o Gênero do qual estes são Espécies. (DELGADO, 2011, p. 275).

A relação de emprego, que será a abordada no presente estudo, é uma modalidade específica de relação de trabalho, considerada a modalidade mais relevante de pactuação de prestação de trabalho dos últimos 200 anos, caracterizando-se pela presença de elementos fático-jurídicos e preenchimento dos requisitos da pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação. (DELGADO, 2011, p. 276-295).

Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado (2011, p. 62), afirma que a relação de emprego é núcleo fundamental do Direito do Trabalho e ganhou notável potencial de criação de relações socioeconômicas e jurídicas, somente após a ocorrência do trabalho livre, partilhando harmoniosamente dessa perspectiva, José Martins Catharino (1982, p. 4) ao afirmar que “como direito e liberdade não existem separadamente, a formação do Direito do Trabalho pode ser considerada um capítulo da história da liberdade humana”.

Ressalta referido autor (CATHARINO, 1982, p. 03) que não há que se falar em Direito do Trabalho na Antiguidade, na Idade Média, e mesmo antes do Século XVIII, pois o Direito

do Trabalho sequer poderia ser imaginado e “falar em trabalho humano nessas épocas tão longínquas é o mesmo que falar na pré história do Direito”. Épocas em que “não era possível ao Direito do Trabalho sequer gestar-se e desenvolver-se”. (DELGADO, 2011, p. 88).

Por essa razão é cientificamente desnecessária a busca de manifestações justralhistas em sociedades anteriores à sociedade industrial contemporânea. Nas sociedades feudais antigas, a categoria do trabalho subordinado, pode, eventualmente, ter surgido – como singular exceção -, mas jamais erigiu-se em categoria socialmente dominante, a ponto de poder gerar um fenômeno de normatização jurídica abrangente como Direito do Trabalho. O Direito do Trabalho é, desse modo, fenômeno típico do século XIX e das condições econômicas, sociais e jurídicas ali reunidas. (DELGADO, 2011, p. 87).

Assim, o trabalho desde sempre esteve presente na humanidade, mas somente a partir do trabalho assalariado, foi que passou a ter significativa importância, possibilitando o surgimento do Direito do Trabalho.

“Poucos opressores e muitos oprimidos sempre houve” (CATHARINO, 1982, p. 4) e o tipo de grau de opressão é que sempre variou, como ainda varia, no tempo e no espaço em função do progresso da civilização, da cultura e dos ditames do capitalismo. E é a essa opressão que o Direito do Trabalho buscou desde sempre combater, inibir e extirpar do seio social. Com exceção do último objetivo, o Direito do Trabalho tem alcançado os demais, com algum êxito.

Foi a partir de 1775, com a Revolução Industrial que se criou o regime do contrato de trabalho formalmente(não realmente) livre. A Primeira Revolução Industrial¹ teve como fator fundamental e irradiante a introdução da máquina à vapor na produção industrial, e, desde então, sua influência jamais cessou. Contudo, deu início ao surgimento do capitalismo e a concentração de pessoas. (CATHARINO, 1982, p. 8).

Essa concentração de pessoas, formada a partir da “Revolução Industrial acarretou mudanças no setor produtivo e deu origem à classe operária, transformando as relações sociais” (BARROS, 2009, p. 63), daí a importância do Direito do Trabalho para todo o Mundo, pois este ramo autônomo do Direito visa atender as demandas sociais inseridas na humanidade após a Revolução Industrial, propiciada pelo sistema capitalista e pelo trabalho livre, como já se disse.

¹Ensina José Martins Catharino(1982, p.8-10) a Primeira Revolução Industrial teve como característica a introdução da máquina na produção industrial, a Segunda Revolução Industrial, a utilização da energia atômica, com a cibernética e com a conquista do espaço cósmico. A Terceira Revolução Industrial se caracteriza pela utilização de várias fontes de energia (antigas e novas): petróleo, energia hidrelétrica, nuclear, eólica, etc. (SUA PESQUISA, 2013).

Na época da citada Revolução Industrial vigia a lei do bronze, que considerava o trabalho como uma mercadoria, e seu preço era determinado pela livre concorrência que convergia a baixá-lo ao máximo, de maneira que se aproximava do custo da produção, tendendo a fixá-lo a um nível próximo ao mínimo de subsistência. (BARROS, 2009, p. 64).

Na verdade, por ser o trabalho livre considerado a comprovação da liberdade do homem, o Estado não poderia intervir, sob pena de ferir a autonomia da vontade, tão presente no Estado Liberal. Sussekind e outros (2005 p.86) afirmam que “a liberdade de contratar não dava meios ao operário, premido pela fome, a recusar uma jornada que muitas vezes se estendia durante quinze horas, tendo miserável retribuição”.

Nessa época (Revolução Industrial), o salário e as condições de trabalho eram determinados pelo empregador, gerando abusos na relação de trabalho, pois o Estado apenas observava os acontecimentos, transformando-se por tal fato, num instrumento de opressão contra os empregados, que eram os menos favorecidos na relação estabelecida entre detentor de mão de obra e detentor dos meios de produção.

O Estado se portava como simples observador dos acontecimentos e, por isso, transformou-se em um instrumento de opressão contra os menos favorecidos, colaborando para a dissociação entre capital e trabalho. (...) Ao mesmo tempo, a “grande indústria” reuniu os operários que se sentiam incorporados a um “grupo profissional”.

O conflito entre o coletivo e o individual ameaçava a estrutura da sociedade e sua estabilidade. Surge daí a necessidade de um ordenamento com um sentido mais justo de equilíbrio. (BARROS, 2009, p. 65).

As condições ultrajantes de trabalho, a total ausência do Estado pós Revolução Industrial e a reunião dos empregados num mesmo espaço, ensejaram “a união dos trabalhadores dos países industrializados na luta contra o liberalismo econômico (...)” (SUSSEKIND, 2004, p. 11-12), podendo-se afirmar que as causas originárias do intervencionismo estatal se fizeram presentes a partir do surgimento dos movimentos de massas, propiciados pelo agrupamento desses empregados nas indústrias, florescimento do sentimento de coletividade e também de solidariedade entre os trabalhadores de modo que “o Estado precisava intervir em favor daqueles que não tinham outra sorte de proteção” (BARROS 2009, p. 66), realçando o fim precípua do Direito do Trabalho que é a proteção ao trabalhador e que será abordado à frente.

Para Arnaldo Sussekind (2004, p. 13), o Direito do Trabalho é um produto da reação verificada a partir da Revolução Industrial, se intensificando no século XIX, contra a exploração dos assalariados por empresários, pelo que se conclui que o Direito do Trabalho

tem o condão de proteger o trabalhador contra a opressão perpetrada pelo empregador. Nasce da opressão praticada pelo empregador contra o empregado e a necessidade de protegê-lo (trabalhador).

Nesse sentido, ensina Márcio Túlio Viana (2013, p. 25) que a fábrica reuniu os trabalhadores, que somavam suas dores e multiplicavam seus sonhos e que os próprios trabalhadores - por meio do sindicato - produziram o Direito que lhes servia.

Cabe destacar a afirmação de Maurício Godinho Delgado que enfatiza que o Direito do Trabalho também é produto do capitalismo (DELGADO, 2011 p. 78), reforçando a assertiva de que para além do trabalho livre, também o modo capitalista de produção, que surgiu após a Revolução Industrial, influenciaram definitivamente a vida dos trabalhadores e propiciaram o surgimento do Direito do Trabalho.

A existência de tal ramo especializado do Direito supõe a presença de elementos socioeconômicos, políticos e culturais que somente despontaram de forma significativa e conjugada, com o advento da evolução capitalista. (DELGADO, 2011, p. 78).

Assim, as circunstâncias das quais sobreveio o Direito do Trabalho foram verificadas somente a partir do trabalho livre e da prática do modo capitalista de produção, que culminaram na extenuante exploração da força de trabalho ocorrida com a Primeira Revolução Industrial quando se constata, a partir das sementes ali lançadas, as primeiras manifestações que desencadearam o nascimento desse ramo específico. (BENEVIDES, 2013, p. 19).

Hoje, diferentemente daquela época e graças ao Direito do Trabalho e à sua evolução, mesmo nos países de economia extremamente capitalista², os empregadores devem observar um mínimo de condições de proteção ao trabalhador, impostas pelos respectivos sistemas jurídicos que “impõem aos empregadores a observância de certas condições de proteção ao trabalhador, editadas pelo Estado ou estipuladas nos instrumentos de negociação coletiva, da qual participam os sindicatos”. (SUSSEKIND, 2004, p. 12). Contudo, o que se percebe é que sem a proteção do Direito do Trabalho, o sistema capitalista tende a minar as forças dos trabalhadores, pois sob a perspectiva do capital e do trabalho, o capital pretende sempre levar

² À título de exemplo, cita-se a China, mundialmente conhecida pelas más condições de labor e jornadas extenuantes, baixas remunerações e que a partir do Plano Legislativo (1995/2010), passou a estabelecer critérios de promoção do emprego, jornadas de trabalho, salários, segurança e saúde, dentre outros. (EÇA; MAGALHÃES, 2012, p. 538) No mesmo sentido, a cita-se a Lei n. 07 de 2008, da Região Administrativa de Macau, denominada Lei das Relações de Trabalho (MACAU, 2008)

vantagem sobre o trabalho, fazendo-se necessária a constante presença do Direito do Trabalho nessa relação, a fim de equilibrá-la.

No Brasil, o trabalho livre ocorreu somente após a abolição da escravatura com a assinatura da Lei Áurea em 1888, quando então surgiram os primeiros movimentos e legislações esparsas sobre esse ramo que culminaram mais tarde, na Consolidação do Direito do Trabalho no Brasil - CLT- Decreto Lei n.º 5.452, de 1º de Maio de 1943. (DELGADO, 2011, p. 105).

Nesse ano o ramo especializado do Direito do Trabalho como Justiça Especializada Trabalhista já havia se desenvolvido formalmente e apesar de alguns direitos trabalhistas já terem sido citados em constituições anteriores, como a Constituição do Império de 1824 que assegurou a liberdade de trabalho, a Constituição de 1891 assegurou a liberdade de associação, a Constituição de 1934 estabeleceu a promoção e amparo da produção e assegurou proteção social do trabalhador e a Constituição de 1937 que elevou o trabalho como dever social (BARROS, 2009, p. 70-72), a Constituição de 1988 (BRASIL, 2013b), não constou expressamente qualquer Princípio atinente à Especializada laboral. Nessa ordem manteve o asseguramento de direitos, como férias, salário mínimo e etc, como vinha sendo feito nas constituições anteriores.

Mas a Constituição de 1988, apesar de não constar princípio expresso relativo ao Direito do Trabalho, fez constar entre os fundamentos da República os valores sociais do trabalho, bem como a dignidade da pessoa humana, sendo que ainda o artigo 170 da mesma Constituição, ao elencar os princípios gerais da atividade econômica, estabelece a valorização do trabalho humano, a justiça social, a função social da propriedade e a busca do pleno emprego, faz constar, assim, o respeito ao ser obreiro e aos princípios constantes em legislações esparsas que cercam o Direito do Trabalho. (SUSSEKIND, 2004, p. 12).

A Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada em 1º de maio de 1943, apesar de ter sofrido a revogação de alguns de seus dispositivos legais³ pela Constituição de 1988, foi recepcionada, por esta, em sua grande maioria e, talvez, por isso mesmo, não tenha a

³ Artigos 59, § 1º e 61, § 2º CLT que estabelece que adicional de horas extras agora de 50% (CF, 7º, XVI) e não mais 20 ou 25%. Artigos. 84 a 86, considerando que o salário mínimo é nacionalmente unificado (CF, 7º, IV), não havendo mais que se falar em regiões, zonas e subzonas previstas na CLT. Também o artigo 487, I da CLT que estabelece aviso prévio de 8 dias, que no Texto constitucional abrigou o aviso prévio mínimo de 30 dias e recentemente teve sua norma regulamentadora para cuidar da proporcionalidade do aviso prévio previsto no art. 7º da C/88. Ainda os artigos 477, “caput”, 478 e 492 que estabeleciam regras válidas no sistema anterior da estabilidade decenal e sendo substituídos pelo FGTS (CF, 7º, I, e ADCT, 10, I) substituídos pelo FGTS. Artigo 503 da CLT que não se admite mais redução de salário por “força maior” ou “prejuízos devidamente comprovados”, mas apenas por negociação coletiva (CF, 7º, VI) e o título V (organização sindical) que estabelece que todos os artigos que possam restringir a autonomia sindical são incompatíveis com o texto constitucional (CR, 8º, I).

Constituição externado os princípios dessa Especializada sucintamente. Se não mais, o Direito do Trabalho “possui, não só princípios, objeto, instituições e normas próprias, mas também fontes peculiares e, em alguns países, como no Brasil, até jurisdição especial para dirimir os litígios que lhe concernem. Aí estão, sem dúvida, todos os elementos afirmadores de sua autonomia” (SUSSEKIND, 2004, p. 90) e que justificariam (?) a ausência da expressa menção de princípios constitucionais informadores dessa Especializada no texto Constitucional.

Sobre o surgimento da CLT, afirma Márcio Túlio Viana (2013, p. 62) que “a CLT não é só nossa, inventada por nós” e que muitas de suas normas vieram de longe, construídas pelos trabalhadores europeus e chegaram suadas, sofridas, carregadas de sangue, mostrando que os direitos trabalhistas foram alcançados por meio de muita luta. Resistências essas, que não poderiam ficar esquecidas. Idéias das quais a presente autora se filia.

Destaca ainda Márcio Túlio (2013, p. 51-60) “que a CLT nasceu num dia de festa” “com direito ao foguetório e banda de música” se reportando à festa ocorrida em 1º de Maio de 1943 na Esplanada do Castelo no Rio de Janeiro, para o discurso do então Presidente Getúlio Vargas, que falou “dos sindicatos, da Justiça do Trabalho, da Previdência Social, dos restaurantes populares... e , no meio de tudo, da CLT”. “E assim, todo o passado de lutas se escondia. Apagava-se a memória dos anarquistas, socialistas e comunitas - ou mesmo a de velhos líderes ligados à Igreja. A voz das greves - que já não era tão forte - se perdia.” (VIANA 2013, p. 51-60).

Em outro sentido, ensinam Miracy Barbosa Gustin e Sielen Barreto Caldas (2010, p. 429-433) que o atraso na indústria brasileira na década de 40 e a exiguidade de trabalhadores urbanos, somados à necessidade de uma economia internacional que exigia um setor periférico que não trabalhasse apenas com produtos primários, culminaram não na conquista, mas na concessão dos direitos trabalhistas por Vargas, “que em troca esperava que os trabalhadores se portassem ordeiramente e não fizessem quaisquer exigências”. (GUSTIN; CALDAS, 2010, p. 433).

O entendimento das autoras também é rebatido por Luiz de Pinho Silva (1999, p. 29), ao afirmar que no Brasil, “o Direito do Trabalho não foi, como querem alguns, simples dádiva do poder”, exemplificando com a edição da Lei 3.724 de 14 de janeiro de 1919, resultante de uma greve geral e conseqüente agitação operária em São Paulo.

As autoras não negam as agitações operárias anteriores ao surgimento da CLT, mas que ao final, com a concessão dos direitos trabalhistas pelo Estado, “esvaziou a movimentação intensa dos trabalhadores das fases anteriores”. (GUSTIN; CALDAS, 2010, p. 428).

Sob esse aspecto conclui Márcio Túlio Viana (2013, p. 62) que “nem importa saber se ela foi doação ou exigência, mesmo porque já não é tudo o que foi, nem seus personagens são como antes”, mas ainda se mostra necessária na efetivação da proteção dos trabalhadores, assim como toda a legislação laboral.

Na verdade, o Direito do Trabalho, além de instrumento de proteção ao empregado é um instrumento de Política e Pacificação Social. O capital é necessário. A força de trabalho é necessária. Deve haver uma convergência, um meio termo entre eles, de modo que atinjam os fins desejados a ambas as partes, para que a paz social seja alcançada, uma vez que é isso (também) que o Direito do Trabalho persegue, como afirmam Sussekind e outros (2005, p. 100).

Assim, ao se perquirir o nascimento do Direito do Trabalho, no cenário internacional, tem-se que o mesmo surgiu a partir do trabalho livre, mas explorado pelo modo de produção capitalista e que necessitava (como ainda necessita) ser tutelado pelo Estado, por meio do Direito do Trabalho. Surgiu ainda a partir da aglomeração de pessoas nos centros industriais a partir do aparecimento da máquina a vapor acompanhada da Revolução Industrial, que deflagrou no aparecimento da classe operária, da inicial e total ausência do Estado, pois vivia-se sob a égide do Estado Liberal e a conseqüente necessidade de proteger o homem trabalhador da exploração do detentor do capital. No Brasil, os primeiros movimentos foram notados após a abolição da escravatura, leis e Consolidação das Leis do Trabalho em 1943 no Governo de Getúlio Vargas.

Nesse compasso, o ser obreiro precisava ser protegido da exploração naturalmente tendente a se instalar e se intensificar “por” e “pelo” capital.

2.2 O Direito Material do Trabalho

Existem duas correntes que explicam o motivo ensejador do surgimento da sociedade - a origem da organização social - caracterizada como o agrupamento de pessoas com interesses comuns. A primeira delas (corrente majoritária), concebe a sociedade como fruto da própria natureza humana, chamada de sociedade natural, na qual o homem é, por natureza, um ser associativo, expresso por Dallari (2012, p. 3) como “o produto da conjunção de um simples impulso associativo natural e da cooperação da vontade humana”.

A segunda corrente defende a formação da sociedade como sendo o produto de um acordo de vontades, em que um contrato é firmado entre os homens, estabelecendo a vida em sociedade. Essa corrente se fundamenta nos moldes dos ideais de Rousseau, expressos em “O

Contrato Social” sendo que nesta sociedade, cada associado aliena seus direitos individuais a favor de toda a comunidade, podendo-se inferir que “é a vontade, não a razão humana, o fundamento da sociedade”. (DALLARI, 2012, p. 23).

Contudo, é importante destacar que apesar de origens distintas para tal agrupamento, em ambas as correntes, o homem tem como intento a busca pela harmonia entre os indivíduos e a satisfação de suas necessidades materiais. O homem procura unir esforços visando realizar coletivamente atividades e atingir objetivos que jamais seriam alcançados individualmente. Por “ter consciência de sua condição e do seu estado” (DALLARI, 2012, p. 16), o homem sabe que, somente vivendo em sociedade pode lograr êxito na busca de tais objetivos.

Dessa forma, o homem convive com outros, estabelecendo relacionamentos de várias naturezas, que somente se tornam possíveis por meio da instauração de regras disciplinadoras de conduta e de como proceder em todos os níveis e naturezas desses relacionamentos.

A partir dessas relações e dessas regras disciplinadoras de comportamentos e, considerando o interesse do Estado na conservação da harmonia social, são criadas regras jurídicas para vinculação formal das pessoas, para perpetuação desse Estado e atendimento dos interesses e necessidades dos homens que o compõe.

A esse conjunto de regras, criadas pelo Estado, disciplinadoras da vida do homem na sociedade, pautando suas condutas e balizando as relações jurídicas, chama-se direito material, que em sentido objetivo, é o conjunto das regras criadas pelo Estado disciplinadoras da vida do homem na sociedade, que prevêm situações abstratas e passíveis de ocorrência no mundo natural. (FERREIRA, 2006).

No mesmo sentido, pode-se afirmar que o direito material “encontra a sua fonte substancial nos fatos sociais, políticos, econômicos, culturais, éticos e morais de determinado povo, em determinado momento histórico” (LEITE, 2010, p. 48) e constituem no arcabouço jurídico de determinado povo.

A denominada norma material equivale a comandos de direitos, os quais, no Direito Democrático, são criados pelo Processo Legislativo, estabelecendo critérios do *ser*, *haver*, *ter*; para que, em caso de julgamento, possa o julgador decidir o *jus in persona* (direito pessoal) ou *jus in re* (direito real). Embora entendamos que todo direito é pessoal, o direito material expressa-se num **bem da vida jurídica**, corpóreo ou incorpóreo, que, no âmbito do debate jurisdicional, será o objeto para cuja proteção se requer um provimento (sentença). (LEAL, 2009, p. 126-127). (Grifos do autor).

Dessa forma, tem-se que o direito material é formado a partir da materialização do direito objetivo, por meio dos atos jurídicos, que não se constituem de maneira alguma,

taxativamente, nas leis em sentido estrito. Trata-se o direito material do arcabouço jurídico e das normas de conduta do dever ser, criadas pelo Estado e que orientam as relações de uma sociedade específica.

Lado outro, o Direito é dividido em ramos específicos, dada a especialidade e autonomia de cada um deles. Sendo que no presente estudo, o tema que será tratado, encontra-se inserido no ramo do Direito do Trabalho.

No intuito de melhor conduzir o leitor, cumpre esclarecer que o Direito do Trabalho se divide em Direito Material e Direito Processual do Trabalho. O Direito Material, por sua vez, se divide em Direito Individual e Direito Coletivo, destacando que no presente estudo, será tratado tão somente o Direito Individual do Trabalho. Quando se passar ao estudo do ônus da prova, de temática processual, o mesmo será feito considerando a defesa individual e não coletiva (ações coletivas, por exemplo) nos processos.

Assim, considerando o Direito Material do Trabalho, tão somente sob o aspecto do direito individual, tem-se por defini-lo como “complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam, no tocante às pessoas e matérias envolvidas, a relação empregatícia de trabalho além de outras relações laborais normativamente especificadas”. (DELGADO, 2011, p. 51).

Dessa forma, tem-se que o Direito Material do Trabalho, é composto pela proteção Constitucional, mediante os artigos destinados à proteção dos direitos trabalhistas na Constituição (arts. 6º, 7º, 8º CR/88). É composto ainda pelas legislações trabalhistas esparsas, dentre elas se destaca a Consolidação das Leis do Trabalho. Têm-se ainda as Súmulas, as Orientações Jurisprudenciais, proferidas pelos Tribunais Regionais e Superiores do Trabalho. Mencionam-se também os Decretos Legislativos promulgados pelo Congresso Nacional e que aprovam os Tratados, Convenções e Protocolos Internacionais sobre Direito do Trabalho, passando a integrar a legislação nacional. Elencam-se, as normas de Segurança editadas por meio de Portarias Ministeriais, sempre com vistas à garantir um ambiente ecologicamente equilibrado aos empregados, inserindo segurança e higiene no ambiente de trabalho e contribuindo para garantir a dignidade humana do trabalhador. Citam-se por fim, os Princípios Especiais do Direito do Trabalho, os Regulamentos, os Acordos e as Convenções Coletivas, sendo que estes dois últimos, apesar de se tratarem de institutos jurídicos pertencentes ao

Direito Coletivo, integram suas melhorias ao contrato individual do trabalho, sendo, dessa forma, também fontes⁴ do Direito Individual do Trabalho.

Esclareça-se que o rol acima não é taxativo, mas demonstra que o Direito Material do Trabalho consiste no emaranhado de normas jurídicas (regras e princípios) que visam garantir, precipuamente os direitos trabalhistas já conquistados, concorrendo, paralelamente e primeiramente à proteção do ser obreiro que, conforme já se constatou, teve sua força de trabalho explorada pelo capital ao longo da história e, por ser o hipossuficiente economicamente na relação de trabalho, precisa constantemente buscar a proteção conferida pelo Direito do Trabalho, conforme será analisado.

2.3 Fundamentos para a Proteção

Por vezes, já se mencionou que o Direito do Trabalho nasceu a partir da exploração do trabalho humano e para proteger, resguardar e tutelar o homem trabalhador, que diante do poderio capitalista (leia-se econômico) não tem alternativa, individualmente, para valorar ou “negociar” sua força de trabalho, restando à ele simplesmente aceitar as condições impostas pelo empregador.

Por certo, o Direito Coletivo do Trabalho, concede a possibilidade de resistência dos trabalhadores, pois “a principal fonte material do Direito do Trabalho sempre foi a resistência coletiva - representada pelo sindicato” (VIANA, 1993, p. 6) que afeta diretamente o Direito Individual do Trabalho, por meio das melhorias negociadas, na medida em que essas conquistas alcançadas pelo Direito Coletivo (seja por meio de acordos coletivos, convenções coletivas e sentenças normativas), passam a integrar o contrato individual de trabalho. Contudo, conforme se indicou no item antecedente, o presente estudo não perpassa pelo Direito Coletivo, mas toca somente ao Direito Individual (seja material ou processual), sendo aqui, o ser obreiro, individualmente considerado.

De certo modo, nos dias atuais, o próprio Direito Coletivo passa por problemas de autonomia e afirmação, devido à flexibilização trazida pelo fenômeno da globalização. “A globalização gera competitividade e esta conduz à flexibilidade trabalhista (...), que tem enfraquecido as forças sindicais”. (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 72).

Nos dizeres de Márcio Túlio Viana, hoje, o sindicato se fragiliza.

⁴ Assevera Maurício Godinho Delgado que fontes do Direito designam a origem das normas jurídicas e se dividem em fontes materiais (momento da construção da regra; tipicamente jurídico) e fontes formais que designam os mecanismos e modalidades pelos quais o Direito se exterioriza e se manifesta (DELGADO, 2011, p.137-139)

Abalados pela crise, os sindicatos passam do ataque à defesa: com frequência, lutam apenas para não *perder*, e às vezes para *não perder muito*. Antes, as conquistas já feitas eram o ponto de partida; agora, podem ser a meta de chegada. O sindicalismo passa a ser mais *transaccional* e menos *conflitante*. (VIANA, 1993, p. 5-6).

Assim, apesar da sua importância para o Direito Individual do Trabalho e não por causa do seu “enfraquecimento” o Direito Coletivo do Trabalho não será aprofundado nesta dissertação, que trata do ser obreiro individualizado e submisso (sem direito de resistir isoladamente) aos ditames do capital, cujo simples consentimento e aceitação das condições impostas pelo empregador ocorrem em função dele necessitar do salário para sobreviver. Por meio do seu salário, o homem compra os itens essencialmente necessários para sua sobrevivência e da sua família.

No fundo, a verdade é que a flexibilização dos direitos trabalhistas, denominada como “Princípio da Flexibilização”, que se traduz na possibilidade de as partes (diretamente ou por meio dos sindicatos) estabelecerem, “a regulamentação de suas relações sem subordinação ao Estado (...) hábil a viabilizar supressão de direitos clássicos ou conquistados no curso de uma relação empregatícia vigente” (DELGADO, 1992, p. 29), atingiu o Brasil, tendo sido, inclusive autorizada no próprio texto Constitucional (artigos 7º, incisos XIII e XIV CR/88), ao permitir a negociação da jornada de trabalho, por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Quando se fala em “globalização, alude-se a um dos aspectos mais característicos de nossa época, que consiste na eliminação de sistemas protetores da produção nacional de cada país e no impulso para o livre comércio em todo o universo”. (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 70).

Essa competitividade desenfreada não pode ser buscada por meio da redução das condições de trabalho, pois existem limites que não podem ser ultrapassados, tendo em vista a condição humana do trabalhador. “O homem não pode ser tratado como uma coisa: deve ser sempre respeitado por sua própria dignidade. De modo que há limites intransponíveis que todos devemos respeitar e fazer respeitar”. (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p.74).

Não sem razão, como já se afirmou, a história do Direito do Trabalho nasceu com o trabalho livre e modo de produção capitalista. Contudo, sua evolução também se confunde com a própria evolução das práticas salariais efetuadas ao longo da história da relação de trabalho, pois “por ser o salário o principal, ou único, meio de subsistência do homem que trabalha, ele tornou-se um dos instrumentos para a prática da justiça distributiva e, portanto, para a consecução da justiça social” (SUSSEKIND, 2004, p. 401), estando presente um dos

motivos para a proteção conferida desde sempre ao empregado pelo Direito do Trabalho e que não pode ser minorada por meio da flexibilização das leis trabalhistas, pois o salário tem caráter alimentar e deve ser protegido pelo Direito do Trabalho.

Esse salário permite ao homem viver dignamente, suprimindo suas necessidades básicas, ainda que mínimas, bem como as necessidades da sua família.

Márcio Túlio Viana (2009, p. 112) em seu artigo intitulado *Da Greve ao Boicote: os vários significados e as novas possibilidades das lutas operárias*, transcreveu a afirmação de um empregado para um revista alemã, em meio a greve instalada e que assim dizia: “como operário, só possuo uma mercadoria para vender: minha força de trabalho” e no mesmo sentido afirma Roberto Santos (1993, p. 123-124) que o empregador dispõe conforme sua conveniência e necessidade das matérias primas, máquinas e produtos, podendo utilizá-los, vendê-los ou mesmo estocá-los conforme as variações da lei da oferta e da procura, enquanto o trabalhador não. Ele tem apenas uma mercadoria que é sua força de trabalho, que não pode ser estocada ou usada conforme ditames mercadológicos. Nem a idade, nem o desgaste natural do corpo e sua força física, ou a fome que lhe bate na barriga, esperam por melhores salários ou pela melhor negociação da sua força de trabalho. Nada lhe paga um prato de comida a não ser seu salário.

Na busca por sobrevivência, o trabalhador não tem opção para negociar sua mercadoria mais preciosa e a vende pelo preço e pela forma determinados pelo patrão e é nesse contexto de desigualdade que se firma o fundamento da Proteção (em sentido amplo) conferida ao trabalhador pelo Direito do Trabalho.

A relação havida entre trabalhador e empregador é extremamente desigual, sendo o trabalhador parte hipossuficiente dessa relação. A proteção aqui defendida não diz respeito ao salário em si, mas que o Direito do Trabalho visa proteger o trabalhador das condições precarizantes, indignas a que seres humanos (homens, mulheres e crianças) são submetidos, em razão da necessidade de recebê-lo.

De fato, o ser humano precisa ser o centro do ordenamento jurídico, tendo sua dignidade, sua saúde e todos os demais direitos tutelados pelo Estado e que aqui ganha relevo o Direito do Trabalho e a proteção ao ser obreiro, sob pena de flagrante desrespeito à dignidade do próprio ser humano, o que não pode coexistir, sobretudo num estado que se diz Democrático. “Urge pôr a economia a serviço da humanidade” (SUSSEKIND, 2004, p. 59) e não o seu oposto.

Para Maurício Godinho Delgado (2011, p. 58), o ramo justtrabalhista incorpora um “valor finalístico”, sendo que esse “valor consiste na melhoria das condições de pactuação da

força do trabalho na ordem socioeconômica” e descoisificação do trabalho humano (NEVES. 2012. p. 20).

Tal função decisiva do ramo justrabalhista realiza, na verdade, o fundamental intento democrático e inclusivo de desmercantilização da força de trabalho no sistema socioeconômico capitalista, restringindo o livre império das forças de mercado na regência da oferta e da administração do labor humano. (DELGADO, 2011, p. 58).

Considerando ainda que o mercado e o modo capitalista de produção fatalmente trazem deformidades socioeconômicas, o mesmo autor (DELGADO, 2011, p. 58) aduz que “o Direito do trabalho adquiriu o caráter de um dos principais mecanismos de controle e atenuação dessas distorções” e que para além disso, o Direito do Trabalho, com vias à realizar uma “função democrática e civilizatória (...) consumou-se como um dos mais eficazes instrumentos de gestão e moderação de uma das mais importantes relações de poder existentes na sociedade contemporânea, a relação de emprego” (DELGADO, 2011, p. 58), não podendo haver retrocessos na conquista dos direitos trabalhistas sob pena de aumentarem as distorções e desigualdades sociais.

Afirma por fim que “a relação de emprego consiste na categoria nuclear do sistema produtivo capitalista e ganhou notável potencial de criação de relações socioeconômicas e jurídicas correlatas” (DELGADO, 2011, p. 62), sobrelevando não só a relação de emprego (espécie), mas de toda e qualquer relação de trabalho (gênero), merecendo a efetivação pelo Estado da proteção conferida pelo Direito do Trabalho, sem reduções, sem desregulamentações e sem flexibilizações.

Apesar dos fundamentos para a proteção do Direito do Trabalho conferidos ao trabalhador que foram apontados, tem-se ainda que destacar os princípios da Isonomia e da Proteção que encerram os principais fundamentos que justificam a tutela desse ramo especializado ao trabalhador, conforme será analisado a seguir.

2.3.1 Princípios da Isonomia e da Proteção como Fundamento para a Função Protetiva do Direito Material do Trabalho

Antes de adentrarmos aos princípios específicos do Direito do Trabalho de que trata esse tópico, faz-se necessária uma introdução acerca da importância e função dos princípios para o Direito e em específico para o Direito do Trabalho.

Como etimologicamente a própria palavra indica, princípio quer significar o início, a base e, considerando a aplicação do conceito tão somente ao âmbito jurídico, necessário

complementar que princípio quer significar a base de determinado sistema jurídico ou de um país ou de um ramo específico do direito. (SILVA, 1999, p. 11).

Já foi defendido por essa autora, que os princípios são núcleo do ordenamento jurídico, que atuam como diretriz fundamental do dever-ser e servem de inspiração para a criação, interpretação e aplicação das regras jurídicas vigentes (NUNES; PEREIRA, 2012, p. 101) e no mesmo sentido, ensina Cleber Lúcio de Almeida (2009, p. 169) “que os princípios são diretrizes fundamentais do ordenamento jurídico, impositivas de dever-ser e orientadoras da criação, interpretação e aplicação de regras jurídicas”.

Contudo, a definição do que venha a ser princípio e que melhor e mais completamente conceitua esse instituto, é a definição apresentada por Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição que se irradia sobre diferentes normas, compondo lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (MELLO, 1992, p. 537-538).

Dessa forma, todos os princípios constituem norma jurídica⁵, cumprindo destacar existência de espécies de princípios jurídicos, sendo assim caracterizados como: Princípios Gerais de Direito e “Princípios Especiais” (SILVA, 1999, p. 15) relativos à cada ramo específico do Direito em que atuam.

Nessa esteira, os princípios gerais do direito são “os alicerces e as vigas mestras do edifício jurídico” (REALE, 1991, p. 311), norteadores de todo sistema jurídico de um país, e dessa feita, o ordenamento jurídico brasileiro estabelece no art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil (BRASIL, 2013c) que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Os Princípios Especiais, são aqueles princípios específicos de cada ramo jurídico particular, como os princípios que atuam sobre o Direito Administrativo, o Direito Penal, dentre outros, destacando no presente estudo, os Princípios Especiais do Direito do Trabalho, que por sua vez, lhe são peculiares, dada a natureza típica desse ramo jurídico.

E não seria por outro motivo que Maurício Godinho Delgado define o Direito Material do Trabalho como “o complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam a relação empregatícia de trabalho e outras relações normativamente especificadas” (DELGADO, 2011, p. 51), o que comprova presença de princípios peculiares à sua natureza.

⁵Ensina Eros Roberto Grau (2003, p. 45) que a norma jurídica é gênero que alberga, como espécies regras e princípios.

Os princípios especiais de determinado ramo jurídico imprimem unidade e coesão ao referido ramo, o que será comprovado ao se analisar as disposições quanto aos Princípios Especiais do Direito do Trabalho.

O art. 8º da CLT determina às autoridades administrativas e à Justiça do Trabalho, na falta de disposição legal ou contratual, decidirem, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, mas principalmente do Direito do Trabalho. Determina ainda decidirem de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, desde que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Em caso de existirem princípios gerais de direito e Princípios especiais incidindo em um mesmo caso, o parágrafo único do referido artigo determina que “o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”.

Dessa forma, não há que se falar em conflito ou inaplicabilidade dos Princípios Gerais do Direito à Especializada Laboral, desde que sejam aplicados supletivamente aos seus Princípios Especiais e desde que sejam compatíveis com este.

Nesse contexto e voltando ao tema do presente capítulo que trata da função protetiva do Direito Material do Trabalho, cumpre fazer o estudo de dois princípios atinentes ao tema, que se complementam para o objetivo aqui pretendido, sendo o Princípio da Isonomia que se inclui nos Princípios Gerais do Direito e o Princípio da Proteção presente no Direito do Trabalho.

2.3.1.1 Princípio da (Des)Igualdade

O artigo 5º da Constituição de 1988, estabelece em seu *caput* o Princípio da Igualdade ou Isonomia, ao dispor que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, bem como em seu inciso I, estabelece a igualdade entre homens e mulheres.

Referido Princípio prevê a igualdade de capacidades e de possibilidades abstratas dos cidadãos, incluindo os trabalhadores, gozarem de tratamento isonômico dispensado pela lei.

E dessa forma, “dar tratamento isonômico às partes, significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na exata medida de suas desigualdades”. (NERY JUNIOR, 2004, p. 72).

Elenca ainda a Constituição em seu artigo 3º, inciso III, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a redução das desigualdades sociais, que

coaduna com os fins do Direito do Trabalho, objetivando reduzir a desigualdade existente entre trabalhador e empregador em primeiro plano, e num segundo plano, reduzir a desigualdade social, buscando, assim, a paz social.

Diante da hipossuficiência econômica do empregado frente ao seu empregador, deve-se destacar que o Direito do Trabalho, por ser especial, distingue-se do direito comum, sobretudo porque, este pressupõe a igualdade das partes, enquanto o Direito do Trabalho pressupõe uma desigualdade que visa a corrigir com desigualdades de natureza jurídica. (SUSSEKIND, 2004, p. 111).

Ademais, afirma Américo Plá Rodríguez (2000, p. 80) que “todo o Direito do Trabalho nasceu sob o impulso de um propósito de proteção. Se este não tivesse existido, o Direito do Trabalho não teria surgido”. E continua sua afirmação conferindo destaque para a desigualdade estabelecida na relação entre empregado e empregador ao dispor que o Direito do Trabalho “surgiu com o preciso objetivo de equilibrar, com uma desigualdade jurídica favorável, a desigualdade econômica e social que havia nos fatos”.

Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho, a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes. (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 83).

Dessa forma, não há como conceber o Direito do Trabalho e sua função protetiva sem lhe reconhecer a aplicação do Princípio da Igualdade, tratando o empregado desigualmente do seu patrão, na medida da sua desigualdade, vez que o próprio Direito do Trabalho, com seus institutos, princípios e normas em geral, declarou abertamente proteger o homem trabalhador, parte hipossuficiente, pelo que deve distribuir tratamentos distintos à empregado e empregador, em razão dessa desigualdade, que em sendo alcançada, significa igualá-los juridicamente. Aplica-se a desigualdade como condição *sine qua non* para a igualdade. Por isso designou-se esse tópico por Princípio da (des)Igualdade.

Nesse sentido, ensina Adriana de Sena:

[...] há de lembrar também que tratar como iguais sujeitos que econômica e socialmente estão em desigualdade não é outra coisa senão uma ulterior forma de injustiça, reproduzindo exclusão que a parte hipossuficiente vivencia na relação de direito material diuturnamente. Assim, “justo é tratar desigualmente os desiguais, na mesma proporção em que se desiguam, e o favorecimento é qualidade da lei e não defeito do juiz, que deve aplicá-la com objetividade”. (SENA, 2010, p. 158).

A desigualdade na relação entre empregador e empregado se faz presente em razão do empregador deter os meios de produção e tentar atingir sempre o máximo de lucro. Lucro esse que “entorpece, torna torpe a produção pela produção, porque é o lucro pelo lucro” (RENAULT, 2011, p. 40), sendo totalmente deixados de lado a dignidade do trabalhador e o respeito às condições mínimas de trabalho e subsistência.

Não sem razão, empregadores expõem trabalhadores à situações humilhantes, degradantes e vexatórias. Mulheres(empregadas) mais comumente são vítimas de assédio sexual, sendo hoje muito comum as ações da Justiça do Trabalho de empregados (homens e mulheres) perquirirem indenizações por assédio moral. O empregador pensa que tem direito sobre seus empregados. Considera-se um ser superior e por isso mesmo comete abusos contra seus empregados.

A relação nasce desigual e assim se perdura no tempo e no espaço.

O empregador tem a certeza de que pode não pagar horas extras, ou adicional de insalubridade, ao seu empregado, porque sabe que ele precisa pagar aluguel, comprar leite para colocar em casa e não oferecerá resistência à sua ordem. E mais uma vez, o empregador age assim, por se sentir em posição superior ao “seu” empregado.

Ressalta ainda Alice Monteiro de Barros (2009, p. 97) que o Direito do Trabalho, possui algumas funções como econômica, conservadora e tutelar, sendo que “a função de tutela dá-se em relação ao trabalhador, fruto da sua condição de hipossuficiente”, não restando dúvida que o Direito do Trabalho deve ser protetivo sim, em relação ao empregado, dada sua hipossuficiência econômica, para igualar juridicamente empregado e empregador, por meio da aplicação do presente Princípio.

Não existe paridade de armas na relação instalada entre empregado e empregador, prevalecendo o famoso jargão do “manda quem pode e obedece quem tem fome”, adequando-o à realidade trabalhista.

O homem tem necessidade de trabalhar para se manter e custear as necessidades mínimas para sua sobrevivência. O que significa dizer que sem autonomia, o homem aceita as condições de trabalho que lhe forem impostas, necessitando assim da intervenção do Estado na economia, sob pena de se chegar à exploração total do homem e da sua força de trabalho.

O Professor e Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault, (2011, p. 38) em seu artigo intitulado “Parassubordinação: Para Quê?”, que trata da condição precária de contratação do empregado parassubordinado, afirma faltar “ao empregado o freio e o contrapeso, vale dizer, o direito de resistência. No mesmo artigo, referido autor utiliza a expressão contrato vazio, aplicando o termo analogicamente à denúncia vazia (RENAULT,

2011, p. 48), instituto utilizado no Direito Civil, mais especificamente no direito das coisas e, no presente caso, o contrato vazio é o mesmo que não contrato.

Imagine o cenário de um trabalhador desempregado. Ele é um homem comum. É um pai de família e precisa alimentar seus filhos, além de si mesmo. Precisa trabalhar para ganhar seu salário e comprar comida para manter seu lar, isso pensando no mínimo essencial para sobrevivência. Pense ainda que ao procurar emprego ele se depara com um empregador que paga salários menores que o mínimo previsto, que logo na contratação, afirma não assinar carteira e não pagar 13º salário, por exemplo. Pode o empregado resistir à isso? Pode o empregado dizer não ao seu empregador, ainda que este estabeleça as condições de trabalho que lhe são desfavoráveis? E ao final esse empregado, ainda assim, aceita trabalhar nessas condições, porque o contrato vazio é o mesmo que o não contrato, e que quer significar a “barriga vazia do trabalhador e de sua família”. (RENAULT, 2011, p. 48). A relação é faticamente desigual.

A Constituição de 1988, quando inseriu expressamente o Princípio da Igualdade, pretendeu conceder “uma igualdade de possibilidades virtuais” (MORAES, 2008, p. 36), a todas as pessoas, uma vez que o que se veda são as diferenciações arbitrárias e absurdas, “pois o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência do tradicional e próprio conceito de Justiça” (MORAES, 2008, p. 36), constituindo ainda o signo fundamental da democracia. (SILVA, 2003, p. 210).

Não sem razão existem as ações afirmativas, também chamadas de discriminações positivas, com o objetivo de desigualmente propiciar a igualdade de condições à todas as pessoas, que dela necessitam (mulheres, negros, pessoas com necessidades especiais), que coadunam com a promoção do Estado, por meio de políticas públicas, da igualdade material (igualdade de fato) e não meramente jurídico-formal (igualdade perante a lei) e que foram utilizadas no Direito do Trabalho, com o objetivo de inserir e garantir a igualdade de condições entre os trabalhadores.

Nesse compasso, o art. 7º, inciso XX da Constituição prevê a proteção da mulher no mercado de trabalho, por meio de estímulos decorrentes de lei específica. O inciso XXX, do mesmo artigo proíbe a diferença de salários em razão de sexo, idade e cor. Seu inciso XXXI, prevê a proibição de qualquer discriminação em relação à pessoa portadora de necessidades especiais, igualmente previsto no art. 2º da Lei 8.112 de 1990 (BRASIL, 2013d) e Lei 8.213 de 1991 (BRASIL, 2013e) que dispõem sobre a reservas de vagas aos portadores deficientes nas contratações. O art. 4º da Lei 7.716 de 1989 (BRASIL, 2013f), garante o ingresso do negro no mercado de trabalho.

Segundo Paula Cantelli (2010, p. 313) “somente quando pessoas desiguais forem tratadas de forma desigual, na medida dessa desigualdade, é que a lei estará substantivamente tratando a todos de maneira igual”. Nessa esteira, o Princípio da Igualdade se insere perfeitamente no contexto do Direito do Trabalho, pois o empregado necessita ser tratado desigualmente em relação ao empregador e até mesmo em relação ao mercado de trabalho, conforme o caso (ações afirmativas), para se igualarem juridicamente e cumprirem o ideal de Justiça, bem como o próprio conceito de Democracia, previstos na Constituição e que são basilares da estrutura da República Federativa do Brasil, que instituiu a partir de 1988 o Estado Democrático de Direito.

O propósito do Direito do Trabalho “consiste em tentar corrigir desigualdades, criando uma superioridade jurídica em favor do empregado, diante da sua condição hipossuficiente”. (BARROS, 2009, p. 181).

Assim, à flagrante e real desigualdade de fato existente entre empregado e empregador deve ser aplicada a desigualdade jurídica como fundamento para igualar as partes na relação de trabalho, o que irremediavelmente culmina para além do Princípio da (des)Igualdade, também no Princípio da Proteção.

2.3.1.2 Princípio da Proteção

Após as duas grandes guerras mundiais, mormente a Segunda Guerra Mundial, houve uma preocupação internacional em proteger os direitos da pessoa. A comunidade internacional concentrou sua atenção na proteção desses direitos, que logo se difundiu, sendo efetivado inicialmente através da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1948. Os países integrantes ratificadores introduziram em seus ordenamentos jurídicos os direitos constantes em tal Declaração.

No Brasil, somente a partir da Constituição de 1988, percebe-se uma preocupação do legislador em colocar o ser humano no centro do ordenamento jurídico, adotando o fundamento de que o ser humano é o fim do Direito.

No contexto trabalhista, a hipossuficiência da pessoa do trabalhador já havia sido reconhecida em tempos mais remotos e sua conseqüente necessidade de protegê-lo e conferir-lhe tratamento desigual em face do empregador. Como já citado, foi reconhecida a pessoa do trabalhador a partir da Revolução Industrial nos países industrializados em sua maioria concentrados no continente europeu e no Brasil, após a CLT.

Contudo, o Direito do Trabalho brasileiro ganha reforço após a Constituição Democrática ao reconhecer a igualdade entre todos, incluindo o ser obreiro. Nesse compasso, o Direito reconhece, não na propriedade, nem no capital, o seu objeto de observação e proteção, mas sim na pessoa humana, gerando efeitos na proteção da pessoa do trabalhador e o fazendo por meio da garantia das leis e aplicação dos Princípios Trabalhistas com vistas à proteger o homem trabalhador.

Os padecimentos pelos quais passou o homem trabalhador ao longo de toda a sua história, “puseram em perigo, como se costuma dizer, a própria existência física dos trabalhadores” (PINHO, 1999, p. 28), tamanho o grau de exploração da força humana perpetrada pelos empregadores.

É o que se depreende da seguinte transcrição:

O trabalho livre era considerado como uma das mais marcantes comprovações da liberdade do indivíduo e o Estado não devia intervir – Estado Liberal. Mas a liberdade de contratar não dava meios ao operário, premido pela fome, a recusar uma jornada que muitas vezes se estendia durante quinze horas, tendo miserável retribuição. (...) A própria burguesia começou a se preocupar com a exploração humana: “o esgotamento prematuro do material humano levaria a uma época em que só restaria uma massa fisicamente degenerada. (SUSSEKIND; MARANHÃO; VIANA; FILHO, 2005, p. 86-87).

A inexistência de paridade de armas resultou na proteção da parte hipossuficiente - trabalhador - sendo cristalina a opção de tutelar uma das partes dessa relação: o trabalhador, culminando inevitavelmente no Princípio da Proteção.

Certo é que houve um momento em o legislador deixou de ser mero espectador dessa situação e passou a editar uma legislação protecionista (BARROS, 2009, p. 97), com o objetivo de equilibrar a desigualdade econômica por meio de uma superioridade jurídica do empregado, na tentativa de protegê-lo.

E nem poderia ser diferente, pois o legislador não é livre para criar qualquer lei(direito posto/ positivo), vez que o direito pressuposto que é a relação jurídica preexistente à lei, presente no interior de uma sociedade civil, é fruto de um produto cultural e condiciona a elaboração do direito posto. (GRAU, 2003, p. 137).

Nesse sentido, o legislador, ao editar uma legislação protecionista, estava simplesmente se limitando a transformar o direito pressuposto dos empregados em direito posto.

Devido a importância do Princípio da Proteção, renomados autores trazem sua definição.

Alice Monteiro de Barros (2009, p. 181) defende que “o Princípio da Proteção é consubstanciado na norma e na condição mais favorável, cujo fundamento se subsumi à essência do Direito do Trabalho”.

Segundo Mauricio Godinho Delgado (2011, p. 192), “o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia”, que segundo referido autor, visa “retificar (ou atenuar) no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho”.

Para Arnaldo Sussekind (2004, p. 111) o *princípio protetor*, ou da proteção do trabalho, erige-se como o mais importante e fundamental princípio para a construção, interpretação e aplicação do Direito do Trabalho. “A proteção social aos trabalhadores constitui a raiz sociológica do Direito do Trabalho e é imanente a todo o seu sistema jurídico”.

Para esse autor (SUSSEKIND, 2004, p. 112), referido princípio “resulta das normas imperativas e, portanto, de ordem pública, que caracterizam a intervenção básica do Estado nas relações de trabalho, visando a opor obstáculos à autonomia da vontade”.

Alguns doutrinadores designaram nomenclaturas diferentes com denominações genéricas para nomear referido princípio, como por exemplo, princípio tutelar, princípio de proteção tutelar, princípio do favorecimento, princípio da favorabilidade, dentre outros, mas a expressão Princípio da Proteção, por traduzir de modo fiel e eloquente o ideal basilar que o princípio encerra, foi o escolhido por Américo Plá Rodriguez (2000, p. 84), ao qual filia-se o presente estudo.

O princípio da proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador. (RODRIGUEZ, 2000, p. 83).

Nesse compasso, Luiz de Pinho Pedreira da Silva, elenca três “técnicas de proteção” que o Direito do Trabalho e o empregado se valem para conferir essa proteção:

1ª - A intervenção do Estado nas relações de trabalho, que se concretiza na edição de normas e da adoção de outras providências tendentes ao amparo do trabalhador.

2ª - A negociação coletiva, que consiste em procedimentos destinados à celebração da convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho, e o dissídio coletivo.

3ª - A autotutela que é a defesa dos interesses do grupo ou do indivíduo mediante o apelo à ação direta. (SILVA, 1999, p. 30).

Sendo que 1] a primeira técnica se faz através da promulgação de normas imperativas, para impedir a inobservância de disposição em prejuízo do trabalhador; 2] A técnica da negociação coletiva destina-se à realização da autonomia privada coletiva e a autoregulação dos interesses do grupo; e 3] a autotutela consiste em técnica de defesa pelos próprios grupos ou indivíduos e constituem dentre outros exemplos pelo movimento paredista. (SILVA, 1999, p. 30-32).

Assim, para garantir a proteção ao trabalhador em face de atos abusivos do empregador, pode o trabalhador lançar mão das técnicas acima mencionadas, podendo ainda utilizá-las concomitante, conjugando, por exemplo, a tutela jurisdicional com a autotutela individual.

Nessa esteira, dentre os princípios fundamentais do Direito do Trabalho, o Princípio da Proteção é o mais relevante deles, sendo que os outros princípios informadores e orientadores desse ramo, são meras derivações. A proteção do trabalhador é causa e fim do Direito do Trabalho, como revela a história deste. (SILVA, 1999, p. 26).

Couturier, citado por Luiz de Pinho e Silva, assinala que “a tomada em conta da situação de inferioridade do assalariado em sua relação contratual com o empregador não só está presente no Direito do Trabalho, é fundadora desse direito”. (SILVA, 1999, p. 27).

Destaca-se assim, que para além da Proteção ser a função precípua do Direito do Trabalho, esse Princípio é base, é estruturante deste, o que consubstancia na clara e destacada importância do referido Princípio para esse ramo especializado.

Ressalte-se, contudo, conforme já foi mencionado no presente estudo, que a função protetiva visa cumprir a função primordial do Direito do Trabalho que é proteger o empregado hipossuficiente na relação, sendo esse seu fim mediato, enquanto que a função secundária do Direito do Trabalho acaba por ser alcançada, vez que a igualdade obtida pelos empregados, pressupõe redução das desigualdades sociais, conservando a ordem e a paz social, fim único do ordenamento jurídico como um todo. Para tanto, “o Direito do Trabalho é ambivalente, porque realiza duas funções: a de proteção ao trabalhador e a de conservação da ordem social”. (SILVA, 1999, p. 36).

O Princípio da Proteção está embasado na situação de inferioridade do empregado, frente ao empregador, cuja superioridade deste permite impor unilateralmente as condições de pactuação do contrato de trabalho, cabendo ao empregado aceitá-las ou recusá-las. Essa mesma proteção é conferida pelo ordenamento jurídico aos sujeitos débeis das relações contratuais, como consumidores, segurados, usuários de serviços públicos, dentre outros. (SILVA, 1999, p. 22).

Nessa esteira, o tratamento desigual que é conferido ao consumidor, por ser a parte hipossuficiente da relação entre fornecedor e consumidor, é também dado ao empregado que é a parte hipossuficiente na relação de emprego. Assim, não há porque proteger ao esvaziamento e à ausência de proteção ao empregado, como afirmam os defensores do capitalismo. O mesmo tratamento desigual deve ser conferido às partes hipossuficientes nas relações em que estiverem inseridas. É pressuposto de Justiça e do Estado Democrático de Direito.

À essa inferioridade do empregado frente ao empregador é que deve ser aplicado o Princípio da Proteção, como forma de igualar as partes nessa relação que nasce desigual e somente se torna isonômica a partir da presença do referido princípio.

Nesse sentido, verifica-se que esse princípio se faz presente, 1] antes mesmo do Nascimento do Direito do Trabalho (direito posto e direito pressuposto, como já citado), 2] antes da contratação (vez que a relação de trabalho já nasce desigual) 3] mesmo durante o contrato de trabalho, pois na vigência do contrato o ser obreiro está sujeito à sofrer constante exploração do seu empregador, por continuar em situação de inferioridade em relação a este, 4] necessitando da proteção mesmo depois do encerramento do contrato, seja para receber devidamente suas verbas rescisórias ou ainda na fase processual, conforme será estudado mais à frente.

Lado outro, a função protetiva do Direito do Trabalho e o reconhecimento jurídico da desigualdade econômica entre as partes, consubstanciam-se, precipuamente, no Princípio da Proteção, mas não somente nele. Esse ramo especializado possui outros princípios como o Princípio da Primazia da Realidade sob a Forma, o Princípio da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas, o Princípio da Inalterabilidade Contratual Lesiva, o Princípio da Continuidade da Relação de Emprego, o Princípio da Intangibilidade Salarial, dentre outros princípios que visam proteger o trabalhador hipossuficiente. O rol de Princípios é extenso e varia, conforme posicionamento de cada autor, mas todos coadunam com a função protetiva que todos eles conferem ao empregado, concluindo-se assim, que o Direito do Trabalho de fato escolheu proteger o empregado, pois seus princípios, seus enunciados, suas leis, conduzem à afirmação da escolha pela proteção ao hipossuficiente da relação.

Citam-se ainda, objetivando melhor sistematizar o presente estudo, outros três princípios aos quais o Princípio da Proteção está intimamente ligado que são o Princípio *do in dubio, pro operario*, Princípio da Norma Mais Favorável e Princípio da Condição mais Benéfica.

Para Américo Plá Rodriguez (2000, p. 107), esses três princípios, não passam de regras de expressão do princípio da Proteção, denominando-os expressamente por “regra”, sem lhes retirar sua função e aplicação. Maurício Godinho Delgado (2011, p. 193), entende que não pode haver distinção entre esses três últimos princípios e os demais princípios, posto serem todos os princípios voltados à proteção do empregado. Arnaldo Sussekind (2004, p. 113) elenca esses três, mais outros quatro princípios como “princípios filhos legítimos da proteção”, não existindo, assim, consenso sobre essa classificação.

De toda forma, por concordar esta autora com a interligação dos três últimos princípios ao Princípio da Proteção e pela pertinência da sua exposição para o presente estudo, serão feitas breves considerações sobre eles, cumprindo ressaltar que conforme acentua Maurício Godinho Delgado, todos os demais princípios do ramo juslaboral são igualmente importantes na tutela do trabalhador, para lhe conferir a devida tutela na relação trabalhista.

2.3.1.2.1 Princípio *In Dubio, Pro Operario*

Referido Princípio, também denominado como *in dubio pro misero*, consiste no fato de que em havendo fundada dúvida a respeito do alcance da lei, a mesma deverá ser sanada em favor do empregado. A simples tradução desse princípio quer significar que em caso de dúvida, à favor do operário.

Esse é o “critério que deve utilizar o juiz ou o intérprete para escolher, entre vários sentidos possíveis de uma norma, aquele que seja mais favorável ao trabalhador” (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 107) e foi adaptado ao Direito do Trabalho utilizando-se do princípio penal do *in dubio pro reo*.

Conforme ensina a doutrina, referido princípio deve se basear em regras ou condições para sua aplicação, sendo que Luiz de Pinho Silva (1999, p. 62) sistematiza as seguintes regras: 1] a aplicação deve aproveitar ao empregado tanto para estender um benefício, como para minorar um prejuízo; 2] a aplicação deve ser feita com moderação, para não ocasionar subjetivismos extremos, colocando em desprestígio a certeza das decisões e; 3] a aplicação pode variar conforme a fonte de que se extrai a norma à ser interpretada.

Américo Plá Rodriguez (2000, p. 110), elenca as seguintes condições para a aplicação: 1] somente quando existir dúvida sobre o alcance da norma legal e 2] sempre que não estiver em desacordo com a vontade do legislador, sendo ambas, expõe o cuidado em proteger o empregado. Contudo a aplicação desse princípio, deve respeitar o caráter sistemático da ordem jurídica, para que não cause insegurança jurídica.

De La Cueva, citado por Américo Plá Rodriguez (2000, p. 112), assim afirma: “Fala-se do princípio, em caso de dúvida, deve resolver-se a controvérsia em favor do trabalhador, posto que o Direito do Trabalho é eminentemente protecionista”. Afirma ainda esse autor, ser exato esse princípio, “mas sempre e quando exista verdadeira dúvida acerca do valor de uma cláusula de contrato individual ou coletivo ou da lei, mas não deve ser aplicado pelas autoridades judiciais para criar novas instituições”.

Assim, suscitada a existência de limitação desse princípio em matéria de prova, como aferição e valoração dos fatos levados à exame do aplicador do Direito, Maurício Godinho (2011, p. 205-206) afasta completamente a utilização do princípio para análise de fatos, pois entende a aplicação desse princípio, para valoração de provas, uma afronta ao princípio do Juiz Natural, consubstanciando em afronta ao próprio Estado Democrático do Direito. Defende ainda que perpassa a questão sobre a valoração de provas à dinâmica processual, tratada no âmbito do ônus da prova, conforme será estudado no Capítulo 4 do presente trabalho.

Por seu turno, afirma Américo Plá Rodriguez (2000, p. 110 e 145) que “o que pode desprestigiar mais a justiça é um questionamento incompleto - e, portanto, insincero - das autênticas motivações que tenham levado à sentença” e defende que em casos de autêntica dúvida, para valorar o alcance ou o significado de uma prova, referido princípio poderá ser aplicado.

Explicita Luiz de Pinho e Silva (1999, p. 58-62) que em decorrência das maiores dificuldades para o empregado produzir as provas de suas alegações, a dúvida que pode gerar no julgador (em caso de prova empatada, por exemplo), a mesma deverá ser dirimida utilizando o presente princípio. Defende ainda a presença deste princípio no processo juslaboral, por considerar ser pacífica, para análise de provas, a aplicação do princípio *in dubio pro reo*, no Processo Penal. Princípio este, adaptado ao Direito do Trabalho.

Nesse compasso, apesar da proteção conferida ao empregado, por meio do princípio em comento, que se filia à defesa da Proteção conferida pelo Direito do Trabalho ao empregado, adota-se o posicionamento do Ministro Maurício Godinho Delgado, por entender que o Princípio ora analisado se insere no contexto do Direito Material e não Processual do Trabalho, não podendo ser levado à “dimensão processual”. (DELGADO, 2011, p. 206).

A jurisprudência dos tribunais brasileiros não é unânime, mas em sua maioria, reconhece o princípio do *in dubio pro operario*, como sendo de direito material, não aplicável no Processo Trabalhista, sendo a valoração da prova submetida às regras de aplicação do ônus da prova, conforme abaixo transcrito trecho do Acórdão, à título de exemplificação:

(...) Oportuno frisar que, quanto ao princípio do *in dubio pro operário*, compartilho do entendimento de que **é princípio de direito material, e não, processual. Assim, resta saber se o demandante se desincumbiu de seu encargo a contento.** (MINAS GERAIS, 2013a) (Grifos nossos)

Dessa forma, partilha-se do entendimento externado nos julgados acima, compatibilizando o exposto por Maurício Godinho Delgado, no sentido de que para análise de fatos(provas), deverão ser aplicadas as regras do Direito Processual do Trabalho, em especial sobre as regras da distribuição do ônus probatório, tema central do presente trabalho que será tratado oportunamente, mas desde já se antecipa que o mesmo será tratado com vias a respeitar, contribuir e concretizar a proteção conferida ao empregado pelo Direito do Trabalho.

Maurício Godinho Delgado (2011, p. 207), coloca uma última questão sobre o princípio *in dubio pro operario*, que perpassa à sua dimensão interpretativa e consiste no fato de que hoje essa dimensão encontra-se atendida pelo princípio da norma mais favorável, que mantem a referência a um critério de interpretação protecionista ao empregado, preservado. Posicionamento que, data vênia, se ousa discordar, pois a dúvida pode permanecer sobre a interpretação ou o alcance de determinada lei, ainda que aplicado o princípio da norma mais favorável, pois como se verá, o legislador brasileiro, optou pela técnica de interpretação do conglobamento, de modo que, poderia, apesar dele, haver dúvida, cabendo a aplicação do princípio em comento. Ressalte-se ainda que jurisprudência faz larga menção ao referido princípio para solução do Direito Material do Trabalho, concluindo que o mesmo não caiu em desuso, conforme se transcreveu acima.

Assim sendo, conclui-se que o Princípio ora analisado não deverá ser utilizado para verificar fatos ou provas, mas somente para sanar dúvidas quanto o valor de uma cláusula de contrato individual ou coletivo ou ao alcance da lei e sempre com vistas à proteger o trabalhador.

2.3.1.2.2 Princípio da Norma Mais Favorável

Reza o presente princípio que diante da existência de duas ou mais normas, o operador do Direito do Trabalho deverá escolher a que for mais favorável ao empregado e independente da sua hierarquia.

Referido princípio diverge do que classicamente se chama de hierarquia das leis, ou das fontes, utilizada nos demais ramos do direito, que estabelece que entre normas de

hierarquia diferentes, utiliza-se a que estiver em grau superior e, dentre as normas de mesma hierarquia, prevalece aquela que estiver em vigor mais recentemente.

Contudo, considerando as especificidades do ramo *jus* laboral, essa prevalência deverá ser feita considerando três situações distintas, sendo a primeira delas informadora, no instante da elaboração da norma; a segunda interpretativa, no confronto entre normas concorrentes e a terceira situação hierarquizante na interpretação das normas jurídicas, formando a atuação em tríplice dimensão do Direito do Trabalho: informadora, interpretativa e hierarquizante (DELGADO, 2011, p. 193).

Para a aplicação da dimensão hierarquizante e aferição da norma mais favorável, Maurício Godinho Delgado assim afirma:

O operador jurídico deve buscar a norma mais favorável utilizando-se da teoria do conglobamento, que consiste em analisar globalmente o conjunto de regras componentes do sistema, discriminando, no máximo, os preceitos em função da matéria, de modo a não perder, ao longo desse processo, o caráter sistemático da ordem jurídica e os sentidos lógico e telológico básicos que sempre devem informar o fenômeno do Direito. (DELGADO, 2011, p. 194).

A Lei 7.064 de 1982 (BRASIL, 2013g) em seu artigo 3º, inciso II, estabelece a adoção da teoria do conglobamento por instituto, pelo direito brasileiro, ao estabelecer que a legislação brasileira de proteção ao trabalho, deverá aplicar “naquilo que não for incompatível com o disposto na Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria”.

Américo Plá Rodriguez (2000, p. 130) adota igual entendimento ao afirmar que parece mais racional e lógico estabelecer a comparação entre os institutos, que pressupõe necessariamente uma unidade conceitual e orgânica, enquanto a autora Alice Monteiro de Barros (2009, p.181) se limita a explicitar a adoção da legislação trabalhista brasileira à mesma teoria.

Dessa forma, estando diante de duas ou mais normas trabalhistas, o operador do direito deverá escolher, utilizando-se da teoria do conglobamento, a norma que for mais favorável ao empregado, sem comprometer o caráter lógico-sistemático da ordem jurídica, (DELGADO, 2011, p. 195) destacando-se novamente o caráter protetivo do Direito do Trabalho.

2.3.1.2.3 Princípio da Condição Mais Benéfica

Este princípio garante a preservação de cláusulas contratuais mais vantajosas ao empregado, na vigência do seu contrato de trabalho, sendo que o artigo 7º da Constituição de 1988 estabelece a preservação dos direitos que visem à melhoria das condições sociais dos trabalhadores, resguardando, assim, referido princípio.

O Princípio da Condição mais Benéfica “se direciona a proteger situações pessoais mais vantajosas que se incorporaram ao patrimônio do empregado, por força do próprio contrato, de forma expressa ou tácita(…)”(BARROS, 2009, p. 182), o que se pode presumir que cada norma estabelece um mínimo de proteção ao empregado, o que via de consequência conduz para a situação de que cada norma serve apenas para melhorar e jamais piorar a situação do empregado. (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 136).

Contudo, a flexibilização do Direito do Trabalho introduzida no Brasil pela Constituição de 1988, conforme já se fez referência, trouxe a possibilidade de redução de direitos trabalhistas resultantes da negociação coletiva de trabalho⁶, o que torna o princípio da condição mais benéfica um princípio com aplicação limitada e igualmente flexível.

Entretanto, a flexibilização e a consequente autorização de redução de direitos, ocorrerá, única e exclusivamente, por meio de negociação coletiva, por entender o legislador, que nessa condição, os empregados estão legitimamente representados coletivamente, tendo seus direitos defendidos, por seu representante - o sindicato.

Esclareça-se que referida limitação ao princípio ora em análise, advém da própria Constituição e que para além dessa limitação, o princípio se aplica amplamente aos contratos de trabalho em geral e conforme Maurício Godinho Delgado (2011, p. 196) se reveste do caráter de direito adquirido, previsto no art, 5º, inciso XXXVI, da Constituição de 1988.

A proteção ao empregado por aplicação do presente princípio igualmente encontra guarida no art. 444 da CLT, que estabelece a livre estipulação das partes para pactuação no contrato de trabalho desde que não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos

⁶ A aplicação desse Princípio às convenções coletivas deve perpassar a ultratividade da norma, que integra o contrato individual do trabalho, retratada na Súmula 277 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho que aduz que “as cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.”(BRASIL, 2013h). Os Ministros do Tribunal Superior do Trabalho, Augusto Carvalho, Katia Arruda e Mauricio Godinho Delgado, afirmam que a ultra-atividade condicional, que faz a norma coletiva prevalecer até o momento em que seja eventualmente derogada por norma coletiva posterior, tem o condão de promover a harmonia entre os atores coletivos, impingindo à negociação coletiva qualidade de instrumento necessário de rever as conquistas obreiras, sem suprimi-las pela mera passagem do tempo (CARVALHO, 2013), o que implica na não supressão de melhores condições de trabalho asseguradas em convenção coletiva por sentença normativa ou vazio normativo. Apenas poderá haver redução de direitos, por meio de negociação coletiva.

contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes. O art. 468 também da CLT autoriza alterações nos contratos individuais por mútuo consentimento desde que não causem prejuízos ao empregado, destacando por fim, o art. 620 que as condições estabelecidas em Convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordo.

Assim, ressalvada a limitação do princípio autorizada pela Constituição, o Princípio da Condição mais Benéfica ao empregado, presente no Direito do Trabalho, reforça o que vem sendo defendido no presente momento, no que tange à função protetiva do Direito do Trabalho, em relação ao trabalhador.

2.3.2 Da Fixação da Função Protetiva do Direito Material do Trabalho e o Caminho a Percorrer

Até o presente momento, demonstrou-se a função protetiva do Direito do Trabalho, fixando atenção especial no Direito Individual do Trabalho.

O capital, na busca incessante pelo máximo de lucro, vai até as últimas consequências na exploração do trabalho humano, minando todas as suas forças, se possível for, ainda que sob o risco de esgotamento do material humano.

E pela evolução histórica do Direito do Trabalho no atingimento de suas conquistas, restou comprovado que a exploração do trabalho humano se fez presente ao longo de sua trajetória, não havendo como deixar de tutelar o ser obreiro, em razão da sua hipossuficiência econômica, social e cultural.

Em razão disso, o Direito do Trabalho se reveste da função protetiva, com fincas à garantir que o ser obreiro tenha um mínimo de direitos assegurados que lhe garanta uma vida digna, o que o faz por meio das suas leis esparsas, pela CLT, por seus Princípios que lhe dão autonomia e coesão e expressam sua opção em proteger o empregado.

Nesse contexto, ressalte-se que cada um dos princípios que compõe o ramo juslaboral, constitui uma maneira de harmonizar suas normas, relacionando-as entre si e evitando que se transforme em uma série de fragmentos desconexos. Contudo, a vinculação entre seus diversos princípios corrobora mais eficazmente para a sistematização do conjunto de suas normas, bem como para delinear a individualidade peculiar desse ramo jurídico que é conceder a proteção ao mais fraco na relação de emprego. (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 38).

Assim, todo o arcabouço jurídico que chamamos Direito Material do Trabalho, sua estrutura doutrinária e jurisprudencial, tem como fim precípua proteger o empregado

hipossuficiente, consubstanciando ainda, como fim secundário, em redução das desigualdades regionais que encerra na garantia do interesse público que visa a pacificação social, coadunando assim, com os preceitos da República Federativa do Brasil que instituiu o Estado Democrático de Direito, que nessa ótica, encontra-se efetivado.

Dessa forma, fixada a função protetiva conferida pelo Direito Material do Trabalho, cumpre analisar a função de concretização dessa proteção por meio do Direito Processual do Trabalho, em especial, pelas regras de aplicação do ônus da prova, que distribuído adequadamente, conforme as especificidades dessa Especializada, contribuem para a concretização dessa proteção ao trabalhador.

3 O PROCESSO COMO CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO MATERIAL

Apontada a importância do Direito Material do Trabalho, urge assentar as bases que imprimem igualmente a relevância do Direito Processual do Trabalho, vez que permite um diálogo entre o dever ser e o ser do Direito do Trabalho, com o fito de se alcançar, assim, a sua concretização.

3.1 Evolução Histórica das Teorias Processuais

Ensina Francesco Carnelutti (2000, p. 71-72) que o “Processo é um método para a formação ou para a atuação do direito”, servindo portanto ao Direito Material.

Aroldo Plínio Gonçalves (1992, p. 188) ensina que o direito material, é “construído ou reconstruído” pelas partes em contraditório ao longo do processo, sendo que em igual sentido, afirma Rosemiro Pereira Leal, que o direito processual, em bases constitucionais, deve ser lembrado no momento da interpretação do Direito Material e da reconstrução dos fatos pelas partes (LEAL, 2002, p. 105), idealizando a reconstrução dos fatos, como ferramenta para se chegar ao direito material, concretizando-o.

Lado outro, conforme se mencionou, o que se busca no Direito do Trabalho (Direito Material) é garantir a proteção ao trabalhador, que tem “no” e “pelo” processo a oportunidade de garantir que essa proteção seja concretizada.

Assevera Amauri Mascaro Nascimento (1997, p. 53) “que as normas jurídicas nem sempre são cumpridas espontaneamente, daí a necessidade de se pretender, perante os tribunais, o seu cumprimento”, o que se dá por meio do acionamento da função jurisdicional do Estado, que quer significar a concretização do direito material por meio do direito processual.

Nesse compasso, cumpre esclarecer que a ciência que estuda a jurisdição, é fundada numa trilogia estrutural que forma o Direito Processual. Diz-se trilogia, pois é estruturada nos conceitos fundamentais que formam a ciência do Direito Processual e que consubstanciam na jurisdição, na ação e no processo. (CÂMARA, 2010, p. 65).

Tratando-se em específico do Direito Processual do Trabalho assevera Cleber Lúcio de Almeida (2010, p. 11) que o direito processual do trabalho se constitui por um conjunto de normas jurídicas que têm o condão de instituir e disciplinar a jurisdição trabalhista que é atividade desenvolvida pelo Estado com o fim de solucionar conflitos de interesses de

natureza trabalhista. Instituir e disciplinar ainda, o Processo do Trabalho que é o instrumento de atuação da jurisdição trabalhista, bem como disciplinar e instituir a ação trabalhista que é a forma de provocar a jurisdição trabalhista, estruturando-se na trilogia da ciência processual acima citada.

Nessa esteira, o Direito Processual é “o ramo da ciência jurídica que estuda e regulamenta o exercício, pelo Estado, da função jurisdicional” (CÂMARA, 2010, p. 6-8), cumprindo fazer um breve esboço histórico do Direito Processual aplicável a todos os ramos do Direito e em seguida detalhar as especificidades do Direito Processual do Trabalho, ponto relevante no presente estudo.

Assim, cumpre destacar que a compreensão atual de Processo, um dos tripés da trilogia da ciência do Direito Processual, acompanhou ao longo da história a própria evolução do desse Direito Processual, pois na medida que o Direito Processual ia avançando, igualmente irradiava suas evoluções para o Processo, pois por óbvio, as evoluções do estudo de determinada ciência se irradiam para seu objeto de estudo, sobre qual se debruçou.

Nesse contexto, a “evolução científica” do Direito Processual, viveu sua primeira fase denominada de imanentista, numa época em que o processo ainda era considerado como mero apêndice do direito material. Não tinha vida própria. Era um simples prolongamento dentro do próprio direito material, tendo o Processo, passado a ser considerado como ramo autônomo, somente quando foi reconhecido como relação jurídica, que tinha como finalidade servir de instrumento de atuação do direito material, chegando por fim, à fase instrumentalista da evolução científica, quando o processo passou a servir de instrumento do Estado no alcance dos seus objetivos (sociais, jurídicos e políticos). (CÂMARA, 2010, p. 8-9).

Por seu turno o Processo, na fase imanentista era tido por um contrato entre os litigantes, que se firmava com o simples comparecimento espontâneo das partes em juízo para solucionar o conflito, e se constituía pela contratual aceitação prévia dos litigantes em concordar com a decisão do juiz, cuja decisão não passava obrigatoriamente pelo consenso das partes para torná-la coativa. Já na fase seguinte, o processo passou a ser um quase-contrato em que a parte que ingressava em juízo já havia consentindo com a decisão do Juiz, ainda que esta lhe fosse desfavorável. (LEAL, 2009, p. 77-78).

Em 1868, Oskar Von Büllow, trabalhou os pressupostos de existência e desenvolvimento do processo considerando-o uma relação entre juiz, autor e réu, momento em que o processo alcança status de relação jurídica. (LEAL, 2009, p. 78). Büllow demonstrou que o processo possuía regras especiais e princípios próprios que nenhuma vinculação guardavam com o Direito Material, tendo apontado a necessidade de proclamar a

autonomia do Direito Processual em face do Direito Material. (LEAL, 2002, p. 82). A partir do tratamento dispensado ao Processo por Büllow, pode-se afirmar que houve um movimento de cientificação e socialização do processo.

No caminho dessa evolução científica do Direito Processual, o ilustre processualista Elio Fazzalari, inaugurou a nova fase onde o Processo passou a ser tratado como procedimento em contraditório e não se definia mais por uma sequência de atos praticados pelas partes e pelo juiz, mas pelo atendimento à paridade das partes do direito ao contraditório, num procedimento que se equivalia a uma “estrutura técnica construída pelas partes, sob o comando do modelo normativo processual”. (LEAL, 2009, p. 83).

Em Fazzalari o Processo passa a ser percebido como procedimento em contraditório, entendido como “sequência de atos preparatórios de um provimento estatal” e não mais como mera transcendência do processo (LEAL, 2002, p. 83), deixando de ser uma atividade que se resumia no cumprimento de apenas um único ato, mas que suscitava uma série de atos de normas para os disciplinar, em conexão entre elas, regendo a sequência de seu desenvolvimento. (GONÇALVES, 1992, p. 108).

Assevera Rosemiro Pereira Leal que, após essa fase instituída por Fazzalari, passa-se a fase do Processo como instituição constitucionalizada apta a reger, em contraditório, ampla defesa e isonomia, o procedimento como direito garantia (teoria constitucionalista do processo, despontada pelo Constitucionalista mineiro Prof. José Alfredo de Oliveira Baracho, (BARACHO, 1984)).

Referida teoria, ainda que em bases civilistas, explicitou que

o Processo, em seus novos contornos teóricos na pós-modernidade, apresenta-se como necessária instituição constitucionalizada(...) que, pela principiologia constitucional do devido processo que compreende os princípios da reserva legal, da ampla defesa, isonomia e contraditório, converte-se em direito-garantia impostergável e representativo de conquistas teóricas da humanidade no empreendimento secular contra a tirania(...) (LEAL, 2009, p. 84).

E evoluindo da teoria constitucionalista, chega-se à atual *Teoria Neo-Institucionalista do Processo* de autoria do Professor Rosemiro Pereira Leal, que assevera que referida teoria somente pode ser compreendida por uma teoria constitucional de direito democrático, com base legitimante na cidadania. (LEAL, 2009, p. 86). Ou seja, a Teoria Constitucionalista de Processo, foi o ponto de partida para se chegar à *Teoria Neo-institucionalista do Processo*.

Referido autor, aponta distinções entre uma teoria e outra (Constitucionalista e *Neo-Institucionalista*), vez que enquanto na Teoria Constitucionalista, o processo é construído pelo

diálogo de especialistas, devidamente escolhidos (eleitos) para representar o cidadão (democracia indireta), na *Teoria Neo-Institucionalista*, o processo é um espaço processualizado em que o cidadão, por meio do direito de ação, participa diretamente no procedimento, nas regras de criação, alteração e aplicação de direitos, bem como na causalidade dos princípios (LEAL, 2009, p. 86), sendo possível a realização do Processo, nesse sentido, num Estado Democrático de Direito, com o respectivo e verdadeiro acesso da participação do cidadão na administração da justiça para a construção do provimento jurisdicional pelo Juiz, garantindo, assim, o exercício da cidadania em sua plenitude.

Nesse compasso, a *Teoria Neo-Institucionalista de Processo* defendido pela Escola Mineira de Processo, entende o processo

como instituição constitucionalizada, que define-se por conseguinte, como uma conjunção de princípios (contraditório, isonomia, ampla defesa, direito ao advogado e à gratuidade procedimental) que é referente jurídico-discursivo da procedimentalidade(...). O processo, por concretização constitucional, é aqui concebido como instituição regente e pressuposto de legitimidade de toda a criação, transformação, postulação e reconhecimento de direitos pelos provimentos legiferantes, judiciais e administrativos. (LEAL, 2009, p. 88).

Afirma Rosemiro Pereira Leal (2009, p. 86) que, ao adjetivar o processo como “instituição”, não se pretende utilizá-lo no sentido de “bloco de condutas aleatoriamente construído pelas supostas leis naturais”, mas sim pela “acepção de conjunto de princípios e institutos jurídicos reunidos ou aproximados pelo texto constitucional, com a denominação jurídica de processo”, que para o referido autor, possui a característica de assegurar, o exercício dos direitos criados e expressos no ordenamento constitucional e infra-constitucional por meio do devido processo legal (princípios do contraditório, ampla defesa, isonomia, direito ao advogado e livre acesso à jurisdição) como “instrumentalidade manejável pelos juridicamente legitimados”. (LEAL, 2009, p. 86).

Afirma ainda Dhenis Cruz Madeira (2012, p. 178), da mesma linha de pesquisa da Escola Mineira de Direito, que o conceito moderno de processo quer significar que a instalação do discurso processual procedimentalizado, assegurado por meio de uma construção dialógica (princípio do contraditório), condição ideal de fala (isonomia) e discussão compartilhada (ampla defesa), garantirá aos participantes a administração da justiça para que o Juiz construa um provimento legítimo.

Quer-se com isso afirmar que somente por meio de uma cidadania plena é possível a instrumentalidade ser manejável pelos juridicamente legitimados, cumprindo afastar o “conceito vulgar que se tem de *cidadania*” ligada a conotações de um aleatório e ocasional

exercício de voto ou a mobilizações sociais como formas tidas por mais importantes e à provocar significativas transformações ou controles estruturais da sociedade política” (LEAL, 2002, p. 151), de modo que, ao se afastar o conceito informalmente difundido, está-se afirmando que a participação do cidadão na vida política, vai muito além do imaginário do cidadão brasileiro de escolher seus representantes ou participar de um *referendum* ou plebiscito, que são as formas de democracia indireta e direta, respectivamente, mais comumente conhecidas e utilizadas no Brasil⁷, mas para além desse pré-conceito, a fruição do exercício pleno da cidadania, como legitimação irrestrita para a fiscalidade processual dos direitos constitucionalizados, que somente poderão ser assegurados por princípios e institutos do Processo constitucionalmente constituídos e unificados com suas garantias teórica e juridicamente paradigmáticas. (LEAL, 2009, p. 37-38).

Dessa forma, no Estado Democrático de Direito, o caminho adequado para se analisar os provimentos jurisdicionais, devem passar primeiramente pelo reconhecimento do processo como instituição apta a assegurar a letigimação dos atos estatais, que tem na sua Constituição de 1988 a determinação de que o ato judicante não pode mais ser reconhecido como mero instrumento posto à “disposição do Estado para atingir objetivos metajurídicos por via de atividade solitária do julgador”, sendo que a justiça não mais é a do julgador, mas do cidadão (fonte única do Direito) por meio de participação direta na administração da justiça e na construção do provimento jurisdicional pelo Juiz e que a faz inserir em leis democraticamente elaboradas. (LEAL, 2002, p. 102).

“Na democracia constitucional, o cidadão é a única fonte de poder, apresentando-se como construtor, intérprete e destinatário da norma jurídica, legitimando o Direito” (MADEIRA, 2012, p. 36) e, dessa forma, a Constituição Brasileira estabelece logo no artigo 1º, inciso II a cidadania e no parágrafo único do mesmo artigo a soberania popular como fundamentos desse Estado Democrático de Direito, não restando dúvida da legitimidade do cidadão na concretização de seus direitos e em específico na ciência processual, na construção de suas decisões.

⁷ A Constituição da República de 1988 prevê expressamente em seu art. 14 como formas de exercício da soberania popular, e “participação popular nos negócios do Estado” (MORAES, 2008, p.230) o referendum e o plebiscito, sendo que este se trata de uma consulta prévia aos cidadãos, sobre determinada matéria que posteriormente será discutida no Congresso Nacional e o referendum em consulta posterior sobre determinado ato governamental, no sentido de ratificá-lo ou dar-lhe eficácia. No dia 6 de janeiro de 1963, os brasileiros foram convocados às urnas para opinar sobre a manutenção ou não do regime parlamentarista que então vigorava. Em 21 de abril de 1993, os brasileiros, em plebiscito, escolheram entre Monarquia ou República e entre os sistemas de governo presidencial ou parlamentar. Por fim, em 23 de outubro de 2005, houve referendo para que a população opinasse sobre a aprovação ou não da proibição do comércio de armas de fogo e munições no país. (TSE, 2013).

Dessa forma, cada cidadão, individualmente considerado, está legitimado a participar na administração da justiça como garantia do verdadeiro exercício democrático no Estado brasileiro. Garantia de participação esta, que se espalha por todos os ramos processuais, incluindo o Processo do Trabalho.

Tratando ainda do estudo sobre a ciência do Direito Processual, cumpre ressaltar a defesa de doutrinadores como Alexandre Freitas Câmara (2010, p. 11-13) Carlos Alberto Reis de Paula (2010, p. 23-27)⁸, Rosemiro Pereira Leal⁹ da existência de uma Teoria Geral do Direito Processual, que possui muitos institutos comuns à todos os ramos de Direito Processual, como preclusão, ônus da prova, coisa julgada e recursos que são aplicáveis tanto ao Processo Civil, quanto ao Processo do Trabalho, ou Processo Penal e Processo Administrativo, além dos demais. Defendem, assim, uma Teoria Geral do Processo, aplicada a todos os ramos do Direito Processual.

Nesse espeque, cumpre destacar o Instituto do ônus da Prova, que será detidamente estudado no próximo capítulo, e que se insere na Teoria Geral do Processo, por igualmente se fazer presente, nos vários ramos processuais, mas com especificidades peculiares e nuances diferenciadas no Direito Processual do Trabalho, conforme se verá, motivo pelo qual, apesar da sua inclusão na Teoria Geral do Processo, referido instituto será analisado sob a perspectiva para além da Teoria Geral do Processo, qual seja, a perspectiva das suas especificidades no Direito Processual do Trabalho.

Assevera Carlos Henrique Bezerra Leite, que a ciência Processual aplicada especificamente ao Direito Processual do Trabalho, é

O ramo da ciência jurídica, constituído por um sistema de normas, princípios, regras e instituições próprias, que tem por objeto promover a pacificação justa dos conflitos individuais, coletivos e difusos decorrentes direta ou indiretamente das relações de emprego e de trabalho, bem como regular o funcionamento dos órgãos que compõem a Justiça do Trabalho. (LEITE, 2010, p. 91).

Nessa esteira, até o ano de 2004, a Justiça do Trabalho tinha competência para julgar somente as causas advindas da relação de empregado, tendo a Emenda Constitucional n.45/2004 (BRASIL, 2013i) ampliado a competência trabalhista para o julgamento da Especializada laboral, para incluir também as relações de trabalho, conforme art. 114 da Constituição de 1988, sendo que referida ampliação não interferiu na dinâmica processual

⁸ O autor não trata especificamente do estudo da Teoria Geral do Processos, apenas trata do ônus da prova como instituto atinente à Teoria Geral do Processo.

⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo Primeiros Estudos. 8ª. ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Forense: 2009.

trabalhista, que sempre se ateu a concretizar o Direito Material do Trabalho com todas as suas especificidades e peculiaridades que lhe são próprias.

Nesse compasso o ônus da prova como instituto pertencente à Teoria Geral do Processo, receberá as doses necessárias para a sua correta aplicação e utilização na Especializada Trabalhista, operando proficuamente na proteção ao hipossuficiente da relação laboral assim como também o é na relação processual.

Quando se disse que o Direito do Trabalho nitidamente optou por tutelar o débil e hipossuficiente da relação entre trabalhador e empregador, está-se afirmando que o hipossuficiente deve ser tutelado tanto no Direito Material quanto no Direito Processual do Trabalho, confirmando a função protetiva do Direito do Trabalho, antes, durante e depois do contrato de trabalho.

Por certo, não se defende uma proteção “supra-sistêmica” e acima da própria Constituição, pois certamente existem adequações que, mesmo na esfera Processual Trabalhista, com suas especificidades tão próprias, não são capazes de serem realizadas, sob pena de se ferir o próprio princípio do Devido Processo Legal e a sistematicidade do ordenamento jurídico e a própria Constituição, de modo que toda e qualquer adequação de Princípios ou Institutos (à exemplo do que ocorre com o Princípio da Igualdade e com o Instituto do Ônus da Prova) à seara juslaboral e a qualquer outro ramo, deve ser realizado em bases legais e em harmonia com o Estado Democrático de Direito, garantindo, por sua vez, a segurança jurídica e os demais princípios instituidores da ordem jurídica brasileira, que têm a Constituição como sua fonte e base mestra.

Assim, tem-se que o Direito do Trabalho, analisado sob uma perspectiva mais abrangente, vale dizer pelo direito material e processual, possui características específicas e concordes com o que pretendeu tutelar.

Cumprir observar que o Direito Processual do Trabalho, deve ser trilhado sob as bases da *Teoria Neo-Institucionalista de Processo*, em que as partes, (na maioria das vezes Autor/empregado e Réu/empregador) em máxima expressão de cidadania, estão legitimados a construir e reconstruir diretamente o direito material, para sua concretização, utilizando-se para tanto das bases constitucionais do Devido Processo Legal e demais princípios.

Cumprir ainda destacar que, apesar do dissenso existente na doutrina sobre a enumeração dos princípios processuais aplicáveis ao ramo Especializado do Processo do

Trabalho¹⁰, esse ramo se vale dos princípios processuais constitucionais comuns ao ramo processual, afirmando Alexandre Freitas Câmara (2010, p. 35) que os princípios do Direito Processual mais importantes estão consagrados na Constituição da República. São eles: Princípio do Devido Processo Legal, do qual defluem os Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, e que se realizam por meio da efetividade do Direito do Acesso à Jurisdição. Por se tratar de estudo, cujo objeto se insere no seara juslaboral, também será estudado o Princípio da Igualdade Processual, por estarem todos esses princípios diretamente intrincados com o presente estudo e por estabelecerem “as premissas do funcionamento do sistema processual brasileiro”. (CÂMARA, 2010, p. 35).

Ressalte-se que não se trata o Acesso à Jurisdição de Princípio Constitucional, mas devido sua importância para o tema da efetividade do Processo e concretização de direitos, faz-se necessário seu estudo.

3.2 O Devido Processo Legal

O Princípio do Devido Processo Legal é tido por muitos doutrinadores¹¹ como o mais importante dos princípios Constitucionais, sendo que dele defluem todos os demais princípios processuais.

Referido princípio teve origem no Direito Inglês, presente na Magna Carta de 1215, inicialmente impondo aos barões e ao povo daquela época que uma pessoa somente poderia ser submetida à julgamento pelos pares de quem estivesse sendo julgado e sob às leis do seu país, sendo a expressão inicialmente utilizada em inglês *the law of the land*, substituída pela expressão *due process of law*, traduzida para o Brasil como “Devido Processo Legal”.

¹⁰ Mauro Schiavi (2009, p.81-84) aponta os princípios do protecionismo temperado do trabalho, a informalidade, a celeridade, a simplicidade, a oralidade a majoração dos Poderes do Juiz do Trabalho na direção do Processo e a subsidiariedade. Coqueijo Costa (1976, p.15) elenca os princípios da igualdade das partes, economia dos Juízos, não interpretação gramatical ou literária, equidade na interpretação da lei processual, celeridade, interpretação a favor do empregado. Em obra coletiva coordenada por Vitor Salino Moura Eça e Aline Carneiro Magalhães (2012), foram apontados como específicos do processo trabalhista apenas o princípio da execução trabalhista e o princípio da efetividade social, pois os demais princípios processuais como, oralidade, efetividade, isonomia e outros, são princípios pertencentes aos princípios processuais constitucionais ou do direito processual comum, aplicáveis no processo do trabalho. Por fim, Carlos Henrique Bezerra Leite (2010, p.78-86), elenca como princípios peculiares do direito processual do trabalho o princípio da proteção, o princípio da finalidade social, o princípio da busca da verdade real, o princípio da indisponibilidade, o princípio da conciliação e o princípio da normatização coletiva.

¹¹ Alexandre Freitas Câmara(2010, p.35), Carlos Henrique Bezerra Leite (2010, p.60) afirmam que desse princípio extraem-se outros princípios, Alexandre de Moraes(2008, p.105) afirma que o devido processo legal tem como colorários a ampla defesa e o contraditório. Nelson Nery Junior, (2004, p.53) afirma que o princípio do devido processo legal é a base que sustenta todos os outros princípios.

A garantia do devido processo legal surgiu com caráter exclusivamente processual, mas, depois, passou a ter também um aspecto de direito material, o que levou a doutrina a considerar a existência de um *substantive due process of law* (devido processo legal material) ao lado de um *procedural due process of law* (devido processo legal processual). O *procedural due process of law*, deve ser entendido como garantia ao pleno acesso à justiça, enquanto o devido processo legal material ou substancial, que era entendido naquela época como garantia do trinômio “vida-liberdade-propriedade” (CÂMARA, 2010, p. 35-37), deve ser irradiado hoje para todos os demais princípios fundamentais existentes na Constituição de 1988.

Por seu turno, a Declaração Universal dos Direitos do Homem adotada e proclamada na Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, garante em seu artigo XI, nº. 1, que sobre o homem que recair acusação de um ato delituoso, incidirá a presunção de inocência, até que a sua culpabilidade seja provada, por meio de um julgamento público e no qual lhe assegurem todas as garantias necessárias à sua defesa.

Esse julgamento à que se faz referência com securitização das garantias necessárias à defesa, constitui-se igualmente ao que hoje se chama de Princípio do Devido Processo Legal.

Como informado, referido princípio, encontra suas raízes primárias no *due process of law* e está albergado explicitamente na Constituição do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, inciso LIV, ao dispor que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, sendo que “este princípio, é em verdade, causa de todos os demais.” (CÂMARA, 2010, p. 35).

Esse superprincípio, abarca o ciclo das garantias processuais, disponíveis a qualquer cidadão, por meio do acesso à jurisdição. Garante que por meio do processo devido, correto, justo, legal, cada uma das partes em processo receba o que é seu, por meio de provimento realizado em contraditório, com utilização plena do direito de defesa, resguardada a isonomia processual e o respeito à ordem e prazos legais dos atos procedimentais.

Dessa forma, a consagração desse Princípio na Constituição assegura a aplicação, por consequência lógica, de todos os demais princípios processuais como contraditório e ampla defesa, garantindo assim um processo em bases Democrático-constitucional.

Ensina Alexandre de Moraes (2008, p. 104) que referido princípio configura, uma dupla proteção ao indivíduo, pois atua no âmbito material de proteção ao direito de liberdade e no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado e plenitude de defesa, consubstanciada no direito à uma defesa técnica, citação, produção de provas, recursos, a decisão imutável, que garante a segurança jurídica. Não se encerrando aqui,

contudo, o rol de defesas, pois para além das já citadas, incluem-se ainda a publicidade do processo, garantia de juiz competente e revisão criminal e outras mais.

Afirmam Antônio Carlos Cintra, Ada Pellegrine Grinover e Cândido Rangel Dimanarco (2000, p. 82) que referido princípio, enquanto princípio constitucional, quer significar o conjunto de garantias de ordem constitucional que de um lado asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes de natureza processual e, de outro lado, legitimam a própria função jurisdicional.

Dessa forma, referido princípio consubstancia no mais importante Princípio Constitucional de Direito Processual e tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, fazendo-se presente no Processo do Trabalho, como medida de garantia de um processo trabalhista assentado em bases democráticas, coadunando com os preceitos da Constituição Cidadã e garantindo a concretização do Direito do Trabalho.

3.3 Contraditório

O ilustre processualista Elio Fazzalari, ao inaugurar a nova fase do Direito Processual inseriu o Princípio do Contraditório no Processo, como o mais relevante dos corolários do devido processo legal, pois o Processo passou a ser percebido como procedimento somente possível se presente o contraditório.

Este princípio encontra-se previsto no texto constitucional em seu artigo 5º, inciso LV, dispondo que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os recursos a ela inerentes” pelo que se infere que o processo somente será legítimo se realizado em contraditório, o que significa que as partes devem tomar conhecimento dos fatos ocorridos no *iter* procedimental, destacando ainda, conforme as lições de Carlos Henrique Bezerra Leite (2010, p. 58) que a bilateralidade que esse princípio abarca, implica na bilateralidade do processo e da ação, partes estruturantes na trilogia da ciência do direito processual, pois aproveita-se tanto ao autor quanto ao réu.

A *Teoria Neo-Institucionalista do Processo*, que garante a participação direta das partes na formação do provimento jurisdicional, tem no presente princípio a plena possibilidade de fruição dessa participação processual, pois o contraditório é garantia de simétrica paridade de participação na formação do provimento final e estabelece o moderno conceito de parte no processo, vez que “parte é quem participa, efetiva ou potencialmente, do contraditório na relação jurídica processual”. (LEITE, 2010, p. 58).

O contraditório não é o dizer e o contradizer sobre matéria controvertida.(...) o contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda no processo, na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo. (CONÇALVES, 1992, p. 127).

Ensina Rosemiro Pereira Leal (2009, p. 39) que o contraditório é “princípio regente” do processo e que nas Democracias atuais, ausente o contraditório, o processo “perderia sua base democrático-jurídico-principiológica e se tornaria um meio procedimental inquisitório em que o arbítrio do julgador seria a medida colonizadora da liberdade das partes”.

Assim, o contraditório deixa de ser mero atributo do processo, abandonando as proposições de Fazzalari e “passa à condição de princípio (norma) determinativo de sua própria inserção na estruturação de todos os procedimentos preparatórios dos atos jurisdicionais” e sob essa ótica, o processo não é tido simplesmente como procedimento em contraditório, porque o contraditório é seu “princípio regente”, não mais mero atributo das leis processuais (codificadas ou não) e não mais será dosado pela atuação discricionária, fundada em conceitos e juízos personalistas de senso comum e de conveniência do julgador. (LEAL, 2002, p. 89).

O presente princípio estabelece que à propositura de uma ação, o réu deve ser citado para oferecer sua defesa e que no curso do processo, o juiz intimará a outra parte para tomar conhecimento e se manifestar, se for o caso ou do seu interesse, sobre todo e qualquer documento juntado por uma das partes. O mesmo se estabelece ainda em grau recursal, quando uma parte sempre é chamada à se manifestar sobre as proposições e motivos recursais da parte contrária. Esse trâmite obrigatório expressa o comando constitucional de dar ciência ao réu da ação e dos demais atos processuais às partes, e a possibilidade de uma reação jurídica tempestiva, garantindo a igualdade de tratampento e de oportunidades às partes no processo, contribuindo com a exposição de Aroldo Plínio Gonçalves (já citada), de que o presente Princípio efetiva a igualdade processual.

Afirma Dhenis Cruz Madeira (2012, p. 156) que em Direito Democrático, pode-se dizer que a maior garantia das partes, quanto à produção da prova é a observância do devido processo e que o contraditório se produz, antes, durante e depois da produção da prova, garantindo a participação dialética e em simétrica paridade das partes.

Nessa esteira, o contraditório é a igual oportunidade de igual tratamento das partes no processo, garantindo a simétrica paridade de participação no processo. Mais do que isso, o contraditório deve ser efetivamente “entrelaçado com o princípio(requisito) da fundamentação

das decisões de forma a gerar as bases argumentativas acerca dos fatos e do direito debatido para a motivação das decisões” (LEAL, 2002, p. 105), pois caso ao Juiz fosse dado julgar conforme sua livre convicção, sem necessidade de fundamentação, de nada adiantaria a participação das partes na administração da justiça, por meio do contraditório. Toda a administração da justiça dialética se perderia com uma decisão desfundamentada.

Portanto, tem-se por racional uma decisão proferida no âmbito de um Direito democrático positivo que se torna “auto-referente” por sua legitimação discursiva. Razão essa construída de maneira isonômica e compartilhada pelas partes, com oportunidades de se manifestarem sobre as alegações e provas juntadas pela outra parte, por meio do contraditório, que somente tornam racionais as decisões que se fundamentem nas leis democraticamente instituídas e a partir de procedimentos judiciais que assegurem a imparcialidade na reconstrução compartilhada dos fatos e do próprio Direito aplicável ao caso concreto, sendo que “o contraditório, na condição de princípio constitucional, se atendido, torna-se nesse passo, hábil, por um lado a garantir imparcialidade e, por outro, a balizar a própria racionalidade das decisões”. (LEAL 2002, p. 107).

Não há possibilidade de se falar em Estado Democrático de Direito, sem participação direta do cidadão na administração da justiça e sem a presença dos princípios do contraditório, ampla defesa e uma decisão racionalmente fundamentada e assegurada pela imparcialidade do julgador.

Na mesma esteira, o Princípio do Contraditório, aplica-se à produção de provas, seja na regra estática da distribuição do ônus probatório previsto no art. 818 da CLT, seja na sua inversão do ônus da prova ou ainda na distribuição dinâmica aplicados no Processo do Trabalho, conforme se verá, pois, somente estão autorizados a ocorrer, desde que respeitado o contraditório. Portanto, a prova (presente ou ausente nos autos) que é o cerne para a resolução do conflito, depende da garantia do princípio do contraditório, posto ser este princípio regente para instalação do Processo e garantia de efetividade de um Estado Democrático de Direito.

3.4 Ampla Defesa.

O princípio da ampla defesa também se encontra previsto no artigo 5º, inciso LV da Constituição de 1988, juntamente com o princípio do contraditório. Não estaria o devido processo legal completo em sua função, caso o réu fosse chamado ao processo, tivesse acesso às alegações e provas e não pudesse se defender.

No mesmo, sentido, em sendo chamado o réu, caso manifestasse razões das quais o autor devesse também se defender e não pudesse fazê-lo, estaria o autor igualmente prejudicado em sua possibilidade de defesa e incompletos o acesso à jurisdição e o Devido Processo Legal, por tal fato.

Por aproveitar ao autor e ao réu, o presente princípio também se classifica como um princípio de “mão dupla”, bilateral. (LEITE, 2010, p. 59).

Ensina Rosemiro Pereira Leal (2009, p. 98) que o princípio da ampla defesa se estende aos princípios do contraditório e isonomia, porque essa amplitude de defesa se faz nos limites temporais do procedimento em contraditório.

Afirma ainda que a amplitude não quer significar infinitude de produção de defesa à qualquer tempo, mas que seja produzida pelos meios e elementos de alegações e provas e nos limites temporais e procedimentalmente legais, o que supõe a oportunidade de exaurimento das articulações de direito e produção de prova (LEAL, 2009, p. 98), incluindo ainda as possibilidades de interposição de recursos, dentro dos prazos processuais legais e sempre na defesa do interesse da parte empenhada.

Nesse sentido, cumpre destacar o ensinamento do Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello (1992) no julgamento do Habeas Corpus n.º: 68.929-9/SP (BRASILIA, 1992), que afirma que o acusado é protegido de várias prerrogativas que lhe são asseguradas e o direito de permanecer calado, também o é e encontra guarida no presente princípio. Ou seja, a ampla defesa pode ser utilizada de maneira positiva (ativa) ou negativa (passiva), ou como nos dizeres de Alexandre de Moraes (2008, p. 106), em que o réu pode trazer para o processo os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo omitir-se ou calar-se.

Destaque-se ainda que em se tratando de processo inserido no contexto democrático onde as partes conjuntamente constroem o provimento final, não se pode acolher o cerceamento de defesa de qualquer das partes, sob pena de afronta à democracia.

Não sem razão, os Tribunais Regionais do Trabalho, diante da alegação e comprovação do cerceamento de defesa, determinam o retorno dos autos à vara de origem e reabertura da instrução para produção de determinada prova requerida e indeferida pelo Juiz, o que pode ser observado no voto prolatado pela Oitava Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

A d. Oitava Turma CONHECEU do recurso ordinário interposto por HODLANIERY PEREIRA DOS SANTOS e ANDRÉ LUÍS DE ALMEIDA OLIVEIRA (fl. 245 a 254), porque presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade. No mérito, **ACOLHEU a arguição de cerceamento de defesa**

e DEU-LHE PROVIMENTO para declarar a nulidade dos atos processuais a partir da audiência de instrução consignada no termo de fl. 238 **e determinar o retorno dos autos à origem para reabertura da fase instrutória, possibilitando às partes a apresentação de prova oral** e proferindo nova decisão, como se entender de direito. (MINAS GERAIS, 2013b)

No mesmo sentido é o ensinamento do Ilustre Desembargador Paulo Roberto Sifuentes Costa, do mesmo Tribunal Regional do Trabalho, que apesar de negar provimento ao recurso e manter o indeferimento da produção de prova, o fez fundamentadamente ao argumento de que, como o Juiz tem a direção do processo e pode decidir quais provas são pertinentes ao feito, analisando o conjunto probatório existente nos autos (art. 852-D da CLT), uma decisão que encerre uma instrução deve ser razoável e fundamentada, sob pena de caracterizar a ocorrência de cerceamento de defesa, sujeitando o processo à anulação a partir da negativa de produção da prova. (MINAS GERAIS, 2013c). Dessa forma, o direito à ampla defesa, tanto do réu quanto do autor, torna-se um direito fundamental, não sendo constitucional qualquer tipo de redução da plenitude dessa defesa, sem propósito ou fundamento.

No mesmo sentido, se mostrará que a efetivação do presente princípio no Processo do Trabalho, poderá ser alcançada, de acordo com o caso concreto, por meio do deslocamento do ônus probatório, vez que ao buscar a produção de determinada prova, a parte está assegurando a defesa das suas alegações no processo.

Assim, o princípio da ampla defesa é condição para se chegar a um provimento legítimo, respeitados os espaços temporais para sua alegação, que não podem ser estreitados ou restringidos por busca de celeridade processual, pois esta não pode ser feita, em detrimento de qualquer princípio ou direito. Mas tem a ampla defesa a garantia da parte de defender-se de maneira vasta, sem sofrer cerceamento da defesa do seu interesse, respeitando o devido processo legal, contraditório e isonomia, nos tempos e modos processuais adequados.

3.5 Isonomia e Simétrica Paridade

Ensina Rosemiro Pereira Leal (2009, p. 98) que a simétrica paridade significa uma condição constitucionalmente assegurada dos direitos fundamentais dos legitimados quanto à vida digna, liberdade e igualdade no plano constituinte do Estado Democrático de Direito, enquanto a isonomia processual consiste na igualdade temporal concedida às partes para dizer e contradizer para a administração da justiça e posterior construção do provimento jurisdicional pelo magistrado.

Conforme foi visto, no Direito do Trabalho, o Direito Material se utiliza da aplicação do Princípio da Igualdade para igualar juridicamente uma relação que, por sua natureza, nasceu desigual e necessita se igualar, para o atingimento do fundamento da Constituição e do Estado Democrático com a redução de desigualdades.

Nesse sentido, o Princípio da Igualdade, no Direito Processual, deverá receber o mesmo tratamento, igualando as partes juridicamente desiguais, sob pena de não atingimento do próprio Estado Democrático.

E, conforme será analisado mais adiante, referido Princípio tem sido aplicado na Especializada laboral, para consecução dos fins propostos pelo Estado Democrático e sua Constituição Cidadã, bem como para alcançar o fim precípua do Direito do Trabalho que é proteger o hipossuficiente, que por meio da desigualdade jurídica-processual, coloca-o em pé de igualdade para com seu empregador.

Mas a igualdade jurídica alcançada por meio da desigualdade processual, torna-se imperiosa, diante da farta condição do empregador de enfrentar o processo, tendo consigo, na maioria das vezes testemunhas que são seus empregados e dele recebe salário. Também as provas documentais, que foram colhidas ao longo do contrato laboral, ficam sob sua guarda, bem como possui o empregador condições econômicas de suportar a espera, normalmente, demasiadamente longa do fim do processo (na verdade, essa demora é uma vantagem para ele) e, portanto, não tem qualquer intenção em contribuir para o fim desse processo, estando presentes as condições que demonstram a hipossuficiência do empregado e a “hipersuficiência” do empregador, no plano processual, confirmando a desigualdade das partes que formam, portanto, uma desigual relação processual e que necessita ser reestruturada para se ter uma verdadeira aplicação do Princípio da Igualdade às partes em processo.

No mesmo sentido, ensina Carlos Henrique Bezerra Leite (2009, p. 57) que o Princípio da Igualdade deve ser entendido tanto no aspecto formal quanto da igualdade real, sendo que disso “resulta a necessidade de adaptação da aplicabilidade deste princípio nos domínios do direito processual do trabalho, no qual se observa, não raro, manifesta desigualdade econômica entre as partes que figuram no processo.”

Por tal fato, não sem razão a Justiça do Trabalho, tem aplicado o Princípio da Igualdade processual, utilizando-se para tanto o tratamento desigual, na medida da desigualdade das partes, o que pode ser observado, por exemplo, com a aplicação da Inversão do Ônus da Prova ou a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus Probatório, conforme se verá, com vias a impingir o empregador, normalmente quem detém a guarda de documentos

ou encontra-se mais apto a apresentá-las, sob pena de ter contra si uma decisão desfavorável, mas sempre no sentido de trazer o equilíbrio processual entre as partes.

Contudo, a medida não se impõe com despropósitos e à revelia ou livre arbítrio do juiz. A desigualdade processual é realizada com base em princípios ou institutos, aptos a identificarem que, apesar do empregado ter trazido suas alegações, por ser o empregador o detentor de determinado documento, por exemplo, deverá ele então apresentar referido documento, sob pena de serem consideradas verdadeiras as alegações do autor, estando cumprida, dessa feita, a correta aplicação do Princípio da Isonomia, garantindo a igualdade jurídica processual, também como corolário do Devido Processo Legal e cumprimento da Constituição com vias a reduzir as desigualdades.

Assim, tão somente a aplicação da simétrica paridade sem a devida desigualdade processual conferida ao hipossuficiente também processual, na Especializada Trabalhista, não é capaz de realizar a justiça.

3.6 Acesso à Jurisdição

O direito comumente chamado “acesso à justiça”, tem o condão de conferir importância em todo o arcabouço jurídico, vez que efetiva o acesso ao Poder Judiciário em sua expressão integral, consubstanciando assim, na efetividade do próprio Direito, “que organiza e disciplina a vida social por meio de normas (...)”.(ALMEIDA, 2012, p. 2).

Inicialmente, cumpre destacar a nomenclatura ora utilizada, pois a ancianidade da expressão “acesso à justiça” não sintetiza todos os princípios e garantias constitucionais do processo, vez que no atual modelo constitucional instituído pelo processo democrático, incorpora-se o princípio da ampla defesa, contraditório e outros princípios, pelo direito de movimentar o judiciário, que quer significar não só o acesso à própria jurisdição, como direito absoluto e integral de provocar a tutela legal, como também o direito a uma decisão justa, temporal e efetiva, ao expressamente garantir no texto constitucional que nenhuma lesão ou ameaça à direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CR/88). (LEAL, 2009, p. 68-69).

Sob esse enfoque, o próprio Devido Processo Legal, entende-se como possibilitado a partir do pleno acesso à jurisdição, não podendo esse direito ser uma mera garantia formal como o eco de uma voz a dizer que todos podem demandar, quando na verdade, a garantia substancial não é assegurada.

Alexandre Freitas Câmara (2010, p. 37-38) afirma que a garantia de acesso à jurisdição apenas formal, torna-se “inútil, ineficaz e conseqüentemente uma falsa garantia” e se filia ao pensamento de Kazuo Watanabe, ao afirmar que “deve-se entender a garantia de acesso à justiça como uma garantia de “acesso à ordem jurídica justa””.

Nesse compasso, o acesso à jurisdição deve ser garantido substancialmente, assegurando a todos os titulares de direitos lesados a efetiva tutela jurídica prestada pelo Poder Judiciário.

Ensina Carlos Henrique Bezerra Leite (2010, p. 62) que embora o artigo 5º, inciso XXX da Constituição de 1988, utilize a expressão “direito”, empregada no singular, referida expressão comporta interpretação extensiva e sistemática, abarcando tanto os direitos e interesses individuais como os coletivos, também garantidos no arcabouço jurídico, servindo-se dos princípios constitucionais da indeclinabilidade da jurisdição presente no art 5º, XXXV e o devido processo legal assente no art 5º, incisos LIV e LV, como aportes à temática do efetivo acesso, individual ou coletivo, à jurisdição.

Nessa esteira, diversas normas constitucionais e infraconstitucionais atuais criadoras de direitos e garantias metaindividuais, demonstram que o arcaico modelo liberal-individualista inspirador do CPC e da CLT (Título X, Capítulo III), mostra-se inválido, insuficiente, inadequado e ineficaz para solucionar os novos conflitos civis e trabalhistas de massa. (LEITE, 2010, p. 62).

Essa constante evolução semântica e conceitual pela qual passa o acesso à jurisdição, comprovam sua transmutação de uma concepção unidimensional calcada no formalismo jurídico para uma concepção que leva em consideração não apenas a norma jurídica em si, mas também os fatos e os valores que a permeiam. (LEITE, 2010, p. 135).

Nesse espeque, existem concepções diversas do presente princípio, sendo que no sentido geral, o acesso à jurisdição afigura-se como mero sinônimo de justiça social. No sentido restrito, à um acesso inserido no universo formal, específico do processo judicial, e num sentido integral, assume caráter mais consentâneo, “não apenas com a teoria dos direitos fundamentais, mas, também com os escopos jurídicos, políticos e sociais do processo” (LEITE, 2010, p. 136), sendo que essa concepção integral citada por Bezerra Leite, vai ao encontro das “três ondas do acesso à justiça”, delineados a partir do estudo aprofundado do tema por Mauro Cappelletti¹², e que vem sendo grandemente difundido pela doutrina e jurisprudência.

¹² CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfeet. Porto Alegre. Fabris, 1988

De fato, referido autor parte do pressuposto de que os estados liberais burgueses dos séculos dezoito e dezenove, tinham por direito de acesso à jurisdição tão somente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação e nessa esfera, “o acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva”, sendo ainda que para esse autor, a efetividade perfeita consistia na completa expressão da “igualdade de armas”, contudo ele mesmo afirma ser utópica essa igualdade perfeita, mas que por outro lado, os obstáculos ao efetivo acesso à jurisdição poderiam e deveriam ser atacados. (CAPPELLETTI, 1988, p. 9).

E assim o propôs, pois ao se analisar as três ondas de acesso delineadas pelo autor em referência, percebe-se que no seu âmago, pretende atacar a desigualdade de oportunidades processuais existentes, prejudicando o efetivo acesso à jurisdição, pelo que aponta seus obstáculos e suas possíveis soluções.

3.6.1 Primeira Onda de Acesso - Assistência Judiciária Gratuita

Pela primeira onda, aponta o autor como solução do problema que inviabiliza o acesso à jurisdição, a assistência judiciária gratuita para os pobres, vez que a prestação judiciária é por demais onerosa e obstaculariza os economicamente necessitados, retirando-lhes qualquer expectativa de acesso ao Poder Judiciário.

De fato, o acesso à jurisdição implica, genericamente falando, na contratação de um advogado, no pagamento de custas processuais, no pagamento de honorários periciais (médico, engenheiros, contador, dentre outros), que inviabilizariam de imediato que uma pessoa sem recursos financeiros procurasse o Poder Judiciário para “entrar com sua ação”, mesmo tendo sofrido lesão ao seu direito.

Dessa forma, a necessária “consciência social que redespertou, especialmente no curso da década de 60, colocou a assistência judiciária no topo da agenda das reformas judiciárias”. “A contradição entre o ideal teórico do acesso efetivo e os sistemas totalmente inadequados de assistência judiciária tornou-se cada vez mais intolerável”, culminando numa melhora significativa da assistência judiciária em grande parte do mundo¹³ a partir de então. (CAPPELLETTI, 1988, p. 33).

No Brasil a viabilidade do acesso à jurisdição ocorreu ainda na década de 50 e se deu por meio da edição da Lei 1.060 de 1950 (BRASIL, 2013j) que expressamente assegurou a

¹³O autor cita Suécia, França, Alemanha, Inglaterra. (1972), Estados Unidos (1965), dentre outros. (CAPPELLETTI, 1988, p. 33-35).

isenção de custas processuais aos economicamente necessitados e mais à frente a própria Constituição de 1988, estabeleceu em seu artigo Art 5º, LXXIV, a prestação do Estado de uma assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos, ampliando essa garantia de assistência para além da esfera extrajudicial.

Cumprir destacar ainda o papel essencial da função jurisdicional desempenhado pela Defensoria Pública (art. 134 CR/88), disponibilizado pelo Estado¹⁴, para atuação em favor dos necessitados que não tem condições de arcar com os honorários de advogado.

É de se observar que o economicamente necessitado, sem as proteções acima conferidas, jamais procuraria o Poder Judiciário para buscar a proteção de um direito, o que tornaria a Justiça, verdadeira casa de injustiça, prestigiando somente determinada classe da sociedade, fazendo dos pobres, para além de necessitados também injustiçados. Deveras o tratamento diferenciado ao necessitado economicamente, deve ser garantido e efetivado e o Brasil desde há muito tempo (Déc.50) procurou disponibilizar meios para que o cidadão não ficasse impossibilitado de procurar a tutela do direito por estar desguarnecido de meios econômicos para tanto.

Nesse sentido, ganha relevo a condição hipossuficiente dos trabalhadores que procuram a Justiça do Trabalho, que têm seu pedido de gratuidade judiciária deferido (preenchidos os requisitos legais), quando então, têm a oportunidade, inclusive de requerer a produção de provas, como perícias técnicas, tendo seu pleno acesso à jurisdição garantido, sob o enfoque da desoneração de custas, honorários e encargos com a tramitação do processo na busca pela concretização do seu direito.

A norma de processo civil que dispõe sobre a condenação em honorários de sucumbência não pode ser aplicada subsidiariamente ao processo do trabalho, por sua incompatibilidade com a principiologia do direito material aplicado nesta Justiça especializada.

(...) desde que qualquer uma delas fique vencida é possível impor a responsabilidade pelo pagamento de honorários de advogado à outra vencedora, o que, **sendo aplicável nesta Justiça especializada, vulneraria a proteção que o direito do trabalho confere ao hipossuficiente, tentando corrigir, no plano jurídico, o desequilíbrio econômico e social entre as partes na relação do contrato de trabalho.**

Sendo possível que o reclamante fique vencido, também seria possível a sua condenação em honorários advocatícios da parte vencedora, o que, **agravando a condição de hipossuficiência do empregado, representaria um desprestígio à tão visada acessibilidade à Justiça do Trabalho.**

O processo do trabalho jamais poderia admitir o risco de impor condições ainda mais gravosas ao mísero trabalhador que sequer conseguiu reunir

¹⁴Cumprir observar que apesar de o Estado disponibilizar Defensores Públicos para os necessitados, infelizmente, isso se dá em número insuficiente para atender toda a demanda social, o que muitas vezes leva o autor do direito lesado a se dirigir ao Poder Judiciário, desassistido de advogado, como lhe faculta a lei.

elementos necessários para fazer valer seus direitos perante o Estado, quando acabou ficando vencido. (MINAS GERAIS, 2013d)

No mesmo sentido, o acórdão proferido no RO 0000704-86.2011.5.03.0044, da Quarta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, muito bem fixou a partir da vigência da Lei nº 10.537 de 2002 (BRASIL, 2013e), que acrescentou o artigo 790-B, da CLT, a assistência judiciária gratuita passou a abarcar a isenção dos honorários periciais, sendo que, quando presentes os requisitos para a concessão da Justiça Gratuita, a parte-beneficiária fica isenta do pagamento dos honorários periciais, ainda que haja crédito, no processo, em seu favor. (MINAS GERAIS, 2013f). Cumpre observar que, a Justiça do Trabalho tem concedido a gratuidade judiciária ao empregado, como garantia do acesso à jurisdição, bastando a comprovação de sua hipossuficiência por meio de uma declaração redigida de próprio punho. Por regra, o mesmo não ocorre para o empregador, mas que por exceção, e como garantia de efetividade do direito do acesso à jurisdição, tem sido concedida a gratuidade, excepcionalmente para os casos do empregador pessoa física e mediante comprovação inequívoca de sua dificuldade financeira, tendo-se em mira o risco à sua própria subsistência ou de sua família. Cumprindo destacar ainda que este rigor vem sendo mitigado, lenta e paulatinamente, pelo Judiciário, que tem admitido, mais excepcionalmente ainda, a concessão da gratuidade de justiça, também às pessoas jurídicas, que, para se valerem desse benefício, devem comprovar robustamente o estado de miserabilidade jurídica (MINAS GERAIS, 2013f), destacando-se contudo, que a gratuidade alcança tão somente a isenção do pagamento das custas processuais, devendo ainda arcar o empregador com o pagamento dos depósitos recursais e honorários periciais. (MINAS GERAIS, 2013g).

Nesse aspecto cumpre destacar o *jus postulandi* assente na Especializada laboral que permite ao empregado, demandar sem o acompanhamento de advogado, vez que normalmente o trabalhador não tem como arcar com o pagamento dos honorários advocatícios, pois está desempregado, sem dinheiro para custear a sua própria sobrevivência.

Para bem retratar a realidade do *jus postulandi*, citam-se os setores de atermação muito comuns nos juizados especiais¹⁵ e na Especializada Laboral¹⁶ para onde a parte Autora

¹⁵ A Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (BRASIL, 2013i), dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e sua competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade cujas causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo, dentre outras condições e os Juizados Especiais Criminais providos por juízes que tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

¹⁶ A atermação e o processo desassistido por advogado na Justiça do Trabalho se restringe ao rito sumaríssimo, introduzido na CLT pela Lei nº 9.957 de 2000 (BRASIL, 2013m), para ações cujo valor não ultrapasse 40 vezes o salário mínimo

(Reclamante, Requerente, Autor) se dirige, apresentando de forma verbal sua pretensão, narrando os fatos, expondo seu pedido, que imediatamente são reduzidos à termo.

Assim, resta garantido o acesso à jurisdição, por meio da gratuidade judiciária conferida pela Lei 1.060 de 1950, com isenção de pagamentos de custas e demais despesas processuais, por meio da disponibilização de advogados por meio da defensoria pública, (ainda que em número insuficiente) e pelo *jus postulandi*.

3.6.2 Segunda Onda de Acesso - Representação dos Interesses Difusos

A segunda onda, denominada pelo autor de representação dos interesses difusos, é marcada pela defesa aos direitos metaindividuais, como por exemplo, a preservação ao meio ambiente, ao patrimônio cultural, a garantia de moralidade administrativa, dentre outros, sendo que esses interesses não são próprios de ninguém individualmente, mas de toda uma coletividade, destacando que o Brasil, nesse campo, exerce notória posição de liderança em nível mundial, pois é o país, que conta com número expressivo de instrumentos aptos a proteger tais interesses, como a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo. (CÂMARA, 2010, p. 40).

Nesse compasso, cumpre trazer à baila o instituto da substituição Processual (pleito ou defesa em juízo de direito em nome próprio ou alheio), que é própria das ações coletivas e que também encontrou guarida no plano democrático pós 88. Somente uma sociedade à caminho do amadurecimento dos seus direitos, concebe e entende a importância do manuseio das ações processuais coletivas e a necessária substituição processual.

As ações coletivas que têm força para impingir seus pedidos, além de garantir a segurança jurídica (garantir aos processos e pedidos idênticos a mesma decisão) é considerada uma das marcas características de um Estado Democrático de Direito e de uma nova era de consciência cidadã.

Lado outro, a substituição processual somente poderá ocorrer por expressa autorização da lei, garantindo que o princípio da legalidade e a segurança jurídica sejam resguardados.

Ressalte-se que referido Instituto encontra guarida no Processo Juslaboral e também no Código de Defesa do Consumidor.

No âmbito trabalhista a substituição processual destaca-se,

[...] sempre que se tratar de interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares os integrantes da categoria, pode e deve o sindicato atuar na qualidade de substituto processual, assim

como nos casos de interesses ou direitos individuais homogêneos, ou seja, os decorrentes de origem comum. (EÇA, 2008, p. 459).

Já o artigo 82 da Lei. 8.078 de 1990 - Código de Defesa do Consumidor - CDC (BRASIL, 2013n) - consta um extenso rol de legitimados que poderão propor em nome próprio ou no interesse de terceiros, a demanda com objetivo de responsabilizar os causadores de eventuais danos. Ou seja, demonstram uma franca evolução e assentamento nas bases do acesso à jurisdição conforme a segunda onda exposta e defendida por Mauro Cappelletti.

3.6.3 Terceira Onda de Acesso à Jurisdição - Novo Enfoque - Satisfatividade do Jurisdicionado

Por fim, a terceira e última onda, denominada pelo autor de “acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça, um novo enfoque de acesso à justiça” (CAPPELLETTI, 1988, p. 67), mais conhecida na doutrina por “novo enfoque de acesso à justiça”, quer significar uma maior satisfação do jurisdicionado com a tutela jurisdicional, “a qual deve ser efetiva e adequada a garantir verdadeira proteção às posições jurídicas de vantagem, lesadas ou ameaçadas” (CÂMARA, 2010, p. 41-42), consubstanciando-se na satisfatividade do jurisdicionado, o que toca, inevitavelmente, na questão da demora excessiva do processo em razão da formalização igualmente excessiva.

É sabido por todos os profissionais que movimentam o judiciário e diretamente (frequentemente ou não) e pelos “usuários” da Justiça que lidam com os trâmites processuais, a demora demasiadamente longa da ocorrência dos atos processuais, bem como o andamento processual. Muitas vezes, entre a distribuição e um despacho de vista, esvaem-se meses e meses, quando não anos fazendo com que o jurisdicionado e o profissional do direito, sintam-se frustrados e insatisfeitos, pois deliberadamente, estão sendo desrespeitados, sobretudo o litigante, no seu direito de acessar a jurisdição.

Contudo, a luta, não é pela “desformalização das controvérsias”, tampouco por uma total e extrema extinção das formas processuais. O processo judicial é formal, e tem de ser, sob pena de se desprezarem garantias fundamentais. “O movimento pela “desformalização das controvérsias” luta é contra o exagero formalista e que deve ser abandonado” no atual conceito de Estado Democrático de Direito. (CÂMARA, 2010, p. 41).

Nessa linha e com objetivo de buscar uma atividade processual menos formalista, sem perder a formalidade necessária, o Brasil adotou o procedimento sumaríssimo e os juizados

especiais, conforme Lei 9.099/95 (BRASIL, 2013), adotou ainda e institutos extrajudiciais como arbitragem, mediação, o Termo de Ajustamento de Conduta firmado com o Ministério Público e etc.

Afirma Carlos Henrique Bezerra Leite,

que no sentido integral, acesso à justiça significa também acesso à informação e à orientação jurídica, e a todos os meios alternativos de composição de conflitos, pois o acesso à ordem jurídica justa é, antes de tudo, uma questão de cidadania. Trata-se da participação de todos na gestão do bem comum, por meio do processo, criando o chamado paradigma da cidadania responsável. (LEITE, 2010, p. 138-139).

Nesse sentido, a terceira onda defendida por Mauro Cappelletti, consiste na (in)satisfação assente dos jurisdicionados quanto à demora, que muitas vezes leva à inefetividade da decisão, sendo que de nada adianta uma decisão favorável, mas “caduca” e inexecutável. Sobretudo no caso das ações trabalhistas em que as verbas ali pleiteadas possuem caráter alimentar, o que significa dizer que a inefetividade, pela absurda demora na execução de um processo, poderia levar o trabalhador à morrer de fome. A demora excessiva desestimula o trabalhador a procurar seus direitos na Especializada Laboral, e estimula o descumprimento do Direito do Trabalho pelo empregador, constituindo em verdadeiro obstáculo à jurisdição.

Na tentativa de buscar soluções para o problema do abarrotamento do Poder Judiciário, com a chegada de milhares e milhares de processos diariamente às suas portas, que inevitavelmente fazem a demora das tramitações aumentarem ainda mais, o judiciário, além da adoção de procedimento sumaríssimo e dos juizados Especiais, tem buscado soluções e tem encontrado no processo eletrônico uma ferramenta com possibilidade real de redução do tempo de tramitação processual.

Tratando do e-processo no âmbito trabalhista, afirma José Eduardo Chaves Junior (2010, p. 24) Coordenador do GEDEL, grupo de estudos sobre justiça e direitos eletrônicos, da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais, que existem dois caminhos, a saber: pensar na ineficiência do papel(físico), ou explorar as novas tecnologias e canalizar perspectivas para uma nova racionalidade processual, mais célere, para tornar os direitos mais efetivos e as decisões mais justas e adequadas garantindo assim, um verdadeiro acesso à jurisdição, destacando-se ainda a afirmação de Luiz Otávio Linhares Renault (2010, p. 13) de que deve haver uma mudança de paradigma entre os “juizes, advogados, procuradores, professores, estudantes, serventuários e demais auxiliares”, conjuntamente com a sociedade para a “implantação de uma justiça Virtual, que se acredita seja mais virtuosa do

que a atual”, mostrando que o e-processo tende a reduzir o lapso temporal das tramitações, aperfeiçoar a efetividade das decisões e melhorar a satisfação dos jurisdicionados.

Nesse compasso, como o direito está em constante evolução e os instrumentos de sua realização também, o judiciário tem buscado se atualizar por meio dos processos eletrônicos tendo como um dos objetivos exaurir os tempos mortos do processo¹⁷, garantido a gratuidade judiciária aos hipossuficientes, buscado dar maior celeridade e salvaguardado maior efetividade nas prestações jurisdicionais, como meio de concretizar direitos e efetivar a democracia, estando resguardado o princípio constitucional da razoável duração do processo, insculpido no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição de 1988, possibilitando a produção de prova no processo laboral, por meio da inversão ou distribuição dinâmica do ônus da prova, sem, contudo, mitigar o princípio do Devido Processo Legal, garantindo, assim, o direito de acesso à jurisdição, conforme acima exposto.

Por seu turno, o *onus probandi* no processo laboral, também deve ser entendido no sentido de garantir pleno acesso à jurisdição, pois na maioria das vezes o empregador detém os meios de prova e não os apresenta para não ter contra si uma decisão desfavorável, de modo que a inversão do ônus da prova ou a distribuição dinâmica do ônus da prova, é medida que se impõe na seara trabalhista, sob pena de não ver garantido o efetivo acesso à jurisdição, pela impossibilidade da produção da prova pelo autor e sua fácil produção pelo réu, estando desrespeitados, por conseguinte, o próprio sentido do Devido Processo Legal e a democracia cidadã, que tem nas partes, por meio de atuação ativa, dialética e conjunta, as construtoras e concretizadoras do legítimo provimento jurisdicional.

Nesse sentido, a inversão do Ônus da Prova e a Distribuição Dinâmica do Ônus, conforme será estudado nos capítulos 5 e 6, efetiva a 3ª onda de acesso à jurisdição, no que respeita a produção de provas, pois possibilita sua produção pelas partes, trazendo satisfação ao processo e aos jurisdicionados.

Nesse contexto, pode-se afirmar que o Direito Material lesado, efetivamente se concretizará por meio do Processo, estando resguardados e efetivados os princípios ora estudados, bem como garantido o verdadeiro acesso à jurisdição e nesse sentido é que se defende a inversão do ônus da prova e a distribuição dinâmica do ônus da prova no processo jus laboral, como meio de concretização do Direito do Trabalho, pois visa possibilitar o pleno

¹⁷ Tem-se por tempos mortos do processo o período em que o processo jaz nas prateleiras, sem que qualquer atividade voltada ao seu impulsionamento (Wambier, 2010), sendo que conforme pesquisa feita pelo Supremo Tribunal Federal (STF), 70% do tempo gasto na tramitação de um processo nos tribunais brasileiros, correspondem à repetição de juntadas, carimbos, certidões e movimentações físicas dos autos. Ou seja, o cartório (burocracia) retém 70% do tempo do processo. (MATTOS, 2010).

acesso à jurisdição por meio da adequada distribuição do *onus probandi* e a respectiva produção da prova, pela parte que esteja em melhores condições de produzi-la, com o fim de se entregar uma decisão legítima, em consonância com o Estado Democrático de Direito pelo Juiz, mais próxima da verdade e sob a garantia de aplicação e respeito de todos os princípios constitucionais e processuais ora analisados.

4 O INSTITUTO JURÍDICO DA PROVA NA CONTEMPORANEIDADE

A palavra prova representa enorme complexidade teórica e em razão da sua grande relevância na garantia do devido processo para os destinatários dos provimentos jurisdicionais, a prova sempre foi objeto de apreciação e estudo e em razão do novo e atual modelo processual, assentado em bases democráticas, surge a necessidade de ressemantizá-lo.

4.1 Necessidade de Ressemantizar o Instituto Jurídico da Prova¹⁸

A palavra prova pode ser conceituada em vários sentidos, como por exemplo, o ato de experimentar, degustar um novo prato do *chef* (provar uma comida). Pode ser ainda entendida no sentido de uma competição ou prova entre esportistas. Também pode ser expressada na locução da matemática, como operação pela qual se verifica a precisão de um cálculo.

Noutro sentido, “dogmaticamente, prova é qualquer evidência factual que ajude a estabelecer a verdade de algo” (CÂMARA, 2009) e, exposta de maneira tão abrangente (para não dizer obscura), a doutrina tradicional tem a intenção de estendê-la a todas as situações do cotidiano (RIBEIRO, 1995, p. 324), jurídicas ou não, isto é, em recintos desprocessualizados.

Nesse sentido, a prova é, inclusive, necessária para resolução de situações familiares, profissionais, dentre tantas outras e, de maneira relevante, se estende ao cotidiano jurídico. Aqui, segundo a instrumentalidade clássica, a prova se faz ativamente presente desde as alegações, trazidas pelo autor, seguidas das contra-alegações do réu até a sentença, ou seja, em todo *iter* procedimental.

Entrementes, esses argumentos arcaicos desservem para a compreensão do instituto jurídico da prova face à Constituição brasileira de 1988, conforme se verá. Provar, nesse viés interpretativo, não guarda qualquer relação com busca da verdade real¹⁹, ou tem por objetivo demonstrar a veracidade de um fato ocorrido na extra-procedimentalidade, ou, ainda, formar a convicção do julgador.

O processo, enquanto instituição constitucionalizada, de acordo com a *Teoria Neo-Institucionalista do Processo*, conforme já foi estudado, assegura, por seus princípios

¹⁸ A defesa da necessidade de ressemantização do instituto da prova, já foi realizado pela autora, tendo se pronunciado a respeito, conforme pode ser apreendido da obra “Comentários Críticos à exposição de motivos do CPC de 1973 e os motivos para elaborações de um novo CPC”. (PEREIRA, 2010, p.753-773)

¹⁹ Remete o leitor ao Item 4.10. deste capítulo.

institutivos, a ampla defesa no recinto da procedimentalidade que, segundo os ditames da lei, garante às partes a possibilidade de plena produção de provas.

Ínfimo ou mesmo inexistente é o número de ações julgadas versando, apenas, sobre questões de direito, enquanto que, contrariamente, a dificuldade incide nas questões de fato. Há quem defenda que os fatos são trazidos ao procedimento pelas partes e o acesso do juiz aos fatos dá-se, inevitavelmente, por meio da prova (BARBOSA MOREIRA, 1984, p. 178).

Contudo, o tema por ser instigante, levou os pesquisadores à inúmeros estudos sobre ele, existindo divergência doutrinária em se conceituar *prova* ou o ato de *provar*. Nesse aspecto, Moacyr Amaral Santos (1952, p. 12) ensina que prova “significa o resultado dos atos ou dos meios produzidos na apuração da verdade”, que disposto assim de maneira tão abrangente, quase chega à fugir da necessária procedimentalidade judicial.

Alexandre Freitas Câmara (2010, p. 401), denomina “prova a todo elemento que contribui para a formação da convicção do juiz a respeito da existência de determinado fato.”, indicando somente o juiz como destinatário na prova²⁰, e se traduz no ultrapassado modelo de processo, que não coaduna com atual Estado Democrático de Direito, caindo ainda em erro ao indicar a prova como elemento de convicção, que pela atual concepção do instituto da prova, a prova é meio e não elemento de convicção²¹.

Cleber Lúcio de Almeida (2013, p. 31) ensina que “provar é demonstrar a ocorrência ou a veracidade do fato alegado pela parte como fundamento de sua pretensão”, cumprindo apenas acrescentar que, apesar de determinada prova ser levada aos autos (cartularizados ou eletrônicos (MADEIRA, 2012, p. 156) por uma das partes, com objetivo de demonstrar a ocorrência do fato alegado, pelo princípio da comunhão da prova, a partir do momento que a prova é jungida aos autos, ela deixa de ser de qualquer das partes ou mesmo do juiz, para ser parte integrante do processo²², sendo que mesmo que a prova seja desfavorável à parte que a juntou, não poderá pedir seu desentranhamento ou inutilização.

Na contemporaneidade, “provar é representar e demonstrar os **elementos** da realidade objetiva pelos meios intelectivos autorizados em lei”. (LEAL, 2009, p. 196).

O tema representa enorme complexidade teórica e em razão da grande relevância da prova na garantia do devido processo para os destinatários dos provimentos jurisdicionais, a prova sempre foi objeto de apreciação e estudo, sendo que importantes estudiosos, sobretudo,

²⁰ Remete o leitor ao Item 4.11. deste capítulo.

²¹ Remete o leitor ao Item 4.5. deste capítulo.

²² Remete o leitor ao Item 4.11 deste capítulo.

processualistas, se debruçaram sob tal objeto, na intenção de conceituá-la, dar-lhe desígnio, ou, simplesmente, contextualizá-la.

Vários processualistas, sobretudo da escola instrumentalista, se dedicaram ao estudo da prova, contudo, importante observar que a evolução histórica da prova é uma representação do contexto histórico, bem como o paradigma de estado sob o qual se encontra, vez que as pesquisas têm demonstrado que “a história da prova reflete a história da civilização, acompanhando a evolução desta. Representa, pois, o avanço de cada sociedade” (BASTONE, 2000, p. 93) e que pode ser medido a partir do aferimento do conteúdo dos critérios legais de cada época (LEAL, 2009, p. 197), fazendo-se necessária uma digressão aos sistemas históricos de apreciação da prova²³, posto que demonstra a evolução de sua utilização (ferramenta que serve ao direito processual) no mundo jurídico, sobretudo no processo.

Antes, porém, deve-se ressaltar que a presente dissertação objetiva aclarar o novo conceito do instituto da prova, a importância de uma ressemantização atual, bem como o **meio** para se analisar os **elementos** que, formalizados, serão **instrumentos** aptos a contribuir na construção dialógica (participativa) do provimento, respeitando, sempre, os princípios constitucionais, em todas as etapas do processo.

Hodiernamente, há que se considerar a prova como o instituto jurídico constituído por meio lícito, objetivando examinar um elemento, cujo resultado será instrumentalizado, aproximado pelo texto constitucional e asseguramento dos direitos constitucionais expressos (contraditório, ampla defesa, isonomia e outros), como “instrumentalidade manejável pelos juridicamente legitimados”, surgindo daí a necessidade de ressamantizá-lo, conforme será estudo ainda neste capítulo.

4.2 Os Sistemas Probatórios

O estudo dos sistemas probatórios, como dito, é de crucial importância para se entender a forma com que o instituto da prova irradia suas características determinando a conduta das partes e do julgador, em cada momento histórico, posto que

Estes sistemas são fundamentais para a regulação da questão probatória do processo, civil e criminal, e, portanto, para a conformação geral do procedimento, que é talvez o aspecto mais importante da prova, e do qual depende o sucesso ou fracasso do

²³ Também conhecido como *Sistemas probatórios*. (BASTONE, 2000), dentre outras nomenclaturas dadas à evolução desses sistemas.

anterior. Mesmo para, contencioso administrativo, fiscal, processos de trabalho, etc (DEVIS ECHANDIA, 2007. Tradução nossa).²⁴

Nesse tom, inicia-se o estudo, analisando o primeiro dos sistemas probatórios, que foi o *sistema da certeza legal*, que tinha como principais características o excesso de formalismo, a predominância das ordálias ou juízos de deus e a aceitação dos juramentos (BASTONE, 2000, p. 94).

O sentido ora empregado ao formalismo aponta que tal sistema era formal quanto à legalidade dispensada às provas. Naquela época²⁵, porém, a legalidade estava diretamente relacionada à ideia e aos conselhos religiosos. Os processos judiciais eram ditados com base numa verdade que aparecia pela vontade de Deus (SANTOS, 1952, p. 25) estando assim, muito distante do sentido dispensado contemporaneamente.

O contexto histórico aponta para uma sociedade que vivia sob os ditames da igreja e entendia os preceitos religiosos e, sobretudo as ordálias, como sendo a própria lei. A crença nas ordálias imperava pacificamente nessa sociedade para quem “a lei era a própria religião” (SANTOS, 1952, p. 24), influenciando direta e decisivamente no comportamento social. Era uma legalidade subordinada e determinada pelas leis divinas, imposta, principalmente, pela igreja, como forma de perpetuar a dominação. Sob tais circunstâncias, torna-se possível entender o excesso de rigor e formalismo que era dispensado à prova, bem como entender a nomenclatura designada a tal sistema como sendo da certeza legal, posto que se tratasse de certeza na lei divina. Tanto assim era, que o instituto recebia também a nomenclatura de *ordálias* ou *juízos de Deus* (SANTOS, 1952, p. 24), demonstrando sua indissociável relação com a divindade.

“A ordália, ou julgamento de Deus, consistia em submeter alguém a uma prova, na esperança de que Deus não o deixaria sair com vida, ou sem um sinal evidente, se não dissesse a verdade ou fosse culpado” (SANTOS, 1952, p. 24) e deste modo, o balizamento da conduta social era inteiramente pautado em desígnios e inspirações divinas que culminavam em valores axiológicos sociais pré-fixados. Tal balizamento era garantidor perene de dominação pelas instituições autoritárias, incluindo a própria igreja que tinham o objetivo de se fortalecer frente à sociedade.

²⁴Estos sistemas son fundamentales para la regulación para la cuestión probatoria del proceso, tanto civil como penal, y, por lo tanto, para la conformación general del procedimiento, cuyo aspecto quizás más importante es el de las pruebas, ya de ellas depende el buen éxito o el fracaso del aquél. Lo mismo para los procesos laborales, contencioso-administrativos, fiscales, etcétera. (DEVIS ECHANDIA, 2007, p. 49).

²⁵O sistema da certeza legal imperava no Direito Romano primitivo e no Direito Medieval. (BASTONE, 2000. v. 1, p. 93).

Somam-se a esse sistema os juramentos, que não eram passíveis de questionamentos, posto que aquele que jurava, fazia-o em nome de Deus, contribuindo assim, para uma verdadeira ditadura divina, onde o juízo e a subordinação divinos imperavam, sendo intolerável a qualquer um inquiri-los.

O sistema da certeza legal contribuiu para que se instituísse o processo inquisitório, “em que o arbítrio, pela voz dos predestinados a governarem e conduzirem os povos, era o único comando de revelação de justiça e ratificação das intenções divinas”. (LEAL, 2009, p. 198-199). Tal processo possui a característica de outorgar ao juiz a faculdade oficiosa sob os aspectos e fatos de impulsão ao processo. Consagra como um dever do juiz utilizar as faculdades inquisitivas probatórias. (DEVIS ECHANDÍA, 2007, tradução nossa).²⁶

Assim, conclui-se que a prova trazida ao processo, já se apresentava revestida de valores e funções prévia e divinamente fixados. Singular seu papel, visto que pautada na lei divina para garantir a deferência dos subordinados aos superiores. Assim, ao juiz, cumpria buscar a vontade divina, sendo mero reproduzidor desta, “pois a prova tinha como finalidade buscar a vontade de Deus e não formar a consciência do julgador” (BASTONE, 2000, p. 94), e, às partes, cabia aceitá-la como desígnio divino.

Com o advento do iluminismo, impossível seria a conservação de tal sistema, culminando, pois, com o salto para o sistema da livre convicção. Sistema esse que imperava a livre convicção do juiz, podendo o mesmo valorar livremente as provas ou simplesmente desprezá-las. Devia, por certo, fundamentar sua decisão, mas no sentido de formalizá-la, sem, contudo, se vincular à qualquer resultado ou prova.

Nesse novo sistema a lei passa a ter “função secundária” (MADEIRA, 2012, p. 161) e o juiz passa a reinar como soberano. As provas continuam sendo trazidas ao processo, contudo, o juiz tem a liberdade de apreciá-las como bem lhe aprouver, podendo adotar solução com base em juízos de conveniência e equidade, bem como se valer de impressões e experiências pessoais, imprimindo-as à sua decisão. Era-lhe facultado adotar a solução que “entendesse coerente com os costumes e valores de um determinado grupo social” (LEAL, 2002, p.95), não necessitando se vincular às provas, já que nesse sistema a “prova produzida poderia ou não ser levada em conta quando da prolação das decisões”(LEAL, 2002, p. 95), e

²⁶ Muy importante es la circunstancia de que se consagre como un deber del juez, em ambas as instancias, el utilizar esas facultades inquisitivas probatórias siempre que resulten convenientes “para verificar los hechos alegados por lãs partes y para evitar nulidades y providencias inhibitorias. DEVIS ERCHANDÍA, Hernando. Compendio de la prueba judicial. 1ª ed. 1ª reimp. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 52. Apud CAPPELLETTI, Mauro, Proceso e ideologia, ps. 143-168, II Mulino, Bologna, 1969.

mais, pois, “nesse método o magistrado adquire a convicção da verdade pela prova dos autos, fora dela, e ainda contra ela”. (COUTURE, 1946, p. 194).

O sistema da livre convicção corroborou para a instauração do processo dispositivo, em que o juiz podia dispor de provas que considerasse desnecessárias ao seu convencimento. André Leal (2002, p. 95) afirma que o julgador podia “promover os decotes necessários no arcabouço probatório”. Sendo que entende-se por processo dispositivo, em sentido amplo, o processo em que o juiz pretendia deixar nas mãos das partes a tarefa de iniciação, determinação do conteúdo e objeto e, sobretudo a produção de provas. Aqui, o processo possuía característica de ser nitidamente privado, pois as partes podiam dispor do processo por meio de desistência ou transação, bem como possuíam poderes exclusivos sobre os elementos probatórios, sendo essas características mais marcantes no processo civil.(DEVIS ECHANDÍA, 2007, tradução nossa).²⁷

Para que o juiz conseguisse alcançar o intento estatal, foi-lhe concedido o poder de apreciar livremente as provas, até porque, em muitos casos, a prova deveria se apresentar inequívoca, para constituir o direito de um e desconstituir o direito de outro, restando ao juiz, apenas, ignorá-las. O juiz, ainda pautado no sistema histórico da livre convicção, tinha liberdade de apreciar as provas dando-lhe desígnio conforme seu alvedrio.

Há que se ressaltar que nesse momento histórico é dispensado ao homem cuidados outrora inimagináveis, já que passou a gozar de garantias individuais, sendo que a liberdade gozada pelo juiz acabava conflitando com tais garantias. Assim, a livre apreciação do juiz, entra em choque com as garantias individuais, fazendo com que tal sistema decaia e se estabeleça o sistema da persuasão racional.

Reprise-se que para um contexto histórico onde o homem torna-se um ser interrogativo e racional, é propícia a instalação do sistema da persuasão racional. Tal sistema se faz em bases normativas respeitando o princípio da reserva legal²⁸. Nesse sistema, o juiz é livre para apreciar as provas, mas está vinculado a elas, por esse princípio. Assim, afirma-se que o convencimento do julgador está vinculado *secundum legis* (LEAL, 2002, p. 95) e não

²⁷“... el sistema dispositivo, que em sentido amplio pretende dejar en manos de los particulares toda la tarea de iniciación, determinación del contenido y objeto e impulsión del proceso, además de la aportación de las pruebas;...” Y mira también al derecho de las partes para disponer del proceso, poniéndole fin por desistimiento o transacción. Este aspecto debe conservarse. El segundo aspecto se refiere a los poderes exclusivos de las partes sobre el elemento probatorio Del proceso, y deja AL juez inerte ante el combate judicial, que reviste así un interés netamente privado; no hay razón para que este aspecto subsista hoy em el proceso civil y menos em los demás. DEVIS ERCHANDÍA, Hernando. Compendio de la prueba judicial. 1ª ed. 1ª reimp. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 49.

²⁸No mesmo sentido Rosemiro Pereira (LEAL, 2009, p. 199), Juliana Bastone (2000. p. 95) e Dhenis Cruz MADEIRA (2012, p. 164), dentre outros.

mais *secundum conscientiam*. (MADEIRA, 2012, p. 164). Deste modo, cabe ao juiz apreciar as provas juntadas aos autos, mas não pode com a mesma liberdade de outrora, ignorá-las. Tal sistema muito contribuiu para que se entendesse processo na concepção atual, posto que hodiernamente, o Devido Processo, encontra-se sob a égide do Estado de Direito Democrático, distanciado das bases autoritárias dos estados autocráticos e ditadores, superando os sistemas históricos anteriores, ainda que com alguns resquícios.

O sistema da persuasão racional deu origem ao processo de conhecimento, sendo denominado na esfera cível de processo comum e na esfera penal de processo acusatório. Em tal processo, a atividade cognitiva deixou de ser tarefa solitária do julgador, passando as partes e o juiz, a analisar as provas e argumentos conjuntamente, tendo irradiado sua influência para o processo laboral.

Nesse passo, é possível entender a importância do sistema da persuasão racional, pois, reconhecido está que somente num Estado de Direito Democrático é possível instalar o preceito de um julgador vincular-se à lei na apreciação das provas e como consequência lógica, trazer igualdade entre as partes, além de assegurar os demais princípios e garantias constitucionais. Resta, pois comprovado que o sistema da persuasão racional, por se fundar em bases normativas e pautar pelo princípio da reserva legal, que coadunam com o Estado de Direito Democrático, segundo a Teoria Neo-institucionalista de Processo, contribuiu decisivamente para que se instituisse o atual sentido de processo, bem como para que se entendesse a concepção mais recente da prova, como instituto jurídico²⁹.

Contudo, reprise-se que apesar de vigorar o entendimento do sistema da persuasão racional, a apreciação da prova no processo, guarda ainda resquícios do sistema anterior, como a parte inicial do art. 131 do atual Código de Processo Civil (BRASIL, 2013o), aplicado subsidiariamente à Justiça do Trabalho, conforme autorizado pelo art. 769 da CLT, ao dispor que “o juiz é livre para apreciar a prova.”

Reporta-se ao contexto histórico em que a Exposição de Motivos do CPC em 1939, foi redigida, qual seja, a franca ascensão do paradigma do estado social, ainda marcado pelos resquícios do liberalismo. Um paradigma que necessitava acautelar os problemas da sociedade e reduzir suas desigualdades. E, para tanto, fazia-se necessário lançar mão do judiciário para amenizar os anseios sociais e, na busca por uma justiça equalizada, sendo concedidos “poderes irrestritos” ao juiz. Este passou a figurar como gestor administrativo dos problemas sociais.

²⁹Remete o leitor ao item 4.3. do presente capítulo.

Ora, se o Estado passava por problemas oriundos do paradigma anterior, não caberia ao juiz resolvê-los fazendo as vezes de gestor administrativo, posto que se fosse o caso, poderia o Estado se desfazer da estrutura judiciária, ocupando o juiz a cadeira do governante.

Ocorre que o órgão judiciário, aqui representado pelo juiz, sempre transmitiu segurança à sociedade e, utilizando-se dessa imagem, queria o Estado, ao conceder liberdade ao juiz, driblar a sociedade, posto que agindo assim, alcançaria o intento de conter a insatisfação social, mesmo que se tratasse de uma pseudo-solução, por um “fetiche da missão social da decisão” (LEAL, 2002, p. 61) e nesse sentido, Rosemiro Leal (2002, p. 61.) afirma que esse “fetiche”, é resultado de uma “combinação artificial do método exegético dos franceses a respectiva (idolatria das leis), pandectista dos alemães(culto do corpus júris) e analítico dos ingleses (empirismo da indução-dedução)” de modo que as decisões resolveriam os conflitos por valores jurisprudenciais paralelos ao mundo rígido das leis. E que “por esse hibridismo metodológico, os juízes seriam os moralizadores da lei quando esta fosse insuficiente para traduzir o espírito popular e fazer justiça”.

Assim, em 1939, quando da exposição de motivos do código de processo civil, o processo ainda era visto como relação jurídica, constituída pelas partes e o juiz, conforme propôs Büllow³⁰, sendo que as partes ficavam à mercê de uma decisão solipsista.

Ocorre que tal entendimento cede lugar à nova concepção de processo trazida pelo paradigma do atual Estado de Direito Democrático, conforme já foi visto, coadunando com a vigência dos ideais de uma sociedade democrática contemporânea.

Dessa forma, o entendimento de que o juiz possuía liberdade plena para apreciar as provas e decidir segundo valores subjetivos, é superado pela atual concepção de processo, onde o juiz ao apreciar a prova, deve fundamentar sua decisão, conforme dispõe a parte final do citado artigo 131 ao sustentar que “o juiz deverá indicar os motivos que lhe formaram o convencimento”(BRASIL, 2013o), mas não somente isso. Deverá se vincular ao que está nos autos.

Assim, considerando o processo na concepção atual da Teoria Neo-institucionalista do Processo, onde o processo é formado pelas partes e o juiz, num diálogo isonômico, não cabe mais ao juiz analisar as provas como bem entender, posto que as provas não são mais destinadas à ele, mas ao devido processo, conforme será visto mais à frente.

Cumprе ressaltar que o Estado não é mais o detentor do ordenamento jurídico, mas encontra-se na mesma condição do cidadão (situação homotópica (LEAL, 2009, p. 38.), uma

³⁰ Remete o leitor ao item 3.1. da presente dissertação.

vez que na Teoria Neo-Institucionalista do Processo, o provimento não é mais um ato solipsista do julgador (Estado-juiz), mas sim “construído pelos referentes normativos da estrutura institucional constitucionalizada do processo”. (LEAL, 2009, p. 38).

É nesse contexto democrático, onde as partes e o juiz mantêm permanente administração da justiça, que se instala a concepção da prova no Estado de Direito Democrático como **instituto jurídico** e que deve ser produzida observando, igualmente, o Devido Processo Legal, conforme será analisado em seguida.

4.3 A Prova Como Instituto Jurídico

Não restam dúvidas quanto à importância do instituto da prova para o devido processo. Contudo e, conforme já dito, ainda hoje, há grande dificuldade por parte dos doutrinadores clássicos em reconhecer a prova como instituto jurídico. Tal dificuldade consiste, sobretudo, pelo fato de o artigo 332 do *codex* processual civil sustentar que “todos os meios legítimos são hábeis para provar a verdade dos fatos”. Daí decorre o início de tão grande confusão que existe a cerca do conceito que, tradicionalmente, era destinado à prova, sendo que por vezes a prova era considerada como “todo meio em condições de obter o resultado, assim como o próprio resultado, na pesquisa da verdade” (SILVA, 2003, p. 28) (prova como meio) ou ainda quando afirma-se que “os meios de prova (...) são os elementos objetivos do conceito de prova” (RIBEIRO, 1995, p. 330) (prova como meio e elemento), decorrendo todos, como já se disse, em confusão e erro, pois, fundiam os princípios numa desordem técnica capaz de comprometer o devido processo.

Assim, para se entender a construção lógico-jurídica da prova como instituto jurídico, importa perfazer o caminho já percorrido por Rosemiro Leal (2009, p. 200), autor da *Teoria Neo-institucionalista do Processo*, que bem ensina o instituto jurídico da prova como sendo o instituto formado a partir dos princípios “conceptivos de validade e eficácia dos atos probantes em juízo”, que consistem nos princípios da *indiciariedade* (existência de **elemento** sensível na realidade objetiva), *ideariedade* ou ideação (exercício intelectual de apreensão, somatização e transmissão dos elementos pelos **meios** do pensar) e *instrumentalidade* ou formalização (**instrumentação** da realidade pensada pela forma legal), concluindo, assim, que o instituto da prova forma-se a partir de meios (lógico-jurídicos, porque decorrem da lei), que examinarão a existência de elementos, decorrendo na instrumentalização do resultado propriamente dito, ou seja, deve conter tais princípios caracterizados pela existência de elemento, meio e instrumento.

A mesma técnica utilizada por Rosemiro Pereira Leal (2009, p. 86) ao adjetivar o processo como “instituição”, se aplica à prova como instituto, na acepção de instituto jurídico reunido ou aproximado pelo texto constitucional, possuindo a prova a característica de assegurar, o exercício dos direitos criados e expressos no ordenamento constitucional e infraconstitucional por meio do Devido Processo Legal (princípios do contraditório, ampla defesa, isonomia, direito ao advogado e livre acesso à jurisdição) como “instrumentalidade manejável pelos juridicamente legitimados”. (LEAL, 2009, p.86).

Em que pese tal estudo, demonstrar os entrelaçamentos do instituto jurídico da prova com o atual Estado de Direito Democrático faz-se necessária uma ressemantização (LEAL, 2009, p. 202.) de tal instituto, posto que ainda perdura a conceituação clássica da prova (dogmatismo). Há que se dar a prova seu verdadeiro *status* de instituto jurídico, revestido dos princípios e garantias constitucionais, assegurados através do devido processo.

No mesmo sentido, ensina Dhenis Cruz Madeira (2012, p. 160), sobre a necessidade de formulação de uma teoria da prova adequada ao atual paradigma do Estado Democrático de Direito, em contraponto aos códigos e leis infraconstitucionais criados em regimes anteriores, submetidos à outros paradigmas que não o Democrático.

O conceito moderno de processo quer significar que a instalação do discurso processual procedimentalizado, assegurado por meio de uma construção dialógica (princípio do contraditório), condição ideal de fala (isonomia) e discussão compartilhada (ampla defesa), garantirá aos participantes administrar a justiça para a construção de provimento legítimo pelo Juiz (MADEIRA, 2012, p. 178.), e dessa forma, percebe-se que o instituto da prova coaduna com o Estado de Direito Democrático, devendo fazer parte do processo, somente sob essa condição, posto que “provar em direito é representar e demonstrar instrumentando, os elementos de prova pelos meios de prova”. (LEAL, 2009, p. 201), com a presença do Devido Processo Legal.

4.4 Objeto da Prova

Para se prosseguir com o tema, cumpre ainda esclarecer qual é o objeto da prova.

Assim, destaca-se que a doutrina diverge quanto ao objeto da prova, sendo que uma corrente entende o objeto da prova como os fatos alegados pelas partes e outra corrente que entende o objeto da prova como as alegações sobre os fatos. (ALMEIDA, 2012, p. 606).

Desde logo afirma-se que o objeto da prova são os fatos alegados pelas partes em

juízo. Mais técnico, ainda, é afirmar-se que “em um processo o que se procura provar são os fatos e não afirmações, entendidas essas últimas como meras declarações de vontade.” (PAULA, 2010, p. 60).

E nem faria sentido, ou se chegaria à um fim o processo, caso se perquerisse a verdade das alegações, pois cada parte traria o argumento que melhor lhe atendesse e de fato a demanda nunca teria fim, pois nunca se chegaria a uma verdade, ainda que formal.

Nesse sentido, Coqueijo Costa (1996, p. 324), assevera que o Direito nasce dos fatos e como as partes tem interesse no resultado da demanda, o Juiz deve se precaver em saber até onde vai a verdade das suas afirmações. Donde surge a necessidade da prova dos fatos.

Ademais os comandos legais (art. 282 e 332 do CPC) informam que às partes cabem provar a verdade dos fatos alegados e não das alegações em si.

Afirma Manuel Antônio Teixeira Filho (1983, p. 29) que aos litigantes incumbe a demonstração da veracidade dos fatos articulados, para que o Juiz faça incidir, concretamente a regra jurídica apta para reger a matéria e solver a discussão posta na demanda.

No mesmo sentido ensina Cleber Lúcio (2010, p. 607) que o objeto da prova são os fatos alegados em juízo pelas partes, dando-lhe caráter estritamente formal, dividindo esse objeto em objeto abstrato que é a totalidade dos fatos alegados pelas partes e objeto concreto da prova que é o fato alegado pelas partes e de cuja veracidade o juiz deverá ser convencido diante do caso concreto.

Observe-se ainda que alguns fatos não dependem de prova, conforme prescreve o artigo 334 do CPC, ao aduzir que não dependem de prova os fatos notórios, os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, os fatos admitidos, no processo como incontroverso e os fatos em cujo favor milita a presunção legal de existência de veracidade.

Nesse sentido, notório é o fato inerente à cultura mediana de determinado meio social (LEITE, 2010, p. 561), os fatos confessados e incontroversos não requerem maiores esclarecimentos, pois seus enunciados falam por si só. Quanto ao fato, cuja existência é legalmente presumida, exemplifica Carlos Henrique Bezerra Leite (2010, p. 564) com o reclamante que não precisa provar o vício da renúncia das férias, pois há presunção legal de irrenunciabilidade sobre referido direito.

Michele Taruffo (2008, tradução nossa),³¹ afirma que a garantia das partes de

³¹ Por consiguiente, el derecho a presentar todos los medios de prueba relevantes que estén al alcance de las partes es un aspecto esencial del derecho al debido proceso y debe reconocerse que pertenece a las garantías fundamentales de las partes. (TARUFFO, 2008, p. 56).

apresentar todas as provas relevantes e a oportunidade de provar os fatos que apontam sua pretensão é condição necessária para efetividade do Devido Processo Legal, indormando seu entendimento sobre que a prova recai sobre os fatos e não sobre os argumentos.

Assim, fixado está o objeto do prova como sendo os fatos alegados em juízo pelas partes e não os argumentos ou alegações.

Por certo que as provas, as alegações e os fatos correlacionam-se e devem ser trazidos à procedimentalidade, com observância do devido processo legal, por ser garantia quanto à ampla produção das provas para as partes (MADEIRA, 2012, p. 156), importando observar que os estudos científicos contemporâneos (Escola Mineira de Processo), principalmente os Professores, Rosemiro Pereira Leal e Dhenis Cruz Madeira, assim como a presente dissertação, entendem que a prova está relacionada aos fatos, seja estabelecida por alegações ou argumentos³².

4.5 Distinção Entre Meio, Elemento e Instrumento de Prova

Assim, reconhecida a prova como instituto jurídico, cabe desfazer terrível confusão, acerca dos “princípios conceptivos de validade e eficácia” (LEAL, 2009, p. 200) da prova, que se constituem por meio, elemento e instrumento.

Os doutrinadores clássicos não conseguem distinguir a nova concepção dispensada à prova, pois a percebem, ainda hoje, apenas, como descrita no artigo 332 do CPC, ou seja, como *meio* de convencimento da verdade dos fatos e destinada ao juiz, que de igual medida irradia suas impressões para o âmbito trabalhista. Afirmam que “restringir a atividade probatória a alguns meios de convencimento eleitos pelo legislador equivaleria a impor ao juiz a meia-verdade”(THEODORO JÚNIOR, 1980, p. 18.), demonstrando o apego literal ao artigo 332 do código de processo civil e persistindo numa impropriedade técnica.

Resta saber se tal percepção é decorrente de erro conceitual, ou se é feita de forma intencional. Também, há que se destinar tal equívoco não só aos doutrinadores (dogmática), mas estendê-lo aos corredores forenses, pois é comum ouvir flagrante confusão por parte de advogados, juízes e peritos.

³² Dhenis Madeira(2012, p. 156), afirma que as provas, as alegações e os fatos, se relacionam de algum modo, sendo de difícil refutação o vínculo que existe entre eles e Rosemiro Pereira Leal, (2009, p. 197) ao estabelecer os critérios para que se reconheça a prova como instituto jurídico, ensina que *ato, fato, coisa e pessoa*, são elementos de prova.

O mesmo equívoco pode ser percebido a partir de simples leitura de alguns acórdãos dos Tribunais do Trabalho e que resulta em clara confusão reincidente que gira em torno do instituto da prova, fazendo-se urgente e necessário desfazimento de malgrado engano.

Considerando que o instituto da prova “enuncia-se a partir do mundo da realidade dos elementos sensoriáveis pelos meios de ideação jurídica para elaboração do instrumento de sua expressão formal” (LEAL, 2009, p. 200), reprise-se que o instituto da prova compreende o elemento, o meio e o instrumento, para que seja válida e eficaz.

Assim, para uma melhor compreensão, cabe exemplificar utilizando o instituto da perícia judicial (LEAL, 2009, p. 200), que entende que a perícia (de um médico, contador ou engenheiro, por exemplo) é o **meio** legal para se analisar um **elemento** (uma doença do trabalho, um cálculo, se o ambiente é insalubre ou periculoso, por exemplo), que se formalizará procedimentalmente por um **instrumento**, em um laudo (médico, contábil ou ambiental do trabalho).

Outro exemplo seria a confissão e o testemunho constantes no artigo 819 da CLT, que é instituto da confissão judicial e do depoimento judicial, pois se tem que o confitente ou a pessoa é o **elemento** de prova, seu depoimento é o **meio** legal de prova e o termo de depoimento, lavrado em audiência, é o **instrumento** de prova, consistindo no instituto da confissão judicial e do depoimento judicial.

Depreende-se que o elemento recai sobre pessoa, fato, ato ou coisa, enquanto que o meio incide sobre a perícia, documento, depoimento e o instrumento consiste no termo de depoimento, no laudo pericial, no instrumento cartular. (LEAL, 2009, p. 197).

Diante de tal esclarecimento, não se pode mais condescender com as errôneas afirmativas de que o laudo é meio de prova, ou a perícia é elemento de prova, como vinha sendo disseminado no ambiente jurídico.

Importante observar que os requisitos legais para a colheita dessas provas, bem como sua análise pelas partes e pelo juiz, numa administração da justiça e construção “dialógico-procedimental” (MADEIRA, 2012, p. 182), devem ser obrigatoriamente atendidos, conforme se verá, pois de nada prestaria uma confissão realizada sob coação, ou um depoimento realizado sob constrangimento. Enfim, o que se busca, em um Estado de Direito Democrático é resguardar os direitos e garantias individuais, respeitado o Devido Processo, não cabendo, sob nenhuma circunstância, a transgressão a tais direitos e garantias.

4.6 Meios Legais de Prova

O artigo 763 da CLT estatui que os processos da Justiça do Trabalho reger-se-ão pelas normas ali estabelecidas no que tange aos dissídios individuais e coletivos trabalhistas, mas o artigo 769 autoriza, em caso de omissão da CLT, a aplicação subsidiária do direito processual comum, desde que com ele não seja incompatível, conforme visto no Capítulo 2.

Dessa forma, cumpre esclarecer, quanto à matéria probatória que, o artigo 332 do *Codex* Processual Civil, afirma que todos os meios de prova legais e moralmente legítimos são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa.

Por tal motivo, utiliza-se amplamente a expressão “meios legais de prova”, para se referir ao instituto da prova. Contudo, certo incômodo e questionamento causados frente ao termo utilizado pelo vetusto código, traz a necessidade de esclarecer o significado de tal expressão.

Inicialmente, deve-se considerar que tal expressão foi proposta sob a égide do paradigma do estado social de direito, marcado pelo reconhecimento dos direitos sociais, visto que o paradigma anterior³³, havia deixado enormes sequelas, pois o Estado Liberal de Direito foi marcado por conflitos, deixando chagas da desigualdade social, posto que tal paradigma protegia o trinômio: igualdade, liberdade (individual) e propriedade, sem intervenções do estado. Ademais, a busca pela efetivação dos direitos sociais fez-se por meio dos órgãos jurisdicionais, que tinham, nesse contexto, a função de minimizar tais seqüelas, por meio do processo e, por certo, pautar pela preservação da lei.

Dessa forma, quando o artigo 332 do atual Código de Processual Civil, sustenta que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste código são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa” quer significar que somente os meios arrolados no código processual ou em leis infraconstitucionais, ou seja, as provas decorrentes de lei (princípio da legalidade e da reserva da lei), como depoimento pessoal, confissão, exibição de documento, prova documental, prova testemunhal, prova pericial, podem ser considerados como “meio” de provas para instruir o procedimento, em Devido Processo Legal. Assim importa apreender que meio legal de prova deve ser entendido como realizado respeitando um modelo procedimental de observação obrigatória e, acrescente-se, que “os meios de prova são lógico-jurídicos, porque

³³ O Estado Liberal de Direito teve seu declínio após a Revolução industrial

indicados na lei”. (LEAL, 2009, p. 197). Devem ser observados os critérios legais para a produção dessas provas.

No mesmo sentido, expõe Dhenis Madeira (2012, p. 197-198) que os atos realizados no processo são alcançados pela procedimentalidade e para que a prova seja válida, o modelo procedimental deve ser observado, exigindo, assim, uma instrumentação adequada previamente definida em lei, constituindo garantia de validade do provimento final. Informa ainda, que “a observância do modelo procedimental torna-se um fator de operacionalização, fiscalização e garantia da própria cognição, porquanto é por meio do procedimento que se operacionaliza a prova e se fiscaliza a legalidade dos atos das partes e do juiz”. Afirma ainda que “o modelo procedimental dá maior transparência e legitimidade ao provimento final”, pois há fiscalização e atuação recíproca de todos os partícipes.

Dessa forma, ensina Coqueijo Costa (1996, p. 49) que ao se falar em direito à prova, quer significar direito à “prova legítima a ser exercido segundo os procedimentos regidos pela lei”.

Nesse passo, tem-se que, quando se utiliza o instituto da perícia judicial como prova, a perícia é o meio legal, como já dito, e os quesitos para sua realização devem estar de acordo com os dispositivos legais, sejam constitucionais, processuais, normas técnicas e etc.

No **meio legal de prova**, também deve ser obedecido o devido processo, pois importa a colheita de provas advindas de fontes legais. Não seria suportável acolher provas que não observassem o modelo procedimental quando da sua confecção.

No mesmo sentido, entende-se que não podem ser acostados aos autos as provas obtidas por meios ilícitos, posto que ferem o devido processo e devem ser consideradas inválidas, pois não observam os critérios jurídicos para sua produção, não devendo, portanto, ser apreciadas no processo.

O Texto Constitucional concorre para tal afirmativa, ao dispor que as provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis (Artigo 5º, inciso LVI da Constituição da República Federativa do Brasil). O devido processo, que tramita sob a égide de um Estado Democrático de Direito não pode acolher uma prova obtida por meios ilícitos. Não coaduna com o atual paradigma tal possibilidade. Seria inconcebível aceitar uma confissão colhida sob tortura, ou uma testemunha prestar seu depoimento sob coação, ou, ainda, o perito, quando da colheita de informações, deixar de observar quesitos dispostos em lei ou norma técnica. O que se depreende é que todas as provas juntadas ao processo devem respeitar os dispositivos legais na sua produção para a validade da sua composição ao processo.

Deve, assim, a lei dispor como determinado meio de prova pode ser produzido, sendo passível de invalidade se não observado. Neste contexto, temos como exemplo a invalidade de uma prova testemunhal colhida fora da audiência, já que para sua validade e eficácia, devem ser respeitados os procedimentos dispostos nos artigos 407 e seguintes do CPC. Da mesma forma, o exame técnico da prova deve ser realizado por quem possui conhecimentos específicos para produção de tal prova, não podendo um médico realizar perícia contábil, ou vice versa. Assim, o profissional que realiza a produção da prova, deve se ater à área de conhecimento técnico específico. Deve ser apto a cumprir tal tarefa, sobretudo porque seus conhecimentos influenciam na análise dos elementos por meio intelectual e se formaliza no instrumento. Assim, sendo a prova produzida de maneira diferente do disposto em lei, restará imprestável e inválida, concluindo-se que os meios devem ser adequados e devem possuir um fim. Devem ser passíveis de acolhimento pelo ordenamento jurídico, sob pena de invalidar-se.

Por conseguinte, se os procedimentos legais deixarem de ser observados, cumpre por considerar a prova inválida, não devendo a mesma, sob qualquer circunstância, compor o procedimento, tornando-o ilegítimo.

Ressalte-se que o devido processo legal deve ser respeitado em todas as etapas processuais, não podendo, sob nenhuma hipótese, ferir princípios constitucionais, posto que por consequência lógica também estar-se-ia desrespeitando direitos e garantias individuais.

Conforme já afirmado, esta dissertação objetiva aclarar o novo conceito do instituto da prova e a importância de sua ressemantização atual como o instituto jurídico constituído por meio lícito, com objetivo de examinar um elemento, cujo resultado será instrumentalizado, aproximado pelo texto constitucional e assegurado pelos direitos constitucionais expressos (contraditório, ampla defesa, isonomia e outros), com vias à apresentar a adequada distribuição do encargo probatório no Processo do Trabalho.

4.6.1 Os Meios Legais de Prova no Processo do Trabalho

A CLT não traz uma sistematização quanto aos meios de prova admissíveis no processo do trabalho.

Sucintamente, ela faz referência à prova documental nos artigos 787 e 830, à prova testemunhal nos artigos 819 à 825 e ainda nos artigos 828, 829 e 848, §2º, à confissão, no *caput* do artigo 844, ao interrogatório das partes no artigo 848 e à prova pericial nos artigos 827 e 848, § 2º. (BRASIL, 2013a).

Quanto à inspeção judicial, a omissão da CLT é plena, porquanto não faz qualquer referência a essa modalidade de prova. (TEIXEIRA FILHO, 1983, p. 64).

Assim, a CLT não traz uma sistematização ou procedimentalidade à ser adotada na admissão dos referidos meios probatórios, sendo o intérprete “forçado a recorrer as disposição do CPC, com fundamento permissivo no art. 769 do texto consolidado.” (TEIXEIRA FILHO, 1983, p. 64)

Ressalta Manuel Antônio Teixeira Filho (1983, p. 64), o cuidado sobre o “dogma da igualdade formal das partes” assente no processo civil, enquanto que o processo do trabalho “consagra a *desigualdade real* das partes, fixada como pressuposto para a sua atuação protetiva do trabalhador”, sendo que essa diferença deve ser observada na seara laboral, ao se utilizar subsidiariamente da fonte processual civil.

Dessa forma, respeitadas as especificidades do processo do trabalho e utilizando-se subsidiariamente o Código de Processo Civil e até mesmo o Código Civil (não mencionado até então, mas que apresenta em seu artigo 212, um pequeno rol de meios de prova), pode-se afirmar que a especializada laboral, admite como meio de prova, o depoimento pessoal, a confissão, a prova documental, a prova testemunhal, a prova pericial, a inspeção judicial, cumprindo esclarecer que o rol não é taxativo, sendo admitidos todos os demais meios de prova, ainda que não especificados na CLT ou no CPC, desde que moralmente legítimos.

Sobre o tema, ensina Alexandre Freitas Câmara (2010, p. 414) que os meios moralmente legítimos são aqueles que, embora não se enquadrem em nenhum esquema abstrato predisposto pelo legislador (...) podem ser utilizados no processo por não violentarem a moral e os bons costumes³⁴.

Noutro vértice, alerta Manoel Antônio Teixeira Filho (1983, p. 65), que a questão quanto aos meios de prova moralmente legítimos é muito mais complexa, por não existirem critérios objetivos para se determinar a moralidade ou imoralidade do meio de que se valeu a parte para produzir a prova pretendida, acrescentando, ainda que são considerados meios imorais de prova, aqueles que atentem contra os direitos da personalidade, em particular à liberdade de pensamento e à privacidade, destacando a inviolabilidade do sigilo de correspondência, gravações e conversas telefônicas, conseguidas de maneiras ilegais, culminando na questão da obtenção de provas por meios ilícitos (tortura, escuta telefônica sem autorização judicial, ou outros subterfúgios artificiosos e ilegais).

³⁴ Afirma Alexandre Freitas Câmara (2010, p. 414) que moral e bons costumes são os “conceitos que independem de definição, por serem espécies de conceitos jurídicos vagos e de significado conhecido de todos, uma vez que são “sentidos” por qualquer pessoa”, de determinada sociedade, acrescente-se

Ressalte-se que a Constituição da República, veda em seu artigo 5º, inciso LVI, a admissão de provas ilícitas, sendo considerada “aquela obtida com a ofensa a direito de natureza fundamental e, com isso, à dignidade humana” (ALMEIDA, 2012, p. 619), concluindo-se assim, que a prova moralmente legítima admitida no processo, será aquela não prevista na lei e que não seja obtida com ofensa aos direitos de natureza fundamental, podendo, após respeitada tal acepção, ser trazida ao Processo do Trabalho.

4.7 Princípios Associados à Prova no Processo do Trabalho

Ensina Amauri Mascaro Nascimento (1997, p. 404) que a prova no processo trabalhista se submete aos seguintes princípios fundamentais: a) princípio da necessidade da prova: que aduz que os fatos de interesses das partes devem ser demonstrados em juízo, não bastando a simples alegação; o que não consta no processo, não existe no universo jurisdicional; b) princípio da unidade da prova: que entende que a prova forma uma só unidade a ser apreciada em seu conjunto, globalmente; c) princípio da lealdade ou da probidade da prova: em que há um interesse geral em que não seja deformada a realidade, e as partes devem colaborar para que a vontade da lei possa ser exercitada pelo órgão judicial sem vícios decorrentes de uma impressão calcada em falsas realidades; d) princípio da contradição: que reza que a parte deve gozar de oportunidade processual de conhecer e discutir, pelos meios processuais adequados, a prova que lhe é apresentada contrariamente; e) princípio da igualdade de oportunidade de prova: que garante às partes a idêntica oportunidade para pedir a realização de uma prova ou de exercitá-la; f) princípio da legalidade: em decorrência do qual, a prova deve ser produzida da forma prevista em lei; g) princípio da imediação: não só a direção da prova cabe ao juiz, mas a sua intervenção direta na instrução probatória, mais facilitada quando o processo é fundado na oralidade, como no caso trabalhista; h) princípio da obrigatoriedade da prova: vez que a prova é de interesse do Estado, além das partes, que querem o esclarecimento da verdade. As partes podem ser compelidas pelo juiz a apresentar no processo determinada prova, sob pena de terem contra si, uma decisão desfavorável.

Por seu turno, ensina Cleber Lúcio Almeida (2010, p. 640-642) que a teoria da prova é regida por várias diretrizes, apontando as seguintes: a) princípio da legalidade da prova em que a verdade dos fatos deve ser demonstrada por meios lícitos e moralmente legítimos; b) princípio do contraditório: garantindo as partes a participação em todas as fases do processo;

c) princípio da aquisição da prova pelo processo ou comunhão da prova, significando que o juiz formará sua convicção a partir das provas carreadas aos autos, sem indagar sobre a parte responsável pela produção de determinada prova; d) princípio da unidade: que aduz que a prova deverá ser apreciada em seu conjunto probatório; e) princípio da igualdade ou paridade de tratamento: que confere as partes tratamento igual na instrução do processo; f) princípio da imediação: que direciona a produção oral das provas, possibilitando o contato das partes, testemunhas e juiz; g) princípio da necessidade: que informa sobre determinação da produção da prova somente se necessária; h) princípio da idoneidade: determinando que o meio de prova seja idôneo à demonstração da verdade do fato alegado; i) princípio da lealdade ou probidade da prova: que indica que as partes devem se portar com lealdade e boa fé, colaborando na busca da verdade; j) princípio da coercibilidade ou da adstrição do juiz à prova que se encontrar nos autos: o juiz deverá formar seu convencimento, a partir da prova existente nos autos; k) princípio da distribuição dinâmica do ônus da prova: incumbe o ônus da prova à parte que se encontrar em melhores condições de produzi-la; l) princípio da liberdade: que indica que as partes têm a liberdade para indicar ao juiz os meios de prova com que pretendem demonstrar a verdade dos fatos alegados.

Outrossim, para além dos princípios acima informados, acrescenta-se o princípio do interesse público na função da prova defendido por Rui Portanova (1999, p. 217), que afirma haver um interesse indubitável e manifesto da sociedade além do interesse das partes no resultado da demanda, que é a pacificação social, por meio de um processo justo (Devido Processo Legal).

Assim, os princípios regentes da prova acima apontados, ditos de forma ou sequência diferentes pelos respectivos doutrinadores, se complementam, dão coesão e revelam as diretrizes da prova, conferindo a importância e a segurança imprescindíveis desse instituto para o Devido Processo Legal.

Dessa forma, a boa fé, a lealdade e a idoneidade, bem como o contraditório e a legalidade, dentre outros, atuam para instrumentar o procedimento probatório quando da proposição, do deferimento, da produção e por fim, quando da valoração e valorização da prova.

4.8 Procedimento Probatório

Para que a prova integre o processo, as partes necessitam se submeter ao chamado procedimento probatório.

“Denomina-se procedimento probatório a sequência logicamente ordenada de atos que tende à produção da prova. Tal procedimento é formado por três atos: propositura, admissão e produção”.(CÂMARA, 2010, p. 417).

Assim, na propositura, as partes devem indicar os fatos que deverão ser provados, de modo que o autor, logo na petição inicial articule os fatos em que fundam seu pedido, o réu na contestação, articule os fatos que o defende, sendo que “a proposição da prova se complementa com a indicação dos meios com que se pretende demonstrar a verdade dos fatos”. (TEIXEIRA FILHO, 2183, p. 93).

Há que se lembrar que a propositura é o momento em que as partes instruem a inicial ou a contestação com os documentos que comprovam os fatos narrados, exceto em caso de documento ainda a ser produzido, ou documento novo e que não era do conhecimento da parte, quando da inicial ou da contestação (uma nova receita médica médica, por exemplo).

Assim, a “propositura da prova é o momento em que as partes indicam, de forma especificada, os meios de prova de que pretendem se utilizar para contribuir na formação da convicção do juiz.” (CÂMARA, 2010, p. 417).

A admissão (ou não) da prova, indica que o juiz irá admitir ou não as provas propostas. Melhor dizendo, “ocorre no momento em que o juiz dispõe sobre os meios de prova que entende devam ser utilizados para que seu convencimento possa se formar”. (CÂMARA, 2010, p. 417).

Contudo, a sequência de atos no processo cível, ocorre de modo que o processo é distribuído, autuado e vai concluso ao juiz para prolatar o “despacho saneador”, momento em que verifica as alegações, determina a citação do Réu e a conseqüente oportunidade de se defender. Após estarem todas as partes presentes no processo, com suas alegações, defesas e indicações de provas, o Juiz aprecia as provas propostas e se pronuncia quanto à admissibilidade ou não dessas provas, designando antes, contudo, a audiência de conciliação.

Prevê o artigo 331, § 2º do CPC, que se por qualquer motivo, não for obtida a conciliação (remetendo à audiência de conciliação) o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas.

Em sentido análogo, o artigo 765 da CLT, dispõe que o juiz terá ampla liberdade na direção do processo e poderá determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento da causa, o que anuncia que o juiz do trabalho, pode admitir determinada prova proposta pela parte e também requerer a produção de qualquer prova, de ofício.

Ocorre que inexistente no processo do trabalho o despacho saneador e o juiz somente aprecia algum pedido, se este for um pedido de urgência. No mais das vezes, o juiz não tem qualquer contato com o processo, até a audiência inicial, momento em que ele toma ciência da petição inicial e da contestação do autor, que é oferecida exatamente no momento da audiência e conhece os argumentos e quais provas serão necessárias para formação do convencimento.

A realidade prática vem consagrando o fracionamento das audiências trabalhistas em inicial e instrução, sendo oportuno ao juiz, na audiência inicial apreciar os pedidos das partes e determinar as provas que deverão ser produzidas. Momento que caberá, inclusive, determinar a inversão do ônus da prova ou a distribuição dinâmica desse ônus com base na aptidão para a prova, conforme será tratado nos próximos capítulos.

Por fim, o terceiro ato é a produção da prova, ou seja o momento em que a parte que a formulou, deverá produzir referida prova, carregando-a aos autos.

Em geral as provas orais (depoimentos das partes, das testemunhas), são produzidas em audiência, salvo exceções previstas em lei. As provas materiais (documentos) não se subordinam ao prévio exame de admissibilidade e devem acompanhar, desde logo, a inicial e a contestação. (TEIXEIRA FILHO, 1983, p. 95). As provas periciais são produzidas durante o lapso entre a audiência inicial e a audiência de instrução, sendo ainda oportunizado às partes, manifestarem-se sobre o laudo, bem como requerer esclarecimentos ou mesmo apresentarem quesitos adicionais, respeitando verdadeiramente os princípios do contraditório e isonomia.

Quanto à iniciativa do juiz na produção de provas, ressalte-se o disposto no artigo 765 da CLT, que concede ao juiz a ampla liberdade em diligenciar na busca do esclarecimento do caso que lhe foi levado, o que o autoriza, respeitada a inércia de jurisdição³⁵, diligenciar e determinar a produção de provas *ex officio*, ou mesmo indeferir a produção de alguma prova, caso entenda que a prova seja desnecessária ou meramente protelatória.

No mesmo sentido, é o voto do I. Desembargador Paulo Roberto Sifuentes ao afirmar que o Julgador “pode dispensar ou deixar de levar em conta uma prova quando já tenha chegado a alguma convicção acerca do fato que se quis provar.” (MINAS GERAIS, 2013c).

³⁵ O Estado-juiz somente poderá atuar se for provocado pela parte, não podendo exercer a jurisdição sem que haja uma demanda. (NUNES, PEREIRA, 2012, p. 112).

Haverá uma certa medida na determinação dessas provas para que o juiz não se torne até mesmo imparcial, o que não é permitido pela Constituição, por meio da disposição do Princípio do Juiz Natural³⁶ que prevê a atuação imparcial do juiz. Contudo, deverá o juiz, para que não ocorra o *non liquet*, determinar a produção de provas, ainda que não requeridas pelas partes.

Tanto assim, que a lei autoriza ao juiz realizar a inspeção judicial que se consubstancia na lavratura de um laudo circunstanciado, onde se menciona tudo aquilo que foi observado pelo Juiz, durante a realização da diligência e que será útil ao julgamento da ação (TEIXEIRA FILHO, 1983, p. 245), sendo que a inspeção poderá ocorrer em qualquer fase do processo, por iniciativa própria do magistrado ou a requerimento da parte e o comando legal, que a estabelece, a insere no acervo de possibilidades do Juiz do Trabalho, e não num dever funcional ou processual, conforme consta no Acórdão proferido pela 3ª Turma do TRT da 3ª Região, cujo Relator Convocado foi o Juiz Vitor Salino de Moura Eça. (RO00209-2009-073-03-00-5). (MINAS GERAIS, 2010).

O ativismo judicial, defendido por Maria Cecília Máximo Teodoro (2011, p. 178-179), informa que o juiz atua como importante instrumento para a realização da democracia e efetivação concreta dos direitos trabalhistas, sempre ressaltando a importância da adequada fundamentação das decisões e o respeito ao Devido Processo Legal, sendo necessária sua direção quanto à produção de provas para formação do convencimento apto à prolação da decisão.

4.9 Valoração e Valorização da Prova

Muito já se defendeu sobre o moderno conceito de processo, difundido pela Escola Mineira de Direito, e que quer significar que a instalação do discurso processual procedimentalizado, assegurado por meio de uma construção dialógica (princípio do contraditório), condição ideal de fala (isonomia) e discussão compartilhada (ampla defesa), garantirá aos participantes construir um provimento legítimo.

E nessa mesma perspectiva, deve-se entender a necessidade de valoração e valorização das provas, devendo ser conjuntamente e procedimentalmente compartilhadas entre as partes e o juiz, garantindo da mesma maneira, a legitimidade do provimento.

³⁶ Quer significar um juiz sem quaisquer tendências que possam macular o devido processo legal e favorecer arbitrariamente e parcialmente uma parte em detrimento da outra. O Juiz deve ser imparcial. (NUNES, PEREIRA, 2012, p. 112)

Ensina Rosemiro Leal (2009, p. 207-208) que as provas não devem ser apenas valoradas (percepção, apreensão da existência do elemento de prova nos autos), devendo, também, ser valorizadas (mostrar o entendimento legal dos conteúdos de tal elemento). Ensina ainda que tal valorização se realiza numa escala gradativa, devendo o juiz fixar sua convicção pelos pontos preferenciais, conforme o caso concreto.

Nesse sentido, tem-se que “a valoração da prova é, num primeiro ato, perceber a existência do elemento de prova nos autos do procedimento”. (LEAL, 2009, p. 207). É reconhecer a existência da prova. E a valorização da prova “é mostrar o conteúdo de importância do elemento de prova, para a formação do convencimento e o teor significativo de seus aspectos”. (LEAL, 2009, p. 207). É a importância do conteúdo dessa prova. Sendo que essa valorização deverá ser fundamentada e seguir a indicação apontada como preferencial, numa escala gradativa de relevância, sob os argumentos trazidos pelas partes e as provas produzidas.

Nesse sentido, não basta valorar ou dizer da existência das provas na estrutura procedimental. É necessário que sejam valorizados (comparados em grau de importância jurídica). (LEAL, 2009, p. 208).

Ensina Michele Taruffo (2008, tradução nossa)³⁷ que deve haver um equilíbrio favorável à admissão de todas as provas relevantes de que disponham as partes e que outras razões processuais não deveriam afetar o direito fundamental à prova, mesmo em caso de conflito de valores sobre as provas.

Quanto à valoração da prova no Processo do Trabalho, afirma Cleber Lúcio (2010, p. 653) que a prova produzida pelo trabalhador deverá receber uma valoração (valorização) diferenciada, considerando a maior dificuldade de acesso às suas fontes, bem como para facilitar o acesso aos direitos fundamentais trabalhistas, sendo que a desigualdade processual das partes será compensada pela diferença na valorização da prova que por elas for produzida, criando as condições necessárias à satisfação do direito.

Ao argumento de evitar erros ou mal entendidos por parte do julgador, seria possível a exclusão de provas que o juiz entendesse prejudiciais ou protelatórias e por certo, é no

³⁷ Sin embargo, do que el derecho a la prueba tiene rango constitucional(...), deberíamos inclinarnos a concluir que tiene que encontrarse un equilibrio favorable a la admisión de todas las pruebas relevantes de las que ispongan las partes, ya que otras razones procesales no deberían afectar el derecho fundamental de éstas a la prueba y mucho menos anularlo. (TARUFFO, 2008, p.57-58)

subjetivismo do Juiz que impera a apreciação e o deferimento da produção de prova. “(TARUFFO, 2008, tradução nossa)³⁸.”

Em razão do moderno conceito de Processo, com participação na formação do provimento jurisdicional compartilhada pelas partes e o juiz, bem como a observância da legalidade e obrigatoriedade de fundamentação e vinculação do Juiz ao Processo, por certo, se defende a tentativa minimizar o subjetivismo³⁹ do julgador, seria coerente não poder o juiz indeferir a produção de provas. Contudo, também deverá haver um condutor do processo, para que não ocorra uma infundável sucessão de produção de provas, que restariam meramente protelatórias, afastando-se assim, também de colocar um término na demanda e na finalidade do processo que é a pacificação social, por meio de uma decisão justa e célere, com base nos princípios processuais constitucionais, sendo que nesse sentido, se defende também o ativismo judicial.

Assim, tem-se que haver a certa medida, que permita às partes a livre produção da prova, cabendo ao juiz indeferi-las quando entender inúteis ou meramente protelatórias, mas valorando e valorizando-as quando da decisão que deverá ser expedida com toda a fundamentação necessária e pouco subjetivismo.

4.10 A Verdade Que Toca o Processo

Além do artigo 332 do Código de Processo Civil fazer referência aos meios que as partes dispõem para demonstrar a verdade dos fatos alegados, também o artigo 282, inciso VI, do mesmo Código estabelece que o autor deverá indicar na petição inicial as provas com que pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados, pelo que se conclui que existe uma relação entre prova e verdade, que segundo Cleber Lúcio (2010, p. 594), trata-se de uma relação funcional.

Sobre a verdade, afirma Pontes de Miranda (1974, p. 263) que “onde falta a verdade, há injustiça” e que “de nada adiantará dizer que o processo é instrumento de acesso à justiça, se não se busca, através da persuasão racional, a possibilidade de se reconstruir a verdade dos fatos e com base nela aplicar a regra jurídica ao caso concreto”.

Ou seja, a prova que é crucial para o deslinde da controvérsia, deve ter como objetivo

³⁸(...) algunas de las reglas que eckuyen la presentación de pruebas reevantes pueden tener el objetivo de evitar errores y maletendidos de parte del julgador.(TARUFFO, 2008, p.57).

³⁹Afirma Fábio Vilela que subjetivismo é a tendência de enxergar e avaliar todas as coisas, fatos, seres etc. conforme os parâmetros de cada sujeito, ou segundo o ponto de vista de cada individuo. (VILELA, 2010)

buscar a verdade.

O interesse do Direito pela verdade, reside, dentre outros motivos, em que, uma vez demonstrada nos autos, tem eficácia para constranger o julgador e decidir em consonância com o que ela espelha ou parece espelhar (CPC, art. 131); isto significa, portanto, que a verdade, consubstanciada na prova dos autos, vincula a formação do convencimento do juiz. (TEIXEIRA FILHO, 1983, p. 26).

Contudo, cumpre destacar que para o juiz, a verdade que existe é a do processo e para alcançar a justiça o Juiz deve conhecê-la.

Nesse sentido, afirma Moacyr Amaral Santos (1952, p. 12) que “por isso mesmo, a verdade, que se busca, quase sempre não se apresenta com a brancura da verdade absoluta, mas apenas com as cores da realidade sensível e inteligível. Contudo, é a verdade”, demonstrando que o Juiz não consegue “tocar” a verdade perfeita (verdade real) dos fatos como efetivamente ocorreram, mas que a verdade apresentada nos autos (verdade formal), deve ser suficiente para a formação do seu convencimento.

Afirma Rosemiro Leal (2009, p. 202) que “é mítica a assertiva de que a prova revele a verdade, como se fora um instrumento mágico de transposição do concreto em abstrato ou vice-versa”, inferindo que não é possível que se chegue no processo à verdade real. Nessa perspectiva, pode-se afirmar a dificuldade de se encontrar a verdade real, a verdade da maneira como os fatos efetivamente ocorreram, podendo-se alcançar em muito, um juízo de elevada probabilidade sobre como esses fatos ocorreram, sendo que, nesse viés, o resultado final do processo representa uma aproximação da verdade, não a verdade efetiva.

Assevera Dhenis Cruz Madeira (2012, p. 178) que a prova não tem o condão de trazer a verdade. “A prova não é (e nem nunca será) capaz de reproduzir uma verdade. E mais: a ciência jurídica não é capaz de tocar a verdade”, sendo que a prova, trazida aos autos, consubstancia no que se denomina verdade formal.

No mesmo sentido, ensina Coqueijo Costa (1996, p. 328) que o juiz busca a verdade processual, suficiente para convencê-lo.

E daí salta aos olhos a importância do instituto da prova, vez que dada a impossibilidade de se chegar à verdade real (material, efetiva), as partes e o juiz, na tentativa de se aproximarem dessa verdade, produzem a verdade formal, que é a verdade consubstanciada nos meios de prova jungidos aos autos, de onde emanará o provimento jurisdicional, colocando fim à demanda.

Bem define Manoel Antônio Teixeira Filho quanto à verdade real e verdade formal, que

Real é a que se pode denominar verdade em si, vale dizer, aquilo que efetivamente

aconteceu no mundo sensível; formal é a que se estabelece nos autos, como resultado das provas produzidas pelas partes. Nem sempre, todavia, a verdade formal corresponde à real, o que é sobremaneira lamentável e atentatório à respeitabilidade do processo como instituição jurídica e como instrumento da ação. (TEIXEIRA FILHO, 1983, p. 26).

Afirma Francesco Carnelutti (2005, p. 73) que existe uma antítese entre verdade material e verdade formal e que de fato, a verdade que se obtém com os meios legais, somente pode ser a segunda e de maneira alguma a primeira e nesse sentido, diz-se que a prova em sentido jurídico é a demonstração da verdade formal ou judicial. É a determinação formal dos fatos discutidos.

Cumpra observar que deve-se entender como prova da verdade no processo, aquela que contém o maior afastamento de subjetivismo do juiz de analisar determinado fato, reduzindo a possibilidade de acrescentar-lhe qualquer dose de subjetividade, pois se o juiz deve se ater às provas trazidas ao processo, mas também não pode deixar de proferir decisão, em razão da ausência delas, poder-se-ia conceber um momento em que o juiz estivesse autorizado a usar seu subjetivismo. O que se defende, frise-se, é que as partes e mesmo o juiz, carreguem aos autos as provas suficientes para que o juiz não utilize qualquer dose de subjetividade.

Ensina José Eduardo Carreira Alvim (1998, p. 246) que a verdade formal é aquela “que resulta do processo, embora possa não encontrar exata correspondência com os fatos como aconteceram historicamente”.

Afirma o mesmo autor (1998, p. 246) que “a verdade material é aquela a que chega o julgador reveladora dos fatos como aconteceram historicamente e não como querem as partes que pareceram realizados”, pelo que, demonstra que as provas podem ser “manejadas” pelas partes, com o objetivo de alcançarem a verdade que lhes interessa e que concorram para lhes atribuir êxito no processo, por certo, mais do que a verdade dos fatos como efetivamente ocorreram. E aqui se coloca a questão do ônus da prova no processo trabalhista, pois na maioria das vezes, o empregador detém os meios de prova e simplesmente não a apresenta, “forjando” uma realidade que efetivamente não ocorreu, mas que lhe é a desejável para o processo.

Ressalte-se, contudo, que se defende no presente estudo, a máxima aproximação da verdade e que apesar de parecer difícil ou mesmo “impossível” (MADEIRA, 2012, p. 178), pode ocorrer, ainda que em raras vezes, por exemplo de haver confissão de ambas as partes, no sentido de que o intervalo intrajornada era de 30 minutos e não uma hora, durante curto período de vigência do contrato de trabalho, por exemplo 90 dias, tratando-se de um fato

extremamente simples e que pode ser a verdade real alcançada no processo.

Contudo, por ser mais provável a ocorrência da verdade formal, faz-se necessário no Processo do Trabalho, inverter ou distribuir o ônus da prova, vez que o ônus probatório da maneira estática como disposto nos códigos (CLT e CPC), distancia cada vez mais o provimento jurisdicional e a própria jurisdição da verdade e do conceito de justiça.

Ao empregador interessa (e muito e na maioria das vezes) não chegar sequer próximo da verdade, sendo extremamente confortável a posição de simplesmente negar os fatos narrados pelo autor e não apresentar provas e não sem razão, conforme será visto nos próximos capítulos, os Tribunais têm determinado a inversão do ônus da prova ou a distribuição dinâmica, que faz com que o empregador saia dessa zona de conforto e se mova para trazer a verdade aos autos.

Por certo, o mesmo cabe ao empregado, mas, frequentemente, as provas estão de posse do empregador que simplesmente não as apresenta (ou não apresentava) para não se ver “prejudicado” no processo.

Assim, se a verdade real é rara e difícil no processo, devem as partes se contentar com a verdade formal, ou seja, a verdade processual, mas se aproximando ao máximo dos fatos, o que pode ser possível, ao menos em alguns casos, por meio da inversão ou distribuição dinâmica do ônus da prova, ou noutros como a confissão acima citada.

Sob esse aspecto, apesar de a doutrina ressentir-se em dizer da retrógrada divisão entre verdade formal e material⁴⁰, cumpre esclarecer que de fato, o provimento jurisdicional é construído com base nas provas trazidas ao processo, respeitando a dialeticidade e os princípios processuais, devendo o juiz ater-se a elas, quando da prolação da decisão. Como se disse, o atual conceito de democracia, quer significar a participação efetiva das partes na administração da justiça e para isso, devem trazer aos autos as provas que comprovam os fatos alegados e não pode o Juiz fugir-se (apesar da liberdade que possui para apreciar as provas, desde que motive sua decisão, decorrente do sistema da persuasão racional) de analisar o que está nos autos, fundamentando sua decisão como assecuramento da Democracia, onde é dado ao jurisdicionado conhecer os fundamentos da decisão que lhe concedeu ou negou direitos.

Em que pese o processo buscar, fundamentalmente, a verdade real, pelo fato desta ser mais difícil de ser alcançada, é em concreto a verdade formal que vincula a formação do convencimento do juiz, na medida em que a lei o compele a respeitá-la. (TEIXEIRA

⁴⁰ Alegam Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz (2009, p. 32) que a decisão é proferida com base na verdade processual, está-se reconhecendo que a decisão não tem por base a verdade real, mas uma não verdade.

FILHO, 1983, p. 27).

Em respeitável obra sobre o tema intitulada *Simplemente la Verdad*, Michele Taruffo (2010, p. 99-101) ao falar das distinções inúteis sobre a verdade, enuncia que a distinção feita entre verdade formal e verdade real, é infundada vez que o déficit da verdade real não implica na existência de uma verdade processual. Afirma referido autor que não existem várias espécies de verdade, dentro ou fora do processo, carecendo de fundamento a distinção entre verdade real e verdade processual. O problema não se refere à verdade, mas aos limites dentro do qual o controle do processo para a busca da verdade é determinado, necessitando haver mudança quanto à esses limites.

Mas esse déficit não implica a verdade processual: só implica que um processo que limita as regras que regem o uso da possibilidade de usar todas as provas relevantes, é uma verdade incompleta e nos casos mais graves, não determinam nenhuma verdade.”(TARUFFO, 2010, tradução nossa).⁴¹

Nesse contexto, cumpre destacar a lição de Cleber Lúcio (2013, p. 39) ao afirmar que o processo “é e deve ser orientado para a busca da verdade”, mas que a “verdade, não constitui um fim em si mesma”, mas apenas um meio para se chegar à uma decisão justa, sem especificar a existência de uma verdade formal ou real, ou uma verdade mais verdadeira que a outra.

Destaca ainda Cleber Lúcio (2013, p. 40), que a verdade que se persegue no processo é aquela que pode ser alcançada pelo ser humano, com seus métodos, suas limitações e os modos que lhe são próprios, não podendo, portanto, exigir do julgador, algo que esteja acima das possibilidades humanas.

Dessa forma, pode-se afirmar que busca-se no processo a verdade, mas em razão das limitações humanas e, assente à necessidade de resolver os conflitos trazidos ao Poder Judiciário, não havendo provas suficientes, o juiz também proferirá uma decisão com base em um juízo de verossimilhança⁴² (ALMEIDA, 2013, p. 41), sendo que aqui incidirá uma certa medida do subjetivismo judicial e conforme se afirmou, o ideal é que tal não ocorra. Contudo, surgirão vezes que o juízo de verossimilhança se tornará necessário.

⁴¹ Pero este déficit no implica que exista un verdad *procesal*: sólo implica que en un proceso en que rigen normas que kimitan la posibilid de utilizar todas las pruebas relevantes se determina sólo una verdad limitada e incompleta, o - en los caos más graves - no determina ninguna verdad. .”(TARUFFO, 2010, p.101)

⁴² Ensina que Coqueijo Costa (1996, p. 327) que o artigo 335 do CPC trata da prova por verossimilhança, entendido como um indício de prova. Uma presunção natural que tem por fonte uma norma de experiência. Ao invés de se apoiar nas circunstâncias que rodeiam o caso concreto, o Juiz repousa exclusivamente na experiência da vida, substituindo o fato básico pela máxima de experiência e complementa Luiz Guilherme Marinoni (2006, p. 120), que “o juiz que decide com base em verossimilhança não está na dúvida; ao contrário, ele está convencido de que a verossimilhança basta diante das circunstâncias do caso concreto”

Assim, conclui-se que a verdade idealizada não chega ao processo, devendo as partes e o juiz se aterem às provas trazidas aos autos, correspondendo a verdade formal, ainda que contrariando a doutrina moderna, concluindo-se assim, que as mudanças apresentadas no cenário processual que tem autorizado e determinado a inversão do ônus da prova e a distribuição dinâmica desse ônus, tem permitido se aproximar da verdade, podendo-se afirmar que a verdade que toca o processo é a verdade formal, aproximada da verdade real, e deixando, dentro do possível, o mínimo de liberdade de subjetivismo ao julgador, representando assim, o conteúdo democrático e a segurança nas decisões no atual modelo de processo.

4.11 Finalidade e Destinatário da Prova

A finalidade da prova não se confunde com sua destinação. A doutrina clássica, afirma que a prova tem como finalidade formar o convencimento do juiz.

A finalidade processual da prova é convencer o juiz. (...) o Estado lhe impõe certas regras de convicção a que tem de obedecer, regras que vão de máximo até mínimo de liberdade. (...) nunca o juiz é tão livre quanto o cientista; e o cientista que se restrinja a meios e regras de prova limita a livre disponibilidade de espírito, que lhe é essencial. (MIRANDA, 1974, p. 225-226).

Ou ainda, que “a finalidade processual da prova é convencer o juiz” (COSTA, 1996, p. 326) e noutro sentido, mas incorrendo no mesmo erro, afirmam os doutrinadores clássicos, que o destinatário da prova é o juiz.

Humberto Theodoro Júnior (1980, p. 16), conforme a teoria clássica, afirma que a prova pode ser conceituada, num objetivo, como instrumento ou meio hábil, para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, as perícias, etc); e em outro sentido subjetivo, como a certeza alcançada (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Afirma que dessa maneira a prova aparece como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado. Ou seja, entende a prova como sendo destinada ao espírito do julgador.

Contudo, conforme já foi visto, o atual conceito de processo, no Estado Democrático de Direito, não permite mais a figura solipsista do juiz como sendo o supremo destinatário das provas e condutor singular do processo, vez que o provimento final é construído conjuntamente pelas partes.

Nesse sentido, afirma Dhenis Cruz Madeira (2012, p. 176) que no Direito

Democrático, a prova deixa de pertencer ao juiz, e passa a integrar os autos, sendo que sua valoração e valorização frente ao Direito realizam-se de forma compartilhada, via observância do devido processo.

Busca-se num Estado de Direito Democrático, a construção de um provimento consubstanciado em oferecer às partes e ao juiz uma participação isonômica, permitindo aos destinatários normativos carrear provas aos autos, oportunizando o contraditório e a ampla defesa, num diálogo bilateral, tendo em vista que a cognição jurisdicional do juiz é limitada e vinculada ao devido processo, concluindo que a prova tem por destinatário o próprio processo.

Dessa forma, o processo é formado pelas partes e o juiz, num diálogo isonômico, não cabendo mais ao juiz analisar as provas como bem entender, pois as provas não são destinadas à ele, mas ao processo, e “as partes e o juiz, ao atuarem procedimentalmente, devem analisar as provas e argumentos em conjunto”(MADEIRA, 2012, p. 165).

No mesmo sentido, ensina Alexandre Freitas Câmara (2010, p. 411) que a prova, uma vez levada aos autos, pertence a todos, isto é, pertence ao processo, não sendo de nenhuma das partes ou mesmo do e para o juiz.

Nesse compasso, cumpre suscitar o princípio da comunhão da prova, que no mesmo sentido, “determina que uma prova produzida passa a ser do processo, pouco importando se o responsável pelo requerimento ou determinação de sua produção tenha sido o autor ou o réu, ou mesmo o juiz de ofício” (NEVES, 2005, p. 21), ressaltando que até mesmo terceiros, como Ministério Público ou terceiros intervenientes poderão requerer a produção de provas, sendo as mesmas jungidas ao processo e pertencentes à ele.

Em verdade, assevera Daniel Amorim Assumpção Neves (2005, p. 22) que “uma vez tendo sido produzida a prova, pouco importando quem seja o responsável pela introdução de tal prova no processo, a mesma gerará efeitos” indistintamente para todos os sujeitos processuais, inclusive para a parte que nada teve a ver com a produção da referida prova.

Exatamente por isso, como já se disse, não pode a parte que requereu a produção de determinada prova, pedir seu desentranhamento se, após a produção, a mesma se lhe mostrar desfavorável.

Afirma Rui Portanova (1999, p. 217) que em razão do princípio da comunhão ou comunidade da prova, a prova nunca pertence a uma ou outra parte, mas ao júízo, bem como não se vincula somente ao interesse da parte que a produziu.

Ressalte-se ainda que a ideia central do princípio encontra-se justamente na comunhão da eficácia probatória, no sentido de gerar efeitos (benéficos ou prejudiciais) no caso

concreto, para os sujeitos processuais. (NEVES, 2005, p. 22-23).

Tem-se assim que o destinatário da prova é o processo e não qualquer das partes, ou o Juiz ou mesmo um terceiro e que a prova, após produzida, será parte integrante do processo, devendo o juiz, pelo sistema da persuasão racional, valorar (e valorizar) a prova, com desprendimento.

No mais, conforme ensina Cleber Lúcio (2010, p. 595), a verdade é a finalidade da prova, tendo a prova por objetivo demonstrar a verdade dos fatos alegados.

Pois bem, se o que se busca por meio da prova é a verdade dos fatos (processual ou material), tem-se que a finalidade da prova, efetivamente é a verdade, restando ultrapassados os doutrinadores que afirmam ser a finalidade da prova o convencimento do juiz. No mesmo sentido, encontra-se superada a convicção quanto ao destinatário da prova, vez que as provas são produzidas e jungidas ao processo, não pertencendo ou destinadas a qualquer uma das partes ou ao juiz.

Cleber Lúcio Almeida (2010, p. 593-594) ainda amplia a definição da finalidade da prova, informando que se deve levar em conta a sociedade, vez que o fim extraprocessual da prova é dar segurança jurídica às relações sociais.

À prova não pode ser negada a relevância social, na medida em que ela: a) possibilita a confirmação da realização concreta do direito objeto de disputa, contribuindo para a efetividade da ordem jurídica, bem como para a inclusão e a justiça social; b) viabiliza a participação das partes na construção da decisão no caso concreto e, com isso, na definição de seus direitos e obrigações, o que constitui uma exigência do Estado Democrático de Direito; c) operando em favor da realização concreta dos direitos assegurados pela ordem jurídica, favorece a proteção e a promoção da dignidade humana, quando se trate de disputa que envolva direitos humanos ou fundamentais, não podendo ser olvidado que a dignidade humana exige o respeito aos direitos humanos e fundamentais de que as partes são titulares no processo (dignidade humana no processo) e a realização concreta dos direitos materiais que lhe são inerentes (dignidade humana por meio do processo) (ALMEIDA, 2012, p. 593-594).

No mesmo sentido, assevera Rui Portanova (1999, p. 217), que há um interesse indubitável e manifesto em razão da função que a prova desempenha no processo. É o princípio do interesse público na função da prova, que indica que apesar do interesse das partes no resultado da demanda, existe ainda o interesse público mediato que está acima dos benefícios específicos das partes.

Ensina Michele Taruffo (2010, tradução nossa)⁴³ que a verdade também possui um

⁴³ Desde la perspectiva que aquí interesa, el aspecto más relevante sonciste en el descubrimiento (o tal vez, el redescubrimiento) de lo que se podría definir como el *valor social de la verdad*. Este valor presenta al menos

valor social, de dimensão essencialmente ética, sendo a verdade uma condição para o bom funcionamento das relações sociais, e que, direta ou indiretamente ligada ao processo, é pretendida, possuindo uma efetiva força democrática.

Sintetizando, a finalidade primeira da prova é a verdade e a finalidade secundária é a satisfação do interesse público, que concentra preocupação em pacificar os litígios sociais com justiça.

5 O DIREITO DO TRABALHO CONCRETIZADO PELA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Conforme citado, o instituto do ônus da prova na legislação laboral encontra-se previsto no art. 818 da CLT que estabelece a distribuição do ônus probatório e aduz que a prova das alegações incumbe às partes que as fizer. Sendo que, se cabe a cada um provar o que alega, o ônus será de cada uma das partes que trouxer suas alegações ao processo.

Nesse contexto, no Processo do Trabalho, o empregado, em massificado número de vezes é autor da demanda e traz suas alegações em juízo, tendo em muito comprometido seu êxito, vez que está impossibilitado e inapto para produzir determinada prova, restando em situação processual hipossuficiente.

Dessa forma, se o autor ao alegar os fatos constitutivos do direito reivindicado não os provar, o pedido será julgado improcedente, saindo o empregador exitoso na demanda. Ora, diante desta situação poder-se-ia, por um lado, afirmar que se o autor teve uma decisão desfavorável contra si, é porque pesava sobre os seus ombros o ônus de uma obrigação não cumprida, o que lhe acarretou uma sanção. Por outro lado, poder-se-ia dizer que o ônus da prova é um dever, uma sujeição, uma faculdade ou um encargo do autor para consigo mesmo, que não tendo dele se desincumbido, veio-lhe a decisão desfavorável, necessitando assim, de uma melhor adequação do *onus probandi* ao atual e moderno conceito de processo e à Especializada laboral, em razão de suas peculiaridades.

Conforme ensina Moacyr Santos Amaral (1952, p. 94), do latim “onus”, significa carga, fardo, pêso. Traduzindo-se apropriadamente *onus probandi* por dever, necessidade de provar.

Assevera referido autor (1952, p. 94) que não se deve ver, na expressão ônus da prova ou *onus probandi*, a ideia de dever que se equivale a obrigação, tendo como pressuposto a existência de um direito que a ele corresponda.

Não se trata de um dever jurídico. Mesmo porque não existe um direito que lhe seja correlato, nem propriamente qualquer sanção pelo seu não cumprimento. Trata-se apenas de dever no sentido de interesse, de necessidade de produzir a prova para formar-se a convicção do juiz a respeito dos fatos alegados. (SANTOS, 1952, p. 94).

Ensina Francesco Carnelutti (1936, p. 55) que o ônus da prova está compreendido na esfera da liberdade, enquanto que a obrigação e a sujeição não. A parte onerada no ônus pode escolher entre agir de conformidade ou não com a previsão legal. Além disso o cumprimento do ônus interessa ao próprio sujeito onerado, ao contrário da obrigação, cuja satisfação

interessa somente à parte contrária, titular do direito correspondente. Por fim, desatendida uma obrigação, poderá o obrigado sofrer constrangimento de seus bens para cumprimento da obrigação, enquanto o ônus não acarretará sanção econômica, no sentido de que a tutela do interesse não poderá ser alcançada de outra forma.

Ensina Thaís Minghelli (2004, p. 39-40) que, enquanto a obrigação se parece com uma sujeição, como uma ordenação de observar determinado comando, sob pena de se incorrer um ato ilícito, o ônus está em disposição oposta, pois compõe um dever subjetivo, que vigora no âmbito pessoal da pessoa, para que esta faça ou não alguma coisa. “Aqui, o sujeito é quem decide com ampla liberdade acerca do cumprimento do seu encargo, eis que as consequências decorrentes da inobservância atingem a si, sem que acarretem sanção”

Assim, aquele que cumpre uma obrigação o faz para atender ao interesse de outrem (ALMEIDA, 2013, p. 56), enquanto a parte deve provar o que alega, fazendo-o no seu interesse, pois visa seu êxito na causa e no mesmo sentido, afirma Manoel Teixeira Filho (1983, p. 80) que não existe obrigação legal de provar, se vinculando o *onus probandi*, tão somente ao interesse da parte e que em caso de não satisfação desse ônus, não haverá sanção processual, mas não acolhimento do seu pedido.

Manoel Teixeira (1983, p. 80), ainda distingue ônus e obrigação, no sentido de que o ônus se vincula ao interesse da parte, enquanto a obrigação se funda numa sanção pelo seu não cumprimento. Distingue o ônus do dever, pois para esse autor, “não existe um dever de provar, seja em face da parte contrária, seja perante o próprio juiz”.

Por fim, dentre os doutrinadores clássicos destaca-se a distinção feita por Pontes de Miranda (1974, p. 217), que sintetiza o que já foi dito até aqui.

Dever e ônus. - a) A diferença entre dever e ônus está em que (a) o dever é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade; há relação jurídica entre dois sujeitos, um dos quais é o que deve: a satisfação é do interesse do sujeito ativo; ao passo que (b) ônus é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos: satisfazer é do interesse do próprio onerado. Não há sujeição do onerado; ele escolhe entre satisfazer, ou não ter a tutela do próprio interesse. Por onde se vê como a teoria do ônus da prova diz respeito, de perto, à pretensão à tutela jurídica. (...) quem tem interesse na afirmação é que tem o ônus da prova; ônus, porque o provar é no interesse próprio, para que não caia no vácuo a afirmação. (MIRANDA, 1974, p. 217).

Dessa forma, pode-se concluir que o ônus não é obrigação, mas sim faculdade de apresentar determinada prova, sendo que o prejuízo advindo da sua inobservância, será sofrido pela parte que tinha o ônus para consigo, e em agindo no interesse próprio, a parte se desincumbe do seu ônus.

A diferenciação entre ônus e obrigação pode ser melhor compreendida ao analisar as consequências pelo descumprimento de ambos (AMBROSIO, 2013, p. 20), pois na obrigação, o obrigado será coagido ao cumprimento dessa obrigação, podendo ocorrer inclusive a conversão em pecúnia e sofrer ação do estado no sentido de garantir seu cumprimento, como por exemplo, por meio de um Bacenjud (bloqueio judicial), enquanto que o descumprimento do onerado, gera consequências negativas que recairão sobre si mesmo, sem qualquer pagamento em pecúnia ou constrangimento de seus bens.

No mesmo sentido Graziella Ambrosio (2013, p. 19) define o ônus como poder ou uma faculdade (em sentido amplo) de executar, com *liberdadae*, certos atos ou mesmo adotar certas condutas previstas na norma para benefício e interesse próprio, sem qualquer sujeição ou coação e sem que outro sujeito exija sua observância, embora sua inobservância lhe acarretará consequências desfavoráveis.

Em outro sentido também deve-se afirmar que o ônus da prova significa o interesse da parte em produzir a prova que lhe traga resultados favoráveis (ALMEIDA, 1993, p.46-63), que dito de outro modo, quer significar que em sendo a prova desfavorável, a parte não a apresentará, mas de todo o modo, terá contra si decisão desfavorável no que pertine a não apresentação daquela prova que era o ônus que lhe incumbia.

Micheli G. A citado por Thais Minghelli (2004, p. 40-41), expõe que em razão do fim a ser alcançado no processo, as partes litigantes deveriam se comportar de modo condizente, sendo que o ônus deveria ser também para satisfazer o interesse alheio, devendo ser uma obrigação, pois deveria haver um determinado comportamento das partes para que se alcançasse o fim jurídico pretendido.

Desse modo, o ônus da prova, se estabelece em relação à parte que alega e precisa provar suas alegações, não sendo uma obrigação. Contudo e, considerando o fim jurídico do processo e, o ônus da prova sendo instituto que socorre interesse próprio, em não sendo possível à parte inicialmente onerada da produção de determinada prova, ou por não estar apta a produzi-la, ou por ter a parte contrária a prova já preconstituída, ou mesmo melhores condições de produzi-la, esse ônus que inicialmente era de quem alegou os fatos, será repassado (invertido ou distribuído) à parte contrária, de modo que seja factível a administração da justiça pelas partes, independente de qual delas tenha alegado determinado fato, como garantia de uma decisão em bases democráticas.

5.1 A Regra Geral e Estática do art. 818 da CLT e a Necessidade de Flexibilização

O art. 818 da CLT sucintamente aduz que a prova das alegações incumbe às partes que as fizer. Tendo-se que o autor deve provar as alegações lançadas na inicial e o réu deve provar as contestações feitas na defesa, sendo que numa primeira análise, o dispositivo legal, parece ser satisfatoriamente suficiente para resolver a regra da distribuição da carga probatória na seara trabalhista.

Em verdade, quando da análise das alegações e das provas, estando o juiz satisfeito quanto às provas trazidas pelas partes, para formação do seu convencimento e fundamentação da sua decisão, não necessita se preocupar com as regras da carga probatória, pois não importa quem produziu a prova (princípio da comunhão da prova), mas o que a prova mostrou e provou sobre os fatos alegados e se são suficientes para a formação do provimento jurisdicional.

Assim, se há prova nos autos, não importando quem as produziu, as regras do ônus da prova são desnecessárias. Contudo, se não há prova, o juiz se valerá das regras da distribuição do ônus probatório, para que possa nortear a atividade jurisdicional, pois não lhe é permitido eximir-se de decidir sob alegação de insuficiência de provas, chegando-se ao *non liquet*.

Definitivamente, o que não pode ocorrer é o juiz deixar de julgar, ou mesmo julgar sem ter convicção sobre os fatos e no momento em que não houver provas suficientes que possibilitem a formação do convencimento do magistrado acerca da verdade dos fatos, é que buscará o juiz as regras relativas ao ônus da prova para informar-lhe qual das partes assumiu o risco da prova.

Dessa forma, a regra da distribuição disposta na legislação permite que o juiz responda a duas perguntas fundamentais: Quem deveria provar o quê? E o que deveria ficar provado independentemente de quem produziu a prova? (AMBROSIO, 2013, p. 25).

Esses dois questionamentos, segundo a doutrina, tratam-se do ônus objetivo e ônus subjetivo, sendo que o primeiro encontra-se intimamente ligado à atividade do juiz e o segundo à atividade das partes.

Tem-se que (ALMEIDA, 2012, p. 644), o ônus objetivo da prova pode ser “tanto no sentido de que o juiz deverá proferir julgamento considerando as provas existentes nos autos, independentemente de quem as tenha produzido”, como no sentido “de definição da parte que sofrerá as consequências da ausência da prova de um determinado fato”. (ALMEIDA, 2012, p. 644). O ônus subjetivo da prova “diz respeito à definição da parte a quem compete a prova de determinado fato.” (ALMEIDA, 2012, p. 644).

Nesse sentido, as regras de distribuição do ônus da prova, em seu aspecto objetivo, “estabelecem uma regra de julgamento por meio da qual se estabelece(...) que a sentença será desfavorável àquela parte a quem competia o ônus da prova dos fatos alegados, mas dele não se desincumbiu”. (AMBROSIO, 2013, p. 25). Sendo que a perspectiva objetiva indica como o juiz deve decidir a causa na falta de convencimento sobre os fatos, ou seja, o litigante que não demonstrou os fatos, conforme lhe competia, suportará as consequências de uma decisão desfavorável.

Já o aspecto do ônus subjetivo indica que esse ônus representa uma regra de conduta para as partes, ou seja, como as partes devem se comportar no desenvolvimento da atividade probatória e suportar o risco da sua insuficiência.

Por certo, o ônus da prova permite ao juiz o cumprimento do princípio da indeclinabilidade da jurisdição, sendo que não somente as partes podem produzir provas, como também o próprio juiz ou mesmo terceiros interessados. E nesse sentido, a função da regra de distribuição do ônus seria a de orientar a construção da decisão. (AMBROSIO, 2013, p. 27-24).

Como se analisou no capítulo anterior, o que se busca é o máximo de provas dos fatos no processo, trazidos pelas partes, pelo juiz ou por um terceiro (particular ou não como Ministério Público), ressaltando que quanto mais análise de provas e menos subjetivismos forem utilizados pelo Juiz, mais próximo se estará de uma decisão justa baseada nas provas e na verdade dos fatos.

Por tal motivo, o que pretende ver em uma demanda é a efetiva contribuição das partes e o cumprimento do ônus que lhes incumbe, trazendo assim, os meios para provar os fatos alegados por cada uma, mostrando-se, nesse sentido, a regra do ônus muito mais relevante quanto ao aspecto objetivo, de comportamento das partes, sendo a regra de julgamento síntese do fenômeno, mas tendo os riscos da insuficiência de provas para formação do convencimento do juiz, projetados sobre as partes, estimulando-as dessa forma, à produção das provas, em que pese o juiz também poder determinar a produção de prova *ex officio*. Concluindo-se assim, “que os dois aspectos do ônus da prova são complementares na medida em que a aplicação do ônus objetivo impõe a verificação da parte onerada com a produção probatória segundo as regras do ônus subjetivo”. (AMBROSIO, 2013, p. 30).

De fato, cada parte deverá trazer meios para provar suas alegações e essa é “a regra áurea de todo o aparato de distribuição do *onus probandi*, que dispõe que quem afirma deve provar”, ressaltando que é mais valioso ao magistrado resolver a causa em função da prova

produzida, que refugiar-se na invocação da dificuldade por faltarem provas para formação de sua convicção. (PEYRANO, 2010, tradução nossa).⁴⁴

Sob o primeiro prisma (regra áurea), o art. 818 da CLT não merece qualquer ajuste. Contudo, o problema reside quando da análise do arcabouço probatório, faltarem ao juiz os elementos para formar sua convicção. Ou seja, “verificada a insuficiência da prova de fato controverso e relevante para o julgamento da demanda, que critério deve nortear o juiz do trabalho na decisão do conflito de interesses?” (ALMEIDA, 2012, p. 650).

Ocorre que a redação genérica sobre a regra de distribuição do ônus da prova disposta no art. 818 da CLT, mostrou-se demasiadamente simples, ao ponto de surgir controvérsia sobre referido artigo e sua estatutividade e completude (ou não) ao processo laboral.

Carlos Henrique Bezerra Leite (2010, p. 564) informa que dada à excessiva simplicidade, essa regra cedeu lugar, “não obstante a inexistência de omissão do texto consolidado, à aplicação conjugada do art. 333 do CPC”.

Cleber Lúcio Almeida (2010, p. 650) afirma que quanto ao fato de cada parte provar o que alega como fundamento da sua pretensão, o art. 818 da CLT não merece reparos. Contudo, quando se verificar a insuficiência de provas de fato controverso e relevante para o julgamento da demanda, referido artigo se mostrará insuficiente e deverá ter sua deficiência suprida pelo art. 333 do CPC.

Em outro sentido, defende Carlos Alberto de Paula (2010, p. 113) que o art. 818 da CLT não confronta a norma disposta no art. 333 do CPC e que a generalidade do disposto no texto consolidado - prova quem alega - permite que o critério geral não seja seguido, emergindo daí a inversão do ônus da prova, que no processo trabalhista tem suas próprias e peculiares justificativas.

Assim, mostrada a controvérsia de pensamentos na doutrina⁴⁵ sobre o art. 818 da CLT, cabe apontar que, havendo ou não omissão no artigo celetista, é certo que “a aplicação isolada do art. 818 da CLT traz grandes dificuldades na distribuição do ônus da prova, notadamente no que tange à atribuição do risco da prova ausente ou insuficiente”(AMBROSIO, 2013, p. 37), quando do julgamento, fazendo-se necessária melhor explicitação do assunto como disposto no art. 333 do CPC.

⁴⁴“(…) de algún modo en la llamada regla áurea de todo el aparato distributivo del *onus probandi*: quien afirma, debe probar. (...) más valioso resolver la causa en función de la prueba producida que refugiarse en la invocación de dicha facultad que poseía el magistrado. (PEYRANO, 2010, p. 98-99).

⁴⁵Tratam-se os posicionamentos de Carlos Henrique Bezerra Leite e Cleber Lúcio de Almeida, os mais comumente encontrados entre os doutrinadores juslaborais e retratam os fundamentos da controvérsia de maneira geral, firmada sobre a suficiência ou insuficiência do art. 818 da CLT.

Neste contexto, diante da ausência de provas para a formação da convicção do magistrado, a regra da distribuição da carga probatória disposta no art. 818 da CLT, poderá ser suprida, com a utilização subsidiária autorizada no art. 769 da CLT, pelo art. 333 do Código de Processo Civil, para que se determine qual a parte que sofrerá os efeitos da insuficiência da prova daquele fato, dispondo, art. 333 do CPC que o autor deve produzir a prova do fato que constitui seu direito, enquanto que o réu incumbe a prova do fato que impede, modifica ou extingue o direito do autor.

Contudo, ambas as normas (CLT e CPC), trazem a disposição das partes no processo quanto à apresentação do *onus probandi* de maneira estática e de acordo com a posição processual que a parte encontra-se na lide. Ou seja, se no polo ativo, compete-lhe provar os fatos constitutivos do seu direito e se no pólo passivo, incumbe-lhe provar fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor.

Ocorre que, no processo do trabalho, determinar legalmente quem carregará o ônus de provar determinados fatos, não se mostra suficiente, pois, em que pese o dispositivo legal distribuir a carga probatória estaticamente, há que se considerar as especificidades no Processo do Trabalho, a começar pela desigualdade das partes.

Como já analisado, a desigualdade assente no Direito Material do Trabalho e na rotina laboral, se transpõe para o Processo. Pensar que, no Processo do Trabalho, as partes estão em patamar de igualdade, é o mesmo que contemplar a injustiça, pois como já citado, o empregador está em condição “hiperssuficiente” material e processualmente.

Ressalte-se o que já foi dito sobre a condição econômica do empregador de enfrentar o processo esperando sua demora temporal, além de ter sob seu comando as testemunhas, que são seus empregados e dele recebe salário, bem como as provas documentais que foram colhidas ao longo do contrato laboral e que ficam sob sua guarda. Enfim, um emaranhado de condições positivas que lhe fazem desejar que o processo se arraste pelo maior tempo possível, além de poder alterar o curso do processo, em razão de deter os meios de prova sob seu poder e não apresentá-las se o ônus estaticamente como colocado nos dispositivos legais não for alterado.

Por certo, a regra da distribuição do ônus da prova da maneira estática como se apresenta no art. 818 da CLT, não se mostra suficiente para equilibrar as partes em processo, mostrando-se demasiadamente necessária que essa regra se flexibilize e atenda às necessidades assentes das partes.

No mesmo sentido, assevera Grabiella Ambrosio (2013, p. 38) ao dispor que a regra do art. 818 da CLT ignora o desnível material existente entre sujeitos da relação de trabalho,

desigualdade que certamente também se repete na capacidade de realizar determinadas provas para a defesa de direitos indisponíveis em juízo. E nesse sentido, ao invés de compensar, no plano processual, as inegáveis diferenças existentes no plano fático havida entre os litigantes, a CLT desconsidera essa desigualdade, tratando o trabalhador e empregador no mesmo nível e de forma igual mediante a imposição de um critério genérico e rígido de distribuição do ônus probatório, igual para ambas as partes.

A disposição tão simples e estática de que o ônus da prova incumbe à parte as fizer, disposta no art. 818 da CLT e mesmo da forma estática como disposta no art. 333 CPC, não resolvem o problema da desigualdade das partes, inerente à relação de trabalho. Antes, mostra seu contracenso, pois deixa de considerar que a condição hipossuficiente do trabalhador, impede que ele prove suas alegações, quando para o empregador, por ser parte hipersuficiente na relação jurídica, a produção ou apresentação de tais provas não seriam tão difíceis.

Ao dispensar tratamento igualitário entre trabalhador e empregador em matéria processual, a própria CLT contribui para a manutenção da desigualdade da relação de trabalho, ao desprezar por completo que, salvo raríssimas exceções, é o empregador quem está em condições e provar os fatos alegados por ambas as partes. (AMBROSIO, 2013, p. 38).

Assim, o art. 818 da CLT, não é capaz de elucidar as questões suscitadas quanto à distribuição do ônus probatório, considerando ainda, as partes no Processo do Trabalho em mesmo nível de igualdade, o que em verdade não ocorre, cumprindo relativizá-lo, para que seja alcançado o objetivo fundamental do cumprimento do Devido Processo Legal, o efetivo acesso à jurisdição, bem como propiciar igualdade entre as partes, concedendo-lhes tratamento desigualmente, na exata medida da sua desigualdade, para permitir a produção de provas, pela parte que estiver apta a produzi-la.

Um processo comprometido com o efetivo acesso à jurisdição, “exige regras sobre a distribuição do ônus da prova que facilitem o acesso à prova e afastem a acomodação das partes e as atitudes desleais dos litigantes”. (AMBROSIO, 2013, p. 40).

Nesse sentido, os Tribunais trabalhistas, para atender à necessidade de proteção ao empregado, hipossuficiente da relação (material e processual), vem “relativizando” a distribuição do ônus da prova. A regra deixa de ser estática, para se tornar flexível e se amoldar à realidade do processo laboral.

No mesmo sentido, defende Guilherme Guimarães Feliciano (2008, p. 51-52) que a distribuição do ônus da prova no processo do trabalho já não pode mais se circunscrever ao modelo liberal e estático dado pelo art. 818 da CLT e pelo art. 333 do CPC. Defende referido autor que é imperioso construir um outro modelo de distribuição do ônus probatório que

considere as circunstâncias concretas em cada caso e a natureza dos interesses resistidos. Asseverando, por fim, que ambos os artigos (818 CLT e 333 CPC) “são inaptos a regular, de modo absoluto, a dinâmica de um processo tão veloz, garantista e tuitivo como é o processo do trabalho”.

Dessa forma, deve-se romper com a retrógrada e estática previsão do ônus probatório constante no art. 818 da CLT e bem assim com o art. 333 do CPC quando utilizado subsidiariamente na Especializada laboral, para que o Direito do Trabalho, confira a (des)igualdade necessária às partes em litígio, garantindo a proteção necessária ao empregado, o que vem sendo realizado pelos Tribunais Regionais do Trabalho e bem assim pelo Superior Tribunal do Trabalho, por meio da inversão do ônus da prova e da distribuição dinâmica do ônus da prova, como forma de garantir igualdade na relação processual, assim como o faz na relação material de emprego e pautar o Processo do Trabalho, respeitadas suas particularidades, de maneira condizente com o Direito do Trabalho, conforme será estudado a seguir.

5.2 A Inversão do Ônus da Prova

Conforme dito alhures, a moderna concepção de Processo Constitucionalizado, sob a vigência da Constituição de 1988 que instituiu o Estado Democrático de Direito, não mais coaduna com a concepção de se entender a regra do ônus probatório de maneira estática consoante o art. 818 da CLT, clamando pela aplicação da uma redistribuição do ônus da prova, de acordo com o caso concreto, para que referido artigo tenha eficácia no Processo do Trabalho e em outros ramos que se fizer necessários, de acordo com a particularidade de cada um.

Nesse sentido e de acordo com as peculiaridades do processo laboral, o encargo probatório inicialmente direcionado ao autor, será reposicionado e direcionado ao réu, em determinadas situações, o que se chama de inversão do ônus da prova.

Na inversão do ônus ocorre o deslocamento do *onus probandi* para a parte contrária, devendo ela, provar os fatos alegados pela outra parte. Melhor dizendo, no Processo do Trabalho o autor(empregado) fará sua alegação e o réu(empregador) deverá fazer a prova dos fatos alegados. Não significa com isso, que o réu fará prova da alegação do autor, pois poderá fazer prova no sentido de demonstrar que a alegação do autor não se traduz na verdade dos fatos.

Por certo, a inversão do ônus da prova, não se dará em toda e qualquer situação, ao

risco de se tornar fonte de injustiça para com o empregador. O Direito Trabalho tem como fim compensar a desigualdade do empregado, igualando-o ao empregador, não tornando-o superior na relação e se a inversão pudesse ser realizada a todo momento e em qualquer situação, tornaria-se injusta na medida em que o empregado se tornaria superior na relação. Definitivamente, o ordenamento jurídico veda situações como essa e o Direito do Trabalho não compactua com a proteção injusta e desnecessária.

A verdade, é que em determinadas situações é possível abandonar a regra legal de distribuição do ônus da prova, atribuindo este ônus à parte que segundo aquela regra, dele estava inicialmente dispensada. Dessa forma, opera-se a denominada inversão do ônus da prova, que pode ocorrer por determinação legal, pelo juiz ou por convenção das partes. (ALMEIDA, 2012, p. 655).

A inversão do ônus da prova, ocorrerá pelo pré estabelecimento dessa inversão na lei, desde que estando presentes os pressupostos legais que serão analisados a seguir, podendo ainda ocorrer por determinação do juiz, quando ele presumir a veracidade dos fatos controversos ou mesmo por convenção das partes, quando estas assim acordarem, sendo que na prática a convenção não ocorre com muita frequência.

Essa inversão faz-se necessária sempre que quando ao autor for difícil ou mesmo impossível apresentar a prova do fato que constitui o direito por ele pretendido e ao réu se mostra muito fácil a apresentação da referida prova. Dessa forma, sempre que se apresentar uma relação de desigualdade entre as partes em matéria probatória, deverá ocorrer a inversão do ônus da prova. “Não permitir, nessas hipóteses, a inversão do ônus da prova é o mesmo que negar o bom-senso e a própria jurisdição.” (AMBROSIO, 2013, p. 45).

Nesse sentido, a inversão do ônus se impõe no Processo do Trabalho como garantia do Devido Processo Legal e da ampla defesa, obrigatoriamente, respeitando o contraditório e efetivando assim, o acesso à jurisdição, pois de nada adiantaria adentrar as portas do judiciário, se a impossibilidade de produção de prova em razão da desvantagem ou hipossuficiência lhe impedissem de ter seu direito restabelecido por meio do processo. E nesse sentido, a inversão do ônus da prova no Processo do Trabalho é medida necessária para a garantia do Processo em bases constitucionais. Bases essas já estudadas no capítulo anterior.

5.2.1 Começando do Começo: a Inversão do Ônus da Prova do Código de Defesa do Consumidor

O povo brasileiro consciente do papel que lhe coube e que lhe foi assegurado no texto constitucional (soberania popular) de 1988, passou a exigir do Estado uma atuação eficaz na resolução dos seus problemas sociais, econômicos e políticos e este trouxe novas soluções, que se deram por meio de institutos e instrumentos jurídicos de realização da justiça, podendo ser citado o direito do consumidor que teve importante papel no processo de democratização e estabilização da Constituição, pois sinalizou que o Direito caminhava par e passo com o amadurecimento do povo brasileiro.

O Direito do Consumidor, consubstanciado no Código de Defesa do Consumidor - CDC - Lei 8.078 de 1991, em vigor três anos após a Constituição de 1988, teve como finalidade eliminar a desigualdade existente entre fornecedor e consumidor, trazendo equilíbrio entre as partes nas relações de consumo. (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 8). Conferiu o status de hipossuficiente ao consumidor frente ao capital e passou a protegê-lo material e processualmente em plena era capitalista.

Com o advento do capitalismo e afastamento do liberalismo econômico, as sociedades comerciais, passaram a dominar o mercado de consumo, justificando a “existência do direito consumerista, destinado a regular as trocas econômicas de massa com objetivo de proteger a parte vulnerável, considerada aquela que adquire produtos ou utiliza serviços” (SOUZA. 2010), mas somente a partir da Constituição de 1988 a figura jurídica do consumidor passou a ser protegida pelo direito brasileiro, elevando-o à categoria de direito fundamental ao dispor em seu art. 5º, XXXII, que o Estado promoveria a defesa do consumidor, na forma da lei.

Além disso, o artigo 48 dos Atos das Disposições Transitórias (ADCT) (BRASIL, 2013p) dispôs expressamente que o Congresso Nacional deveria elaborar no prazo de 120 dias o Código de Defesa do Consumidor, como sistema normativo para regular as relações de consumo, constituindo assim, “esse microsistema de direitos e deveres relativos às relações de consumo” (SOUZA. 2010), ressaltando, contudo, que 03 anos mais tarde, o referido Código foi elaborado e entrou em vigor.

Dentre os direitos básicos do consumidor, dispõe o artigo 6º, VIII do CDC sobre a facilitação da defesa dos direitos do consumidor, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, quando a critério do juiz, a prova for verossímil à alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

5.2.1.1 Pressupostos para a Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor

A verdade é que o CDC reconhece a hipossuficiência do consumidor e sua respectiva condição vulnerável e autoriza a inversão do ônus da prova, quando satisfeitos dois pressupostos de admissibilidade, que são: a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência do consumidor.

Nesse compasso, a inversão do ônus da prova perante o CDC, encontra-se autorizada diante da verossimilhança da alegação do consumidor, que significa dizer que o juiz tem uma relativa certeza quanto à verdade alegada pelo autor(consumidor). Sendo que, “uma alegação apresenta-se verossímil quando adquire foros de veracidade” (AMBROSIO, 2013, p. 42), estando o juiz autorizado a inverter o ônus da prova em favor do consumidor.

Outro requisito que, se preenchido, autoriza a inversão do ônus da prova, é a hipossuficiência do consumidor, que não deve ser analisada somente no plano econômico ou financeiro, mas também sob o aspecto técnico em relação ao objeto que estabeleceu a relação de consumo entre as partes (fornecedor e consumidor). Nesse aspecto, o legislador reconheceu que o consumidor não dispõe de informações ou de acesso aos elementos técnicos do produto, enquanto o fornecedor é o detentor dos dados da produção daquele objeto, encontrando-se, portanto, em melhor condição para fornecê-los ao juiz. (AMBROSIO, 2013, p. 43).

Observe, contudo, que deverá ser provada a hipossuficiência do autor para produzir determinada prova. O simples fato de ser consumidor, por si só, não significa estar em situação de desvantagem, mas que em determinada situação, o consumidor não será capaz de produzir a prova dos fatos alegados, dada a sua condição desvantajosa para a produção de determinada prova. Momento em que caberá incumbir o ônus da prova ao fornecedor, por deter meios de produzir e apresentar determinada prova.

Assim, deverá a hipossuficiência se restringir à uma situação fática de desvantagem do consumidor em matéria probatória, que decorre de aspectos técnicos e econômicos que distanciam o consumidor e fornecedor, sendo que “a noção de hipossuficiência está ligada à ideia de facilitação da defesa do consumidor em juízo. (AMBROSIO, 2013, p. 44).

Dessa forma, resta patente que a inversão do ônus da prova na relação de consumo, se mostra necessária, quando comprovada a hipossuficiência de uma das partes na relação processual para apresentar a prova, por não deter as condições econômicas ou técnicas para fazê-lo e ainda por desconhecer a informação que poderia corroborar com sua alegação.

Outrossim, assevera Graziella Ambrosio (2013, p. 44) que resta evidente que a inversão do ônus da prova está condicionada as peculiaridades do direito material, servindo como concretizador da garantia fundamental do acesso à jurisdição, conforme estudado no capítulo anterior e não podendo se limitar a inversão do ônus probatório apenas ao âmbito consumerista, mas sempre que o autor se apresentar em situação de difícil ou impossível produção da prova do fato constitutivo do seu direito, o que se aplica em numerosos casos, à Justiça do Trabalho.

5.3 A Inversão do Ônus da Prova do Processo do Trabalho

Por certo, o Direito do Trabalho possui evidentes aproximações com o CDC, sobretudo quanto às partes que o formam, dada a hipossuficiência do consumidor e do empregado e a condição de superioridade do fornecedor e do empregador.

Conforme acima descrito, a inversão do ônus da prova, não pode ficar adstrita ao âmbito consumerista, devendo se estender aos ramos que lhe pareçam útil e necessário, dada a peculiaridade de cada um dos ramos jurídicos. E nesse sentido, evidencia-se a hipossuficiência probatória do empregado ao demandar na Justiça do Trabalho, impondo a necessária inversão do ônus da prova.

Ora, se o CDC conferiu o *status* de hipossuficiente ao consumidor frente ao capital, protegendo-o material e processualmente, autorizando a inversão do ônus da prova, em plena era capitalista, porque não estender a inversão do ônus da prova ao processo do trabalho, dada a hipossuficiência do empregado?

Ademais, conforme já mencionado, a regra do art. 818 da CLT mostra-se obsoleta e inapta para regular o processo do trabalho, considerando a dinâmica e a velocidade do processo laboral, bem como seu modelo protetor, que envolve direitos de cunho alimentícios e muitas vezes de violação à direitos fundamentais, exigindo tratamento diferenciado e adequado à realidade juslaboral, se amoldando, nesse aspecto, a inversão do ônus da prova à sua dinâmica e particularidade.

Ensina Carlos Alberto Reis de Paula (2010, p. 113) que a inversão do ônus da prova é uma das peculiaridades do Processo do Trabalho, e esse fenômeno encontra sua justificativa, de forma específica, nas suas particularidades onde é assente a desigualdade das partes, inclusive em matéria de produção de prova.

Essas especificidades podem ser expressas no binômio: dificuldades e impossibilidades probatórias do empregado e maior facilidade e possibilidade probatória do

empregador, sendo que a inversão do ônus da prova no processo laboral é uma necessidade imperiosa.

E não por outra razão, vê-se claramente a flexibilização do art. 818 da CLT, seja por intermédio de leis, seja frente à jurisprudência do Colendo Tribunal Superior do Trabalho que se encaminha no sentido de relativizar a regra estática das regras de distribuição do ônus probatório, com a edição de Súmulas, OJs, autorizando a inversão do ônus probatório com vias a dar concretude ao fim do processo e ao Direito do Trabalho que visa proteger o empregado, parte hipossuficiente na relação material e processual.

Nesse sentido, fala-se que a inversão é autorizada, pois prevista em lei ou jurisprudência, mas que também é determinante, pois quando se estiver frente à uma situação autorizada para ocorrência da inversão, deverá o juiz determinar sua inversão.

Nesse sentido, cita-se a Súmula 212 do C. TST que determina ao empregador o ônus de provar o término do contrato de trabalho, por consubstanciar o princípio da continuidade do contrato de trabalho.

A disposição legal sobre a inversão do ônus da prova no processo do trabalho mais suscitada é a disposta na Súmula 338 do C. TST, que impõe ao empregador que contar com mais de 10 empregados o registro da jornada, o dever de apresentar os cartões de ponto no caso de necessidade de prova de horas extras ou jornada de trabalho, sendo que não fazendo as horas alegadas na inicial pelo autor, serão tidas por verdadeiras.⁴⁶

SÚMULA 212 (TST Enunciado nº 212 - Res. 14/1985, DJ 19.09.1985 **Ônus da Prova - Término do Contrato de Trabalho - Princípio da Continuidade** - O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.)(BRASIL, 2013q)

SÚMULA 338 (TST Enunciado nº 338 - Res. 36/1994, DJ 18.11.1994 - Nova redação - Res. 121/2003, DJ 21.11.2003 - Incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 234 e 306 da SBDI-1 - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005 - **Determinação Judicial - Registros de Horário - Ônus da Prova** - I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de

⁴⁶ Após a Portaria 1510 de 2009(MTE, 2013), expedida pelo Ministério do Trabalho e Emprego, que exigiu a utilização do sistema eletrônico de ponto, com o objetivo de que as marcações fossem o mais fidedignas à realidade laboral, evitando possíveis fraudes pelos empregadores nas marcações dos pontos dos empregados, prejudicando-os quanto à realidade dos horários efetivamente laborados, foi suscitada a dúvida sobre se o ônus da prova voltaria a ser do empregado, em razão do registro eletrônico expedir o comprovante impresso da marcação, o que permitiria ao empregado ter a guarda do documento comprovativo da sua jornada efetivamente laborada. Ocorre que o ônus continua sendo do empregador, vez que o comprovante facilmente de apaga e por ser um ticket demasiadamente pequeno, o empregado corre o risco de sempre perdê-lo. Dessa forma, continua sendo excessivamente mais fácil ao empregador levar a prova aos autos, sendo mantido o ônus para o empregador.

trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula nº 338 - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003) II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex-OJ nº 234 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001) III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir. (ex-OJ nº 306 da SBDI-1- DJ 11.08.2003) (BRASIL, 2013r).

Em decisão recente, a 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região demonstrou como a inversão do ônus da prova pode ser aplicada, quando houver previsão legal autorizativa/determinativa, conforme trechos do voto abaixo transcritos:

(...) Todavia, a teor do que dispõe o artigo 74, § 2º, parte final, da CLT, é obrigação da empresa que possui mais de dez empregados, como é o caso da primeira reclamada (empregadora), fazer o registro da jornada de trabalho dos empregados, sendo que, em relação ao intervalo intrajornada, é facultada a pré-assinalação do tempo de pausa.

Nesse contexto, havendo controvérsia processual quanto à jornada efetivamente cumprida pelo empregado, como ocorreu no presente caso, **é responsabilidade da empregadora a comprovação desse fato, militando em favor do trabalhador presunção de veracidade das alegações deduzidas na petição inicial** (Súmula 338 do colendo TST).

A primeira reclamada, apesar de ter confessado possuir mais de dez empregados (depoimento do preposto à f. 156-verso), **não juntou aos autos os cartões de ponto, o que acarreta, em relação a esse período, a inversão do ônus da prova, com presunção de veracidade da jornada alegada na inicial**, conforme entendimento expresso na Súmula 338, I, do TST, *in verbis*:

“HORAS EXTRAS. NÃO APRESENTAÇÃO DOS CONTROLES DE FREQUÊNCIA. É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário.

(...) (MINAS GERAIS, 2014)

Pelo acórdão acima transcrito, resta claro que em determinados casos, haverá o deslocamento do ônus probatório, deixando a cargo do empregador o ônus de produzir referida prova, sob pena de sofrer uma decisão desfavorável.

Em setembro de 2012, os Ministros do Tribunal Superior do Trabalho, após participarem da Semana Jurídica, com o objetivo de analisar e atualizar sua jurisprudência, vez que possui papel de corte uniformizadora da jurisprudência, reeditou Súmulas, Orientações jurisprudenciais e precedentes normativos.

Dentre as alterações, a Corte inovou em matéria probatória quanto aos portadores de doenças graves que possam suscitar algum tipo de estigma ou preconceito no ambiente de trabalho e, segundo a Súmula 443, a empresa que demitir o portador de HIV ou de outra doença grave deverá comprovar que esta dispensa não ocorreu por discriminação. Ou seja, a nova Súmula inverte o ônus da prova para o empregador que deverá provar a não ocorrência

de discriminação.

Súmula 443 (TST Enunciado nº 443)

Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego. (BRASIL, 2013s)

Cumpra ainda citar a OJ n. 215 da SDI-I(BRASIL, 2013t), que atribuía ao empregado o ônus de comprovar os requisitos indispensáveis ao recebimento do vale transporte e que foi cancelada por meio da Resolução n.175/2011, que anuncia mudança de entendimento do C. TST, quanto ao ônus da prova sobre os requisitos para concessão do vale transporte, atribuindo o ônus da prova ao empregador no sentido de que o empregado não fazia *jus* ao recebimento do benefício, sobretudo pelo fato do empregado não contar com os meios razoáveis para provar que requereu o benefício, vez que a guarda do documento pertence ao empregador. (MAGALHÃES, 2012, p. 270-272).

Dessa forma, a jurisprudência dos Tribunais do Trabalho e as modificações introduzidas pela Corte do TST, demonstram que, de fato, o ônus da prova vem sofrendo certa relativização, em comparação à regra estática(art. 818 CLT), aplicando a inversão do ônus da prova, após considerar a hipossuficiência do empregado em matéria probatória, diante do caso concreto, para que aquele que estiver em melhores condições de apresentar a prova, apresente-a, sob pena de ter contra si uma decisão desfavorável.

5.3.1 Pressupostos para Inversão do Ônus da Prova no Processo do Trabalho

Graziella Ambrosio (2013, p. 47), citando Domingos Afonso Kriger Filho, aduz que “o Código do Consumidor relativizou as regras atinentes ao ônus da prova para fazer frente à uma nova realidade socioeconômica global”, vez que os mecanismos oferecidos pelo direito tradicional não mais ofereciam proteção e respostas satisfatórias aos lesados, estando a inversão do ônus da prova ligada a uma ampla proteção outorgada aos litigantes em geral e estendendo-se ao processo do trabalho, o que é permitido, em razão da autorização de aplicação subsidiária do art. 6º, VIII do CDC, pelo art. 769 da CLT.

Assim, a Jurisprudência dos Tribunais Trabalhistas, em particular as Súmulas que determinam a inversão do ônus da prova, estão em consonância com a aplicação subsidiária do artigo consumerista e seus pressupostos para a inversão do ônus da prova no Processo do Trabalho.

Assim, seriam requisitos para a inversão do ônus da prova no processo do trabalho: i) faculdade do juiz que pode ser levada a efeito de ofício, independentemente de requerimento das partes; ii) hipossuficiência do reclamante que não será necessariamente a econômica, mas a dificuldade excessiva de produzir a prova; e iii) verossimilhança da alegação que é a aparência da verdade, devendo o Juiz do Trabalho se pautar pelas regras de experiência do que ordinariamente acontece (art. 335 do CPC). (AMBROSIO, 2013, p. 48).

Dessa forma, o juiz poderá, de ofício, determinar a inversão do ônus da prova, ainda que não haja requerimento das partes nesse sentido, sempre que a hipossuficiência de produzir determinada prova ocorrer ao empregado e mediante a verossimilhança da sua alegação.

Acrescente-se ainda que, na dinâmica da relação laboral, o empregador tem o dever de praticar determinados atos, tornando-se desde sempre o detentor da prova em âmbito processual, denominada de prova preconstituída. Assim é que o art. 29 da CLT determina a anotação da CTPS pelo empregador. O art. 74, § 2º da CLT estabelece que o empregador deverá adotar meio idôneo para realizar o controle da jornada de trabalho. O art. 464 da CLT informa que o empregador deverá emitir recibo de pagamento salarial, detendo a guarda obrigatória desses documentos.

Quanto à prova preconstituída, ensina Manoel Antônio Teixeira Filho (1983, p. 56-57) que esta deve ser admitida com reservas, e se de negócio jurídico a que ela se refere não resultar nenhum conflito inter-subjetivo de interesse que deva ser composto pelo Poder Judiciário. Assevera ainda que no processo do trabalho os documentos relativos à relação de emprego (recibos em geral, cartões de ponto, comunicações feitas ao empregado e etc.) que permaneçam em poder do empregador e integram a categoria de provas preconstituídas, não devem possuir eficácia probante absoluta, admitindo prova em contrário, com o fim de demonstrar ser inverídico determinado documento ou declaração nele expresso, vez que por ser o empregador o detentor de determinada prova, este poderia ficar “tentado” à manipulá-la a seu favor.

Quanto aos meios informatizados de controle dos empregados que realizam suas atividades fora das dependências físicas da empresa, à exemplo da Lei 12.551 de 2011 (BRASIL, 2013u) que trata do teletrabalho e da Lei 12.619 de 2012 (BRASIL, 2013v) que dispõe sobre os motoristas em atividades externas, e a alteração da Súmula 428 do C. TST (BRASIL, 2013w), que adequa a configuração do regime de sobreaviso às novas modalidades de controle dos horários de trabalho de empregados, comprova-se que o legislador e os Tribunais, buscam regular as relações empregatícias, considerando o avanço das tecnologias, sobretudo da telefonia móvel e informática, tão presentes na rotina do ser humano e igualmente na rotina laboral.

Nesse compasso, apesar da disposição sumular quanto à inversão do ônus da prova, relativamente à jornada de trabalho, para o empregador que contar com mais de 10 empregados, cumpre destacar que se é possível ao empregador, pelos meios telemáticos atuais, controlar mais efetivamente a jornada de trabalho dos seus empregados que precisam realizar suas atividades fora das dependências físicas do seu empregador, mais significa que esse empregador possui a guarda de informações e/ou documentos capazes de trazer a verdade dos fatos ao processo, devendo ser-lhe imputado o ônus da prova.

Por seu turno, a Lei 7.414 de 1985 (BRASIL, 2013x) alterou a redação do art. 135 da CLT para estabelecer que a concessão de férias será informada ao empregado, por escrito e mediante recibo, com antecedência de 30 dias, criando a obrigatoriedade de a empresa ter sob sua guarda tal documento, apresentando-o, em juízo, no caso de controvérsia.

Ou seja, de maneira geral, o empregador é obrigado a deter a guarda de muitos documentos ao longo do contrato de trabalho, sendo que, diante do processo juslaboral, por determinação judicial, estará em melhores condições de apresentar a provar dos fatos, devendo necessariamente ocorrer a inversão do ônus da prova nesse sentido, acrescentando-se esse requisito aos pressupostos para a inversão do ônus da prova acima elencados em aplicação subsidiária do art. 6º, VIII do CDC, complementando-o.

A verdade é que, salvo raras exceções⁴⁷, a jurisprudência, Ojs, Súmulas a legislação laboral de um modo geral, tem caminhado no sentido de aplicar a inversão do ônus da prova, pois tem sido cada vez mais assente a conscientização da hipossuficiência do empregado e a superior posição do empregador, ocorrendo essa desigualdade também quanto à detenção dos meios de prova (documentais e mesmo pessoais (testemunha⁴⁸), como já se afirmou.

Contudo, deverá haver um mínimo razoável para que a inversão ocorra, sob pena de se tornar uma situação injusta para o empregador, conforme disposto no inciso III do art. 333 do CPC que estabelece que a inversão do ônus da prova não ocorrerá quando a prova se tornar excessivamente difícil a uma parte (*probatio diabolica reversa*⁴⁹), o que não coaduna com a Justiça do Trabalho, sendo que noutro sentido, somente deverá ocorrer a inversão do ônus

⁴⁷ O cancelamento da OJ n. 301 da SDI-I do C. TST, que expressamente previa a obrigação do empregador de provar as diferenças de recolhimento do FGTS, causa dubiedade de interpretação, pois pode-se entender que o empregado deverá indicar expressamente o período em que não houve o recolhimento do FGTS, ou pelo princípio tuitivo do Direito do Trabalho, levando em consideração a hipossuficiência do trabalhador frente ao empregador, sendo que este possui maior aptidão para apresentar a prova no processo.

⁴⁸ O documento, o depoimento pessoal são meios prova, conforme visto no capítulo 2. A pessoa ou a coisa, são fonte de prova. As coisas e as pessoas “são as fontes de onde podem ser retirados os elementos de convicção sobre a veracidade dos fatos controversos e relevantes para o julgamento do litígio.” (ALMEIDA, 2012, p. 614).

⁴⁹ Remete o leitor ao item 6.1.

probatório, quando ao empregador for mais fácil a produção de determinada prova ou quando em razão da prova preconstituída ele já possuir determinada prova, respeitadas as cautelas expostas por Manoel Antônio Teixeira Filho, acima e quando a legislação assim permitir.

Além dos pressupostos acima exposto, Márcio Túlio Viana (1998, p. 322), defende que para atender a uma necessidade de sistematização e inversão do ônus da prova, deve haver a incidência do princípio da aptidão para a prova, princípio do *in dubio pro operario*, presunções e máximas de experiência e o princípio da pré constituição da prova.

Na busca pela sistematização da distribuição do ônus probatório, referido autor esclarece que por princípio da aptidão para a prova, deve-se entender que a prova deverá ser produzida pela parte que detém a prova ou tem acesso à mesma, devendo ser a prova ainda, inacessível à parte contrária. (VIANA, 1998, p. 324).

A aplicação do princípio do *in dubio pro operario*, ocorrerá quando, mesmo embora a prova se mostrar insuficiente para o acolhimento da postulação do trabalhador, houver um começo de prova em favor do empregado. (VIANA, 1998, p. 323)⁵⁰.

As presunções e as máximas de experiência indicam que “sempre que as regras de experiência apontarem na mesma direção das alegações do autor-empregado, deve-se inverter o *onus probandi*”. (VIANA, 1998, p. 323).

E por fim, aplicar-se-á o princípio da pré constituição da prova, quanto à prova documental, para os casos de documentos que, conforme estabelecidos na lei, o empregador deve manter em seu poder, como por exemplo, aviso de férias assinado pelo empregado, recibos de pagamentos e outros documentos e, quando da necessidade de se fazer prova nesse sentido, deverá o empregador apresentá-la, vez que encontra-se (ou ao menos deveria) apto à apresentá-la ao processo. (VIANA, 1998, p. 324).

Este autor propugna que, seguindo sua regra de sistematização, deverá haver a incidência dos quatro princípios como pressuposto para a inversão do ônus probatório, sob pena de se ferir os princípios constitucionais já citados.

Assim, dada a peculiaridade do Processo Laboral, onde é assente a hipossuficiência do empregado em matéria probatória, a aplicação da inversão do ônus da prova, à exemplo do CDC e os pressupostos previstos no art. 6º, inciso III do CDC, faz-se necessária à essa Especializada, somando-se a prova preconstituída, sempre com a observância necessária dos princípios constitucionais.

⁵⁰Conforme se afirmou no capítulo 2 do presente estudo, existe divergência quanto à aplicação do *in dubio pro operario*, quando da análise de fatos e provas, e que a autora se posiciona no sentido de não aplicá-lo ao Processo do Trabalho.

5.3.2 A Inversão do Ônus da Prova no Direito do Trabalho Comparado - Áustria, Portugal e França

Quanto à importância do estudo comparado, assim expõe Mauro Capelletti, ao definir o estudo comparado:

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

Ressalta ainda as dificuldades que um estudioso de direito comparado encontra ao longo do caminho, como dificuldade de línguas, culturas e de pesquisa no ordenamento jurídico estrangeiro propriamente dito e conclui sua obra mostrando que é possível realizar tal estudo, apesar das dificuldades encontradas. Socorre ao estudante contemporâneo a atual ideia globalizadora, de acesso facilitado, por meio dos sistemas eletrônicos e aproximação de culturas, podendo desfrutar das facilidades proporcionadas pela tecnologia e demais simplificações encontradas na atualidade.

Vitor Salino de Moura Eça (EÇA, 2012, p. 17), menciona essas ideias atuais de globalização e afirma que “conhecer os sistemas jurídicos estrangeiros sempre fascinou as pessoas dedicadas ao direito. Agora, com o acesso facilitado, é hora do deleite.”

Nesse compasso, cumpre salientar a importância de fazer o estudo comparado, para produzir conhecimento e simplesmente deixar de se reproduzir o que já está sedimentado sobre determinado assunto. Cabe ao estudo científico, também por meio do direito comparado, aprender, compreender e descrever/explicar determinado fenômeno, dando-lhe a devida cientificidade. (EÇA, 2012, p. 17).

Lúcia de Lyra Tavares (TAVARES. 2006) informa que, na maioria das vezes, se faz apenas uma justaposição de dispositivos do direito nacional e do direito do país que se pretende comparar, com remissões ou referências ocasionais a algumas diferenças de destaques entre os países em estudo, sem, contudo, realizar o estudo de direito comparado propriamente dito.

Dessa forma, o ônus da prova, da forma como está inserido no ordenamento jurídico pátrio, em especial na legislação trabalhista, não tem sido suficiente para apresentar respostas aos problemas que lhe são colocados, conforme já visto, o que corrobora com a necessidade

de se estudar a inversão do ônus da prova, enxertando-o do estudo do direito comparado, para produção de soluções e de conhecimento sobre referido assunto.

Dessa forma, pretende-se apontar congruências e divergências para possibilitar um estudo profundo sobre o instituto em análise e a ocorrência de sua inversão nos países a seguir analisados e a possibilidade e/ou viabilidade de aplicação no Brasil.

E já passando ao estudo da inversão do ônus da prova nos diversos sistemas, em específico, tem-se que na Áustria a relação de trabalho preponderante é a relação de emprego (ROCHA, 2012, p. 30), não existindo uma justiça especializada em Direito do Trabalho.

O ônus probatório encontra-se disposto nos artigos 226° (1) e 243°(2) do Código de Processo Austríaco (ZPO) (COMISSÃO EUROPÉIA, 2012), que aduzem que cada parte deve apresentar todos os elementos de fato que justificam seu pedido e fornecer elementos de prova adequados. Mesmo que os fatos do caso permaneçam obscuros - *non liquet* - o Tribunal deve tomar uma decisão, entrando em jogo as regras relativas ao ônus da prova. Cada uma das partes tem o ônus de provar que todas as condições para aplicação das regras que lhe são favoráveis estão cumpridas.

Para esse sistema, não carecem de provas, os fatos admitidos (art. 226° e 267 do ZPO), ou seja, fatos confessados por uma parte, caso em que o Tribunal o aceita como verdadeiro e decide sem qualquer exame suplementar; os fatos notórios, que são de conhecimento geral (art. 269° do ZPO) e os fatos legalmente presumidos (art. 270° do ZPO), sendo que da presunção legal que resulta diretamente da lei inverte o ônus da prova e a parte oponente, deverá provar que, apesar de haver uma base para uma presunção legal, os fatos presumidos ou a situação legal não existem.

Dessa forma, assim como no Brasil, a Áustria admite a existência da prefixação do ônus probatório, mas também possui previsão legal para ocorrência do deslocamento do ônus probatório, conforme previsto no artigo art. 270° do ZPO.

Em Portugal, o autor deve apresentar cópia dos documentos juntamente com a inicial e o réu deve apresentar, com a contestação, os documentos que fundamentam sua pretensão, requerer produção antecipada de prova e apresentar rol de testemunhas, devendo requerer, ainda, quaisquer outras provas que entender pertinente (art. 63, 1 CPT).

Portugal possui como critério geral de distribuição do ônus da prova, a noção de que àquele que invocar um direito cabe fazer a prova, perante o tribunal, dos fatos dos quais o mesmo nasça, sendo que a parte contrária terá que tornar patentes os eventos anormais que afastem ou impeçam a eficácia dos fatores responsáveis pela gênese do direito. Assim, a

demonstração dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos compete àquele contra quem a invocação seja feita.

Caso ocorra dúvida, os fatos serão considerados como constitutivos e, em consequência, a sua prova caberá a quem tiver vindo a tribunal exercer o direito.

A distribuição do ônus probatório encontra-se previsto no artigo 342 do CC , que assim aduz:

Artigo 342.º - (Ônus da prova)

1. Àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado.
2. A prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita.
3. Em caso de dúvida, os factos devem ser considerados como constitutivos do direito. (PORTUGAL, 1999).

Mas a legislação portuguesa também prevê a inversão ônus da prova, em caso de presunção legal, dispensa ou desoneração do cumprimento das referidas regras de produção de prova, ou convenção válida nesse sentido, quando a parte contrária tiver, culposamente, tornado impossível a prova àquele a quem caberia produzi-la, e, de um modo geral, sempre que a lei determinar.

Cumpre destacar que é nulo o acordo que inverta o ônus da prova, quando se trate de direito indisponível ou mesmo quando a inversão tornar excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito, assim como nos incisos II e III, do parágrafo único, do art. 333 do CPC, sendo igualmente nula a convenção que exclua algum meio legal de prova ou admita um meio de prova diverso dos legais

Prevê ainda a inversão do ônus da prova, nos casos de discriminação, conforme exposto no art. 25º, 3 do Código de Trabalho Português:

Cabe a quem alegar a discriminação fundamentá-la, indicando o trabalhador ou trabalhadores em relação aos quais se considera discriminado, incumbindo ao empregador provar que as diferenças de condições de trabalho não assentam em nenhum dos fatores indicados no n.1

n. 1 “fatores de ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, patrimônio genético, capacidade para o trabalho reduzida, deficiência ou doença crônica, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical. (PORTUGAL, 2009) . (Grifo nosso).

Assim, mais uma vez se demonstra a utilização da inversão do ônus da prova, em determinadas situações, como nos casos de discriminação, à exemplo da Súmula 443 do C. TST e conforme apresentado no direito português, deslocando o ônus probatório para o

empregador, retirando assim do empregado (autor) o ônus de provar suas alegações, vez que o empregador está mais apto à produzir referida prova.

Na França, vige a regra geral que incumbe à parte provar conforme a lei os fatos necessários ao sucesso de sua pretensão (art. 9º Novo Código Processo Civil) (FRANÇA, 2012), podendo o Juiz ordenar de ofício todas as medidas de instrução admissíveis (art.10 NCPC), podendo ainda requisitar à parte ou à terceiro, a apresentação de elementos de prova por ele detidos (art.11) ou toda explicação de direito que se estime necessária para a solução do litígio (art. 13) .

Assim, em regra é o Autor quem comunica as peças processuais, exceto dos casos de dispensa por motivo econômico e por falta grave, quando o ônus da prova será então, do empregador. Assim, na França, apesar de haver a existência da distribuição do ônus probatório àquele que alega sua pretensão, em alguns casos, como, por exemplo, nos casos de falta grave e dispensa por motivo econômico, o ônus será deslocado, incumbindo ao empregador provar que não deu causa, ou mesmo impediu que referida situação ocorresse. (BRITO, 2009, p.232)

Dessa forma, constata-se, assim, que tanto na França como nos demais países estudados, assim como no Brasil, a distribuição do ônus da prova segue a regra geral, cabendo a cada uma das partes fazer prova de suas alegações.

No mesmo sentido, observa-se que a inversão do ônus da prova ocorrerá, conforme autorização prevista em lei, bem como em alguns casos, de discriminação, conforme apresentado no direito português com ocorrência também no Brasil, que desloca o ônus probatório para o empregador.

Ou seja, o movimento globalizante, entende que o ônus da prova não pode se restringir à disposição estática da incumbência da prova à parte que alega, cabendo sua inversão de acordo com o caso concreto. Por certo, a inversão do ônus da prova nos diversos países, se dá em razão da hipossuficiência da parte em produzir determinada prova, servindo a hipossuficiência processual de esteio autorizativo da inversão do ônus da prova nos diversos sistemas jurídicos.

6 O DIREITO DO TRABALHO CONCRETIZADO PELA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

No processo laboral, o fato de ser o reclamante, normalmente, quem alega e não detem os meios para provar os fatos constitutivos do seu direito, tem sido alvo de estudos, pois ainda não se encontrou um procedimento capaz de resolver essa questão, vez que necessitaria da aplicação e utilização da boa fé pelas partes. Ou seja, aquele que possui o meio de prova (normalmente o empregador no processo trabalhista), deveria apresentá-lo, mas não o faz.

A inversão do ônus da prova, apesar de poder ser convencionada pelas partes, raramente ocorre, pois o empregador não tem interesse na produção daquela prova, que poderá lhe prejudicar quanto ao êxito da demanda.

A solução de aguardar sempre pelo legislador ou pelo C. TST para a adoção da inversão do ônus da prova, não chega a ser um completo avanço, porque o efeito prático mais abrangente não é realizado no tempo adequado e a inversão pelo juiz requer a presunção, que por ficar mais no subjetivismo do Juiz, nem sempre se apresentará determinante como se espera.

Some-se a esse fato, que a fixação do ônus das partes tem relação com a própria possibilidade de acesso ao direito controvertido (ALMEIDA, 2013, p. 60), conforme exposto no binômio dificuldades probatórias do empregado e maior facilidade e possibilidade probatória do empregador.

Assim é que tem sido cada vez mais utilizada a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, difundida pelo Professor e jurista argentino Jorge W. Peyrano, que rompe com a dogmática até então versada sobre o instituto, para aplicar-lhe ares de contemporaneidade e vir ao encontro da necessidade atual e urgente, sugerindo a Teoria da Distribuição Dinâmica da Carga Probatória que dispõe o ônus da prova de forma diversa da processualística que até então vigorava, para considerar a distribuição da carga probatória conforme o caso concreto, ou seja, considerando o caso concreto em si, a natureza do fato a ser submetido à prova, outorgando, então o ônus de provar à parte que se apresenta em melhores condições para produzi-la.

Trata-se de não mais deixar o ônus probatório engessado como dantes, mas torná-lo dinâmico conforme o caso *in* concreto. Não existe préfixação do ônus por qualquer disposição normativa.

Consiste, assim, em outorgar o ônus da prova à parte que segundo circunstâncias do caso, apresenta melhores condições profissionais, técnicas e ou fáticas para produzir a prova. (ALMEIDA, 2013, p. 61).

Dessa forma, pode-se dizer que à distribuição do ônus da prova tem sido incorporado o adjetivo dinâmica, pelo fato de não vir previamente determinado quem apresentará a prova, mas que, diante do caso concreto, quem deverá apresentar a prova, será aquele que estiver em melhores condições de produzi-la.

Assim, com algumas variações, estudiosos⁵¹ têm difundido referida teoria diante da necessidade de se romper com a retrógrada doutrina sedimentada no art. 818 da CLT e nos dispositivos legais de outros países, conforme será visto.

Cleber Lúcio de Almeida (2013, p. 61) em recente estudo sobre a prova, afirma quanto à distribuição dinâmica do ônus da prova que, sob a concepção dessa doutrina, a “distribuição do ônus da prova deve deixar de se basear na natureza do fato controverso (distribuição estática do ônus da prova), para ser realizada de forma dinâmica, à luz do caso concreto”, ressaltando ainda que nesse caso, “o ônus da prova será atribuído à parte que estiver em melhores condições técnicas, profissionais ou econômicas de produzi-la” constituindo assim, no atendimento de uma exigência da “democracia processual”.

Nesse sentido, interessa observar que a teoria da distribuição dinâmica da carga probatória, somente é possível, dentro do viés democrático de processo, vez que, conforme visto, a moderna concepção de processo, entende a administração da justiça de maneira dialógica e compartilhada das partes. Observe que a obra de Manoel Antônio Teixeira Filho, publicada em 1983 e que muito bem tratou da prova no processo do trabalho, trouxe apenas a possibilidade da inversão do ônus da prova e superficialmente mencionou sobre o *princípio da aptidão para a prova*, referido por Porrás López, como principal elemento supletivo do processo do trabalho, mas de maneira alguma cita especificamente a teoria da distribuição dinâmica, ou delinea seus contornos. Voltando um pouco mais no tempo, Moacyr Amaral Santos, em seu clássico livro “Prova Judiciária no Cível e Comercial” publicado em 1952, sequer faz menção à distribuição dinâmica, ou critérios de aptidão para provar, querendo demonstrar com isso, que a distribuição dinâmica, apesar de já existente na Alemanha, desde o início do século passado, ou mesmo em decisões do Tribunal Supremo da Espanha em tempos mais longínquos teve a sistematização somente mais recentemente na Argentina,

⁵¹O Professor Márcio Túlio Viana defende a necessidade de sistematização da distribuição do ônus probatório.(VIANA, 1998, p. 322) e Prof. Guilherme Feliciano (FELICIANO, 2008, p. 51-63) conclui pela distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho, sobretudo nos casos de lesão à direitos fundamentais.

fazendo-se presente e difundindo-se sobremaneira, na atual concepção de processo presente no Estado Democrático.

Ivana Maria Airasca (2004, tradução nossa).⁵² afirma que a sistematização da teoria da Distribuição Dinâmica das Cargas Probatórias na Argentina, teve como antecedente a jurisprudência nacional que começou a reparar que a aplicação das regras rígidas sobre a distribuição da carga probatória levava em alguns casos, à sentenças injustas que não consideravam as particularidades de cada caso, nem a igualdade real das partes frente ao processo, tendo como precedente mais remoto da doutrina das cargas probatórias dinâmicas, a resolução de um julgado de primeira instância de Direito Civil e Comercial da Quinta Nominación da cidade do Rosário, e que foi confirmada pela Câmara de Apelação em 1978.

Referido caso, discutia sobre um possível erro médico e das conclusões de uma perícia médica em que faltavam elementos essenciais, tais como horas de anestesia, registro gráfico de monitores e os exames complementares de diagnóstico, tendo decidido a Corte que, em razão das deficiências da confecção da história clínica e do desaparecimento de provas não poderia redundar no detrimento processual do paciente, devido sua situação de inferioridade em relação às provas. (WHITE, 2004, tradução nossa).⁵³

E nesse sentido, Jorge Walter Peyrano, sistematizou a doutrina das cargas probatórias dinâmicas na Argentina, ressaltando, contudo que não há no ordenamento jurídico daquele país uma disposição legal expressa sobre referida teoria, justamente pela sua dinamicidade e um possível engessamento desse dinamismo por meio de uma lei que novamente preestabelecesse os encargos probatórios, conforme será exposto.

Expõe Jorge Peyrano que

a chamada doutrina das cargas probatórias dinâmicas pode e deve ser utilizada pelos Tribunais em determinadas situações nos quais não funcionam adequada e

⁵² La jurisprudencia nacional comenzó a reparar en que la aplicación de las reglas rígidas sobre distribución de la carga de la prueba llevaba en algunos supuestos al dictado de sentencias injustas, que no tenían en cuenta las particularidades de cada caso, ni la igualdad real de las partes frente al proceso. (...) el más remoto precedente de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas proviene de una resolución del Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la Quinta Nominación de la ciudad de Rosario, y dicho fallo fue confirmado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Rosario, del año 1978, sobre un caso de mala praxis quirúrgica. (AIRASCA, 2004, p. 134 -135).

⁵³ Para nuestro máximo tribunal fue determinante el hecho de haberse examinado la responsabilidad de los dependientes de la demandada a partir de las conclusiones de una pericia médica a la que se le había imputado *adulteraciones* y que *carecía de elementos esenciales*, tales como las hojas de enfermería y de anestesia, el parte quirúrgico, el registro de monitoreo y los exámenes complementarios de diagnóstico, todos elementos de relevancia para la decisión. Decidió la Corte que le cabía a la demandada la responsabilidad por las deficiencias en la confección de la historia clínica y por la pérdida de los elementos mencionados, y que la desaparición de esas pruebas no podía redundar en detrimento de la paciente debido a la *situación de inferioridad* en que la misma se encontraba al respecto. (WHITE, 2004, p. 72).

valiosamente as previsões legais que repartem os esforços probatórios. A mudança do *onus probandi*, segundo as circunstâncias do caso, pode cair, por exemplo, na cabeça de quem está em melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas para produzi-las, além da posição de ser autor ou réu, ou de tratar-se de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos. (PEYRANO, 2004, tradução nossa).⁵⁴

Ou seja, para a referida teoria, pouco importa a posição da parte no processo, se autor ou réu e a repartição estática prevista na maioria dos códigos, (incluindo o Brasil), da espécie de fatos que prevê a distribuição considerando a prova dos fatos constitutivos ao autor e os impeditivos, modificativos ou extintivos ao réu, mas sim quem está em melhores condições, seja técnica, profissional, econômica ou fática para trazê-la ao processo.

A teoria rompe de vez com a retrógrada disposição sobre o ônus probatório, trazendo a verdadeira igualdade ao processo, como condição de recebimento pelas partes e pela sociedade, de um provimento justo.

Ensina Inés Lépori White (2004, tradução nossa)⁵⁵ que o ônus da prova recairá sobre ambas as partes e em especial sobre aquele que se encontrar em melhores condições de produzi-la, complementando Gaziella Ambrósio (2013, 0.53) que “a verdade deve ser trazida aos autos, ainda que seja pelo demandado, desde que este se encontre em melhores condições de fazê-lo”.

Nesse compasso, a doutrina da distribuição dinâmica do ônus da prova, albergou o princípio da aptidão para a prova, segundo o qual deve-se atribuir o ônus da prova à parte que se apresentar mais apta a produzi-la. Ensina Graziella Ambrosio(2013, p. 93) que “o critério é o da proximidade real e o da facilidade de acesso aos meios de prova”, sendo que “o ônus probatório deve recair sobre a parte que melhor possa contribuir para que a convicção do juiz coincida com a verdade”.

Importa ainda dizer que nessa teoria, o juiz deve valorar, no caso concreto, qual das partes dispõe das melhores condições para suportar o ônus da prova, impondo o encargo de provar os fatos àquela parte que possa produzir a prova com menos inconvenientes, despesas ou delongas, ainda que os fatos - objeto de prova - tenham sido alegados pela parte contrária.

⁵⁴ La llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa un desplazamiento del *onus probandi*, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquél puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fáticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos. (PEYRANO, 2004, p. 19-20).

⁵⁵ Esta teoría sostiene que, más allá del carácter de actor o demandado, en determinados supuestos la carga de la prueba recae sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentra en mejores condiciones para producirla. (WHITE, 2004, p. 60).

Assim, se a parte a quem o juiz impôs o ônus da prova não apresentá-la ou a fizer de forma deficitária, as regras do ônus da prova recairão sobre ela, em razão de não ter cumprido o encargo determinado pelo juiz. (AMBROSIO, 2013, p. 53).

Nesse sentido, a determinação do magistrado em indicar quem suportará o ônus probatório, deverá ser feita analisando qual parte está em posição privilegiada em relação ao material probatório e sendo impossível à outra parte a produção dessa prova.

Noutro espeque, quando a distribuição dinâmica ocorrer em razão de pedido feito por uma das partes, referida parte terá que provar que não tem condições de apresentar a prova, que a parte contrária está em melhores condições de fazê-lo e, como a aplicação da teoria em estudo, pressupõe uma desigualdade de possibilidades probatórias, uma das partes se posicionará com dominante poder de produção probatória frente à outra que, dada sua inferioridade está impossibilitada de produzi-la. (AMBROSIO, 2013, p. 59).

Assim, ensina Alexandre Freitas Câmara (2010, p. 409-410) que a distribuição dinâmica do ônus da prova somente se justifica quando a parte a quem normalmente incumbiria o ônus não tenha as condições mínimas de produzi-la, mostrando-se a distribuição dinâmica como uma forma de equilibrar as forças na relação processual, ressaltando, contudo, referido autor, tratar-se referida doutrina de exceção à regra geral da distribuição do ônus probatório.

Importa destacar que o momento processual adequado para distribuir dinamicamente o ônus da prova e para que a parte onerada não seja surpreendida, será o início da fase instrutória, quando na audiência preliminar, o juiz verificar os pontos controvertidos e indicar os fatos que deverão ser provados. A distribuição dinâmica, no momento da sentença, causaria surpresa à parte, retirando-lhe a oportunidade da produção da prova, tornando-se assim uma punição, o que não é condizente com o ônus da prova, que não pode ser levado à cabo de sanção às partes. E mais, a aplicação da distribuição dinâmica somente na sentença, significaria um “risco para a garantia do devido processo”. (PEYRANO, 2004, tradução nossa).⁵⁶

Conforme já explanado, no caso dos processos trabalhistas, dada à inexistência do despacho saneador e sendo as audiências unas ou fracionadas, o momento processual adequado para a distribuição dinâmica, será logo no início da audiência quando então, o juiz verificará os pontos controvertidos, determinará os fatos que deverão ser provados e fixará qual a parte que terá melhores condições de produzi-la, encerrando a fase inicial do ciclo da

⁵⁶ *Acerca de la infausta sorpresa que puede entrañar la aplicación judicial oficiosa de la doctrina en comentario y de los riegos que ello puede acarrear para la garantía del debido proceso.* (PEYRANO, 2004, p. 88).

distribuição do encargo probatório. O ciclo se completa quando da elaboração da decisão e em caso de ausência de provas. Nesse momento, vale dizer, quando da prolação da sentença, o juiz verificará qual parte deixou de produzir a prova, conforme a distribuição dinâmica, fazendo recair as consequências processuais dessa distribuição dinâmica sobre quem não se desincumbiu do seu encargo, previa e antecipadamente estabelecido.

O autor argentino Jorge Peyrano, sistematizador da teoria da distribuição dinâmica da carga probatória, destaca algumas conclusões acerca dessa teoria.

A primeira delas refere-se ao deslocamento da carga da prova, que é também conhecida como princípio da solidariedade ou colaboração efetiva das partes com o Tribunal na coleta de material para a formação da convicção, demonstrando que as partes constroem conjuntamente o provimento decisório. (PEYRANO, 2004, tradução nossa).⁵⁷

A segunda conclusão é a de que a doutrina da carga dinâmica probatória impõe um distanciamento das normas legais sobre a distribuição da carga probatória, pois o *onus probandi* deverá recair, no caso concreto, sob a parte que estiver em melhores condições profissionais, técnicas, econômicas ou fáticas para produzir a prova. (PEYRANO, 2004, tradução nossa).⁵⁸

A terceira conclusão recomenda o mínimo de regulação legal à teoria, por se tratar de uma teoria que versa sobre o dinamismo de distribuição do ônus probatório. Em se prevendo legislativamente o encargo do ônus, porderá ocorrer seu engessamento novamente. O que não se pretende. Em suma, correr-se-á o risco de ter uma certa “rigidez” decorrente da positivação. O que não coaduna com a presente teoria, dada sua dinamicidade. (PEYRANO, 2004, tradução nossa).⁵⁹

A quarta conclusão flui no sentido de que, em uma análise superficial ou não exauriente, a aplicação da teoria poderia envolver algum risco para a garantia da defesa em juízo, ao constituírem em regras de bom senso relativas à avaliação da prova e comportamento das partes, consagrando a possibilidade do juiz apreciar a conduta processual

⁵⁷ Lá temática del desplazamiento de la carga de la prueba reconoce hoy como capítulo más actual y susceptible de consecuencias prácticas a la denominada doctrina de las cargas probatorias dinámicas, también conocida como principio de solidaridad o de efectiva colaboración de las partes con el órgano jurisdiccional en el acopio del material de convicción. (PEYRANO, 2004, p. 20).

⁵⁸ La misma importa un apartamiento excepcional de las normas legales sobre la distribución de la carga de la prueba, a la que resulta procedente recurrir sólo cuando la aplicación de aquellas arroja consecuencias manifiestamente desvaliosas. (...) entre las referidas nuevas reglas se destaca aquella consistente en hacer recaer el *onus probandi* sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fáticas para producir la prueba respectiva. (PEYRANO), 2004, p. 21).

⁵⁹ Se recomienda la regulación legal del ideario ínsito en la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. Resultaría en cambio, inconveniente su incorporación legislativa a través de disposiciones taxativas, demasiado casuísticas y que puedan interpretarse de manera inflexible, dificultándose así el necesario ajuste de la decisión respectiva de las circunstancias del caso. (PEYRANO, 2004, p. 22).

das partes, devendo, contudo, o juiz fundamentar em qualquer caso o uso prudente e ponderado da doutrina mencionada, afastando qualquer risco. (PEYRANO, 2004, tradução nossa).⁶⁰

Enfatiza, por fim, referido autor, quanto à qualidade da doutrina desenvolvida, reconhecendo que a exceção da regra estática para a dinâmica do ônus da prova se projeta para uma solução certa, com vistas a dar a causas que poderiam receber respostas jurisdicionais inequivocamente inócuas, uma resposta equivocadamente profícua, (PEYRANO, 2004, tradução nossa).⁶¹ vez que a produção da prova concorre para a proximidade da verdade, igualdade e justiça.

Conclui Graziella Ambrosio (2013, p. 54) que essa teoria representa um aperfeiçoamento do sistema clássico (rígido) de distribuição do ônus da prova, voltada aos escopos modernos do direito processual, notadamente a prestação de uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e justa.

A verdade é que a teoria se amolda às necessidades do moderno conceito de processo assente no Estado Democrático e de maneira profícua ao Processo do Trabalho, que procura igualar processualmente as partes, aplicando-lhes a medida da sua desigualdade, sendo que a distribuição dinâmica, ao deslocar o ônus do empregado(autor) para o empregador(réu), concretiza a efetividade do acesso à jurisdição, a garantia da igualdade das partes no processo, culminando assim, na proteção ao hipossuficiente da relação que, como se disse, o Direito do Trabalho escolheu tutelar, concretizando os direitos dispostos e defendidos por esse ramo.

6.1 A Probatio Diabolica Reversa

O art. 333 do CPC, dispõe no inciso III do seu parágrafo único sobre a inversão do ônus da prova, estabelecendo que a inversão do ônus não poderá ocorrer quando a prova se tornar excessivamente difícil a uma parte, de modo que a parte dinamicamente onerada deve ter a possibilidade de produzir a prova, sob pena de tornar-se a distribuição do encargo

⁶⁰Se estima que la invocación judicial oficiosa al momento de sentenciar de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas o de concepciones afines, puede prima facie, entrañar algún riesgo para la garantía de la defensa en juicio. Empero, tal aplicación, quedaría cohonestada, por constituir aquella un corolario de las reglas de la sana crítica en materia de valoración de la prueba; preceptos que pueden y deben meritarse los tribunales. (...) igualmente, la adopción en el futuro de la audiencia preliminar (oportunidad en que se advertirá a ambas partes sobre los especiales esfuerzos probatorios que deberán encarar), eliminaría el riesgo indicado. De todos modos, se insiste en la necesidad de formalizar, en cualquier supuesto, una prudente y meditada utilización de la susodicha doctrina. (PEYRANO, 2004, p. 22-23).

⁶¹Por fin, se vuelve a subrayar la callidad por ahora, al menos de la doctrina “de excepción” que debe reconocerse a la de las “cargas probatorias dinámicas” pensada por y para dar adecuada solución a causas que, de lo contrario, recibirían respuestas jurisdiccionales inequivocamente inócuas. (PEYRANO, 2004, P. 24).

probatório uma verdadeira penalidade.

Por outras palavras, apesar do dispositivo tratar da inversão do ônus, igualmente a distribuição dinâmica deverá ocorrer desde que a parte onerada tenha a possibilidade de produzir determinada prova, pois caso contrário, estar-se-á diante de uma *probatio diabolica reversa*.

Assim, a prova diabólica, pode ser definida como a modalidade de prova impossível ou excessivamente difícil de ser produzida. Tal expressão é utilizada nas situações em que a prova da alegação sobre determinado fato seja extremamente difícil ou impossível de ser produzida e não havendo nenhum meio de prova capaz de permitir e chegar a veracidade do fato alegado.

Ora, se se está diante de uma prova impossível, não poderá a parte que não alegou tal fato carregar o ônus da produção dessa prova, motivo pelo qual se defendeu anteriormente que tanto a inversão quanto a distribuição dinâmica deverão ocorrer, mas dentro de um limite razoável, pois o litigante dinamicamente onerado deve ter a possibilidade e oportunidade de produzir a prova. (AMBROSIO, 2013, p. 61-62).

Nesse contexto, Jorge Peyrano (2004, tradução nossa)⁶² assevera que a parte que foi dinamicamente onerada, por esta aparentar, num primeiro momento, estar em condições de fazê-lo, deverá ser incumbido de produzir a prova. Contudo, se à ela também se apresentar difícil ou mesmo impossível sua produção e vir a sofrer as consequências do ônus, restará violado o princípio da igualdade, pois haverá imposição de ônus que implicará em injustiça, igualmente violando e colocando em risco a garantia do devido processo.

Nesses casos, a parte que alegou e não conseguiu trazer a prova aos autos, sofrerá as consequências do ônus, não tendo seu pedido acolhido.

Assim, bem aduziu o inciso III do parágrafo único do art. 333 do CPC, pois coaduna com a ideia de que o ônus não poderá ser redistribuído se a prova se tornar excessivamente difícil ou mesmo impossível, sob pena de desrespeito ao princípio da igualdade e flagrante risco à garantia do devido processo.

⁶²Puede suceder que quien prima facie está en mejor condición de probar no se encuentre en realidad en tal situación privilegiada. (...) a hora bien, si analizamos la cuestión desde la perspectiva del accionado, aquil desplazamiento del *onus probandi* será aceptable, sólo si, respecto de tales hechos, el demandado se encontrara, a su vez, en reales posibilidades de acreditarlos, pues en caso contrario, cuando las dificultades probatorias afecten tanto al actgor quanto al demandando, la inversión de la carga procesal respectiva no halla justificativo alguno atento a que constituiría, también, un quebrantamiento a los miltinombrados principios fundantes de la distribución del esfuerzo probatorio. (PEYRANO, 2004, p. 96).

6.2 Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Processo do Trabalho no Brasil - Fundamentos e Pressupostos

O Brasil recepcionou a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova e vem paulatinamente difundindo em sua doutrina e jurisprudência, dada a necessidade de produção de prova pela parte que tem melhores condições técnicas, profissionais e econômicas de produzi-la.

Ressalte-se que, no Processo do Trabalho, o autor (empregado) normalmente está em condição de desvantagem ou impossibilidade de produção de determinada prova, enquanto ao réu (empregador) essa produção é demasiadamente fácil e acessível.

Conforme mencionado, a Doutrina da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, acolheu o Princípio da Aptidão para a Prova, sendo que Manoel Antônio Teixeira Filho (1983, p. 87), afirma que o princípio da aptidão para a prova “deve ser eleito como o principal elemento supletivo do processo do trabalho” e que deverá “aflorar sempre que convocado para dirimir eventuais dificuldades em matéria de ônus de prova”.

A utilização da técnica da distribuição dinâmica no Processo do Trabalho decorre da constatação de que o empregador, em razão dos poderes empresariais, como direção e fiscalização, está em melhores condições de produzir provas e nesses casos, mais apto a apresentá-las no processo, surgindo daí o princípio da aptidão para a prova aplicado ao processo laboral em decorrência da maior aptidão (normalmente) do empregador no fornecimento das provas ao Processo.

A Teoria da Carga Dinâmica, já recepcionada pelo direito brasileiro, considerada pelo direito argentino como uma teoria flexibilizadora, rompe com a rígida e engessada doutrina sedimentada nos art. 818 da CLT (MINGUELLI, 2004, p. 49-53) e mesmo com a préfixação disposta na inversão do ônus da prova.

Assim é que no sentido de se demonstrar a incidência da teoria argentina em específico na doutrina trabalhista brasileira, cumpre citar os estudos do Guilherme Guimarães Feliciano (2008, p. 53), que conclui pela prevalência da distribuição dinâmica do ônus da prova no Processo do Trabalho, devidamente e racionalmente demonstrada em decisão fundamentada, sobretudo nos casos de lesão à direitos fundamentais como discriminação no trabalho, atentados ao meio ambiente laboral, violações à privacidade do trabalhador e de assédio moral ou sexual.

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

(FELICIANO, 2008, P. 52).

Defende referido autor (2008, p. 52-61) que, para julgamento de demandas trabalhistas, devem ser consideradas as circunstâncias concretas de cada caso e a natureza dos interesses resistidos, culminando sempre em lesão à direitos fundamentais e aponta que a evolução da distribuição do ônus da prova tem caminhado no sentido de aplicar a Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova em hipóteses como: 1] discriminação no mundo do trabalho, sendo a discriminação considerada conforme disposta na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que expressamente ensina que todos são iguais perante a lei e nesse sentido, somando-se a Convenção 111 da OIT que tem o objetivo de erradicar toda e qualquer exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, etc; 2] atentados ao meio ambiente laboral, vez que é direito de todo empregado gozar de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme insculpido no artigo 225 *caput* da CR/88; 3] violações à privacidade do trabalhador, como violações à intimidade ou a vida privada, por meio de revistas íntimas, monitoração audiovisual nos banheiros e salas de café, 4] assédio moral ou sexual, conforme positivado no artigo 216 do Código Penal, cumprindo ressaltar que referida conduta fere a dignidade humana, causando violação a livre determinação sexual e ao direito à tranquilidade psíquica.

Alega referido autor que a prova do assédio e dos demais casos acima apontados, torna-se excessivamente difícil ao trabalhador, vez que o molestamento ocorre nas dependências do empregador, no domicílio deste, dificultando demasiadamente ao autor apresentar as provas de suas alegações, bem como normalmente as testemunhas hábeis a provar as alegações das partes, normalmente estão sob a pressão do empregador, ou são seus parentes, dificultando ainda mais a apresentação da prova por parte do autor, devendo ser o ônus do empregador comprovar que não há ilegalidade ou abuso nos procedimentos e condutas adotadas, bastando, contudo, que haja um indício de prova⁶³ para que ocorra a distribuição.

No mesmo sentido, defende Renata Schmidt Gasparini (2009, p. 70) que as ações que violem os direitos fundamentais do trabalhador, como discriminação no mundo do trabalho, ações que denunciem atos de assédio sexual e/ou moral e as ações que desrespeitem a intimidade e a vida privada do trabalhador, exigem a distribuição dinâmica e diferenciada no ônus da prova.

⁶³ Entende-se por indício de prova todo o fato, circunstância ou sinal que adquire significação em seu conjunto e conduz o Juiz à certeza sobre um fato desconhecido e relacionado à controvérsia.

Corroborando com o entendimentos acima referenciados, Gabriella Ambrosio (2013, p. 111) em detido estudo sobre a Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, defende a aplicação dessa doutrina nas ações que denunciam dano moral, assédio moral e assédio sexual nas relações de trabalho, bem como nas ações que denunciam discriminações nas relações de trabalho e atentados ao meio ambiente laboral hígido, seguro e ergonômico.

Em síntese, alega referida autora que, em sede de ofensas morais ou pessoais, se mostra extremamente difícil ou mesmo impossível demonstrar o prejuízo experimentado no recôndito do espírito humano, que seja capaz de afirmar sobre a existência, duração e intensidade da dor, cabendo apenas à vítima a comprovação, por qualquer meio admitido em Direito, do fato lesivo, sendo o dano moral presumido de forma absoluta, concluindo-se que não há que se falar em prova do sofrimento da vítima, mas a certeza sobre o fato lesivo. (AMBROSIO, 2013, p. 113-114).

Expõe Graziella Ambrosio (2013, p. 114-116) que, nos casos de assédio moral e sexual, é difícil a prova da prática da ofensa, porque o ofensor age de maneira velada, normalmente em salas fechadas e longe de olhares que serviriam de testemunhas, impossibilitando a produção da prova por parte do autor, de forma que “a doutrina nacional vem aceitando, para os casos de ofensas morais, notadamente por assédio moral ou assédio sexual”, que o magistrado se guie principalmente pelas provas indiretas (presunções e indícios) e pelas máximas de experiência e bem assim, valorizar a palavra da vítima.

Quanto às ações que denunciam discriminações nas relações de trabalho, aduz referida autora, (2013, p. 121) que em razão da dificuldade de produção de prova pelo empregado, vez que a discriminação se dá de maneira dissimulada e disfarçada, também longe das vistas de testemunhas, atribuir o encargo do ônus probatório ao empregado, revela verdadeira injustiça e negativa de acesso ao Poder Judiciário, cabendo ao julgador distribuir o ônus da prova de acordo com a peculiaridade do caso, possibilitando, assim, a efetividade da busca de justiça social no processo laboral.

Relativamente às ações que denunciam atentados ao meio ambiente laboral, hígido, seguro e ergonômico, cumpre destacar que a dinamização do ônus da prova tem amplo respaldo constitucional (art. 7º, XXVIII/CR/88) e mesmo infraconstitucional (art. 4º Lei de Introdução do Código Civil) (BRASIL, 2013y) Ademais, a Distribuição Dinâmica do encargo probatório deverá considerar que no infortúnio laboral, o empregado tem extrema dificuldade ou mesmo impossibilidade de provar a culpa do empregador, que pela não observância e respectivo descumprimento de determinações prescritas sobre medicina e segurança do trabalho, deu causa ao infortúnio. (AMBROSIO, 2013, p. 125-130).

Igualmente, revela-se muito difícil ao empregado, provar a intenção do empregador em violar a privacidade e a intimidade do trabalhador. A distribuição dinâmica do ônus da prova torna-se imperiosa nesses casos, pois ao empregado é excessivamente difícil demonstrar as violações perpetradas à sua vida particular, sendo excessivamente possível e fácil ao empregador demonstrar que tais violações não ocorreram. (AMBROSIO, 2013, p. 134-135).

Há que se considerar que referida teoria, poderá e deverá ser aplicada ainda em casos que não se tratar de ofensa aos direitos fundamentais e nesse sentido, cumpre transcrever, trechos do Acórdão do *I. Desembargador Alexandre de Azevedo Silva*, da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, no caso que especificamente analisava a real duração da jornada

Aposta-se, com relativa margem de êxito, no apego extremado de alguns magistrados aos ônus tradicionais de distribuição da prova, com aplicação cega e mecânica do princípio da livre produção probatória pelas partes, sem levar em consideração a imensa dificuldade da vítima de demonstrar, dentro do processo, a real extensão dos danos que lhe foram causados pela dissimulação oriunda da jornada dita externa não controlada. Mas é preciso deixar claramente assentado que as regras de distribuição de ônus da prova não constituem questão de lógica processual, mas de ética social (MICHELI), onde paralelamente à liberdade de produção caminha a auto-responsabilidade das partes, como manifestação de uma nova cultura do processo judicial caracterizada pela vigência do princípio da solidariedade e o dever de cooperação de todos em busca da verdade e da justa solução do litígio, com um rendimento mais eficiente do serviço judiciário como um todo. Nesse cenário, pertinente é a aplicação daquilo a que a doutrina argentina intitula de “Teoria da Carga Probatória Dinâmica”, lastreada no seguinte axioma: incumbe a prova quem, pelas circunstâncias do caso concreto, detém as melhores condições de produzi-la; essa intenção rompe a visão estática da mera distribuição. Advirta-se, desde já, que a medida não se trata de inversão da prova, mas de justa política judicial de intervir na distribuição da prova, promovendo a igualdade real entre as partes (art. 125, I, do CPC), gizando em cores vivas o princípio da solidariedade entre as partes, e, porque não dizer, os próprios princípios da lealdade e da boa-fé que norteiam a conduta processual dos litigantes, atribuindo faculdade probatória a quem tenha menos transtornos. Essa nova corrente, como tem sufragado a mais moderna e abalizada doutrina, não ignora as regras clássicas ônus da prova, mas cuida de completá-las ou aperfeiçoá-las, flexibilizando sua aplicação nos episódios onde a parte que devia provar segundo a regra tradicional se vê impossibilitado de fazê-lo por motivos absolutamente alheios a sua vontade (INÊS LÉPORI WHITE). O moderno processo do trabalho brasileiro nada deixa a desejar em relação ao pioneirismo teórico dos processualistas argentinos, porque aqui entre nós, há tempos, já vigora o denominado “Princípio da Aptidão para a Prova”(…) (DISTRITO FEDERAL, 2014)

Outrossim, a jurisprudência do C. TST, assim aplica referida teoria:

PRINCÍPIO DA APTIDÃO PARA A PROVA. OMISSÃO DA RECLAMADA EM TRAZER AS PROVAS EM SEU PODER. A inversão do ônus probatório, com apoio no princípio da aptidão para a prova, não está condicionada à existência de

determinação judicial para a exibição de documento e recusa injustificada ao seu cumprimento. **O Princípio da Aptidão informa que se deve atribuir o ônus de fornecer a prova à parte que se apresentar mais apta para produzi-la.** O critério será o da proximidade real e o da facilidade de acesso aos meios de prova. Somente dessa forma a distribuição do ônus da prova se revelará um instrumento condizente com o escopo do processo, que não é a simples composição, mas a justa composição da lide. Por isso, o ônus probatório deve recair sobre a parte que melhor possa contribuir para que a convicção do juiz coincida com a verdade. Esse princípio encontra fundamento na justiça distributiva aliada ao princípio da igualdade, cabendo a cada parte aquilo que normalmente lhe resulta mais fácil. Funda-se também nos princípios da boa fé e lealdade processual que regem a conduta dos litigantes, e lhes impõe o dever de conjugar esforços com o Estado no processo para solucionar o litígio, cooperando e trazendo aos autos as provas que estão em seu poder independentemente de haver ou não determinação judicial expressa nesse sentido. Diante desse entendimento, tem-se que a conduta da Reclamada, que deixou de trazer os cartões de ponto, justifica a inversão do ônus probatório e a presunção de veracidade do horário de trabalho declinado na petição inicial, ainda que não tenha havido determinação judicial expressa para a juntada de qualquer documento, em face do princípio da aptidão para a prova. Embargos de Declaração rejeitados. (BRASIL, 2004).

Evidencia-se assim, que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova tem sido defendida e efetivamente aplicada no Processo do Trabalho, sendo que, apesar de ainda tímida, tende a progressivamente aumentar sua incidência, vez que coaduna com a dinâmica do Processo Laboral, que pretende a justa composição da lide, sendo a distribuição dinâmica do encargo uma perfeita forma de igualar as partes em matéria probatória, buscando a concreção do Direito do Trabalho.

Dessa forma, dada a hipossuficiência (material e processual) do empregado e considerando ainda que ao empregado é extremamente difícil, quando não impossível, produzir determinada prova e ao empregador, essa produção é demasiadamente fácil e acessível, consubstanciando-se assim em verdadeira desigualdade das partes, a distribuição dinâmica do ônus da prova, deverá permear a Especializada Laboral, não somente nos casos de afronta à direitos fundamentais dos trabalhadores, mas sempre que o princípio da aptidão para a prova se mostrar apto a regular determinada demanda, aplicando-se-lhe sempre que necessário e de acordo com o caso concreto, respeitando, contudo, *a probatio diabolica reversa*, o Devido Processo Legal, em específico o contraditório.

O ônus da prova distribuído de maneira adequada e conforme a especificidade do Processo do Trabalho, permite concretizar o fim precípua do Direito do Trabalho, que é preteger o empregado, parte hipossuficiente na relação, pois permite a produção de prova pela parte que está em melhores condições de fazê-lo (normalmente o empregador), jungindo o processo da igualdade (desigualdade) necessária à Especializada Laboral, garantindo assim, a efetividade dos Princípios Constitucionais Processuais, o pleno direito de acesso à jurisdição, consubstanciando-se em verdadeira realização do Estado Democrático de Direito.

6.3 A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Direito do Trabalho Comparado - Espanha, Portugal e Argentina

A Espanha adota o sistema estático da distribuição do ônus probatório, competindo a prova dos fatos à parte que alegar suas pretensões, salvo se uma disposição legal estabelecer critérios especiais.

Contudo, apesar da regra geral, a Espanha não adota a regra como um princípio rígido, mas adapta-se a cada caso, segundo a natureza dos fatos que se afirmam ou se negam e a maior disponibilidade ou facilidade em matéria probatória de que disponha cada uma das partes (ESPANHA, 2013).

Prova disto é que em matéria de direito dos consumidores, o ordenamento jurídico Espanhol entende como cláusula abusiva a imposição do ônus da prova ao consumidor quando este deveria competir à parte contratante (fornecedor).

Destaque-se ainda, no âmbito trabalhista, o disposto no Decreto Real Legislativo da Espanha que prevê em seu art. 96 que nos processos em que das alegações da parte autora, se deduzir a existência de indícios de discriminação, por razão de sexo, corresponderá ao demandado a indicação de uma justificação objetiva e razoável, suficientemente provada, das medidas adotadas e sua proporcionalidade, alterando com isso, a regra estática da distribuição do encargo probatório. (AMBROSIO, 2013, p123)

Ao que se afirmou sobre o Direito Português, quanto à regra de distribuição do ônus da prova, cumpre destacar que o artigo 25, item 5, também é interpretado como possibilidade de incidência da distribuição do ônus probatório, conforme defendido por Graziella Ambrosio (2013, p. 122), complementando que o item 6. do referido dispositivo “complementa a distribuição do encargo probatório em casos de discriminação”.

A jurisprudência trabalhista da Argentina, berço da doutrina da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, alcança a ideia de que “no processo de trabalho, mesmo acompanhado pela ação dinâmica do Tribunal, o ônus da prova é muito mais um risco de não fazer a prova do que um risco de poder provar.” (CTrab. 4º Nom. de Santiago del Estero, 25-2-2000, “Chazarreta, Osvaldo Abel c/Comercial Santigado SRL y/o resp. s/Diferencia de sueldos, etc.” mags. Votantes: Olamdo de Lupica (SD), Pinto de Trad y Ferri) (PEYRANO; WHITE, 2004, tradução nossa)⁶⁴. Ou seja, o direito de apresentar a prova tem sua importância, mas

⁶⁴ En el procedimiento laboral, aun mediando la dinámica actuación del tribunal, la carga de la prueba sigue siendo más que un poder de probar, un riesgo de no hacerlo. (PEYRANO; WHITE, 2004, p. 573).

quando a parte carrega o ônus da prova, ele tem para consigo um risco, um encargo e dele precisa se desincumbir.

Para os casos de assédio sexual, entende os Tribunais argentinos que o ônus da prova é de responsabilidade do empregador que deverá produzir a prova da falta de responsabilidade da conduta do assédio, encontrando os meios capazes de informar suficientemente o juiz acerca das condições de trabalho desenvolvidas pelos seus empregados. (CNCiv., sala M, 5-6-2001, “P.M c/Compañia de Servicios Hoteleros AS”, J.A. 2001-IV-384) PEYRANO; WHITE, 2004, tradução nossa)⁶⁵.

Comprova-se assim que no ramo juslaboral, tem sido unânime a defesa da distribuição dinâmica do ônus probatório, tanto no Brasil, quanto em outros países, nos casos de assédio moral e sexual e discriminação em geral. Ou seja, situações que decorrem de afronta aos direitos fundamentais do trabalhador e que impõem a distribuição dinâmica do ônus da prova, de modo que o empregador deverá provar que tais afrontas não ocorreram, respeitado o caso concreto, mas considerando, sobretudo, que no maior número de vezes em razão da ação, seja discriminatória, seja danosa (moral ou sexual) ou atentatória ao meio ambiente laboral, ocorre sorrateiramente, de maneira velada, em salas fechadas e longe dos olhos de possíveis testemunhas.

Todo o ambiente empresarial propicia a produção da prova pelo empregador para trazê-la ao processo, sendo muitas vezes impossível ao empregado fazê-lo, tornando-se necessária uma maior utilização dos Tribunais Trabalhistas no Brasil, que ainda se mostra tímida, da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova para a necessária e correta aplicação do ônus da prova que, encerra o encargo de provar à quem tem melhores condições e, em caso de não o fazer, sofrer as consequências de não ter se desencarregado, tendo contra si uma decisão desfavorável.

A adequada distribuição do ônus corrobora para a concretização do Direito do Trabalho, vez que considera a hipossuficiência do empregado, trazendo equilíbrio às partes no processo, em matéria probatória e possibilita a proteção ao trabalhador, conforme preconizado no ramo especializado laboral.

⁶⁵ 87. La carga de la prueba del acoso sexual se halla, en principio, a cargo del actor. 88. Incumbe a la empresa empleadora la prueba acabada de su falta de responsabilidad por la conducta acosadora de un dependiente de ella, por encontrarse en mejor posición para informar suficientemente al juez acerca de las condiciones de labor en que se desenvolvían sus empleados. (PEYRANO; WHITE, 2004, p. 575)

7 CONCLUSÃO

O instituto jurídico da prova comporta grande interesse e preocupação pela comunicade jurídica, vez que a prova encerra o principal ponto de discussão e importância para o deslinde da controvérsia estabelecida em determinada demanda.

Ao se ajuizar uma ação, o autor alega os fatos que embasam seu direito, mas precisa escorá-los nas provas das suas alegações. No mesmo sentido, quando o réu é chamado para se defender, o faz embasando na prova do direito, demonstrando que não tem razão o autor. Oportuno citar que não somente as partes poderão produzir provas. O Juiz e terceiros, como Ministério Público, também podem tomar a iniciativa da prova .

Assim é que o processo se desenrola, dentro dos prazos e atos processuais legais, até se chegar o momento em que o Juiz irá prolatar a decisão.

Nesse momento, estando o magistrado diante de provas suficientes para lhe formar o convencimento, sem lançar mão de qualquer subjetivismo, poderá proferir a decisão baseado na verdade trazida aos autos, ressaltando, que quanto maior o acervo probatório, mais próximo da verdade real ele estará.

Ocorre, contudo, que existem demandas em que o Juiz, ao analisar as provas trazidas aos autos, se deparará com a insuficiência delas e nesse momento, utilizará as regras sobre o encargo probatório. Melhor dizendo, o juiz analisará qual das partes deveria ter trazido aos autos determinada prova.

Sob esse aspecto, cumpre esclarecer que a regra clássica do ônus probatório, de que aquele que alega, deve provar é a exata determinação contida no art. 818 da CLT ao aduzir que “a prova das alegações incumbe à parte que as fizer”.

Assim, no Processo do Trabalho, o autor prova os fatos que constituem seu direito e o réu prova a inexistência do direito do autor.

Contudo, a regra disposta no art. 818 da CLT, prestigia a igualdade das partes, inexistente no Processo do Trabalho. Ademais, normalmente o autor é o trabalhador que não possui meios de provar suas alegações dada a sua hipossuficiência em matéria probatória, pois na maioria das vezes o empregador detem os meios de provas, ou está em melhores condições de produzi-los.

Diante da situação estática do art. 818 da CLT, que previamente estabelece o encargo probatório igual para as partes, prestigiando a desigualdade e a injustiça no processo, pois as partes não possuem igualdade de condições, técnicas, financeiras e outras, vê-se que

jurisprudência tem se sensibilizado e caminhado no sentido de flexibilizar a norma estaticamente prevista no referido artigo.

Neste contexto, tem ocorrido a inversão do ônus da prova nos processos laborais, com fundamento na lei, e na jurisprudência, inclusive em súmulas do TST.

Quando ocorre a inversão do ônus da prova, há o deslocamento do encargo probatório para a parte que inicialmente dele estava desonerada, sendo que a inversão foi inserida no ordenamento jurídico pátrio, por meio da edição do Código de Defesa do Consumidor em 1991, pela lei - Lei 8.078, por entender que o consumidor é parte hipossuficiente na relação consumerista, transportando essa hipossuficiência para o processo. Ressalte-se que essa hipossuficiência não é econômica. Ela é probatória, vez que o consumidor não possui conhecimento técnico ou mesmo informação suficiente capaz de possibilitar a produção da prova. Estando ainda, preenchidos os requisitos da verossimilhança da alegação ou declarada a hipossuficiência do consumidor, o ônus será deslocado para a parte que inicialmente dele estava desincumbida, conforme autorizado no art. 6º da referida lei.

Em razão da inversão do ônus da prova na Especializada de Consumo, que pressupõe a hipossuficiência do consumidor, que propiciou a justaposição das partes no processo e contribuiu para a proximidade da verdade ao processo, percebeu-se que a adequada distribuição do ônus da prova, com a ocorrência da inversão do encargo, era medida necessária à outros ramos jurídicos e em especial ao Processo do Trabalho.

Conforme restou evidenciado no presente estudo, o trabalhador sempre sofreu a exploração da sua força de trabalho, sendo que houve um momento em que percebeu-se que deveria protegê-lo sob pena de se esgotar todo o material humano, dada a extrema exploração do ser humano a que o capital havia chegado e lhe impingia.

Assim, a partir da ocorrência do trabalho livre e com a Revolução Industrial, que propiciou a concentração de pessoas e maior concentração de capital, passando a existir uma desumana exploração da mão de obra em defesa do lucro, percebeu-se a necessidade de proteger o trabalhador, por ser parte hipossuficiente na relação empregatícia, nascendo, assim, o Direito do Trabalho, com a função precípua de tutelar o trabalhador.

A história comprovou que o Direito do Trabalho optou por proteger o trabalhador, nascendo daí o Princípio da Proteção, do qual decorrem todos os demais princípios desse ramo, mas que igualmente visam proteger o trabalhador, o que ocorre, nem sempre na mesma medida⁶⁶, até os dias atuais.

⁶⁶ A flexibilização tem permitido mitigar os direitos trabalhistas que conferem proteção ao trabalhador.

Dessa forma, cumpre ressaltar que resta comprovado que o fim precípua do Direito do Trabalho é proteger o trabalhador. E nesse sentido, não só seus princípios são protetivos, como sua legislação, como um todo.

Percebeu-se contudo, que a hipossuficiência do trabalhador não se restringia apenas à esfera do Direito Material, mas igualmente à esfera processual, sendo que a proteção conferida ao trabalhador em âmbito material, deveria se estender ao Processo, o que tem se buscado com alguma efetividade.

E no contexto processual, a inversão do ônus da prova inicialmente assente no Direito do Consumidor passou a ser utilizada pelo Processo do Trabalho, com o permissivo da utilização subsidiária do art. 6º do CDC, conferida pelo art. 769 da CLT.

Assim, a inversão do ônus da prova ocorrerá no Processo do Trabalho, quando houver autorização legal, conforme Súmulas editadas pelo C. TST, bem como quando determinado pelo Juiz, em casos de verossimilhança e hipossuficiência da parte em matéria de prova, ou mesmo por convenção da parte, tendo sido defendido no presente estudo também a inversão do ônus da prova, em se tratando de prova preconstruída, vez que o empregador é obrigado a fazer a guarda de vários documentos ao longo do contrato de trabalho.

Ocorre que, apesar de demonstrar avanço processual ao se inverter o ônus da prova, em alguns casos, esse mecanismo se mostrará ainda insuficiente, podendo, no entanto, ser reforçado com a aplicação da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova.

A citada teoria foi sistematizada pelo argentino Jorge Peyrano, e sinteticamente, quer significar que o ônus probatório não estaticamente fica pré fixado antes da demanda. Somente diante do caso concreto, será incumbido do ônus probatório à parte que estiver em melhores condições e se encontrar apta a produzir a prova.

Referida teoria se adequa ao contexto do Processo do Trabalho, pois na maioria das vezes o empregador está em melhores condições de produzir a prova, seja por questão técnica, econômica ou profissional. Assim, o ônus probatório será deslocado para o empregador, ainda que as alegações não tenham sido feitas por ele, sob pena de sofrer as consequências do encargo probatório.

A doutrina da distribuição da carga dinâmica será aplicada com fulcro no princípio da aptidão para a prova, que a significa que a parte que está em melhores condições de produzir a prova receberá o ônus e sofrerá as consequências, se dele não se desincumbir.

Destaque-se, contudo, que essas condições serão analisadas no caso concreto, sob pena de se incorrer na *prova diabolica reversa*, que significa impor a parte inicialmente desonerada, um encargo impossível.

Nesse sentido, cumpre afirmar que tanto a inversão do ônus da prova, quanto a distribuição dinâmica do ônus se regerão pelo binômio dificuldade/impossibilidade do autor de produzir a prova *versus* facilidade/possibilidade do réu de produzi-la.

Nesse compasso, ao se aplicar a inversão do ônus da prova ou a distribuição dinâmica do encargo probatório no Processo do Trabalho, permite-se a desigualdade processual da exata medida da desigualdade entre as partes e está-se possibilitando concretizar o direito material e alcançar a finalidade primordial do Direito do Trabalho que é proteger o trabalhador.

Outrossim, o conceito atual de Processo, como espaço procedimentalizado, determinado pela participação conjunta das partes na administração da justiça, tem na adequada distribuição do ônus da prova, a possibilidade de efetiva contribuição das partes para a construção desse provimento pelo Juiz, oportunizando a produção de provas, respeitados os Princípios Constitucionais analisados no presente estudo e, sobretudo, possibilitando um efetivo acesso à jurisdição. A ausência de prova ou impossibilidade de sua produção, obstaculariza a efetividade dos Princípios Constitucionais do Devido Processo Legal, Ampla Defesa, Igualdade e o Direito ao Acesso à Justiça.

O ônus da prova distribuído de maneira adequada deslocando adequadamente o encargo probatório à parte que possui melhores condições de produzir determinada prova e, conforme a especificidade do Processo do Trabalho, permite concretizar o fim precípua do Direito do Trabalho, pois permite a produção de prova pela parte que está em melhores condições de fazê-lo, jungindo o processo da igualdade (desigualdade) necessária à Especializada Laboral, garantindo assim, a Proteção necessária ao empregado, parte hipossuficiente, material(economicamente) e processualmente(matéria probatória), aproximando o processo ao máximo da verdade, o que significa decisão mais justa, consubstanciando assim em verdadeira realização do Estado Democrático de Direito.

A presente dissertação buscou demonstrar que o Direito Processual do Trabalho, imagem e semelhança do Direito do Trabalho, ao preocupar-se com a hipossuficiência probatória do empregado, fornece aos operadores do Direito, por intermédio da inversão, assim como da distribuição dinâmica do ônus da prova, importantes instrumentos para a realização de uma maior justiça social dentro do processo democraticamente instituído com base em diversos postulados constitucionais.

REFERÊNCIAS

- AIRASCA, Ivana María. **Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas**. In: Jorge Walter. (Dir). WHITE, Inés Lépori (Coord) Cargas Probatorias Dinámicas. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- ALMEIDA, Cleber Lúcio. **Princípios de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Revista LTr. Fev/2009, vol. 73, n. 02, 169/178p.
- ALMEIDA, Cleber Lúcio de. **Direito Processual do Trabalho**. 4 ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. 1244p.
- _____. **Elementos de Teoria Geral da Prova. A Prova como Direito Humano e Fundamental das Partes do Processo Judicial**. São Paulo: LTr, 2013.
- ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. **Do ônus da prova**. Revista de Processo, São Paulo: ano 18, n. 71, p.46-63, jul./set. 1993.
- ALVIM, J. E.C. **Elementos de teoria geral do processo**, 7. Ed. Rio de Janeiro: Atlas, 1998.
- AMBROSIO, Graziella. **A distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O Juiz e a Prova**. In: Revista de Processo. São Paulo: RT. n. 35, julho-setembro, 1984.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. Rev e ampl. São Paulo: LTr, 2009. 1392p.
- BASTONE, Juliana de Carvalho. **Processo de conhecimento e teoria da prova – implicações lógicas**. In: LEAL, Rosemiro Pereira. Estudos continuados de teoria do processo. Porto Alegre: Síntese, 2.000. v. 1, p.93.
- BENEVIDES, Sara Costa. **Nascimento e renascimento do direito do trabalho: lições da história do movimento de trabalhadores no contexto do capitalismo**. São Paulo: Ltr, 2013. 96p.
- BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. RR - 7364700-22.2003.5.02.0900. Relator: Ministro Rider de Brito. Diário da Justiça, Brasília, 12 março 2004.
- BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-Lei nº 5.42, de 1ª de maio de 1943 *In*: ANGHER, Anne Joyce.(Org.). *Vade Mecum acadêmico de direito*. São Paulo: Rideel, 2013(Coleção de leis rideel)a.
- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil*.*In*: ANGHER, Anne Joyce.(Org.). *Vade Mecum acadêmico de direito*. São Paulo: Rideel, 2013 (Coleção de leis rideel)b.

_____. Lei de Introdução ao Código Civil. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. *In: ANGHER, Anne Joyce.(Org.). Vade Mecum acadêmico de direito. São Paulo: Rideel, 2013(Coleção de leis rideel)c.*

_____. Lei 8112, de 11 de dezembro de 1990. *In: ANGHER, Anne Joyce.(Org.). Vade Mecum acadêmico de direito. São Paulo: Rideel, 2013(Coleção de leis rideel)d.*

_____. Lei 8213, de 12 de dezembro de 1991. *In: ANGHER, Anne Joyce.(Org.). Vade Mecum acadêmico de direito. São Paulo: Rideel, 2013(Coleção de leis rideel)e.*

_____. Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989. *In: ANGHER, Anne Joyce.(Org.). Vade Mecum acadêmico de direito. São Paulo: Rideel, 2013(Coleção de leis rideel)f.*

_____. Lei 7.064, de 06 de dezembro de 1982. *In: ANGHER, Anne Joyce.(Org.). Vade Mecum acadêmico de direito. São Paulo: Rideel, 2013(Coleção de leis rideel)g.*

_____, Súmula 277 TST. *In: ANGHER, Anne Joyce.(Org.). Vade Mecum acadêmico de direito. São Paulo: Rideel, 2013(Coleção de leis rideel)h.*

_____, Emenda Constitucional nº.: 45, de 8 de dezembro de 2004. *In: ANGHER, Anne Joyce.(Org.). Vade Mecum acadêmico de direito. São Paulo: Rideel, 2013(Coleção de leis rideel)i*

_____. Lei 1.060 de 5 de fevereiro de 1950. *In: ANGHER, Anne Joyce.(Org.). Vade Mecum acadêmico de direito. São Paulo: Rideel, 2013(Coleção de leis rideel)j.*

_____. Lei 10.537 de 27 de agosto de 2002. *In: ANGHER, Anne Joyce.(Org.). Vade Mecum acadêmico de direito. São Paulo: Rideel, 2013(Coleção de leis rideel)k.*

_____. Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995 *In: ANGHER, Anne Joyce.(Org.). Vade Mecum acadêmico de direito. São Paulo: Rideel, 2013(Coleção de leis rideel)l.*

_____. Lei 9.957, de 12 de janeiro de 2000. *In: ANGHER, Anne Joyce.(Org.). Vade Mecum acadêmico de direito. São Paulo: Rideel, 2013(Coleção de leis rideel)m.*

_____. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor *In: ANGHER, Anne Joyce.(Org.). Vade Mecum acadêmico de direito. São Paulo: Rideel, 2013(Coleção de leis rideel)n.*

_____. Código de Processo Civil, Lei nº.5869 de 11 de Janeiro de 1973 *In: ANGHER, Anne Joyce.(Org.). Vade Mecum acadêmico de direito. São Paulo: Rideel, 2013(Coleção de leis rideel)o.*

_____. Atos das Disposições Constitucionais Transitórias. *In: ANGHER, Anne Joyce.(Org.). Vade Mecum acadêmico de direito. São Paulo: Rideel, 2013(Coleção de leis rideel)p.*

_____, Súmula 212 TST. *In: ANGHER, Anne Joyce.(Org.). Vade Mecum acadêmico de direito. São Paulo: Rideel, 2013(Coleção de leis rideel)q.*

_____, Súmula 338 TST. *In: ANGHER, Anne Joyce.(Org.). Vade Mecum acadêmico de direito. São Paulo: Rideel, 2013(Coleção de leis rideel)r.*

_____, Súmula 443 TST. *In: ANGHER, Anne Joyce.(Org.). Vade Mecum acadêmico de direito. São Paulo: Rideel, 2013(Coleção de leis rideel)s.*

_____, OJ n. 215 da SDI-I *In: ANGHER, Anne Joyce.(Org.). Vade Mecum acadêmico de direito. São Paulo: Rideel, 2013(Coleção de leis rideel)t.*

_____, Lei 12.551, de 15 de dezembro de 2011. *In: ANGHER, Anne Joyce.(Org.). Vade Mecum acadêmico de direito. São Paulo: Rideel, 2013(Coleção de leis rideel)u.*

_____, Lei 12.619, de 30 de abril de 2012. *In: ANGHER, Anne Joyce.(Org.). Vade Mecum acadêmico de direito. São Paulo: Rideel, 2013(Coleção de leis rideel)v.*

_____, Súmula 428 do C. TST *In: ANGHER, Anne Joyce.(Org.). Vade Mecum acadêmico de direito. São Paulo: Rideel, 2013(Coleção de leis rideel)w.*

_____, Lei 7.414, de 9 de dezembro de 1985. *In: ANGHER, Anne Joyce.(Org.). Vade Mecum acadêmico de direito. São Paulo: Rideel, 2013(Coleção de leis rideel)x.*

_____, Lei de Introdução ao Código Civil Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. *In: ANGHER, Anne Joyce.(Org.). Vade Mecum acadêmico de direito. São Paulo: Rideel, 2013(Coleção de leis rideel)x.*

BRASILIA, Supremo Tribunal Federal. HC68929-9. Relator: Ministro Celso de Melo. Diário da Justiça, Brasília, 28 agosto 1992.

BRITO, Tarcisio Corrêa. **França**, *In: EÇA, Vitor Salino de Moura; FILHO, Manuel Carlos Toledo (Org.). Direito Processual do Trabalho Comparado. São Paulo: LTR, 2009, p. 197-295.*

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 20.ed. Eio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CÂMARA, 2009. Projeto de Lei nº. De 2009. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/632429.pdf>> Acesso em 05.05.2013.

CANTELLI, Paula Oliveira. O negro e as ações afirmativas: a discriminação que inclui. 312-325p. *In: RENAULT. Luiz Otávio Linhares. VIANA, Márcio Túlio. CANTELLI, Paula Oliveira. (Coord.) Discriminação. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2010.*

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfeet. Porto Alegre. Fabris, 1988.

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

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di diritto processuale civile**. Padova: Cedam, 1936, vol.1.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. Tradução Adrián Sotero De Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000. 613p.

CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Traduzido por Lisa Pari Scarpa. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

CARVALHO, Augusto César Leite de. ARRUDA, Kátia Magalhães. DELGADO, Maurício Godinho. **A súmula n. 277 e a defesa da constituição**. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/28036/2012_sumula_277_aclc_kma_mgd.pdf?sequence=1>. Acesso em 01 de junho de 2013.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3. ed. Erv. Atualizada e aum. São Paulo: Saraiva, 1982.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008.

CHAVES JUNIOR, José Eduardo.(Coord) **Comentários à Lei do Processo Eletrônico** São Paulo: LTr, 2010.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrine. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

COMISSÃO EUROPÉIA. Obtenção e apresentação de provas - Áustria. Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/evidence/evidence_aus_pt.htm#I> Extraído 28/03/2012.

COSTA, Coqueijo. **Princípio de Direito Processual do Trabalho**. LTr: São Paulo, 1976.

COSTA, Coqueijo. **Direito Processual do Trabalho**. Rio de Janeiro: Ed. Forrense, 1996.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. Trad. Rubens Gomes de Sousa. São Paulo:Saravia, 1946, p. 194.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 31. Ed. são Paulo: Saraiva, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. **Direito do Trabalho e Modernização Jurídica**. 1. ed. Brasília: Consulex, 1992.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.1403.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. **Compendio de la prueba judicial**. 1 ed. 1ª reimp. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. RO 01062-2013-101-10-00-1. Relator: Desembargador: Alexandre de Azevedo Silva. DJET 22 janeiro 2014.

EÇA, Vitor Salino Moura. **Substituição Processual Sindical no Processo do Trabalho**. In: MONTESSO, Cláudio José; FREITAS, Marco Antônio; Stern, Maria de Fátima Coelho Borges, (Coord), Direitos Sociais na Constituição de 1988. Uma análise crítica vinte anos depois. São Paulo: LTR Editora Ltda. 2008.

EÇA. Vitor Salino de Moura. MAGALHÃES. Aline Carneiro. (Coord.) **Atuação Principiológica no Processo do Trabalho. Estudo em Homenagem ao Professor Carlos Henrique Bezerra Leite**. Belo Horizonte: RTM. 2012. 358p.

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

EÇA. Vitor Salino de Moura. MAGALHÃES, Aline Carneiro. **O que há de novo no Direito Material e Processual do Trabalho Comparado**. In: O que há de novo em direito do trabalho. VIANA, Marcio Tulio (coord). 2. ed. São Paulo: LTr, 2012.

ESPAÑA. Obtenção e apresentação de provas - Espanha. Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/evidence/evidence_spa_pt.htm>. Extraído em 06.04.2013.

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

FERREIRA, Ricardo Santos. Direito material e direito processual: a problemática advinda da incompreensão do binômio. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/9283/direito-material-e-direito-processual/2>. Acesso em: 07 jul. 2013.

FRANÇA, 2012, Disponível em <<http://www.legifrance.gouv.fr/>>. Extraído em 06.04.2012

GASPARINI, Renata Schimidt. **O ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais no processo do trabalho**. Revista IOB Trabalhista e Previdenciária, Porto Alegre , v.21, n.244 , p.69-83, out. 2009.

GÊNESIS. In: A Bíblia: Brasília: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro. Aide 1992.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2003. 240p.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa, CALDAS, Sielen Barreto. Existem perspectivas para uma proteção diferenciada ao trabalhador no século XXI? 425-447p. In: SENA, Adriana Goulart de, DELGADO, Gabriela Neves. NUNES, Raquel Portugal. (Coord.) **Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2010.

JERING, Rudolf Von. **A Luta Pelo Direito**. São Paulo: Martin Claret, 2000, 94p.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2002.

_____. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. 8. ed. rev. Atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra . **Curso de direito processual do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2010. 1310p.

MACAU: Lei n. Lei n. 07 de 2008. Disponível em:
<<http://bo.io.gov.mo/bo/i/2008/33/lei07.asp>>. Acesso em: 15 out. 2013.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição: uma inserção no estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2012, 229p.

MAGALHÃES, Giselle Silami de. **OJ n. 215 da SDI-I do TST (Cancelamento) o ônus da Proca quanto às Condições para recebimento do Vale-transporte**. In: O que há de novo em direito do trabalho. VIANA, Marcio Tulio (coord). 2. ed. São Paulo: LTr, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre , v.3, n.13 , p.60-73, jul. 2006.

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

MATTOS, Kathia. Mudança de Mentalidade. Disponível em
<<http://joacamposonline.wordpress.com/2010/02/15/mudanca-de-mentalidade/>>. Acesso em 06.05.2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Elementos de direito administrativo. 3. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região . RO00209-2009-073-03-00-5. Relator: Juiz Vitor Salino de Moura Eça. DJET, Minas Gerais, 07 junho 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 01188-2012-015-10-00-0. Relator: Desembargador Pedro Luis Vicentin Foltran. DJET, Minas Gerais, 13 setembro 2013a.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 000754-28.2013.5.03.0017. Relator: Ana Maria Amorim Rebouças. DJET, Minas Gerais, 19 dezembro 2013b.

_____. Tribunal do Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 02303-2012-026-03-00-5. Relator: Paulo Roberto Sifuentes Costa. DJE, Minas Gerais, 19 dezembro 2013c.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 000387-05.2013.5.05.0146. Relator João Bosco de Barcelos Coura. DJE, Minas Gerais, 02 fevereiro 2013d.

_____, Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 0000704-86.2011.5.03.0044. Relatora: Taisa Maria M de Lima. DJE, Minas Gerais, 28 outubro 2013e.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 01870-2012-037-03-00-8. Relatora: Convocada Maria Raquel Ferraz Zagari Valentim. DJET, Minas Gerais, 03 outubro 2013f.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região .AIRO 02205-2012-041-03-00-0. Relator: Convocado Jose Marlon de Freitas. DJET, Minas Gerais, 19 abril 2013g.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 00392-2013-096-03-00-7. Relator Juiz Emerson Jose Alves Lage. DJET, Minas Gerais, 05 fevereiro 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região .RO 00392-2013-096-03-00-7. Relator: Convocado Emerson Jose Alves Lage. DJET, Minas Gerais, 05 fevereiro 2014.

MINGHELLI, Thaís Domênica. **Rompendo com a prévia e abstrata distribuição do ônus da prova: uma abordagem acerca da Teoria da Carga Dinâmica.** Revista Estudos Jurídicos, V. 37, n.100 p. 27-55 - maio/ago 2004.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Tomo IV (arts. 282 - 443) Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MONTESSO, Cláudio José. FREITAS, Marco Antonio de. STERN, Maria de Fátima Coêlho Borges. A constituição de 5 de outubro de 1988. 7-12p. *In:* MONTESSO, Cláudio José. FREITAS, Marco Antonio de. STERN, Maria de Fátima Coêlho Borges. (Coord.) **Direitos Sociais na Constituição de 1988 . Uma análise crítica vinte anos depois.** Sao Paulo. Ltr, 2008. 471p.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 23. ed. São Paulo: Atlas. 2008. 900p.

MTE. Ministério do Trabalho e Emprego. Portaria n. 1510 de 2009. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A350AC8820135685CC74E1DCE/Portaria%201510%202009%20consolidada.pdf>>. Acesso em: 26.01.2013.

NACIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho.** 17 ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997. 668p.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** 8. Ed. Rev., ampl. e atual. Com novas súmulas do STFe com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2004.

NEVES. Daniel Amorim Assumpção. **O Princípio da Comunhão da Prova,** *In:* Revista Dialética de Direito Processual (RDPP), vol. 31/19-33, 2005.

NEVES, Débora Maria Ribeiro. **Trabalho Escravo e Aliciamento.** São Paulo: LTr. 2012. 198 p.

NUNES, Ana Flávia Paulinelli Rodrigues. PEREIRA, Cintia Batista. **Princípios da Publicidade dos atos processuais, inafastabilidade do controle jurisdicional, juiz natural, promotor natural e proibição da prova ilícita.** In: EÇA. Vitor Salino de Moura. MAGALHÃES. Aline Carneiro. (Coord.) Atuação Principiológica no Processo do Trabalho. Estudo em Homenagem ao Professor Carlos Henrique Bezerra Leite. Belo Horizonte: RTM. 2012. 358p.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. **A Especificidade do Ônus da Prova no Processo do Trabalho.** 2. ed. São Paulo: LTR, 2010. 172p.

PEREIRA, Cintia Batista. SALES, Ana Flavia. LEITE, Daniel Secches Silva. COSTA, Fabrício Veiga. NUNES, Renata, Cristina Vilela. **Meios de Prova no Código de Processo Civil e no Direito Atual.** In: Comentários Críticos à exposição de motivos do CPC de 1973 e os motivos para elaboração de um novo CPC. LEAL, Rosemiro Pereira; Almeida, Andréa Alves (Coord.) Franca: Lemos e Cruz, 2010.

PEYRANO, Jorge W. **La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema.** Revista de Processo, São Paulo, v.35, n.185, p. 10-116, jul. 2010.

_____. **Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinâmicas.** In: Jorge Walter. (Dir). WHITE, Inés Lépori (Coord) Cargas Probatorias Dinâmicas. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.

_____. **La doctrina de las cargas probatorias dinâmicas y la máquina de impedir em matéria jurídica.** In: Jorge Walter. (Dir). WHITE, Inés Lépori (Coord) Cargas Probatorias Dinâmicas. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.

PEYRANO, Jorge W. WHITE, Inés Lépori. **Jurisprudência agrupada.** In: Jorge Walter. (Dir). WHITE, Inés Lépori (Coord) Cargas Probatorias Dinâmicas. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho.** / Américo Plá Rodriguez; tradução de Wagner D. Giglio - 3ª ed. Atual. - São Paulo: LTR. 2000. 453p.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo,** 3ª. ed., Campinas: Livraria do Advogado, 1999.

PORTUGAL, 1999 , Códigos e Legislação Actualizada - Código Civil e Legislação Complementar Disponível em: < http://bdjur.almedina.net/citem.php?field=item_id&value=970773>. Extraído em 07/04/2012

PORTUGAL 2009. Lei Lei n.º 7/2009 de 12 de Fevereiro. Aprova a revisão do Código do Trabalho Disponível em <<http://www.hsph.harvard.edu/population/aids/portugal.labor.09.pdf>>. Extraído em 07.04.2012.

CÂMARA, 2009. Projeto de Lei n.º. De 2009. Disponpivel em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/632429.pdf>> Acesso em 05.05.2013.

REALE, Miguel. **Aplicações da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares. **Prefácio** aos Comentários à Lei do Processo Eletrônico. In: CHAVES JUNIOR, José Eduardo. (Coord) Comentários à Lei do Processo Eletrônico. São Paulo: LTr, 2010

RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Parassubordinação: para quê? 33-39p. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares. CANTELLI, Paula Oliveira. PORTO, Lorena Vasconcelos; NIGRI, Fernanda. **Parassubordinação: em homenagem ao Professor Marcio Tulio Viana**. São Paulo: Ltr, 2011. 280p.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Tendências modernas da prova**. In: Ajuris – Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. vol. 65, ano XXII – Porto Alegre novembro de 1995, p. 324/349.

ROCHA, Claudio Jannotti. **Sistema Processual do trabalho na Áustria**, In EÇA, Vitor Salino de Moura. Direito Processual do Trabalho Globalizado. São Paulo: LTR, 2012, p. 27-34.

ROTHENBURG. Walter Claudius, **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999. 83p.

RUI, Portanova. **Princípios do Processo Civil**. 3 ed. Campinas: Livraria do Advogado. 1997.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no Cível e Comercial**. vol. I, 2ª edição correta e atualizada, São Paulo: Max Limonad, 1952.

SANTOS. Roberto A. Oliveira. **Uma contribuição sociológica à renovação da teoria jurídica da greve**. In: Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho, ano 1, n.1, São Paulo: LTr, 1993.

SENA, Adriana Goulart de. Resolução de conflitos e acesso à justiça: efetividade material e judicial. 143-174p. In: SENA, Adriana Goulart de. DELGADO, Gabirela Neves. NUNES, Raquel Portugal. **Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2010. 536p.

SHIAVI, Mauro, **Manual de direito processual do trabalho**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar, **Introdução ao estudo da Prova**, Rio de Janeiro: Revista Forense. 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 22ª Ed. Ver., atual. nos termos da Reforma Constitucional(até a Emenda Constitucional n. 39, de 19.12.2002). São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2003. 878p.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1999. 231P.

SOUZA. Déborah Barreto de. Defesa e Proteção ao Consumidor. Fundamentos, evolução e natureza jurídica. Publicado em 01/09/2010 | Nº 80 - Ano XIII - SETEMBRO/2010 - ISSN -

1518-0360. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8077. Acesso em 28.04.2013.

SUA PESQUISA: Terceira Revolução Industrial: A Terceira Revolução Industrial, avanços tecnológicos, invenções, história, resumo, tecnologia. Disponível em: <http://www.suapesquisa.com/industrial/terceira_revolucao.htm>. Acesso em: 23 out. 2013.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho** - 2ª ed. rev. e atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 664p.

SUSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio. VIANNA, Segadas, FILHO, João de Lima Teixeira. **Instituições de direito do trabalho**. 22ª ed. Vol.I. Atualizada por Arnaldo Sussekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2005.

TARUFFO, Michele. **La Prueba**. Traducción de Laura Manríquez Y Jordi Ferrer Beltrán. Madri: Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales SA. 2008.

TARUFFO, Michele. **Simplymente la Verdad. El Juez y la construcción de los hechos**. Traducción de Daniela Accatino Sacagliotti. Madri: Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales SA. 2010.

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

TEIXEIRA FILHO, MANOEL ANTÔNIO. **A prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 1983.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. **O Juiz ativo e os direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Aspectos relevantes da prova no processo civil**. In: Revista de Julgados do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, vol. 11, 1.980, Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda., p. 16

TSE 2013. Consulta popular por referendo completa 50 anos no Brasil. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/noticias-tse/2013/Janeiro/consulta-popular-por-referendo-completa-50-anos-no-brasil>>. Acesso em 04 dez. 2013.

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

VIANA, Márcio Túlio. **Direito do trabalho e flexibilização**. In: BARROS, Alice Monteiro de (Coord.) **Curso de direito do trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá**. São Paulo: LTr, 1993. 2v

VIANA, Márcio Túlio. **Aspectos gerais sobre a prova no processo do trabalho**. In BARROS, Alice Monteiro. (Coord.) **Compêndio de direito processual do trabalho**. p.312/325 São Paulo: LTR. 2001.

VIANA, Márcio Túlio. **Da greve ao boicote: os vários significados e as novas possibilidades das lutas operárias**. Belo Horizonte: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. V.49, n.79, p.101-121, jan/jun.2009.

VIANA, Márcio Túlio. **70 anos de CLT: uma história de trabalhadores**. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, 2013.

VILELA, Fábio Renato. **Subjetivismo e Subjetividade, Ensaio Filosófico**. Recanto das Letras. Disponível em <http://www.recantodasletras.com.br/ensaios/2318195>. Acesso em 10.06.2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Um novo Código de Processo Civil. Disponível em <http://m.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/426398/>. Acesso em 06.05.2012.

WHITE, Inés Lépori. **Cargas probatórias dinâmicas**. In: Jorge Walter. (Dir). WHITE, Inés Lépori (Coord) **Cargas Probatorias Dinámicas**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.