

## A PROVA DA JORNADA DO TRABALHADOR DOMÉSTICO À LUZ DA EC 72/13

Mauro Schiavi<sup>1</sup>

A Emenda Constitucional 72/13 estendeu diversos direitos ao trabalhador doméstico, dentre os quais o regime de limitação de jornada disciplinado no artigo 7º, XIII, da CF. Diante disso, são frequentes as discussões sobre a prova da jornada, bem como a quem cabe o ônus em eventual demanda trabalhista, se ao empregado, ou ao empregador doméstico.

Doméstico vem de *domus* que significa lar. Por isso, o empregado doméstico é trabalhador que presta serviços de forma pessoal, contínua, subordinada e remunerada para o âmbito residencial do empregador, sem finalidade lucrativa.

Dispõe o artigo 1º da Lei 5859/72:

Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas, aplica-se o disposto nesta lei.

Conforme a definição do referido dispositivo legal, o trabalho doméstico não tem fim lucrativo e é realizado no âmbito residencial do empregador, preponderantemente, na residência do empregador. Dificilmente, empregados e empregadores domésticos conseguem produzir provas contundentes em juízo. Os documentos que retratam pagamentos são elaborados sem formalidades e, dificilmente, as partes possuem testemunhas em juízo em razão do ambiente em que o trabalho é realizado.

A prova é um dos institutos mais fascinantes e importantes da ciência processual, pois é por meio dela que as alegações são demonstradas para formação do convencimento do órgão julgador. Por isso, não é exagero se afirmar que o sucesso da demanda depende da qualidade da prova que se produz no processo. *Carnelutti*, com sabedoria, afirmou que as provas são o *coração do processo*.

As provas são os instrumentos admitidos pelo Direito como idôneos, a demonstrar um fato ou um acontecimento, ou, excepcionalmente,  
.....

<sup>1</sup> Mauro Schiavi é Juiz Titular da 19ª VT de São Paulo. Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP. Professor Universitário. Autor, dentre outros 16, de *Provas no Processo do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2014.

o direito que interessa à parte no processo, destinados à formação da convicção do órgão julgador da demanda.

Nem o Código de Processo Civil, tampouco a CLT definem o conceito de prova. Entretanto, o art. 332 do CPC menciona quais meios são destinados à prova das alegações em juízo. Assevera o referido dispositivo legal:

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 defesa.

Desse modo, além dos meios legais de prova elencados no Código de Processo Civil, há a admissão de qualquer meio moralmente legítimo de prova, vale dizer: o meio probatório que não atente contra a moral e os bons costumes. Com isso, nota-se a amplitude probatória que consagra o Código de Processo Civil, a fim de facilitar o acesso do cidadão à justiça e a possibilidade de demonstrar a veracidade de suas alegações em juízo.

Não há, na Lei do Doméstico, disposição sobre a prova da jornada. Desse modo, pensamos que a primeira solução é aplicar a Consolidação das Leis do Trabalho.

Dispõe o artigo 74 da CLT:

O horário do trabalho constará de quadro organizado conforme modelo expedido pelo Ministro do Trabalho, e afixado em lugar bem visível. Esse quadro será discriminativo no caso de não ser o horário único para todos os empregados de uma mesma seção ou turma. § 1º O horário de trabalho será anotado em registro de empregados com a indicação de acordos ou contratos coletivos porventura celebrados. § 2º Para os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso. (Redação dada pela Lei nº 7.855/89 – DOU 25.10.89.) § 3º Se o trabalho for executado fora do estabelecimento, o horário dos empregados constará, explicitamente, de ficha ou papeleta em seu poder, sem prejuízo do que dispõe o § 1º deste artigo.

Conforme o referido dispositivo, a prova da jornada é do empregador e documental caso ele tenha mais de dez empregados. A não juntada dos cartões faz presumir a jornada declinada pelo empregado na petição inicial.

De outro lado, os controles de ponto devem refletir a realidade; a jurisprudência uniformizada do TST não tem admitido controles britânicos ou invariáveis, uma vez que não presumido, segundo as máximas de experiência, que o empregado anote os cartões de ponto todos os dias no mesmo horário.

Neste sentido, dispõe a Súmula nº 338 do C. TST, *in verbis*:

JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. 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 trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário;  
II – A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário;  
III – Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir. (Res. nº 129/2005 – DJ 22.4.2005).

Se o empregador não tiver mais de dez empregados, não se exige a documentação da jornada, podendo esta ser comprovada por qualquer meio admitido em direito, principalmente a prova oral.

Na realidade brasileira, dificilmente o empregador doméstico detém mais de dez empregados. A regra de deter apenas um. Desse modo, utilizando-se as balizas da CLT, o empregador doméstico que detém menos de 10 empregados não precisa documentar a jornada. Entretanto, nada impede de fazê-lo. Caso pretenda documentar a jornada, o empregador doméstico que possua apenas um empregado poderá instituir um livro de ponto e utilizá-lo para comprovar a jornada de trabalho.

Uma questão, entretanto, se mostra ainda bastante polêmica na doutrina e jurisprudência: a quem incumbe o ônus da prova da jornada de trabalho do doméstico em eventual demanda judicial trabalhis-

ta nos casos em que o empregador doméstico possua menos de 10 empregados?

Não há, na doutrina, uniformidade sobre a definição de ônus da prova. Para alguns, se trata de uma obrigação processual. Já outros defendem que é um encargo da parte de demonstrar os fatos que alega em juízo.

O ônus da prova, na verdade, é um dever processual que incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito, e ao réu quanto aos fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor, que, uma vez não realizado, gera uma situação desfavorável à parte que detinha o ônus e favorável à parte contrária, na obtenção da pretensão posta em juízo.

A Consolidação das Leis do Trabalho disciplina a regra de distribuição estática do ônus no art. 818, que tem a seguinte redação:

A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.

Não há uniformidade de interpretação do ônus da prova no processo do trabalho. A CLT, como já dito, apenas menciona que o ônus da prova incumbe à parte que a fizer.

Vários intérpretes se esforçaram para excluir o real alcance do art. 818 da CLT, mas não se chegou a um consenso de quem seria a carga probatória no processo à luz da CLT. Inegavelmente, existem alguns critérios: a) o ônus da prova no processo do trabalho é do reclamado, pois ele tem melhores condições de produzir a prova no processo; b) o ônus da prova é do reclamante, pois o autor tem a obrigatoriedade de demonstrar em juízo os fatos da inicial; c) tanto o reclamante como o empregador devem provar os fatos alegados tanto na inicial como na defesa; d) o reclamante deve provar os fatos constitutivos do seu direito, e o reclamado os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor.

Para nós, o referido art. 818 da CLT, não é completo, e por si só é de difícil interpretação e também aplicabilidade prática, pois como cada parte tem que comprovar o que alegou, ambas as partes têm o encargo probatório de todos os fatos que declinaram, tanto na inicial, como na contestação. Além disso, o art. 818 consolidado não resolve situações de inexistência de prova no processo, ou de conflito entre as provas produzidas pelas partes. O juiz da atualidade, diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF), não pode se furtar a julgar, alegando falta de prova nos autos, ou impossibilidade de saber qual foi a melhor prova. Por isso, a aplicação da regra de ônus da

prova como fundamento de decisão é uma necessidade do processo contemporâneo.

Embora alguns autores defendam que o art. 818 da CLT baste por si mesmo no processo do trabalho, pensamos que a razão está com os que pensam ser aplicável ao processo do trabalho a regra do art. 333 do CPC, que deve ser conjugada com o art. 818 da CLT.

Desse modo, no processo do trabalho: a) o reclamante tem o ônus de comprovar os fatos constitutivos do seu direito; b) o reclamado, os fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor.

Como se sabe, a EC 72/13 teve por escopo a melhoria da condição social do trabalhador doméstico. Por isso, a limitação de jornada é um direito fundamental do trabalhador doméstico. Se formos aplicar a regra do ônus estático da prova previsto nos artigos 818, da CLT e 333, do CPC, caso a jornada de trabalho seja negada pelo empregador, o trabalhador doméstico terá que produzir a prova da jornada declinada na inicial, o que dificilmente ocorrerá.

Ao empregado doméstico somente resta a prova por meio de testemunhas, que na maioria das vezes, não trabalham para o mesmo empregador e não presenciam, diretamente, o trabalho do reclamante. Por isso, a aplicação dos artigos 74, 818, ambos da CLT e 333, do CPC, dificilmente implementará o acesso à justiça do trabalhador doméstico e a ampla defesa de seu direito, bem como o direito fundamental à limitação de jornada previsto no referido artigo 7º, XIII, da CF.

Algumas alternativas podem ser buscadas para facilitar o acesso à justiça do trabalhador doméstico quanto à prova da jornada de trabalho, quais sejam:

a) **inversão do ônus da prova em prol do empregado:** aplicando-se o disposto no artigo 6º, VIII, da Lei nº 8.078/1990, que assim dispõe:

São direitos básicos do consumidor: (...) VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

A CLT não prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova. Como mencionado, há um único artigo que trata do ônus da prova, que é o 818. Não obstante, no Processo do Trabalho tem grande pertinência a regra da inversão do ônus da prova, pois, muitas vezes, o estado de

hipossuficiência do empregado reclamante o impede de produzir comprovação de suas alegações em juízo, ou esta prova se torna excessivamente onerosa, podendo inviabilizar a efetividade do próprio direito postulado.

Desse modo, aplica-se perfeitamente ao processo do trabalho a regra de inversão do ônus da prova constante do Código de Defesa do Consumidor, em razão da omissão da CLT e compatibilidade com os princípios que regem o processo do trabalho (art. 769 da CLT), máxime o princípio do acesso à justiça do trabalhador;

**b) teoria dinâmica do ônus da prova:** Atualmente, a moderna doutrina vem defendendo interpretações mais flexíveis das regras de repartições do ônus da prova fixadas nos arts. 818 da CLT e 333 do CPC. Diante da necessidade de se dar efetividade ao acesso à ordem jurídica justa e não inviabilizar a tutela do direito à parte que tem razão, mas não apresenta condições favoráveis de produzir a prova do fato constitutivo do seu direito, é possível ao Juiz do Trabalho atribuir o encargo probatório à parte que tem melhores condições de produzir a prova. É o que a doutrina tem denominado de *carga dinâmica na produção do ônus da prova*.

No processo do trabalho, diante da necessidade de se dar efetividade ao acesso à ordem jurídica justa e não inviabilizar a tutela do direito à parte que tem razão, mas não apresenta condições favoráveis de produzir a prova do fato constitutivo do seu direito, é possível ao Juiz do Trabalho atribuir o encargo probatório à parte que tem melhores condições de produzir a prova, aplicando a teoria do *ônus dinâmico da prova*. O Juiz do Trabalho, como reitor do processo (art. 765 da CLT), deve ter a sensibilidade, à luz das circunstâncias do caso concreto, de atribuir o encargo probatório ao litigante que possa desempenhá-lo com maior facilidade.

Parte da doutrina e jurisprudência são refratárias à admissão da presente teoria ao processo civil brasileiro, argumentando que ela majora de forma excessiva os poderes do juiz na condução do processo, surpreende as partes no processo, causando insegurança jurídica e dificultando o contraditório.

Não obstante as ponderações acima, pensamos em sentido diverso, uma vez que, conforme já mencionado, a tendência do processo civil contemporâneo sinaliza na majoração dos poderes do juiz na instrução do processo. De outro lado, diante dos princípios cooperação e boa-fé objetiva das partes, estas devem produzir as provas necessárias à des-

coberta da verdade. Além disso, os referidos princípios constitucionais da isonomia real, livre convicção do magistrado e acesso real à justiça, impõem ao magistrado posturas destinadas a assegurar o equilíbrio do processo, bem como na produção da prova.

Neste sentido é o art. 262 do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, que é de perfeita sintonia com o Processo do Trabalho, *in verbis*:

Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la. § 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 261, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

A presente teoria pode ser aplicada à questão da jornada do trabalhador doméstico, pois o empregador doméstico, em tese, tem melhores condições de produzir a prova em juízo, como a documentação da jornada por meio de instituição de um livro de ponto.

### **Conclusões:**

a) para os empregadores domésticos que tenham mais de dez empregados, fica obrigatória a instituição de livro de ponto, nos termos do artigo 74 da CLT.

b) para os empregadores domésticos que tenham menos de 10 empregados, há as seguintes possibilidades para a prova da jornada:

b1) aplicam-se as regras de distribuição do ônus da prova previsto nos artigos 818 da CLT e 333 do CPC.

b2) o ônus da prova da jornada cabe ao empregador, pela teoria da inversão do ônus da prova;

b3) o ônus da prova da jornada cumpre ao empregador doméstico pela teoria do ônus dinâmico da prova.