

ASSÉDIO E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA: BREVES CONSIDERAÇÕES

Guilherme Guimarães Feliciano*

INTRODUÇÃO

Além das inúmeras polêmicas que suscita no campo do direito material, o *assédio moral* também representa, para os estudiosos do processo, uma fonte formidável de controvérsias e perplexidades. Entre elas, talvez a mais significativa diga respeito à *repartição do ônus da prova* nas ações judiciais que discutem contextos concretos de assédio moral e o seu tratamento jurídico (prevenção, repressão, reparação).

Assim, p. ex., tem-se por adquirido, na França, incumbir *ao réu* desincumbir-se do ônus da prova relativamente ao alegado assédio moral (*harcèlement moral*), desde que o autor logre demonstrar fatos que permitam *presumir* o assédio (artigo L 122-52 do *Code du Travail*)¹. Assim é que

“l’article L 122-52 du code du travail prévoit que le salarié établisse les faits qui permettent de présumer de l’existence d’un harcèlement.

Cela est conforme à nos procédures civiles et pénales- le supposé harceleur bénéficiant de la présomption d’innocence.

Le salarié demandeur devra établir la matérialité des éléments de faits précis et concordants qu’il présente au soutien de ses allégations.

Au vu de ces éléments, il incombe au défendeur de prouver que ses actes sont justifiés par des motifs étrangers à tout harcèlement. Le juge formera alors sa conviction.”

* Professor associado II do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; livre-docente e doutor pela Universidade de São Paulo; doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; vice-presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (2015-2017); juiz titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté (SP).

1 Cf., por todos: BOURKHRIS, Isabelle. *La preuve et le harcèlement moral*. Disponível em: <<http://www.village-justice.com/articles/preuve-harcèlement-moral,981.html>>. Acesso em: 23 dez. 2005.

DOCTRINA

Em Portugal, da mesma maneira, à vista do que dispõe o Código do Trabalho lusitano (artigo 29.º c/c o artigo 25.º, 5), entende-se *inverter-se* a distribuição do ônus da prova, sopesando sobre a posição jurídico-processual do empregador, em todos aqueles casos nos quais o alegado assédio configura típica conduta discriminatória. Veja-se por todos, nesse sentido, o Acórdão da Relação do Porto 3819/08, julgado em 02.02.09.

É essa, ademais, uma clara tendência legislativa em toda a Europa ocidental. Não por outra razão, aliás,

“(...) a União Europeia firmou acordo entre os países-membros, aprovando a inversão do ônus da prova na hipótese de assédio sexual. Na mesma direção trilhou o legislador francês, na lei que coíbe o assédio moral no trabalho. Admite-se a inversão do ônus da prova, revertendo para o agressor o encargo de provar a inexistência do assédio, na medida em que o autor da ação já tenha apresentado elementos suficientes para permitir a presunção de veracidade dos fatos narrados na petição inicial.”²

Entre nós, enfim, até por influência do pensamento estrangeiro, diversos Tribunais Regionais do Trabalho já trataram de, igualmente, relativizar ou inverter o *onus probandi* nos processos que versam danos morais. Poderiam fazê-lo?

Compreendamos melhor os pressupostos dessas teses.

1 – O ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

No Brasil, o Código de Processo Civil de 2015, tal como já havia feito o Código de 1973 e, antes dele, o de 1939, *assimilou* a teoria rosenberg-chiovendiana de distribuição do ônus da prova, positivando duas regras estáticas de repartição (art. 373). Mas, diferentemente dos diplomas anteriores, positivou *hipóteses gerais de relativização* do paradigma rosenberguiano (à semelhança do que já fizera, décadas antes, o Código Civil português, em seu artigo 344.º), como se lê textualmente no § 1º do mesmo preceito. *In verbis*:

“Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

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

2 GUEDES, Márcia de Novaes. *Terror psicológico no trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. p. 47-48.

DOCTRINA

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

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

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

I – recair sobre direito indisponível da parte;

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

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

O CPC/2015 não fez mais, neste particular, que trazer aos escaninhos da lei processual geral algo que há muito já estava assimilado pelo direito processual brasileiro. Com efeito, mesmo sob a égide do CPC/73 – quando a única possibilidade legal de inversão do ônus da prova era aquela da *pactuação* entre as partes (art. 333, parágrafo único) e, ainda assim, se a convenção incidisse sobre direitos (*rectius*: pretensões materiais ou “direitos prováveis”) de caráter disponível³ –, havia hipóteses específicas de inversão ou exclusão do *onus probandi* positivadas na legislação esparsa. Citem-se, como exemplos:

– a inversão do ônus da prova nas ações consumeristas, em favor do consumidor, e “a critério do juiz”, quando houver verossimilhança da alegação e/ou hipossuficiência do autor, “segundo as regras ordinárias da experiência” (permissão legal contida no art. 6º, VIII, do CDC, já reportada *supra*)⁴;

3 V., e.g., a proibição do art. 51, VI, do CDC.

4 Grassa, a propósito, debate doutrinário e jurisprudencial sobre a *natureza* da hipossuficiência que autorizaria a inversão condicional do art. 6º, VIII, do CDC: se hipossuficiência *técnica*, se hipossuficiência *econômica* (como é a laboral), ou ainda se ambas. V., no primeiro sentido (hipossuficiência técnica), TJSP, AI 01006-4-7, 3ª Câ. Dir. Priv., Rel. Des. Luiz Antônio de Godoy, j. 18.11.03; TJSP, AI 214037-4-9, 1ª Câ. Dir. Priv., Rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, j. 25.09.01.

DOCTRINA

– a inversão do ônus da prova em matéria de publicidade, sendo certo que “[o] ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina” (art. 38 do CDC), em caráter incondicional⁵;

– a inversão do ônus da prova, em favor do devedor, nas ações relativas a estipulações usurárias e afins, ainda que não regidas pelo CDC, desde que haja verossimilhança da alegação (MP nº 2.172-32, de 23.08.2011⁶);

– a inversão do ônus da prova, em favor do segurado, nas ações judiciais de aposentadoria (reforma), derivada da correspondente inversão do encargo probatório no plano administrativo (*ut* art. 29-A, § 1º, da Lei nº 8.213/91⁷, com a redação da Lei nº 10.403, de 08.01.02)⁸;

5 Quanto à incondicionalidade, cf., por todos: LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão...* p. 296-297. V. também: TJSP, Apel. Cível 255461-2-6, 9ª Câm. Cível, Rel. Des. Aldo Magalhães, j. 06.04.95, RT 716/182.

6 A medida procurou conter os efeitos funestos das atividades usurárias e de agiotagem, declarando “nulas de pleno direito as estipulações usurárias, assim consideradas as que estabeleçam: I – nos contratos civis de mútuo, taxas de juros superiores às legalmente permitidas, caso em que deverá o juiz, se requerido, ajustá-las à medida legal ou, na hipótese de já terem sido cumpridas, ordenar a restituição, em dobro, da quantia paga em excesso, com juros legais a contar da data do pagamento indevido; II – nos negócios jurídicos não disciplinados pelas legislações comercial e de defesa do consumidor, lucros ou vantagens patrimoniais excessivos, estipulados em situação de vulnerabilidade da parte, caso em que deverá o juiz, se requerido, restabelecer o equilíbrio da relação contratual, ajustando-os ao valor corrente, ou, na hipótese de cumprimento da obrigação, ordenar a restituição, em dobro, da quantia recebida em excesso, com juros legais a contar da data do pagamento indevido” (art. 1º), e alcançando ainda “as disposições contratuais que, com o pretexto de conferir ou transmitir direitos, são celebradas para garantir, direta ou indiretamente, contratos civis de mútuo com estipulações usurárias” (*i.e.*, simulações maliciosas – art. 2º). E, em todos esses casos, dispõe que “nas ações que visem à declaração de nulidade de estipulações com amparo no disposto nesta Medida Provisória, incumbirá ao credor ou beneficiário do negócio o ônus de provar a regularidade jurídica das correspondentes obrigações, sempre que demonstrada pelo prejudicado, ou pelas circunstâncias do caso, a verossimilhança da alegação” (art. 3º – g.n.). A ementa da MP nº 2.172-32/01, aliás, já diz a que veio, nos planos material e processual: “Estabelece a nulidade das disposições contratuais que menciona e inverte, nas hipóteses que prevê, o ônus da prova nas ações intentadas para sua declaração” (g.n.).

7 *In verbis*: “O INSS terá até 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da solicitação, para fornecer ao segurado as informações previstas no *caput* deste artigo”. O *caput* diz que “o INSS utilizará, para fins de cálculo do salário-de-benefício, as informações constantes no Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS sobre as remunerações dos segurados”.

8 Com esse entendimento, cf., por todos: SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 97-98. *In verbis*: “Antes, o contribuinte era obrigado a apresentar a carteira de trabalho para comprovar o tempo de serviço e a remuneração. Agora é o INSS que deve fornecer as informações relativas ao tempo e ao valor da contribuição do segurado, constantes do Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS). (...) É evidente que ocorrerá a inversão do onus probandi na esfera jurisdicional, havendo necessidade de propositura da ação, pelo contribuinte, visando ao recebimento do benefício previdenciário, uma vez que cabe ao INSS fornecer ao segurado todas as informações constantes do Cadastro Nacional das Informações Sociais, nos termos da mencionada Lei” (g.n.). Como se trata de uma interpretação derivada da inversão administrativa, esta hipótese é obviamente mais polêmica. Assim, em sentido contrário, v.: LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão...* p. 310: “Não se trata, efetivamente, de uma regra de inversão do ônus da prova. Isto porque, em primeiro lugar, sua aplicação

– a exclusão ou inversão do ônus da prova, nos processos que demandam prova pericial médica, em desfavor da parte recusante à perícia que pressupõe disponibilidade física (art. 232 do NCC⁹).

Para mais, a par dessas possibilidades legais, tanto a jurisprudência cível como, sobretudo, a trabalhista já eram ricas, antes mesmo do CPC/2015, em casuísticas de inversão/exclusão do ônus da prova, ora *secundum legem*, ora *praeter legem* ou até mesmo *contra legem*, pelos mais variegados motivos. Vejamos, para o caso específico da jurisprudência trabalhista.

2 – INVERSÕES PRETORIANAS DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO: BREVE ESCORÇO

Nos Tribunais laborais, há larga jurisprudência sumulada sobre repartição do ônus da prova, ora meramente declaratória do modelo legislativo em vigor, ora efetivamente inovadora (= inflexões *pretorianas*). Vejamos alguns casos.

A Súmula nº 6, VIII, do TST dispõe, sobre equiparação salarial, que “é do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial”. Isto era apenas reproduzir, *in litteris*, o dispositivo do art. 333, II, do CPC/73 – e, agora, do art. 373, II, do CPC/2015 –, já que o empregador será o réu. Melhor faria o enunciado se esclarecesse, p. ex., o que se considera como fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação: *e.g.*, a diversa perfeição técnica ou a diversa produtividade entre paradigma e paragonado, ou ainda o tempo de serviço na função superior a dois anos, todos fatos impeditivos à luz do art. 461, *caput* e § 1º, da CLT.

limita-se ao procedimento administrativo voltado para o recebimento do salário-de-benefício [*rectius*: do benefício]. Em segundo lugar, não se inverte um ônus de provar ao se estabelecer um dever legal de prestação de informações, no caso, constantes do Cadastro Nacional de Informações Sociais”. Mas a seguir concede: “A não apresentação dessas informações pelo INSS, porém, pode ser utilizada como elemento de convicção do julgador ao apreciar uma demanda voltada para o recebimento do benefício previdenciário”. De nossa parte, acompanhamos Sá dos Santos: se o único objeto da prova, nos pedidos simples de aposentadoria, é o tempo de serviço ou contribuição e o elenco histórico das contribuições – todas as informações disponíveis no CNIS –, e se o INSS é legalmente obrigado a apresentá-los no procedimento administrativo (não se exigindo, naquele âmbito, qualquer atividade probatória anterior do segurado), não é lógico que, na demanda judicial, essa vantagem seja perdida. O ônus da prova resta aprioristicamente invertido, até mesmo em homenagem ao princípio da aptidão para a prova. Se, todavia, a prova documental carreada pela autarquia infirmar a pretensão inicial, caberá ao autor a contraprova, seja ela documental (v., no plano administrativo, o art. 29-A, § 2º, da Lei nº 8.213/91), seja mesmo oral (v. art. 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91). V. ainda, *supra*, o tópico 27.3.1, n. III (quanto à interpretação conforme do art. 55, § 3º, da Lei nº 8.213/91).

9 *In verbis*: “A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”. V. a respeito: FELICIANO, G. G. *Direito à prova... passim*.

DOCTRINA

A Súmula nº 12 do TST dispõe que “as anotações apostas pelo empregador na carteira profissional do empregado não geram presunção *juris et de jure*, mas apenas *juris tantum*”. Outra vez o verbete não trouxe grande novidade, a não ser por assegurar ao empregado o direito processual à contraprova. No subtexto, reputa-se satisfeito, pela prova preconstituída em CTPS, o *onus probandi* do empregador em torno da matéria.

A OJ SDI-1/TST nº 215 dispunha que “é do empregado o ônus de comprovar que satisfaz os requisitos indispensáveis à obtenção do vale-transporte”, *i.e.*, a sua necessidade e a manifestação de vontade perante o empregador. Nisto, mais uma vez, apenas aplicava a lógica do *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*. No entanto, essa orientação foi *cancelada* pela Resolução nº 175, de 24.05.2011, o que levava a supor que a jurisprudência do TST poderá vir a *inflitir* o ônus da prova, em favor do empregado, também nessa hipótese. E, de fato, foi editada em 2016 a Súmula nº 460 do TST, pela qual “é do empregador o ônus de comprovar que o empregado não satisfaz os requisitos indispensáveis para a concessão do vale-transporte ou não pretenda fazer uso do benefício”. Dá-se, pois, clara inversão do ônus da prova, pois caberia ao reclamante, *a priori*, fazer a prova dos requisitos indispensáveis para o direito ao vale-transporte (fatos constitutivos do direito).

Já a Súmula nº 212 do TST estabelece que “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”. Aqui efetivamente se inverteu o ônus da prova, a partir de uma presunção *hominis* derivada do princípio da continuidade da relação de emprego: embora seja alegação do empregado a data e o modo de terminação da relação de emprego, cumprirá ao empregador provar eventual data ou modo mais favorável aos seus interesses, resolvendo-se as dúvidas em seu detrimento (e inflitando-se, portanto, a regra do art. 818 da CLT, na direção do que fez a legislação portuguesa, *ut* artigo 435.º, 1 e 3, do CT).

A OJ SDI-1/TST nº 233 pontificou que “a decisão que defere horas extras com base em prova oral ou documental não ficará limitada ao tempo por ela abrangido, desde que o julgador fique convencido de que o procedimento questionado superou aquele período”. Nisto, *modulou* o ônus da prova, inflitando parcialmente a regra do art. 818 da CLT: comprovadas as sobrejornadas em certo período, o juiz poderá, também por *praesumptio hominis*, considerar que as mesmas sobrejornadas eram praticadas em outros períodos, não abrangidos pela prova (o que significa, na prática, *inverter o ônus da prova* dos excessos nos períodos não provados).

A OJ SDI-1/TST nº 301 dispunha que, “definido pelo reclamante o período no qual não houve depósito de FGTS, ou houve em valor inferior, alegada pela reclamada a inexistência de diferenças nos recolhimentos de FGTS, atrai para si o ônus da prova, incumbindo-lhe, portanto, apresentar as guias respectivas, a fim de demonstrar o fato extintivo do direito do autor”. Aqui também se aplicava, a rigor, o princípio da melhor aptidão para a prova (já que a guarda das guias é temporariamente obrigatória para o empregador, *ut* arts. 2º e 3º da IN SIT/MTE nº 84/2010), mas buscava travesti-lo de legalidade formal com a remissão ao art. 818 da CLT, “interpretando” o dispositivo para reconhecer uma “alegação de inexistência de diferenças”. Nada obstante, também essa orientação foi *cancelada* pela Resolução nº 175/2011, o que insinuava refluxo jurisprudencial, agora num sentido menos tuitivo. Não foi, porém, o que ocorreu. Em 2016, editou-se a Súmula nº 461 do TST, pela qual “é do empregador o ônus da prova em relação à regularidade dos depósitos do FGTS, pois o pagamento é fato extintivo do direito do autor (art. 373, II, do CPC de 2015)”. Nesse caso, porém, seguiu-se o padrão do art. 373, I, do CPC/2015.

A Súmula nº 338 do TST, enfim, consubstancia atualmente o mais bem acabado exemplo de inflexão do ônus da prova no universo processual trabalhista, em matéria de duração do trabalho, redistribuindo a carga probatória conforme a aptidão para a prova (embora, na literalidade do art. 818 da CLT, a alegação de jornada extraordinária seja sempre do empregado); nesse encaixo, dispõe:

“JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais ns. 234 e 306 da SBDI-1) – Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. I – É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula nº 338 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003) II – A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex-OJ nº 234 da SBDI-1 – inserida em 20.06.2001) III – Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas

extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir. (ex-OJ nº 306 da SBDI-1, DJ 11.08.03)”¹⁰

O mesmo se diga, mais recentemente, da Súmula nº 443 do TST, aprovada por ocasião da *Segunda Semana Jurídica do Tribunal Superior do Trabalho* (2012), presumindo, à falta de prova bastante das razões objetivas da dispensa, que é *discriminatória* a dispensa de empregado portador de vírus HIV ou de outra doença de caráter estigmatizante. Nesses casos, presumida a discriminação, aplicam-se integralmente os efeitos da Lei nº 9.029/95¹¹. Estabilizou-se, com o novo verbete, jurisprudência que há muito vinha sendo repercutida nos Tribunais Regionais¹². *In verbis*:

“DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO – Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.”

-
- 10 O art. 74, § 2º, da CLT estatui que “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”. Logo, por dever legal, o empregador com mais de 10 empregados está *obrigado* a manter controles de ponto, o que o torna muito mais *apto* para produzir essa prova em juízo. *A contrario*, manter esse ônus com o empregado, por obediência cega à letra do art. 818 da CLT, significaria “premiar” o empregador desidioso com suas responsabilidades administrativas: desatendendo ao comando do art. 74, § 2º, da CLT, não geraria prova preconstituída; e, por seu ilícito (sancionado com multa, *ut art.* 75 da CLT), teria em juízo a vantagem de que a prova da jornada alegada caberia, de regra, ao trabalhador reclamante. Nada mais ignominioso.
- 11 A Lei nº 9.029, de 13.04.95, “proíbe a exigência de atestado de gravidez e esterilização e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências”.
- 12 V., e.g.: TST, AIRR 8925-84.2010.5.01.0000, 8ª T., Rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, j. 03.08.2011, DEJT 05.08.2011. *In verbis*: “AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. EMPREGADA PORTADORA DO VÍRUS HIV. DISPENSA IMOTIVADA. REINTEGRAÇÃO. PRESUNÇÃO DE ATO DISCRIMINATÓRIO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. Nega-se provimento ao agravo de instrumento que não logra desconstituir os fundamentos do despacho que denegou seguimento ao recurso de revista. Agravo de instrumento a que se nega provimento” (g.n.). Ou, ainda, TST, RR 124400-43.2004.5.02.0074, 1ª T., Rel. Des. José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza, j. 25.04.2012, DEJT 11.05.2012. *In verbis*: “RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA IMOTIVADA. PRESUNÇÃO DE ATO DISCRIMINATÓRIO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO. *A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a dispensa imotivada de empregado soropositivo é presumidamente discriminatória, salvo comprovação de que o ato decorreu de motivo diverso.* Viabilizado o recurso por divergência válida e específica, merece reforma a decisão do Regional, para que se restabeleça a r. sentença que concedeu ao reclamante o direito à reintegração. Recurso de revista conhecido e provido” (g.n.). Vale lembrar que, na estreita visão do art. 818 da CLT, nada disso seria possível.

Chega-se, por fim, à figura dos *assédios*, *i.e.*, do assédio sexual e do assédio moral. Embora a matéria ainda não esteja sumulada, a técnica da inversão do ônus da prova tem sido frequentemente aplicada pelos Tribunais Regionais do Trabalho. Com efeito, em diversos julgados se tem admitido, à falta de prova da normalidade da conduta, que *o abuso foi perpetrado*, mesmo à falta de testemunhas oculares. Sobre essas nos debruçaremos, adiante, no tópico nº 4. Registre-se, porém, não ser essa a jurisprudência dominante nos últimos anos, especialmente em alguns Tribunais Regionais¹³.

Afinal, poderão os Tribunais, à falta de previsão legal expressa, consolidar esse entendimento? Com que fundamentos? Vejamos.

3 – ÔNUS DA PROVA E INFLEXÕES FORMAIS. INTERPRETAÇÃO CONFORME

As inflexões procedimentais como essas que estamos examinando, quando legitimadas por juízos concretos de ponderação jusfundamental, temos chamado de *inflexões formais do devido processo legal*. Com isto, queremos significar que:

“(…) as inflexões formais decorrem de específicos poderes assistenciais que as ordens jurídicas democráticas acometem a juízes e Tribunais,

13 Assim, p. ex.: “ASSÉDIO MORAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. Não restando provado, por parte da reclamante, o alegado assédio moral, correta a sentença ao não deferir a pleiteada indenização correspondente” (TRT da 7ª Região, RO 0001721-79.2010.5.07.0013, 2ª T., Rel. Paulo Régis Machado Botelho, DEJT 14.11.2011). “INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. INEXISTÊNCIA DE PROVA. Não demonstrada pela prova dos autos o propalado assédio moral perpetrado pela reclamada, o indeferimento do pedido de indenização por danos morais é medida que se impõe. Recurso parcialmente provido” (TRT da 7ª Região, RO 0000702-47.2010.5.07.0010, 2ª T., Relª Maria Roseli Mendes Alencar, DEJT 03.10.2011). “DANOS MORAIS. AUSÊNCIA DE PROVA. O panorama instrutório se presta suficientemente para respaldar as lúcidas conclusões da magistrada sentenciante quanto à ausência de elementos probatórios robustos da ofensa moral alegada, em face mesmo da impossibilidade de se dar crédito aos depoimentos das testemunhas do autor – sob suspeita de troca de favores e aliciamento – os quais, por outro lado, foram contrariados, em seu conteúdo, pelas testemunhas conduzidas pela empresa que ressaltam o clima de tranquilidade e harmonia na agência gerenciada pela Sra. Rosângela, impondo-se, pois, a confirmação da sentença vergastada, também neste tocante” (TRT da 7ª Região, RO 0079900-91.2009.5.07.0003, 1ª T., Relª Rosa de Lourdes Azevedo Bringel, DEJT 08.11.2011). “ASSÉDIO MORAL. ÔNUS DA PROVA. Indevida indenização por danos morais quando não restou evidenciado o alegado assédio moral, ônus que incumbia ao reclamante (art. 818 da CLT c/c o art. 333, inciso I, do CPC). Não se vislumbram nos autos quaisquer indícios de que tenha o autor tenha sofrido constrangimento em razão de receber salário inferior aos paradigmas indicados. Sentença que se mantém” (TRT da 9ª Região, RO 1558-2008-094-09-00.0, 4ª T., Rel. Sérgio Murilo Rodrigues Lemos, DJe 14.05.2010, p. 243). V. ainda, entre outros: TRT da 9ª Região, RO 00297-2006-673-09-00-7-ACO-34648-2007, 1ª T., Rel. Des. Ubirajara Carlos Mendes, DJPR 23.11.07; TRT da 3ª Região, RO 0001235-68.2011.5.03.0014, 2ª T., Rel. Des. Jales Valadão Cardoso, DEJT 02.02.2012.

sob limites, para que os exerçam atendendo às necessidades objetivas do litígio e às características do bem da vida *sub iudice*”;

e que:

“(…) a escrutinação desses poderes permite identificar normas constitucionais adscritas definidoras de *novos direitos processuais* fundamentais, aptos a justificar imediatamente grande parte das inflexões formais (e a extremá-las de deflexões ilegítimas), como o direito a um processo efetivo, o direito a um procedimento adequado (para o direito material em tese e para as circunstâncias fático-concretas), o direito a um contraditório eficaz, o direito a uma jurisdição corretiva e transformadora, o direito à coisa julgada constitucional e o direito a meios de execução efetivos e adequados.”¹⁴

São, pois, alterações pretorianas da ordem positiva de repartição do ônus da prova, que eram outrora decididas fora de qualquer permissivo legal expresso, explicando-se pouco ou mal em perspectiva legal-positiva, mas que se compreendem bem sob a égide de inflexões formais constitucionalmente inscritas e juridicamente legítimas (sempre no contexto de ponderações judiciais concretamente estabelecidas). Já não é mais assim, para o processo civil, à luz do atual art. 373, § 1º, do NCPC; como talvez jamais tenha sido para o processo do trabalho, à luz do art. 765 da CLT.

E, em uma ou outra perspectiva, tais inflexões cabem nos processos que versam sobre assédios morais? Certo que sim.

Em todas as variações baseadas na teoria das inflexões do devido processo legal formal, as intervenções – e, na espécie, as inversões ou exclusões do ônus da prova – devem ser operadas com base em *argumentação jusfundamental* bastante. Amiúde, dão-se em processos que discutem, nalguma dimensão, direitos humanos fundamentais em tese afetados pela conduta da parte finalmente onerada com o encargo da prova (como o direito à vida, à saúde, à imagem ou ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ou aos próprios direitos sociais fundamentais), ora em processos nos quais se reconheceu que uma das partes detinha instrumentalmente a *melhor aptidão para a prova* (e.g., quanto à prova da notificação da autuação de trânsito – em relação jurídica de tipo subordinativo que nada tem, p. ex., com o CDC e a regra do art. 6º, VIII – e quanto à própria prova da jornada na Súmula nº 338 do TST). Essa constatação já nos dá indícios do que diremos logo adiante, quando buscaremos formular uma

14 FELICIANO, Guilherme G. *Por um processo realmente efetivo: inflexões do due process of law na tutela processual dos direitos humanos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2016. p. 1.355 e ss.

justificação constitucional de fundo para todas as inflexões aqui comentadas (ou, ao menos, a maior parte delas).

Por ora, todavia, interessa dizer que essa variabilidade de hipóteses não se explica adequadamente com a interpretação – mais ou menos elástica – dos preceitos jurídicos definidores de regras de repartição do *onus probandi* (art. 373 do CPC/2015). Há, sim, *inflexões formais* que devem ser reconhecidas. E, para assim demonstrar, recorramos mais uma vez ao processo laboral e ao contraponto com Teixeira Filho. Comentando o art. 818 da CLT, o jurista paranaense obtempera que a grande tarefa da doutrina trabalhista brasileira, que tanto tem se empenhado em cristalizar o princípio da inversão do ônus da prova, em benefício do trabalhador, consistirá em encontrar, no próprio conteúdo do art. 818 da CLT, os fundamentos que até então vem procurando, abstratamente, para dar concreção ao princípio da inversão do encargo da prova em prol do trabalhador. Vale dizer: o caminho sugerido é o da elaboração de uma precisa exegese daquele artigo, cujo verdadeiro sentido ainda não foi idealmente apreendido pela inteligência doutrinária¹⁵.

Com efeito, em relação às inversões de carga probatória quanto a jornadas extraordinárias, p. ex., vimos há pouco o entendimento do autor: se o empresário contesta o pedido de horas extras, atrairia para si o ônus da prova, por força do art. 818, já que estaria a alegar a normalidade da jornada – o que, diga-se, vai além da hipótese da Súmula nº 338 do TST, que só admite tal inversão quando pende sobre o empregador a obrigação de documentar, *ut* art. 74, § 2º, da CLT. Da mesma forma, Teixeira Filho advoga que, se o autor pede verbas rescisórias alegando ter sido demitido sem justa causa, e se o réu apenas alega não o ter dispensado, a prova da demissão injusta seria do trabalhador, então à luz do art. 333, I, do CPC/73 (hoje, art. 373, I, do CPC/2015), por ser esse o fato constitutivo do seu direito às rescisórias; já à luz do art. 818 da CLT, o *onus probandi* seria do réu, por ter alegado o fato negativo (de que “não despediu”).

Há nesse raciocínio, com todas as vênias, dois enganos.

Primeiramente, há um equívoco quanto à correta interpretação das regras de repartição estática do art. 333 do antigo CPC (e, portanto, do art. 373 do CPC atual). Nos contratos de trabalho por prazo indeterminado, em que opera mais fortemente o princípio da continuidade da relação de emprego (veja-se a Súmula nº 212 do TST), o fato constitutivo do direito às verbas rescisórias é a mera *dispensa*, que sempre se presume injustificada. Não é, portanto, a “dispensa imotivada”; a adjetivação não compete à esfera de encargos probatórios do tra-

15 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso...* v. II, p. 976.

balhador. Basta examinar a CLT para assim concluir, em inteira harmonia com a *Satzbautheorie* de Rosenberg. Pela sintaxe do art. 477, *caput*, da CLT¹⁶, duas locuções *condicionam negativamente* a oração principal (que diz do “direito de haver do empregador uma indenização”): a expressão “não existindo” (prazo preestabelecido para a terminação do contrato) e a expressão “quando não haja” (justa causa do empregado). A *Grundnorm*, portanto, está no preceito segundo o qual “[é] assegurado a todo empregado o direito de haver do empregador [na rescisão] uma indenização, paga na base da maior remuneração que tenha recebido na mesma empresa”; e sua característica definidora, à vista do título do próprio capítulo¹⁷, é o fato “rescisão” (= cessação das relações de trabalho). Mas o mesmo dispositivo abriga as respectivas *contranormas*, a saber, a pre-determinação da vigência contratual (que afasta, *e.g.*, o direito ao aviso prévio indenizado) e a motivação obreira para a cessação do contrato (por demissão ou justa causa do empregado, reduzindo sensivelmente os direitos rescisórios). Assim, pelo modelo rosenberguiano, admitindo-se não haver controvérsia sobre a cessação do trabalho (como não há, no exemplo de Teixeira Filho), *o ônus da prova será do reclamado (empregador)*, seja quanto à natureza do contrato de trabalho (prazo determinado), seja quanto à motivação obreira para a cessação (demissão – observando-se a formalidade do art. 477, § 1º, se havia mais de um ano de casa¹⁸ – ou justa causa do empregado), caso oponha esses fatos à pretensão autoral. Precisamente como se orienta atualmente a pacífica jurisprudência trabalhista, sem necessidade de qualquer inflexão formal.

Por outro lado, levada às suas máximas consequências, a proposta de Teixeira Filho conduz ao absurdo (*reductio ad absurdum*): se o art. 818 da CLT deve ser interpretado de modo que todas as alegações de fato da defesa – digam ou não com as “características definidoras” das *contranormas* (Rosenberg),

16 *In verbis*: “É assegurado ao empregado, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato, e quando não haja ele dado motivo para cessação das relações de trabalho, o direito de haver do empregador uma indenização, paga na base da maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa”. O art. 477 da CLT ainda norteia toda a indenização rescisória nas dispensas sem justa causa, embora a sua figura principal – a indenização por tempo de serviço do art. 478 da CLT (outrora equivalente a um mês de remuneração por ano de serviço efetivo, ou por ano e fração igual ou superior a seis meses) – esteja hoje substituída pela indenização do art. 18, § 1º, da Lei nº 8.036/90 (equivalente a quarenta por cento dos depósitos corrigidos do FGTS, tal como devidos da admissão à dispensa), com arrimo no art. 10, I, do ADCT. Assim é que, *p. ex.*, o décimo terceiro e as férias proporcionais seguem sendo calculadas de acordo com a “maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa”, o que inclui a integração de horas extraordinárias e de outros títulos salariais habituais.

17 Cap. V do Título IV da CLT: “Da Rescisão”.

18 *In verbis*: “O pedido de demissão ou recibo de quitação de rescisão de contrato de trabalho, firmado por empregado com mais de 1 (um) ano de serviço, só será válido quando feito com a assistência do respectivo Sindicato ou perante a autoridade do Ministério do Trabalho” (g.n.). Trata-se, para parte da doutrina, de formalidade *ad solemnitatem*, que condiciona a própria validade da rescisão por iniciativa do empregado com mais de um ano de casa.

vazem ou não fato negativo – atraíam o encargo da prova, e se essa regra não admite inflexões, então não teríamos encontrado uma “alternativa hermenêutica” ao princípio da inversão do ônus da prova (ou, dir-se-ia mais corretamente, princípio da *repartição dinâmica* do ônus da prova), mas uma solução de quase absoluta isenção processual do trabalhador (ou, pior, do *autor*, que em vários casos poderá ser o empregador¹⁹): alegasse o que bem desejasse, o ônus da prova seria sempre do réu, desde que simplesmente *negasse* o fato (porque, como advertiu Chiovenda – *supra* –, toda negação é a alegação de um fato diverso, e vice-versa). Na prática, somente o réu provaria, o que é insustentável.

Por fim, parece muito claro que toda a elaborada argumentação é construída em torno de uma preocupação meritória e louvável: evitar que a utilização do regramento estático do CPC conduza a armadilhas probatórias que mortifiquem as pretensões materiais dos trabalhadores no processo laboral. Mas essa preocupação com a especificidade “ontológica e finalística” do processo laboral (na expressão do autor) não é outra coisa senão admitir a necessidade de inflexões concretas na repartição estática da lei (que, a rigor, é tão estática no CPC como o é na CLT). Tanto é assim que, logo adiante, o próprio Teixeira Filho pondera:

“A propósito, *muito mais coerente e harmoniosa com os princípios do processo do trabalho seria a adoção subsidiária do inciso VIII do art. 6º da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990* (Código de Defesa do Consumidor) (...). Como se nota, o Código de Defesa do Consumidor, numa atitude vanguardeira, sob a perspectiva legislativa, autorizou o juiz a inverter o ônus da prova, em benefício do consumidor, em duas situações específicas, a saber: a) quando forem verossímeis as suas alegações; e b) quando este for hipossuficiente, ou seja, economicamente debilitado. Pois bem. Conquanto entendamos que o art. 818 da CLT, seja autossuficiente, em matéria de *onus probandi*, *nada obsta a que se utilize, em caráter supletivo, a regra inscrita no inciso VIII do art. 6º do CDC*, máxime nos casos em que o trabalhador for, verdadeiramente, hipossuficiente.”²⁰

19 *E.g.*, inquéritos judiciais para apuração de falta grave (em face de empregados estáveis), ações de consignação em pagamento, ações meramente declaratórias (ou de simples apreciação), ações possessórias, reconvenções, etc.

20 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso...* v. II. p. 977-978 (g.n.). De se recordar, a propósito, que, ao contrário do que pode sugerir o excerto, a “hipossuficiência” objeto do art. 6º, VIII, do CDC não é exatamente, para boa parte da jurisprudência nacional, a hipossuficiência *econômica* que decorre do art. 3º, *caput*, da CLT, mas, sim, uma hipossuficiência de ordem *técnica* (v., *supra*, nota nº 2.322).

Ora, se a legislação processual trabalhista só admite a invocação das normas de processo civil (comum ou especial) quando houver *omissão* da CLT, e se o próprio autor reconhece não ser o texto celetário omissivo nessa matéria (*ex vi* do multicitado art. 818), o que justificaria que o intérprete não pudesse buscar amparo na legislação processual civil comum (art. 333 do CPC), mas estivesse livre para abeberar-se na legislação processual civil especial (art. 6º, VIII, do CDC)? Do ponto de vista do direito positivo, absolutamente nada. O que Teixeira Filho propõe, afinal, é uma *inflexão* do devido processo formal legal (que, pela literalidade do art. 769 da CLT, não consentiria com qualquer regra de repartição do ônus da prova diversa da que se contivesse no art. 818). Mas uma inflexão animada, na sua “escolha” – e se há escolhas, não há neutralidade técnica –, pela maior identidade do ônus dinâmico condicionado da Lei nº 8.078/90 com as características inerentes ao processo laboral e o direito material a ele subjacente. Uma escolha animada, mais pela dignidade diferenciada das pretensões materiais geralmente vazadas no processo do trabalho (direitos individuais e sociais fundamentais), que se agrava pela debilidade econômica presuntiva de uma das partes (reflexível em sede processual). Ou, em suma: uma escolha animada por *conexões de jusfundamentalidade*.

E como podemos justificá-las, identificá-las e defini-las? Vejamos.

A permissão do sistema jurídico-positivo para as inflexões do devido processo formal raramente decorre do manejo de técnicas formais de hermenêutica convencional (como é a interpretação extensiva “pura”) ou de métodos de integração (como é a analogia). Ao revés, as inflexões formais amiúde decorrem de esforços de *interpretação conforme a Constituição* (*verfassungskonforme Auslegung*). E a interpretação conforme a Constituição – que, para autores como Christian Starck²¹, Walter Berka²², Jorge Miranda²³, Gomes Canotilho²⁴ e Gilmar Mendes²⁵, chega a consubstanciar um genuíno *princípio hermenêutico* – é, como se sabe, um instrumento que a) não perfaz simplesmente uma técnica de interpretação, mas antes se situa no próprio âmbito do controle de constitucionalidade²⁶ (difuso ou concentrado); e b) não se limita a processos

21 Cf. MANGOLDT, Hermann von; KLEIN, Friedrich; STARCK, Christian. *Kommentar...* Band 1. p. 163-164 (*Gebot der Verfassungskonformität*).

22 Cf. BERKA, Walter. *Lehrbuch Verfassungsrecht: Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium*. Wien: Springer Wien New York, 2005. p. 23-24.

23 Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. II. p. 232 e ss.

24 Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional...* p. 1.151-1.152.

25 Cf. MENDES, Gilmar *et al.* *Curso...* p. 119-120.

26 Nesse sentido, no Brasil, há paradigmática jurisprudência no Excelso Pretório. V. STF, Representação 1.417-7/DF, Rel. Min. Moreira Alves, TP, j. 09.12.87, DJ 15.04.88, p. 8.397. *In verbis*: “O princípio da

lógico-formais de exegese (como na interpretação enunciativa ou na interpretação gramatical), mas antes se escora nos *conteúdos substantivo-constitucionais* para se desenvolver (e, logo, é um processo *lógico-material* de interpretação, que se abre racionalmente a valores).

O princípio orienta que, perante os múltiplos significados de um dispositivo infraconstitucional, dentro do âmbito (e limite) do sentido possível do texto (*des möglichen Wortsinnes*), os intérpretes/aplicadores da Constituição escolham aquele(s) que o torne(m) consonante com a Constituição, e não aquele(s) que resulte(m) em sua declaração de inconstitucionalidade²⁷. É, segundo Mendes *et al.*, “um cânone interpretativo [que] ao mesmo tempo que valoriza o trabalho legislativo, aproveitando ou conservando as leis, previne o surgimento de conflitos, que se tornariam crescentemente perigosos caso os juízes, sem o devido cuidado, se pusessem a invalidar os atos da legislatura”²⁸.

Mas não é só. Para além de se escolher a interpretação que se compatibilize com a Constituição (e não o contrário), intelecções mais recentes da *verfassungskonforme Auslegung* sinalizam que, entre as várias interpretações

interpretação conforme a constituição (verfassungskonforme Auslegung) é princípio que se situa no âmbito do controle da constitucionalidade, e não apenas simples regra de interpretação. A aplicação desse princípio sofre, porém, restrições, uma vez que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF – em sua função de corte constitucional – atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo. Por isso, se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo” (g.n.). A ementa e o julgado trabalham com a ideia de a mínima conformidade com a vontade do legislador *lato sensu* – inclusive quanto à literalidade mínima (ao referir “a finalidade inequivocamente colimada pelo legislador, expressa literalmente no dispositivo em causa”). Como resultado do julgado, o Senado Federal editou a Resolução nº 31/93, suspendendo a eficácia do § 3º do art. 65 da LOMAN (que tratava de vantagens pecuniárias de magistrados).

27 BERKA, Walter. *Lehrbuch...* p. 23. Para bem delimitar as possibilidades do instrumento – dentro da literalidade do texto normativo – e assim extremar as hipóteses de interpretação conforme daquelas da inconstitucionalidade *in abstracto*, o lente da Salzburg acrescenta: “Voraussetzung für die Anwendung der ‘Korformitätsregel’ ist zunächst ein Auslegungsspielraum, der durch den Wortsinn begrenzt wird. Widerspricht ein Gesetz nach seinem eindeutigen Sinn der Verfassung, kann und darf es nicht verfassungskonform interpretiert werden (...)”. É como tem se manifestado, ademais, o próprio VfGH (1986). De outra parte, extrai-se igualmente da jurisprudência do VfGH (1996) que a interpretação conforme não prescinde de juízos de ponderação (*Abwägung*), pela via da proporcionalidade/razoabilidade. Assim, p. ex., em sede de limitações ao direito de propriedade, entendeu-se que a interpretação conforme, que valha a constitucionalidade do ato normativo, só poderá ser aquela que assegure ao proprietário uma fruição econômica *razoável* do bem: “Eigentumsbeschränkenden Regelungen ist in verfassungskonformer Auslegung zu unterstellen, dass sie unter einem Vorbehalt des wirtschaftlich Zumutbaren stehen” (BERKA, Wagner. *Lehrbuch...* p. 24). V. *Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes*, ns. 11.036/1986 e 14.489/1996 (respectivamente).

28 MENDES, Gilmar *et al.* *Curso...* p. 119. Daí que a constitucionalidade se *presume*, enquanto a inconstitucionalidade deve ser demonstrada “de modo cabal, irrecusável e incontroverso”.

constitucionais de uma norma, há que se optar por aquela que *mais agudamente se orienta para a Constituição*, ou que *melhor corresponda* ao seu programa normativo²⁹. No dizer de Mendes, vê-se no princípio um “mandato de otimização do querer [objetivo] constitucional”. E é esse o ponto fulcral, nomeadamente em sede de direitos humanos fundamentais. Tendo em conta que a literalidade do artigo 344.º do CC *não veda expressamente* outras hipóteses de inversão do ônus da prova, extrair do preceito a sua *ratio essendi* – como fez, e bem, Lynce de Faria – para com ela autorizar inversões pretorianas onde as mesmas razões de necessidade ou conveniência se ponham, com vista à consecução de decisões de mérito mais afinadas com as possibilidades concretas das partes e a dignidade das pretensões materiais envolvidas, é indubitavelmente um modo de *otimizar o due process of law* (quanto à efetividade da jurisdição e ao mais amplo acesso à ordem jurídica justa); e, por ele, os próprios direitos fundamentais *in tese* vindicados. Realiza-se, de resto, o princípio da máxima efetividade (especialmente importante em contextos de crise ou vulnerabilidade hipotética de direitos humanos fundamentais, como, p. ex., nos supostos de assédio moral).

Nem por isso, porém, estava ferido de morte, no que tange à repartição do ônus da prova, o disposto no art. 333 do CPC/73 (e tanto menos no art. 373 do CPC/2015, atualmente, considerando-se que, agora, há exceções à regra geral dispostas no próprio § 1º). *O modelo rosenberg-chiovendiano* – prova dos fatos constitutivos pelo autor, prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos pelo réu – *segue como pano de fundo para as relações processuais civis e laborais, em todo caso*. Todavia, sob competente argumentação jusfundamental (sindicável no Tribunal *ad quem*), aquele modelo pode ser *dinamizado*, com inversões ou exclusões pretorianas do *onus provandi*, diante de circunstâncias concretas justificadoras. Não são decisões despóticas. São decisões juridicamente fundamentadas, de base constitucional, que se sujeitam a todos os controles próprios do sistema recursal.

Enfim, na vereda da argumentação jusfundamental, exatamente com que base jurídica constrói-se a inversão?

A justificação material constitucional, a nosso ver, explica-se quase por si mesma. Na dicção de Ugarte Cataldo (referindo-se ao processo laboral e, logo, à questão do assédio moral trabalhista),

“não existe uma única técnica de mitigação probatória, mas várias modalidades distintas que, sem embargo, servem a um mesmo objetivo:

29 Cf., por todos: MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 290-291. V. Também: MENDES, Gilmar. *Curso...* p. 120.

facilitar a posição probatória (aligeirar o ônus da prova) do trabalhador autor, alterando o axioma central em matéria probatória, de que a prova de um fato corresponde a quem o alega, atendida uma pluralidade de razões de política judiciária: a realização de interesses gerais de justiciabilidade dos direitos fundamentais – garantias de justiça –; lidar com o problema prático consistente nas dificuldades da prova do fato discriminatório ou contrário ao direito fundamental – debilidade da posição probatória –, o que leva a *estabelecer regras específicas de distribuição da prova a favor da posição subjetiva do trabalhador*, agravando-se simetricamente a do empresário demandado.³⁰

Já a *justificação processual* desafia certa problematização, para melhor entendimento.

A rigor, o chamado “princípio da aptidão para a prova” – pelo qual o encargo da prova deve caber aprioristicamente àquele que a puder produzir com menor sacrifício, ou sem dificuldade excessiva que impeça ou estorve sensivelmente a satisfação da pretensão material³¹ – nada mais é do que uma *concreção* do direito à tutela judicial efetiva, no sentido de um acesso à jurisdição *plena e justa*. Com efeito, os órgãos jurisdicionais têm o dever de repelir toda interpretação formalista e desproporcional de elementos procedimentais que os conduzam a negar acesso ou efetividade à jurisdição. Ao revés, devem adotar as intelecções que resultem mais consentâneas com a perspectiva funcional do exercício do direito à tutela judicial, abrangente do tripé *acesso, mérito e satisfação*. Ora bem, uma jurisdição que se resolva com insuficiente instrução probatória é uma jurisdição que produz decisões de mérito menos fidedignas à realidade. Noutras palavras, *aproxima-se menos* do ideal conceitual de Verdade como valor-tendência³².

Com isto, bem se vê que a modulação dinâmica do ônus da prova conforme a melhor aptidão probatória tem, por detrás de si, valores jusfundamentais ligados ao *due process of law*: acesso à jurisdição como acesso à melhor decisão de mérito atingível (v., no CPC/2015, o art. 4º: direito à “decisão de mérito justa

30 CATALDO, José Luis Ugarte. *El nuevo derecho del trabajo*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 2004. p. 132 (g. n.). Não por outra razão, no Anteprojeto de Reforma do Processo do Trabalho brasileiro, propusemos a positivação do *princípio do ônus dinâmico da prova* (art. 762-C, § 2º, V), que se basearia “na melhor aptidão para a prova, nas constelações de indícios, na verossimilhança das alegações ou na utilidade do processo, sem prejuízo de outros elementos que informem uma repartição fundamentada, exarada em decisão judicial que anteceda a fase instrutória e seja previamente comunicada às partes do dissídio, prevenindo-se a surpresa” (§ 18). Cf. FELICIANO, G. G. *et al. Fênix...* p. 132 e 134.

31 Cf., e.g.: TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A prova no processo do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 1991. p. 84 (reportando-se a Porrás López). V. também, do mesmo autor: *Curso...* v. II. p. 977.

32 V., a respeito: FELICIANO, Guilherme G. *Por um processo...* § 18º. n. III.

e efetiva”); lealdade e cooperação processual; Verdade como valor-tendência do processo. É nessa medida que, tal como as justificativas de ordem material, também a justificativa de ordem processual, no que diz com a aptidão para a prova, tem fundo jurídico-constitucional. Independentemente de quaisquer debilidades materiais do *ex adverso* (que podem reforçar a conclusão, mas pela lógica jurídico-material), a parte com melhor aptidão para produzir a prova acerca dos fatos relevantes, pertinentes e controvertidos do processo é quem, exatamente pela condição de mais apta, *deve*, em princípio, produzi-la (até porque, já sabemos, o princípio *nemo tenetur edere contra se* aplica-se mormente ao processo penal, não ao processo civil ou laboral³³). Daí se extrair que, não a produzindo injustificadamente, possa vir a suportar o ônus da prova quanto àqueles fatos: escandaliza que, por descumprir o seu dever geral de cooperação processual, quando não obrigações ou deveres materiais de documentação ou preconstituição, a pessoa logre obter uma *vantagem* no processo. Um raciocínio jurídico que conduza a esse resultado é, em si mesmo, antissistemático.

A rigor, mesmo a “objetividade abstrata” da teoria de Rosenberg permitiu soluções que não raro abrigam, a nosso sentir, pendores mais teleológicos do que lógico-formais. Excelente exemplo está nas considerações do próprio Rosenberg quanto ao ônus da prova de uma “violação grave de deveres conjugais” nas ações de divórcio (§ 43 do *EheG*): dever-se-ia esperar do cônjuge ofendido – o autor (e, àquele tempo, geralmente o *homem*³⁴) – não apenas a prova da prática faltosa do *ex adverso*, senão também a prova da “ausência das circunstâncias que obstam a que os eventos que fundam a demanda se apresentem como grave falta conjugal” (*i.e.*, a inocorrência de legítima defesa ou de enfermidade mental, ou de qualquer outra razão especial que justificasse, p. ex., a ausência de coabitação sexual, e que viesse a ser alegada pela *rê*). Segundo Rosenberg, essas circunstâncias não se ligariam a normas impeditivas de direitos (como se dá, de regra, com a legítima defesa), mas seriam apenas a concretização do conceito de “violação grave e culposa”, integrante da *facti species* da norma constitutiva. Provar a culpa do adversário, aqui, significaria provar inclusive a inexistência de excludentes de culpa e/ou de ilicitude (o que já não se admite nos Tribunais de hoje). O mesmo se daria, outrossim, nas ações judiciais para a privação da legítima: apontados, *e.g.*, os maus-tratos ao *de cuius*, se o réu alegasse legítima defesa ou estado de necessidade ao tempo da agressão, caberia à parte que quer ver o réu privado da legítima não apenas provar os maus-tratos,

33 V. também: FELICIANO, G. G. *Direito à prova...* Cap. IV. tópico 4.1.

34 Tanto que, nalgumas referências, o próprio Rosenberg referiu-se ao pretense ofensor como “ré” ou “demandada”, na flexão feminina.

mas também a inocorrência da excludente; do contrário, os maus-tratos não se provariam “culposos” para os fins do § 2333, 2, do BGB³⁵.

Ora, em ambos os casos, a repartição sugerida por Rosenberg recrudescerá sobremodo a carga probatória daquele que, pretendendo alterar o *status quo* patrimonial, cria o risco de levar a contraparte ao relativo desamparo (assim, *e.g.*, nas ações de perdimento da legítima, ou ainda nas ações de divórcio, se fosse réu o cônjuge virago); e a recrudescerá tão intensamente que inclusive acomete, à parte ofendida ou interessada, a prova de fatos negativos definidos (*e.g.*, de que a agressão *não se deu* em legítima defesa). Ao revés, em outras situações (em maioria, aliás), a legítima defesa é vista como pressuposto da norma impeditiva e, por isso mesmo, objeto de prova do agressor (não do agredido) – até porque não tem a ver com culpa, mas com ilicitude.

Em outra passagem, discorrendo sobre “os casos em que o ônus da prova recai principalmente sobre o réu”, novamente se insinua o interesse pelos resultados concretos da repartição. Identificando a dificuldade de a parte provar fato negativo (presente – mas ignorada – na hipótese anterior), Rosenberg funda-se nisso para argumentar que o *onus probandi* haveria de ser da contraparte. É o caso da venda sob condição potestativa suspensiva de satisfação do comprador (ou resolutiva de sua insatisfação): o implemento da condição, se consistisse na aprovação, deveria ser provado pelo vendedor; assim como deveria ser provado pelo comprador, se consistisse na *desaprovação*. Isso porque, “em caso de se haver entregue a mercadoria ao comprador para que a aprove ou examine, o silêncio, isto é, uma omissão, vale como aprovação (§ 496, inciso 2) – e, por conseguinte, neste caso se trata de uma condição suspensiva negativa – (...); o adversário [é que] terá que mostrar a declaração de desaprovação por parte do comprador”³⁶, obviamente com melhores condições para fazê-lo (aptidão?), já que seria geralmente o próprio comprador. A expressão “em caso de” indica, ademais, flerte com a ideia de “ônus da prova concreto”.

Daquela justificação material constitucional para as modulações concretas do *onus probandi* não falam, ademais, apenas os processualistas. Também na doutrina constitucionalista encontram-se vozes de nomeada apontando para a necessidade de que o ônus da prova tome em consideração a dignidade das pretensões materiais subjacentes, especialmente se dotadas de jusfundamentalidade (= direitos fundamentais, garantias constitucionais e liberdades públicas). Inclusive em Portugal. Partindo da hipotética processualização de

35 ROSENBERG, Leo. *La carga...* p. 188-189. Múrias, porém, parece ver justamente o contrário (*Por uma distribuição...* p. 49).

36 *Idem*, p. 357-358.

questões jusfundamentais como a objeção de consciência (artigos 41.º, 6, da CRP e 5.º, VIII, da CRFB), o direito de asilo (artigos 33.º da CRP e 4º, X, da CRFB), a manifestação ou reunião pacífica e sem armas (artigos 45.º da CRP e 5º, XVI, da CRFB) e a proibição de associações armadas, paramilitares, racistas ou fascistas (artigo 46.º, 4, da CRP e art. 5º, XVII, da CRFB), Gomes Canotilho³⁷ reportou que

“[o] princípio básico sobre repartição do ónus da prova é, como se sabe, este: a repartição do ónus da prova resolve-se contra a parte a quem o facto aproveita (assim, precisamente, o artigo 516.º do Código de Processo Civil português). Transferindo, de plano, este princípio para os direitos, liberdades e garantias, o princípio da repartição do ónus da prova poderia formular-se assim: quem invocar um direito fundamental (*rectius*: um direito, liberdade e garantia) deve fazer prova de que lhe assiste esse direito. Mas as coisas não são assim tão simples.

(...) As consequências de uma radicalização do princípio geral do ónus de prova neste domínio justificam já esta primeira interrogação: quem suporta o risco de não ver provido o que se pede – ser ou não ser objector de consciência? O titular do direito á objecção de consciência ou o Estado?

(...) O risco do ónus de prova incide, em termos gerais, sobre a parte (o titular do direito) que reclama o direito de asilo. O risco, como se vê, redundava ou pode redundar numa discricionariedade total das autoridades quanto à produção da prova do direito de asilo.

(...) Mas uma manifestação com armas tradicionais (*e.g.*, de índios, de zulus) cabe ou não no âmbito de protecção jurídico-constitucional? A quem cabe o ónus da prova?

(...) Quem é que tem de provar que não é associação armada, militar, paramilitar, militarizada, racista ou fascista? Os cidadãos ou as autoridades?”

E, após uma série de considerações (que passa pela própria análise do ónus da prova – na verdade, *ónus da alegação e da demonstração*, pois neste caso não há matéria fática – decorrente da inversão ditada pela *presumption of constitutionality* das leis), termina por argutamente indagar: “Será o legislador mais livre na conformação de regras processuais probatórias, de incontornável relevância para a efectividade dos direitos, do que na restrição material de

37 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos...* p. 169-175 (*O ónus da prova na jurisdição das liberdades: para uma teoria do direito constitucional à prova*).

direitos, liberdades e garantias?” Ou – o que é o mesmo – “poderá o legislador processual estabelecer regras probatórias conducentes a uma distribuição injusta do ónus da prova?” Por tudo o que já se viu *supra*, e supondo-se que a “injustiça” configure-se pela virtual lesão a direitos, liberdades e garantias, a resposta é pronta e inequívoca: *não*. O *procedural due process* deve se conformar ao *substantive due process*³⁸ – o que significa que as soluções processuais legislativas, no marco do *procedural due process*, não podem tisonar perene e desproporcionalmente outros direitos fundamentais.

Por isso mesmo, na resposta àquela indagação, Canotilho termina por formular o princípio do *in dubio pro libertate*, nos seguintes termos:

“Um limite material restritivo da liberdade de conformação da prova pelo legislador é constituído pela especial dignidade e importância atribuídas a determinados bens constitucionais (vida, liberdade, integridade física). Isto justifica que *quando alguns direitos invioláveis estejam sujeitos a restrições e estas restrições pressuponham a existência de determinados factos acoplados a juízos de prognose, o ónus da prova pertence não a quem invoca o direito mas a quem cabe decretar as restrições*. Assim, por exemplo, quando estiver em causa a aplicação de uma medida privativa de liberdade em caso de perigosidade criminal baseada em grave anomalia psíquica, o ónus da prova pertence não ao titular do direito à liberdade, mas às entidades (judiciais ou outras) que solicitam a medida de segurança.” (g.n.)

E conclui:

“Os direitos fundamentais transportam sempre uma *dimensão subjectiva* (são direitos das pessoas) e uma *dimensão objectiva* (transportam dimensões jurídico-objectivas que devem pautar a conformação do direito ordinário). Compreende-se que *quando a medida justa da distribuição do ónus da prova é fundamental para a garantia de um direito*, se devem evitar teorias abstractas e apriorísticas (como a já referida de Rosenberg) e se imponham *soluções probatórias não aniquiladoras da própria concretização de direitos, liberdades e garantias*.” (g.n.)

No mesmo sentido, ademais, a jurisprudência estadunidense já vem reconhecendo uma insuficiência metódica das regras de distribuição do ónus da prova, quando estão em causa direitos fundamentais da pessoa (*basic*

38 FELICIANO, Guilherme G. *Por um processo...* § 25º. n. III.

constitucional rights)³⁹. Não se trata, portanto, de uma percepção isolada ou anarquista.

Mas o fato é, esteja inserta em um estatuto jurídico-substantivo ou em um estatuto jurídico-processual, uma regra legal probatória raramente será injusta *in abstracto*. A injustiça amiúde será *casuística*: desvelar-se-á apenas no caso concreto, diante dos pressupostos e das circunstâncias de aplicação daquela regra. É o que se passa em sede de repartição do ônus da prova. O modelo rosenberg-chiovendiano não é injusto *in se*; aliás, jamais sustentamos isso. A injustiça não está na regra, mas na sua peculiar concretude em certos contextos. Nessa esfera, o legislador já não pode agir; e, nada obstante, impende corrigir os excessos derivados do poder de conformação legislativa, ainda se imprevisíveis ao tempo da conformação, ou o sistema falharia em um de seus mais relevantes papéis (função de imperativo de tutela dos direitos fundamentais⁴⁰). Deve agir, portanto, o juiz.

4 – ÔNUS DA PROVA E ASSÉDIO MORAL

Historicamente, os textos legislativos de processo civil e laboral positivaram modelos de repartição do *onus probandi* que se caracterizam pela *abstração*, pela *fixidez* (*modelos estáticos*) e pela *configuração ex ante*. Disso não resulta, porém, que tais modelos não admitam inflexões formais de cariz judicial, calibradas pelo *substantive due process* (proporcionalidade, capacidade de aprendizagem), de acordo com necessidades concretamente aferidas e à mercê de circunstâncias excepcionalmente relevantes. De outro modo, privar-se-ia o juiz do poder de eleger as técnicas processuais *mais adequadas* para prover jurisdição efetiva. É que os modelos estáticos não são capazes de tomar em consideração as *particularidades do direito material e do caso concreto* para a distribuição do ônus da prova. O processo de conhecimento de feição liberal é um processo neutro; e, logo, *injusto* em alguns contextos, porque insensível às necessidades do direito material, não permitindo ao juiz inverter o ônus da prova de acordo com a situação concreta que lhe é trazida (Marinoni⁴¹). Se o direito de acesso à ordem jurídica justa – ou à justa composição do litígio – traduz um gradiente apreciável de justiça material, é ingente admitir que o exercício adequado do direito constitucional de ação, na perspec-

39 Cf. NIERHAUS, Michael. *Beweismass und Beweislast*. Untersuchungsgrundsatz und Beteiligtenmitwirkung im Verwaltungsprozess: Studien zum Öffentlichen Recht und zur Verwaltungslehre. Berlin: F. Vahlen, 1989, *passim*.

40 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais...* p. 59 e ss.

41 Cf., e.g.: *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 31.

tiva da máxima efetividade, supõe “a necessidade de procedimento, cognição, provimentos e meios executórios adequados às peculiaridades da pretensão do direito material”⁴². Logo, não pode haver um encilhamento formal irreduzível. Quando as regras estáticas de repartição do ônus da prova tendem a determinar o sacrifício (materialmente) injustificado das pretensões de direito material, evocar a cláusula do *due process of law* significará, inclusive, reconhecer que o juiz detém meios bastantes – dir-se-ia mesmo “poderes implícitos”⁴³ – para evitar aquele sacrifício e reconduzir o binômio processo-procedimento a uma condição razoavelmente isonômica e calibrada.

Pois bem. Para essa recondução, o “meio” por excelência foi explicitado há pouco: as regras legais formais de distribuição do *onus probandi* desafiam, em todo caso, *interpretação conforme a Constituição*, em regime de ponderação prática e harmônica de bens e direitos (Hesse) e sob fundamentação concreta. Esse instrumento servirá para *evitar* o modelo estático – que passa a ter *papel ordinário* ou *residual*⁴⁴ no sistema processual não penal (já não, porém, como critério absoluto ou incondicional) – quando a sua observância cega ameaçar concretamente a integridade de outros direitos fundamentais em tese (“direitos prováveis”) ou mesmo os escopos naturais do *due process of law*. Em tais casos, à vista dos interesses materiais em jogo e da própria funcionalidade do processo, o juiz *redistribuirá* o ônus probatório, com a devida e prévia comunicação às partes (e sob regular contraditório, atual ou diferido). Poderá fazê-lo *ex officio* ou a requerimento das partes, com a competente fundamentação; em não o fazendo – ou indeferindo, p. ex., o requerimento correspondente –, sinalizará que a demanda concreta não tem traços de excepcionalidade que permitam suspender o modelo ordinário-residual, de modo que a repartição far-se-á segundo o esquema legal formal em vigor (no Brasil, arts. 373 e 374 do CPC/2015, inclusive para o processo laboral; em Portugal, artigos 342.º a 344.º do CC).

42 MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 124.

43 Pela *teoria dos poderes implícitos*, para cada competência ou atribuição outorgada pela Constituição estão implicitamente outorgados amplos poderes para a respectiva execução, desde que não expressamente limitados. Surge na jurisprudência da *U.S. Supreme Court*, quando aos poderes do Congresso, e daí se espalha para o mundo. Foi já evocada pelo STF em algumas ocasiões (recentemente, v. STF: HC 107.644/SP, 1ª T., Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 06.09.2011): reconheceu-se ao delegado de polícia, por lhe competirem as funções constitucionais de polícia judiciária e a apuração das infrações penais, *ut art. 144, § 4º*, da CRFB, o poder implícito de *conduzir coercitivamente* o suspeito para prestar esclarecimentos, se ele a isso resistir, ainda que inócua qualquer hipótese legal de prisão. Confira-se, de resto, o § 33º *infra*.

44 “Residual”, aqui, como adjetivo concernente a *fundo, raiz ou âmago* (v. *Dicionário Aulete*, verbete “resíduo”. Disponível em: <<http://aulete.uol.com.br>>. Acesso em: 15 jul. 2012), e não como “resto”, “escória” ou “sobra”. O modelo rosenberg-chiovendiano segue sendo o *modelo de fundo*, a que retrocedem todos os casos que não desafiem a distribuição dinâmica do ônus probatório.

A utilidade/necessidade da *fundamentação prévia* da repartição dinâmica, a partir de uma hermenêutica constitucional focada na máxima efetividade dos direitos humanos fundamentais em tese afetados, arranca da constatação de que o esquema rosenberguiano representou decerto uma evolução, mas é hoje insuficiente para racionalizar a repartição do ônus da prova no processo civil⁴⁵; e, nessa alheta, propor uma repartição dinâmica constitucionalmente ancorada parece convergir para a ideia de uma *distribuição fundamentada* como norte para o melhor equacionamento do problema (Múrias⁴⁶).

Poder-se-ia objetar, porém, que essa é uma solução propícia às instabilidades e à insegurança jurídica (como de resto objetarão todos os que lerem estas linhas com os olhos do juiz “enunciador”). Essas críticas aparecem muito dura e evidentemente nas monografias de Taruffo⁴⁷ e Verde⁴⁸, por exemplo.

45 Além das razões já alinhavadas, quanto à sua fixidez ancilosadora, pode-se acrescentar, com Múrias (especialmente para o caso português): a *Normentheorie* é estéril no plano legislativo (não consegue assegurar a estabilidade afiançada e pressupõe um legislador disposto a enunciar a lei segundo os seus esquemas linguísticos, o que é por tudo duvidoso), torna-se inutilizável sempre que o aplicador do direito não possa reconduzir o seu juízo a um texto legal ou equiparável (assim, e.g., se decidir por princípios jurídicos implícitos, por cláusulas gerais ou por conceitos jurídicos indeterminados), é limitada – quando não contrariada – pelos próprios limites do instituto do ônus da prova e, por fim, o seu “funcionamento (...) em casos de ‘normas autônomas incompatíveis’ implica uma atenção incompleta à avaliação substantiva dos problemas” (MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por uma distribuição...* p. 87-92, 131-143 e 160). No mesmo diapasão, Micheli obtempera que *não se podem reger pela mecânica da repartição estática do ônus probatório*, ainda quando haja matéria de fato, os julgamentos que se façam por princípios gerais de direito, pela aplicação de princípios do direito comparado ou pela própria aplicação do costume. Cf. MICHELI, Gian Antonio. Teoria geral da prova. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, jul./set. 1976, n. 03, p. 161-168; e ainda, do mesmo autor: *L'onere della prova*. Padova: CEDAM, 1942, *passim*.

46 *Por uma distribuição...* p. 156-157. Como esplendidamente evidenciou, “numa área em que os ‘factos’ relevantes não se encontram previstos na lei, a ‘teoria’ redundante em pura arbitrariedade e fonte de desequilíbrio entre as partes, pela unilateralidade da ‘distribuição’” (p. 157); e, por conta disso – embora sem caminhar adiante na investigação de quais poderiam ser os critérios materiais que fundariam com maior especificidade a distribuição do ônus probatório –, sinaliza claramente a sua opção por um recuo nas “grandes narrativas”, de que são espécies as teorias generalizantes. Percebe-se isso no elogio que faz a Wahrendorf, a quem creditou “o grande mérito de querer fundamenta o ônus da prova por institutos, e não, de uma vez só, para a totalidade do sistema” (g.n.).

47 TARUFFO, Michele. Presunzioni, inversioni, prova del fatto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, 1992, v. 46, n. 3, p. 755-756. Para Taruffo, o risco de arbítrio e manipulação, quando a repartição do ônus da prova é feita pelo juiz, “caso por caso e *ex post*”, seria incontornável e insuportável. Considerando-se, porém, o que registramos na nota nº 2396, concluir-se-á que, em um ambiente de renascimento da jurisprudência dos valores pela matriz do “pós-positivismo”, esse risco *já existe*, mantenha-se ou não a fé nas virtudes do regramento geral e abstrato daquela repartição. Cada vez mais se julga com base em *princípios*, em ensejos que dificilmente poderiam ser reduzidos ao modelo rosenberguiano ou a qualquer outro modelo estático-formal. Melhor será, portanto, desenvolver conceitos, discursos e rotinas que permitam a controlabilidade das decisões judiciais nesse novo ambiente. É o que propomos.

48 VERDE, Giovanni. L'inversione degli oneri probatori nel processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, 1992, v. 46, n. 3, p. 720 (menos incisivamente).

Essa margem de insegurança, segundo nos parece, é da natureza mesma das técnicas processuais que procuram equacionar o processo a partir de parâmetros materialmente mais justos; é, por assim dizer, o “preço” de um binômio processo-procedimento mais afinado com as pretensões materiais subjacentes e a realidade de entorno. E, não bastasse, é também um aspecto do espírito do nosso tempo.

Nada obstante, é perfeitamente possível buscar *tecnologias* que minimizem a sensação de imprevisibilidade, engendrando conceitos e procedimentos a que possam aceder os operadores mais ávidos por juízos subsuntivos (mas, é claro, sem jamais reproduzir a lógica estritamente cartesiana do direito moderno legal formal, repleto de conformidades *more geometrico*). Ao inverter ou modular concreta e dinamicamente o ônus da prova (*ex post legem*), o juiz não o fará arbitrariamente, esgrimindo lugares-comuns teóricos (“dignidade da pessoa humana”, “prevalência dos direitos humanos”) como salvo-condutos de manipulação; ao revés, aliará à argumentação jusfundamental, como causa eficiente da inversão/modulação, uma ou mais dessas tecnologias, adensadas em bom lastro teórico e reconhecidas pela *communis opinio doctorum*.

Analisemos três dessas tecnologias⁴⁹ – algumas foram já tangidas acima e outras tantas foram exploradas em outros escritos⁵⁰ – que “flexibilizam” o esquema rosenberg-chiovendiano de repartição formal-abstrata do *onus probandi*.

49 V., por todos: CATALANO, Elena Maria. Prova indiziaria, probabilistic evidence e modelli matematici di valutazione. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, CEDAM, 1996, v. 51, n. 2, p. 519 e ss.; LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão...* p. 194 e ss. (citando Patti, Taruffo e a própria Catalano). Das tecnologias que menciona, porém, algumas há que devem ser desde logo descartadas ou mitigadas. Assim, e.g., a *tecnologia da probabilidade quantitativa*, de origem estadunidense, que pretende ser um método de *racionalização e quantificação matemática* do nível de pertinência entre a prova produzida e os fatos alegado, expresso pelo chamado “teorema de Bayes”: $P(X/E) = P(E/X) \cdot P(X)/P(E)$, em que “X” e “E” são os eventos que se quer relacionar, “P(X/E)” é a probabilidade de um evento “X” dado um evento “E” e “P(E/X)” é a frequência estatística com a qual, dado “X”, verifica-se “E”. Poder-se-ia eventualmente aplicar essa tecnologia, no processo civil, para inverter o ônus da prova, mas jamais para excluí-lo absolutamente, porque desumaniza a justiça (LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão...* p. 198). Na prática, a tecnologia da probabilidade quantitativa já fundamentou condenações *criminais* perante cortes norte-americanas, como na corte de Los Angeles, com o célebre caso Collins (em que se admitiu como prova cálculos estatísticos que indicavam haver uma única possibilidade, sobre doze milhões, de que em um casal diferente dos Collins, mas com as mesmas características físicas narradas pela vítima – jovem branca, loira de cabelos presos em rabo de cavalo, com jovem negro e barbado em automóvel amarelo –, houvesse praticado o assalto). Outro modelo bem similar, mas sem a pretensão de apuro matemático, é a *tecnologia da probabilidade lógica* (dita “baconiana”), muito utilizada nos sistemas de *common law*: a partir de um procedimento de sucessivas tentativas lógico-argumentativas de destruição lógica da relação entre a prova produzida e a alegação (= *method of eliminative reasoning*), obter-se-ia solidez quanto à verdade dos fatos no processo; mas, ao invés de dados estatísticos, utilizar-se-iam, para aquela redução, as máximas de experiência e as presunções *hominis*. No fim, essa teoria acaba desafiando os mesmos defeitos da anterior: deformação da lógica jurídica e desumanização das decisões judiciais.

50 V., mais uma vez: FELICIANO, Guilherme G. *Por um processo..., passim*.

4.1 – O princípio da melhor aptidão para a prova

Já o definimos acima. Pode ser compreendido – parafraseando-se Carnelutti – como o princípio instrumental pelo qual se atribui a prova à parte que esteja mais provavelmente em situação de dá-la⁵¹.

Tal princípio informa, p. ex., a racionalidade da Súmula nº 338 do c. TST, a da cancelada OJ SDI-1/TST nº 301 (ônus da prova quanto ao FGTS) e provavelmente a do cancelamento da OJ SDI-1/TST nº 215 (ônus da prova no vale-transporte), como também a de diversos os julgados portugueses acerca da inversão do *onus probandi* nas ações de preferência (v. ac. STJ de 26.09.91 e todos os similares).

No Brasil, seu emprego é comum no próprio Tribunal Superior do Trabalho. Vejamos, *ad exemplum*:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DEPÓSITOS DE FGTS. ÔNUS DA PROVA. PRINCÍPIO DA APTIDÃO PARA A PROVA. 1. Segundo a jurisprudência firmada nesta Corte Superior, cabe ao empregador o ônus de comprovar a regularidade dos depósitos de FGTS, entendimento que se justifica pelo princípio da aptidão para a prova, inclusive pelo fato de que a empresa deve manter em seu poder os comprovantes dos depósitos do FGTS. 2. Admite-se o recurso de revista interposto contra acórdão regional proferido em desconformidade com a iterativa, notória e atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (art. 896, § 7º, da Consolidação das Leis do Trabalho). 3. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se dá provimento.” (TST, RR 2149-25.2012.5.02.0015, 4ª T., Relª Desª Conv. Rosalie Michaele Bacila Batista, j. 16.12.2015, DEJT 18.12.2015)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TERCEIRIZAÇÃO. ENTE PÚBLICO. *CULPA IN VIGILANDO*. ÔNUS DA PROVA. PRINCÍPIO DA APTIDÃO PARA A PROVA. Nos termos do acórdão regional, a condenação do Estado do Rio de Janeiro, tomador da mão de obra, decorreu da inversão do ônus da prova, em razão de ser o ente público detentor dos documentos capazes de demonstrar sua efetiva fiscalização. O Juízo *a quo* pautou-se no princípio da aptidão para a prova. Verifica-se, ademais, que o Regional não se afastou do entendimento exarado pelo STF, no julgamento da ADC 16/DF, o qual previu a necessidade da análise

51 V. MACHADO Jr., Julio César. *O ônus da prova no processo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001. p. 145.

da *culpa in vigilando* do ente público tomador de serviços. Atribuiu, no entanto, ao recorrente o ônus de demonstrar que fiscalizou a empresa prestadora de serviços no adimplemento das obrigações trabalhistas. A decisão, calcada no princípio da aptidão para a prova, está em consonância com a atual jurisprudência desta Corte Superior. Agravo de instrumento conhecido e não provido.” (TST, AIRR 3852120125010471, 4ª T., Relª Minª Maria de Assis Calsing, j. 17.02.2016, DEJT 19.02.2016)

É o que resta textualmente positivado, ademais, no art. 373, § 1º, do CPC/2015, ao dispor que, “nos casos previstos em lei ou *diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário*, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído” (g.n.).

4.2 – A tecnologia da *Anscheinsbeweis*: prova por verossimilhança

Importada do processo civil alemão – conquanto também se possam reconhecer suas bases teóricas na jurisprudência norte-americana dos *prima facie cases*⁵² –, a *Anscheinsbeweis* baseia-se em “hipóteses-tipos” definidas pela lei ou pela jurisprudência que, uma vez verificadas no caso concreto, bastam para a satisfação do ônus probatório da parte, por mera *verossimilhança* (= plausibilidade, credibilidade, atributo do que parece ser verdadeiro ou tem condições de realmente ter acontecido) da alegação. Diante da hipótese-tipo (*prima facie case*), incumbirá à parte contrária provar que aquele fato presuntivo não se verificou.

Com efeito, é esse o modelo de repartição que a jurisprudência norte-americana tem aplicado aos casos de alegadas práticas discriminatórias no

52 “A *prima facie case* is a lawsuit that alleges facts adequate to prove the underlying conduct supporting the cause of action and thereby prevail. Below’s an example dealing with employment discrimination claims. (...) A plaintiff can establish a *prima facie case* of race discrimination under Title VII by establishing that (1) he or she belongs to a racial minority; (2) he or she applied and was qualified for a job for which the employer was seeking applicants; (3) he or she was rejected for the position despite his or her qualifications; and (4) the position remained open after his or her rejection and the employer continued to seek applications from other people with similar qualifications to the plaintiff. *McDonnell Douglas v. Green*, 411 U.S. 792, 802 (1973). In *Texas Dept. of Community Affairs v. Burdine*, 450 U.S. 248, 253 (1981), the Supreme Court stated that ‘[t]he burden of establishing a *prima facie case* of disparate treatment is not onerous’ (...). After the plaintiff has established a *prima facie case*, *the burden of production shifts to the employer to articulate a legitimate, non-discriminatory reason for the plaintiff’s rejection.*” (*The letric law library*. Disponível em: <<http://www.lectlaw.com/def2/p078.htm>>. Acesso em: 2 out. 2016) (g.n.)

emprego, na esteira do célebre *McDonnell Douglas Corporation v. Green* (411 U.S. 792)⁵³, precedente que remonta ao ano 1973. Não há, portanto, regulação legal. Por aquele precedente, desde que sejam verossímeis as alegações do autor (pelo seu pertencimento a uma minoria racial, pela sua qualificação para o posto e pelo fato de que o posto foi depois ocupado por indivíduo com qualificações similares⁵⁴ – vide nota nº 52), pode-se reconhecer um *prima facie case*, incumbindo ao réu a prova de que as condutas e procedimentos corporativos pautaram-se por critérios objetivos e legítimos⁵⁵.

Em sentido similar, invertendo o *onus probandi* quando das alegações do autor se deduza a existência de “indícios fundados de discriminação” – seja em razão da raça, da etnia, da religião, das convicções, da deficiência, da idade ou da orientação sexual –, vejam-se, na Espanha, os arts. 32 e 36 da Ley 62/2003, de 30 de dezembro (para o processo judicial civil e contencioso-administrativo). Ou, mais extensivamente (para todo o contexto europeu), a *Diretiva nº 97/80/CE*, de 15 de dezembro (sobre o ônus da prova em casos de discriminação por motivo de sexo), no seu art. 4º; a *Diretiva nº 2000/78/CE*, de 27 de novembro (sobre igualdade de tratamento no emprego e na ocupação), no seu art. 10; a *Diretiva nº 97/80/CE*, de 15 de dezembro (sobre o ônus da prova em casos de

53 McDonnell Douglas, empresa do segmento aeroespacial sediada em St. Louis e adquirida pela Boeing, demitira em 1964 o mecânico e técnico de laboratório Percy Green, homem negro, durante um episódio de corte de pessoal. Green, ativista de movimentos de direitos civis, entendeu-se discriminado por sua cor e, juntamente com outros trabalhadores descontentes, iniciou uma série de protestos e bloqueios em detrimento da empresa. Ulteriormente aos incidentes, qualificado para uma vaga de mecânico que se abria na McDonnell Douglas, Green não foi admitido, agora com o argumento de que havia participado dos protestos anteriores e causado prejuízos à empresa. Green levou o caso à EEOC e à Corte distrital, de cuja decisão recorreu para a *U.S. Court of Appeals for the Eighth Circuit* e, finalmente, para a *U.S. Supreme Court*, onde obteve ganho de causa por nove votos a zero. Em sua decisão, a *U.S. Supreme Court* registrou: “1. A complainant’s right to bring suit under the Civil Rights Act of 1964 is not confined to charges as to which the EEOC has made a reasonable-cause finding, and the District Court’s error in holding to the contrary was not harmless since the issues raised with respect to 703 (a) (1) were not identical to those with respect to 704 (a) and the dismissal of the former charge may have prejudiced respondent’s efforts at trial. 2. In a private, non-class-action complaint under Title VII charging racial employment discrimination, a private, non-class-action complaint under Title VII charging racial employment discrimination, the complainant has the burden of establishing a *prima facie case*, which he can satisfy by showing that (i) he belongs to a racial minority; (ii) he applied a and was qualified for a job the employer was trying to fill; (iii) though qualified, he was rejected; and (iv) thereafter the employer continued to seek applicants with complainant’s qualifications” (g.n.). Na espécie, eram todos fatos desde logo incontroversos, o que tornava as alegações de Green verossímeis *ab ovo*.

54 Aspectos que ora exsurgirão desde logo incontroversos, ora demandarão alguma prova. Em demandando provas, estaremos mais próximos da tecnologia das constelações de indícios, senão das próprias presunções judiciais (em se identificando, num bem definido fato a provar, a figura de um *fato-base* presuntivo).

55 RUTHERGLEN, George. *Employment discrimination law: visions of equality in theory and doctrine*. New Cork: Foundation Press, 2007. p. 35-54.

DOCTRINA

discriminação por motivo de sexo), no seu art. 4º; e a *Diretiva n° 2000/43*, de 29 de junho (sobre a aplicação do princípio da igualdade de trato das pessoas independentemente de sua origem racial ou étnica), em seu art. 8º. Em todos esses casos, bastará, para a inversão do ônus da prova – que deve ser transposta para a ordem legislativa dos Estados-membros –, a mera *alegação* (ou *apresentação*) de fatos que permitam presumir a existência de discriminação direta ou indireta. Na dicção de Ormazabal Sánchez⁵⁶,

“se atendemos à literalidade do preceito, é plausível concluir que o legislador europeu não pretendeu utilizar o instituto das presunções em sua acepção técnica (...), ainda que literalmente utilize o termo ‘presunção’ nas referidas diretivas. Do contrário, o preceito resultaria, ao menos no direito espanhol, supérfluo, pois parece evidente que se o autor aporta fatos que permitem presumir o fato discriminatório correspondente, dito fato quedará fixado e procederá, sem mais, condenar o demandado. Como também é evidente que o demandado poderá aportar provas para desvirtuar dita presunção, se esta não é do tipo *iuris et de iure*, coisa que não sucede no nosso caso.”

A rigor, em todos esses casos, o que se dá é uma pura inflexão formal do encargo probatório em favor da parte que noticia, de modo verossímil, a lesão a um seu direito humano fundamental (notadamente o direito à isonomia formal e ao tratamento não discriminatório).

E no caso brasileiro?

A tecnologia da *Ancheinsbeweis*, que, como visto, usualmente tem em mira situações de aguda assimetria na comunidade processual e/ou pretensões materiais especialmente protegidas, foi positivada no Brasil pelo já referido art. 6º, VIII, do CDC (“quando, a critério do juiz, for *verossímil* a alegação”), podendo decerto ser aplicada em outras espécies litigiosas, notadamente na Justiça do Trabalho (por força do próprio art. 769 da CLT, já que o processo

56 ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 134-135. No entanto, o autor compreende que “el término ‘presumir’ o ‘presunción’ se entende como equivalente a indicio o elemento que, sin probar ni permitir deducir logicamente e lacto discriminatório correspondiente, sugere certa verosimilitud o probabilidade en su comisión. La aportación de dichos indicios provocaría la inversión de la carga de la prueba (...)”. A ser assim, se é ônus do autor *subministrar a prova preliminar de fatos indiciários* (e não apenas alegar de modo verossímil, a partir do que é *ab ovo* incontroverso), parece-nos que estaríamos no âmbito da constelação de indícios, não na *Ancheinsbeweis*. E não é como entendemos esta hipótese, com todas as vênias.

civil consumerista também pode ser considerado “processo comum” para aquele efeito⁵⁷).

No processo laboral brasileiro, aliás, a *Ancheisbeweis* tem sido intuitivamente aplicada para inverter o ônus da prova em ações civis acidentárias (nas quais, pelo acidente e/ou pela doença ocupacional, pede-se indenização civil ao próprio empregador – com base no art. 7º, XXVIII, *in fine*, da CRFB –, *presumindo-se* o nexó de causalidade entre o trabalho e a lesão sofrida, se se tratar, p. ex., de hipótese coberta pelo chamado *nexo técnico-epidemiológico* administrativo⁵⁸, ou mesmo como regra geral). Também aparece, ademais, na já sedimentada jurisprudência que admite a inversão do ônus da prova da dispensa discriminatória, em se tratando de empregado soropositivo para HIV (ou portador de outras doenças igualmente estigmatizantes). É o que dita a recente Súmula nº 443 do TST. *In verbis*:

“DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO (Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012). Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.”

E, da jurisprudência originária:

-
- 57 Não por outra razão, aliás, antes do CC/02 – ou mesmo depois –, diversos julgados evocavam o art. 28 do CDC para fundamentar, nas execuções trabalhistas, a desconsideração da personalidade jurídica do empregador. V., por todos: “DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PENHORA SOBRE BEM DO SÓCIO. A desconsideração da personalidade jurídica, *disregard of legal entity doctrine*, oriunda do sistema de *common law*, consiste na constrição de bens particulares dos sócios e ex-sócios da pessoa jurídica, sempre que frustrada a execução direta nos bens dessa. No ordenamento jurídico nacional vigente, *encontra guarida nos arts. 28 do Código de Defesa do Consumidor e 50 do Código Civil, de aplicação subsidiária ao processo do trabalho*. Proposta a reclamatória trabalhista em face do empregador e das empresas integrantes do grupo econômico, somente os sócios que se retiraram há mais de dois anos desde o ajuizamento da ação (arts. 1.003, parágrafo único, e 1.032 do CCB) é que não poderão ter seus bens pessoais atingidos na execução. Agravos de petição conhecidos e desprovidos (TRT da 10ª Região, 3ª T., AP 00377-2008-014-10-00-2, Rel. Juiz Conv. Grijalbo Fernandes Coutinho, DEJT 10.02.02). Agravo de petição conhecido e provido” (TRT da 10ª Região, RO 796-2012-00210000/DF, 00894-2009-008-10-00-0 AP, Rel. Des. Douglas Alencar Rodrigues, 3ª T., j. 23.01.2013, DEJT 01.02.2013 (g.n.).
- 58 Cf. art. 21-A, *caput*, da Lei nº 8.213/91, com a redação da Lei nº 11.430/06. *In verbis*: “A perícia médica do INSS considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando *constatar ocorrência de nexó técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças – CID*, em conformidade com o que dispuser o regulamento” (g.n.).

“O despedimento injusto do empregado portador do vírus HIV, ainda que assintomático, *presume-se discriminatório* e como tal, não é tolerado pela ordem jurídica pátria, impondo-se, via de consequência, sua reintegração.” (TRT da 3ª Região, RO 16691/1994, 3ª T., Rel. Levi Fernandes Pinto, j. 26.07.95) (g.n.)⁵⁹

O aresto acima encerra uma das decisões regionais precursoras, no Brasil, desta tese e matéria. Hoje, quase 20 anos depois, é jurisprudência praticamente consolidada no Tribunal Superior do Trabalho, como visto imediatamente acima.

Registre-se, por fim, que boa parte dos autores nacionais e estrangeiros identifica em praticamente todos os casos de *assédio* (sexual ou moral) hipóteses típicas de *discriminação*⁶⁰. Tal se dá, sobretudo, por influência de doutrina e jurisprudência norte-americana⁶¹, já que o *Civil Right Act* (1964), que rege a matéria, não contempla hipóteses autônomas de “assédio” (*harassment*), restando a evocar, mesmo para esses casos, o seu Título VII (que reprime, como *unlawful employment practice*, todas as hipóteses de *discrimination based on race, color, religion, sex and national origin*)⁶². Logo, a nosso ver, essa não é uma redução conceitual que deva ser necessariamente acatada no sistema jurídico brasileiro, onde há muito se *autonomizou* a figura do assédio (v., e.g., o art. 216-A do CP, no âmbito da União, ou a Lei nº 12.250/06, no Estado de São Paulo), sem compulsória correlação com as teorias da discriminação. Nada obstante, a se entender daquele modo (*i.e.*, a se compreender que os assédios são sempre *subtipos* de discriminação), não será apenas por meio da tecnologia da constelação de indícios (*infra*), mas também – a depender do caso – pela tecnologia da *Anscheinsbeweis*, que o juiz do Trabalho poderá, à luz do art. 765 da CLT, inverter o ônus da prova, reconhecendo a discriminação *prima*

59 Trata-se de um dos arestos regionais *precursores*, no Brasil, desta tese e matéria. Hoje, quase 20 anos depois, já é jurisprudência praticamente consolidada no Tribunal Superior do Trabalho, como visto.

60 V., por todos: LIMA, Firmino Alves. *Teoria da discriminação nas relações de trabalho*. São Paulo: Elsevier, 2011, *passim*.

61 V., e.g.: *Meritor Savings Bank v. Vinson* (1986), o mundialmente famoso *Clinton v. Jones* (1997) e, ainda, *Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.* (1998). O primeiro tratou de ação judicial movida por *Mechelle Vinson* em face do *Meritor Savings Bank*, sob as alegações de que sofria de assédio sexual no trabalho e de que o *Civil Right Act* proibia quaisquer hipóteses de discriminação no ambiente de trabalho. Já perante a *U.S. Supreme Court*, afirmou-se o entendimento – a favor da autora – de que a interpretação da *Civil Right Act* deveria ser ampla, abarcando todas as formas de discriminação direta e indireta (*disparate treatment*) no ambiente de trabalho, *inclusive* os assédios. Já o último pacificou, também na *U.S. Supreme Court*, a compreensão de que a *Civil Right Act* também protege os trabalhadores contra assédio sexual praticado por pessoas do mesmo sexo.

62 Nada mudou a respeito, ademais, com a edição do *Civil Right Act* de 1991, sob George W. Bush, tampouco com o *Lily Ledbetter Fair Pay Act*, de 2009.

facie e dando disso notícia oportuna à parte contrária (art. 373, § 1º, *in fine*, do CPC/2015).

4.3 – A tecnologia das constelações de indícios

Por fim, cabe falar da tecnologia que melhor se aplica às hipóteses de assédios morais e sexuais nas relações de trabalho: a das *constelações de indícios*. Baseia-se na ideia de que um conjunto coerente de fatos laterais tendentes ao fato principal (objeto da prova) satisfaz o respectivo *onus probandi*⁶³ e permite atribuir à contraparte processual o ônus de provar a inocorrência do fato principal ou a imprestabilidade dos indícios para a inversão no caso concreto.

É essa a tecnologia por detrás da OJ SDI-1/TST nº 233 (extensão presuntiva da jornada alegada), na medida em que o “convencimento” do julgador, quanto à extensão da jornada, evidentemente derivará do conjunto coerente de fatos laterais indiciários (p. ex., mesmos superiores hierárquicos, mesma unidade, mesmo *modus operandi*, etc.). *In verbis*:

“HORAS EXTRAS. COMPROVAÇÃO DE PARTE DO PERÍODO ALEGADO. A decisão que defere horas extras com base em prova oral ou documental não ficará limitada ao tempo por ela abrangido, desde que o julgador fique convencido de que o procedimento questionado superou aquele período.”

A tecnologia das constelações de indícios tem, outrossim, reconhecimento legislativo em alguns sistemas, como na Itália (art. 4º, 5, da *Legge* 10.04.91 nº 125⁶⁴, sobre “azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro”):

“5. Quando o requerente fornecer elementos de fato também derivados de *dados de caráter estatístico* relativos ao recrutamento, aos regimes retributivos, à atribuição de tarefas e qualificações, às transferências, à progressão na carreira e às demissões, *idôneos a fundar, em*

63 Note-se que, conquanto sejam ideias próximas (v. LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão...* p. 205-206), as *constelações de indícios* não se confundem com as *presunções hominis* (ou *judiciais*), em ao menos dois aspectos: (1) enquanto as *presunções* em geral pressupõem um *fato-base* mais ou menos delimitado ou preconcebido, as *constelações de indícios* refletem uma *multiplicidade de fatos laterais* – amiúde ainda mais laterais que um *fato-base* presuntivo –, aferíveis quase que inteiramente *ex post*, desde que *coerentes e convergentes*; e (2) as *presunções judiciais* têm regulação legal em algumas ordens jurídicas (e.g., artigo 351.º do CC português), o que é bem mais incomum em se tratando de *constelações de indícios* (o que *a priori* confere ao aplicador do direito uma maior liberdade de utilização, desde que não se queira aplicar à espécie algum argumento de tipo *ex minore, ad maiorem*).

64 Em Rodrigo Xavier Leonardo (*Imposição e inversão...* p. 206) aparece equivocadamente grafada como “Lei italiana nº 5” (na verdade, 125).

DOCTRINA

termos precisos e concordantes, a presunção de existência de atos ou comportamentos discriminatórios por motivo de sexo, incumbe o réu o ônus da prova sobre a insubsistência da discriminação.” (g.n.)⁶⁵

Veja-se que, no caso italiano, não se cuida de mera *verossimilhança*, como ocorre nas Cortes estadunidenses e até mesmo nas brasileiras (*supra*, tópico 4.2). Exige-se, ao revés, a demonstração de *dados concretos* (= *fato*) que, concordantes e precisos num certo sentido (= coerentes), funcionarão como constelação de indícios e imporão a inversão do *onus probandi*.

Porém, se no sistema italiano – e em outros similares – há a lei, já não é assim no caso brasileiro.

No processo civil brasileiro, se muito, poder-se-á trabalhar, para esse efeito (inversão do ônus da prova sob base indiciária), com o art. 375 c/c do CPC/2015 (correspondente ao art. 335 do revogado CPC/73):

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

O mesmo se diga, ademais, do processo do trabalho, até com maior expressão jurídico-positiva, porque o juiz do Trabalho poderá valer-se do multicitado art. 765 da CLT. *In verbis*: “Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”.

De todo modo, a despeito da pobreza dos textos legais, as constelações de indícios podem e devem ser empregadas como tecnologias auxiliares de balizamento da argumentação jusfundamental para a inversão do ônus da prova. *É precisamente o que tem acontecido nos casos em que os Tribunais reconhecem inversões de carga probatória em ações relativas a assédio moral e sexual*, em países como Brasil e França, como também, de certo modo, em Portugal, e com reflexos sentidos na Espanha. Vejamos.

Na França, entende-se que o artigo L 122-52 do Código do Trabalho autoriza o juiz, a partir de indícios, a inverter o ônus da prova em favor do reclamante. A teor desse preceito,

65 No original: “5. Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all’assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti – idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell’ esistenza di atti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l’ onere della prova sulla insussistenza della discriminazione”.

DOCTRINA

“en cas de litige relatif à l’application des articles L. 122-46 et L. 122-49 [harcèlement], *le salarié concerné présente des éléments de fait laissant supposer l’existence d’un harcèlement. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que ses agissements ne sont pas constitutifs d’un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.* Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d’instruction qu’il estime utiles.” (g.n.)

Não há, como se vê, qualquer distinção, para esse efeito, entre os assédios (*harcèlements*) sexual e moral. Daí que, nas palavras de Bourkhris⁶⁶,

“l’article L 122-52 du code du travail prévoit que le salarié établisse les faits qui *permettent de présumer de l’existence d’un harcèlement.* (...) Au vu de ces éléments, *il incombe au défendeur de prouver que ses actes sont justifiés* par des motifs étrangers à tout harcèlement.”

Deduz-se, pois, haver uma inversão do ônus probatório quanto ao fato principal (o assédio); mas, para tanto, o autor deverá fazer *alguma* prova: provará “elementos de fato que deixem [permitam] supor a existência de um assédio” (= constelação de indícios). Ou, na dicção do *Conseil Constitutionnel* (examinando preventivamente este exato preceito),

“(…) les règles de preuve plus favorables à la partie demanderesse instaurées par les dispositions critiquées *ne sauraient dispenser celle-ci d’établir la matérialité des éléments de fait précis et concordants* qu’elle présente au soutien de l’allégation selon laquelle la décision prise à son égard constituerait une discrimination en matière de logement ou procéderait d’un harcèlement moral ou sexuel au travail (...)” (*Conseil constitutionnel, Décision n° 2001-455*) (g.n.)

Acrescente-se que, sem essas medidas processuais, a tutela jurídica do trabalhador contra o assédio moral caminharia para a inanição. Isso porque, mesmo com elas, no ano de 2004, 85% das ações judiciais distribuídas ao *Conseil des Prud’hommes* de Paris alegavam algum tipo de assédio moral. Dessas, porém, somente 5% levaram a uma condenação por assédio, o que se explica “par l’abondance des plaintes qui rend plus difficile à faire passer le

66 BOURKHRIS, Isabelle. *Cit.*. No mesmo sentido, v.: ORSAY, Anne. La notion de harcèlement moral trois ans après l’adoption de la loi du 17 janvier 2002. *Le Village de la Justice*, 2004. Disponível em: <<http://www.village-justice.com/articles/harcelement,71>>. Acesso em: 15 jul. 2012.

harcèlement avéré, les juges voulant éviter d'ouvrir une boîte de Pandore⁶⁷. Não por outra razão, aliás, houve quem concluísse que,

“dans la pratique, la présomption [*rectius*: a inversão] semble inefficace, imposant encore un fardeau trop lourd à la victime. De fait, même si elle partage le fardeau de la preuve entre le salarié et l'employeur, le salarié doit tout de même faire la preuve de la matérialité des éléments de fait. Pour ce faire, il est généralement nécessaire de faire entendre les témoins du harcèlement.”⁶⁸

Na percepção de parte da doutrina francesa hodierna, portanto, sequer serviria bem aos casos de assédio a inversão do ônus da prova baseada em constelações de indícios, porque de todo modo o reclamante teria de produzir *alguma* prova. Tendem a sugerir, pois, que os casos de assédio sejam pensados ao modo dos *prima facie cases* – ônus primacial do réu, independentemente de quaisquer provas ou indícios prévios –, o que nos reporta às reflexões da parte final do tópico anterior (4.2).

Já em Portugal, o Código do Trabalho (artigo 29.º, 1) define os assédios como

“todo o comportamento indesejado, nomeadamente o baseado em factor de discriminação, praticado aquando do acesso ao emprego ou no próprio emprego, trabalho ou formação profissional, com o objectivo ou o efeito de perturbar ou constranger a pessoa, afectar a sua dignidade, ou de lhe criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador.”

Logo adiante (n.º 3), o Código lusitano especifica o assédio sexual (“comportamento indesejado de carácter sexual, sob forma verbal, não verbal ou física, com o objectivo ou o efeito referidos no número anterior”), sem o elemento subjetivo do injusto que o qualificaria no sistema penal brasileiro (= intuito de obter favor sexual, *ut art. 216-A do CP*); e, para mais, equipara os assédios à discriminação para certos efeitos (artigo 29.º, 3), seguindo de perto o pensamento norte-americano.

Daí que, no modelo português, alegada e fundamentada a circunstância de assédio baseado em fator de discriminação, pode-se bem concluir pela incumbência do *empregador* quanto ao ônus de provar que não há tratamento

67 ORSAY, Anne. *Cit.*

68 BOURGAULT, Julie. *Le harcèlement moral en France: un concept juridique subjectif-objectif? Regards croisés sur les politiques publiques visant à contrer la violence au travail*, in Santé, société et solidarité. Québec: Observatoire franco-québécois de la santé et de la solidarité, 2006. n. 2. p. 113.

diferenciado, nos termos do artigo 25.º, 5 e 6. Aproximar-nos-íamos, também aqui, da figura dos *prima facie cases*, estudados no tópico anterior. No entanto, é certo que esse quadro hermenêutico parecia mais claro na redação do anterior Código do Trabalho português (Lei nº 99/02), à luz dos artigos 24.º e 23.º, 3.

Na Espanha, para a relativização dos critérios estáticos de repartição do ônus da prova, os trabalhadores dispõem do preceito inserto no art. 181, 2, da Ley 36/2011, de 10 de outubro, “reguladora de la jurisdicción social”. *In verbis*:

“Artículo 181 Conciliación y juicio. 1. Admitida a trámite la demanda, el secretario judicial citará a las partes para los actos de conciliación y juicio conforme a los criterios establecidos en el apartado 1 del artículo 82, que habrán de tener lugar dentro del plazo improrrogable de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda. En todo caso, habrá de mediar un mínimo de dos días entre la citación y la efectiva celebración de aquellos actos. 2. En el acto del juicio, *una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad*. 3. El juez o la Sala dictará sentencia en el plazo de tres días desde la celebración del acto del juicio publicándose y notificándose inmediatamente a las partes o a sus representantes.” (g.n.)

Sobre a possibilidade de aplicação desse preceito – ou do seu correspondente, na revogada *Ley de Procedimiento Laboral* – aos casos de assédio, o Superior Tribunal de Justiça da Catalunha pronunciou-se positivamente já em 2011, conquanto, no mérito, negasse provimento à *suplicación*, por não reconhecer presente sequer a constelação de indícios. *In verbis*:

“(…) *En materia de vulneración de derechos fundamentales, el ordenamiento procesal laboral exige que, dentro del proceso, el demandante aporte los indicios de la vulneración alegada, de tal forma que solamente entonces es cuando se invierte la carga de la prueba, correspondiéndole al demandado aportar una ‘justificación objetiva y razonable suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad’* (artículo 179.2 de la LPL). La peculiaridad de la prueba en estos casos no consiste en la exoneración del demandante de toda carga probatoria, sino *en la menor intensidad de ésta con respecto a la que le incumbe al demandado. Al primero le basta con constituir una prueba de presunciones poniendo de manifiesto la serie de indicios de los que pueda racionalmente presumirse la existencia de la violación denunciada*. Aportado lo anterior, al demandado le corresponde acreditar que su comportamiento no ha implicado la violación de ningún derecho fun-

damental alegado por aquél.” (STC 180/1994, 82/1997, 90/1997, 202/1997, 74/1998, 87/1998, y 38/2005, y STS de 9-2-1996 y 15-4-1996, entre otras)

“Existe una consolidada doctrina jurisprudencial que ha insistido en que el elemento configurador del acoso moral, es la intencionalidad o finalidad perseguida, que no es otra cosa que la de causar un mal o daño al trabajador acosado con el fin de minar la moral del trabajador y desestabilizarlo, marginándolo o causándole un perjuicio. Y en el caso de autos, no nos encontramos ante unas conductas habituales de presunto acoso dirigidas por otras compañeras de trabajo hacia la actora, sino ante hechos puntuales reflejados en las cartas de queja remitidas por la actora, acontecidos en días muy concretos. *Ello evidencia que nos encontramos ante un conflicto personal entre trabajadoras, producido en días determinados, en que poco o nada tiene que ver la empresa y sí las actitudes personales y subjetivas de los afectados.* Estaríamos en presencia de rencillas entre compañeros de trabajo que incluso han llegado a ser sancionadas por la empresa, pero que, por sí solas, no constituyen acoso, y por tal motivo no cabe entender infringido el artículo 14 de la CE, al no haberse discriminado a la actora.” (Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, Sala de lo Social, Sentencia 2.745 de 14.04.2011) (g.n.)

Específicamente para os casos de assédio sexual e moral, ademais, a questão do ônus da prova mereceu intensa preocupação legislativa na cena política espanhola. Como relata Rubio de Medina⁶⁹:

“M. Lorente Acosta y J. A. Lorente Acosta reparan respecto a las conductas de acoso sexual que éstas, por su naturaleza y al relacionarse estrechamente con lo privado, determinan que *la conducta acosadora sea difícilmente probada*, siendo comportamientos que son fácilmente utilizables como chantaje. Así, pues, *la principal dificultad con la que nos encontraremos dentro de un proceso de este tipo es probar las acusaciones de acoso*; es decir, las conductas concretas cometidas por el empresario y/o los compañeros del acosado y que son causa de la imposibilidad de seguir desempeñando el trabajo por el desgaste físico y psicológico que provocan en el actor. Precisamente por la dificultad que existe para probar estos hechos la Proposición de Ley del derecho a non sufrir acoso moral en el trabajo del Grupo Socialista (...) *proponía en los supuestos de acoso moral la inversión de la carga de la prueba, de manera que correspondiera al demandado probar la inexistencia de conductas de acoso moral.*” (g.n.)

69 RUBIO DE MEDINA, María Dolores. *Extinción del contrato laboral por acoso moral – mobbing*. Barcelona: Bosch, 2002. p. 45.

DOCTRINA

Por fim, no Brasil, observa-se idêntica tendência – ainda que atualmente minoritária – na jurisprudência e na própria legislação.

No âmbito dos Tribunais, merecem especial destaque os julgados do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região que inverteram o ônus da prova em casos de assédio moral e sexual, não raro para resguardar a própria utilidade do processo. Leiam-se, por todas, duas paradigmáticas decisões (uma das quais nos honrou com extensa citação):

“INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ASSÉDIO SEXUAL. CONSTELAÇÕES DE INDÍCIOS. CARACTERIZAÇÃO. Para a indenização por danos morais tendo como causa de pedir o assédio sexual é incabível a exigência de prova cabal e ocular dos fatos, uma vez que o assédio sexual, por sua natureza, é praticado, estrategicamente, às escondidas. Se houver fortes e diversos indícios apontando para a conduta abusiva do ofensor, deixando evidente o constrangimento reiterado sofrido pela vítima, pode-se concluir pela caracterização do assédio sexual, ou seja, a partir da constelação de indícios tem-se por configurada a prática do ilícito e o consequente deferimento do pleito indenizatório. [No corpo do voto (que inclusive honra este autor com uma referência):] Com relação ao ônus da prova, o dispositivo legal atribui à parte interessada o ônus de provar os fatos alegados. Com efeito, ao autor cabe demonstrar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu os fatos impeditivos, modificativos e extintivos (art. 818 da CLT c/c o art. 333 do CPC). Contudo, com relação ao direito processual do trabalho e especialmente no caso do assédio sexual, o encargo probatório da vítima vem recebendo flexibilizações necessárias. (...) Nas palavras do d. Juiz do Trabalho da 15ª Região, Guilherme Guimarães Feliciano, *o Magistrado pode e deve recorrer a modelos alternativos como são a tecnologia das constelações de indícios, a prova por verossimilhança, aplicação do princípio da instrumentalidade e o contexto jusfundamental no qual se leva em consideração os direitos fundamentais que estão em jogo no processo.* (...) Nesse mesmo sentido Pinho Pedreira nos informa que se tem admitido ‘o recurso à prova indireta, ou seja, a prova por indícios, presunções ou *prima facie*, fundada esta última na probabilidade, invertendo-se, assim, o ônus da prova (...) uma presunção permitirá a *inversão do ônus da prova* quando houver prova de recusa mais ou menos expressa tendente a demonstrar que o autor da conduta deveria saber que esta não era desejada e constituía assédio’. O mesmo autor sustenta que a prova de efeitos prejudiciais (denegação de emprego ou promoção, despedida ou demissão forçada), em consequência da recusa aos avanços

sexuais, constituirá uma prova *prima facie* de assédio. (...) A jurisprudência pátria também tem e manifestado no sentido de ser possível a comprovação da conduta criminosa do assédio sexual através de indícios: ‘Não se pode olvidar que *a prova desta espécie de ilícito trabalhista (assédio sexual) é extremamente difícil*. Normalmente o assédio é camuflado, silencioso, praticado às escondidas, por isso *as regras de presunção devem ser admitidas e os indícios terem sua importância potencializada*, sob pena de se permitir que o assediador se beneficie de sua conduta’ (TST, 6ª T., AIRR 49740-47.2005.5.15.0053, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, DJ 03.06.2011). (...) A exigência de prova robusta de uma conduta que normalmente é realizada às escondidas dificulta ou praticamente inviabiliza a condenação da ilicitude. Da mesma forma que não é possível obter prova documental do pagamento feito por fora, também não se pode exigir prova cabal do assédio realizado na intimidade das astúcias do assediador. Diante disso, *deve-se conjugar a série de indícios que consta dos autos para verificar se é possível concluir pela caracterização do assédio mencionado.*” (TRT da 3ª Região, RO 01302-2010-129-03-00-9, 2ª T., Rel. Des. Sebastião Geraldo de Oliveira, j. 05.07.2011, DEJT 12.07.2011) (g.n.)

“ASSÉDIO SEXUAL. DIFICULDADE DE COMPROVAÇÃO. INDENIZAÇÃO. FIXAÇÃO DO VALOR DEVIDO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR. É certo que circunstâncias que envolvem o assédio sexual são de difícil comprovação, porque o que agente procura se cercar de todo o cuidado que o ato exige, não permitindo a presença de pessoas que o possam denunciar, mas a testemunha da autora informa os fatos que autorizam a conclusão de que assistiu a parte da conversa e, em juízo, afirmou que ouviu a pessoa acusada dizendo que pretendia encontrar com a reclamante e que esta não teria aceitado a proposta. O próprio juízo sentenciante argumenta que, se tiver havido qualquer iniciativa por parte da pessoa que foi indicada como autora do ato, no sentido de constranger sexualmente a reclamante, tal fato não restou demonstrado. Aliás, a prova de fatos dessa natureza quase sempre é difícil, em razão das condições em que são praticados. No caso dos autos, *pode-se afirmar que os contatos mantidos entre o acusado e a reclamante foram além dos limites profissionais*, apesar de o ilustre julgador concluir, com o que não concordo, *permissa venia*, que ‘não o suficiente para se concluir de que tenha havido o alegado assédio sexual’ (fl. 107). Apesar de este julgador estar convicto da ocorrência do fato, *ainda pesa em favor da reclamante o princípio in dubio pro operario, que deve ser aplicado. Não só pelas condições de hipossuficiência,*

mas – e especialmente – por se tratar de sexo feminino, alvo de tais procedimentos que não condizem com a dignidade da trabalhadora. Se admitirmos a continuação deste tipo de conduta, teremos as regras ditadas pelo elemento mais forte fisicamente no seio da comunidade de animais irracionais ou retornaremos à idade pré-histórica, em que o macho se valia do seu cajado impiedoso e colocava em estado de inconsciência a fêmea e dela fazia uso como bem lhe aprouvesse, e ela não podia resistir às investidas e abusos. Na sociedade atual, guardadas as devidas proporções, o abuso do poderoso continua e todos devemos lutar para extirpar este mal que campeia – ainda quase impunemente – na comunidade global, impiedosamente. Não só quanto à mulher – alvo mais fácil –, mas também ao pobre, ao negro, ao desafortunado, que é explorado em todos os sentidos, ainda que para trabalhar mais e ganhar menos que os outros. Entendo, por tudo isto, que ficou provado o assédio sexual, devendo o reclamado pagar a indenização por danos morais postulada, bem como arcar com o pagamento das verbas da rescisão indireta do contrato de trabalho, que declaro neste ato, conforme está sendo postulado na peça inicial. E, tratando-se de responsabilidade objetiva do empregador, nos termos do art. 932 do Código Civil brasileiro, deve este arcar com os danos causados por seu preposto no evento, podendo, se entender que deve, se ressarcir com o causador do prejuízo, em ação própria, o que foge a esta reclamação.” (TRT da 3ª Região, RO 0192-2006-056-03-00-6, 3ª T., Red. Juiz Bolivar Viegas Peixoto, DJMG 15.07.06) (g.n.)⁷⁰

Na 14ª Região do Trabalho, ademais, cite-se o seguinte julgado:

-
- 70 Decisão que, a propósito, foi *mantida* pelo Tribunal Superior do Trabalho (conquanto por razões basicamente formais, na linha da Súmula nº 126 do TST). V.: TST, AIRR 192/2006-056-03-40.0, 3ª T., Rel. Min. Alberto Bresciani, j. 21.03.07. *In verbis*: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DESCABIMENTO. DANO MORAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO DE FATOS DE PROVAS. Traduz-se o requisito do prequestionamento, para fins de admissibilidade do recurso de revista, pela emissão de tese expressa, por parte do órgão julgador, em torno dos temas destacados pela parte, em suas razões de insurreição. Por outra face, a moldura fática da questão repele o conhecimento do recurso de revista. Esta é a inteligência da Súmula nº 126 do TST. Deixando a parte de fazer patentes as situações descritas nas alíneas do art. 896 consolidado, correto o despacho que nega curso à revista. Agravo de instrumento conhecido e desprovido”. O recorrente apontava justamente violações dos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC/73 (além do próprio art. 216-A do CP). No seu voto, porém, o relator registrou que, “além de alicerçada na denominada ‘máxima de experiência’ (CPC, art. 335), a decisão recorrida está calcada, ainda, na prova testemunhal, realidade que torna patente a inespecificidade dos paradigmas indicados para o confronto de teses”, admitindo, implicitamente, que as máximas de experiência possam ser utilizadas para a inversão do ônus da prova em supostos de assédio, mercê das contestações de indício (ainda que não se tenha sufragado explicitamente a tese). Com o advento do art. 373, § 1º, do CPC/2015, essa possibilidade nos parece ainda mais palmar.

“OITIVA DE TESTEMUNHA. DISPENSA. SUSPEIÇÃO. VALIDADE. É válido o indeferimento de oitiva de testemunha que declara sua intenção no insucesso da parte, em virtude de inimizade, nos termos do art. 405, § 3º, III, do Código de Processo Civil. ASSÉDIO SEXUAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE. *Nos casos de assédio sexual é possível a inversão do ônus da prova em favor do obreiro, considerando sua hipossuficiência em face do empregador e desde que constatada a verossimilhança de suas alegações, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC, aplicado subsidiariamente por força do art. 8º e parágrafo único da CLT.* DANO MORAL. ASSÉDIO SEXUAL. CONFIGURAÇÃO. ÔNUS DA PROVA. Invertido o ônus da prova em favor do empregado, em virtude da dificuldade de comprovação do assédio sexual pela vítima, visto que este crime geralmente não ocorre na presença de terceiros, e não se desincumbindo a reclamada do encargo de comprovar a inexistência deste ilícito, mantém-se a condenação da empresa ao pagamento de indenização por dano moral.” (TRT da 14ª Região, RO 01036.2006.041.14.00-3, Rel. Juiz Conv. Lafite Mariano, DOJT 08.08.07) (g.n.)

Para mais, especificamente quanto ao assédio moral, tramita pela Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 2.369/03, de autoria do Deputado Vicentinho (PT/SP), que “dispõe sobre o assédio moral nas relações de trabalho”. A ser aprovado, nos termos do seu art. 7º (acrescido pela Emenda Aditiva nº 02), será regra processual, no Brasil, a de que “o juiz *pode* determinar a inversão do ônus da prova, caso seja verossímil a alegação de assédio moral” (g.n.).

Pelo teor literal do texto, estaríamos outra vez mais próximos da *Ancheinsbeweis* do que, propriamente, das constelações de indícios (que efetivamente exigem *algum* fato concreto, específico para o caso, já provado ou incontroverso). Seja como for, porém, não destoa de todo o conjunto apresentado acima. Estamos diante de uma indelével tendência de relativização do ônus da prova em supostos de assédio moral e sexual. Tendência que, no Judiciário ou no Legislativo, promissora e paulatinamente se densifica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo quanto apresentado, podemos então concluir, para o caso brasileiro, que, a uma, as regras do art. 373 do CPC/2015 e do art. 818 da CLT não *normas preceptivas a priori* (Ferraz Junior⁷¹), mas *não são normas estritamente*

71 FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Introdução...* p. 125-126.

proibitivas (tanto que admitem convenções processuais em contrário), pois sua *ratio essendi* e força de incidência não as classifica entre as normas constitucionalmente imperativas, ligadas a *Wesenskern* do devido processo formal⁷².

A duas, concluiremos que, em casos especiais, o juiz *pode* – desde que o faça *fundamentadamente e sob contraditório* (atual ou diferido) – esquivar-se do modelo estático rosenberg-chiovendiano (art. 373 do CPC), para modular, mitigar, redistribuindo ou mesmo excluir o ônus da prova, para além da “ditadura do alegado” e da *Normentheorie*, e não apenas com base em *presunções* (arts. 374, IV, e 375 do CPC/2015, Súmula nº 16 do TST, etc.), mas também com base em *tecnologias específicas* reconhecidas pela *communis opinio doctorum* (e.g., aptidão para a prova, constelação de indícios, *Anscheinsbeweis*, etc.).

A três, por fim, concluiremos que, dentre esses “casos especiais”, a classe mais evidente é a dos que reclamam inflexões do modelo abstrato de repartição do ônus da prova para o fim de prestigiar pretensões materiais ligadas a *direitos humanos fundamentais* (individuais ou sociais), sendo essa jusfundamentalidade o *leit motiv* de grande parte das inflexões hoje consagradas na jurisprudência brasileira. É o que já se verifica, em diversos julgados, nos dissídios que envolvem alegações de *assédio laboral* (moral ou sexual), notadamente por meio da tecnologia das *constelações de indícios* (mas com abertura para, nos casos de assédio tipicamente discriminatório, recorrer-se também à tecnologia da *Ancheinsbeweis*).

E assim há de ser doravante, com progressiva sistematicidade, desde que se reconheça que, na imensa maioria dos casos, exigir do assediado a prova cabal do assédio corresponderá a, na prática, invocar o devido processo legal formal para *fulminar* os prováveis direitos subjetivos subjacentes à alegada agressão. Afinal, como há décadas ponderou Thomas Kuhn – e mais uma vez o evoco em um escrito –, “não existem algoritmos neutros para a escolha de uma teoria”⁷³.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERKA, Walter. *Lehrbuch Verfassungsrecht: Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium*. Wien: Springer Wien New York, 2005.

BOURGAULT, Julie. Le harcèlement moral en France: un concept juridique subjectif-objectif?. Regards croisés sur les politiques publiques visant à contrer la violence au travail. In: *Santé, société et solidarité*. Québec: Observatoire franco-québécois de la santé et de la solidarité, 2006. n. 2.

72 Sobre a garantia de conteúdo essencial (*Wesensgehaltgarantie*) e sua aplicação à teoria das inflexões formais no devido processo legal, ver, uma vez mais: *Por um processo... passim*.

73 KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*, p. 248.

DOCTRINA

BOURKHHRIS, Isabelle. La preuve et le harcèlement moral. In: *Le village de la justice*. Disponível em: <<http://www.village-justice.com/articles/preuve-harcelement-moral,981.html>>. Acesso em: 23 dez. 2005.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999 (3. ed.), 2003 (7. ed.).

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CATALANO, Elena Maria. Prova indiziaria, probabilistic evidence e modelli matematici di valutazione. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, CEDAM, 1996, v. 51, n. 2.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Direito à prova e dignidade humana: cooperação e proporcionalidade nas provas condicionadas à disposição física da pessoa humana*. São Paulo: LTr, 2007.

_____. Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho: critérios e casuística. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, jan./jun. 2008, n. 32.

_____. *Por um processo realmente efetivo: inflexões do due process of law na tutela processual dos direitos humanos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2016.

FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1991.

GUEDES, Márcia de Novaes. *Terror psicológico no trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

LIMA, Firmino Alves. *Teoria da discriminação nas relações de trabalho*. São Paulo: Elsevier, 2011.

MACHADO Jr., Julio Cesar. *O ônus da prova no processo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001.

MANGOLDT, Hermann von; KLEIN, Friedrich; STARCK, Christian. *Kommentar zum Grundgesetz*. München: Franz Vallen, 2005. Band 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*. Padova: CEDAM, 1942.

_____. Teoria geral da prova. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, jul./set. 1976, n. 03.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. II.

DOCTRINA

MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*. Lisboa: Lex, 2000.

NIERHAUS, Michael. *Beweismass und Beweislast*. Untersuchungsgrundsatz und Beteiligtenmitwirkung im Verwaltungsprozess: Studien zum Öffentlichen Recht und zur Verwaltungslehre. Berlin: F. Vahlen, 1989.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

ORSAY, Anne. La notion de harcèlement moral trois ans apres l'adoption de la loi du 17 janvier 2002. In: *Le village de la justice*. Disponível em: <<http://www.village-justice.com/articles/harcelement,71>>. Acesso em: 15 jul. 2012.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. 2. ed. Montevideo: Editorial B de F, 2002.

RUBIO DE MEDINA, María Dolores. *Extinción del contrato laboral por acoso moral – mobbing*. Barcelona: Bosch, 2002.

RUTHERGLEN, George. *Employment discrimination law: visions of equality in theory and doctrine*. New York: Foundation Press, 2007.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ónus da prova como garantia constitucional do devido processo legal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

TARUFFO, Michele. Presunzioni, inversioni, prova del fatto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, 1992, v. 46, n. 3.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A prova no processo do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 1991.

_____. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. v. III.

UGARTE CATALDO, José Luis. *El nuevo derecho del trabajo*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 2004.

VERDE, Giovanni. L'inversione degli oneri probatori nel processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, 1992, v. 46, n. 3.