

# DISCRIMINAÇÃO E PROCESSO DO TRABALHO

Estêvão Mallet\*

*“Se puderes olhar, vê.  
Se puderes ver, repara”  
(José Saramago)*

*Sumário:* 1 – Introdução; 2 – A falsa neutralidade do processo; 3 – Insuficiência da igualdade formal para o processo; 4 – Distribuição do ônus da prova e discriminação; 5 – Indiferença à demora na solução do litígio e discriminação; 6 – Conclusão.

## 1 – INTRODUÇÃO

Freqüentemente se imagina que o processo vive distante do conflito de interesses que preside a formação do direito material. Cabendo-lhe, segundo se pensa, apenas aplicar o ordenamento jurídico em vigor, sem propriamente criar direitos ou impor deveres que já não estejam na lei, o processo surgiria como instituição neutra, não influenciada pelas forças sociais existentes na coletividade<sup>1</sup>. Mais ainda, sequer poderia o processo ocupar-se dessas forças ou ser por elas influenciado, sob pena de ficar comprometida a imparcialidade do juiz. De acordo com essa concepção, processo ideal seria simplesmente o que dispensasse tratamento igualitário aos litigantes, tal como preconizado, aliás, pelo art. 125, inciso I, do CPC. Somente dessa forma seria cumprida adequadamente a função jurisdicional, na medida em que a razão jurídica natural do processo – para utilizar a expressão de Pescatore – imporá “*la parità perfetta del trattamento dell’una e dell’altra parte ad ogni atto del procedimento*”<sup>2</sup>

Essas proposições, de longa data prestigiadas e que se acham subjacentes, por exemplo, à referência de Montesquieu aos juizes simplesmente como “*la bouche qui prononce les paroles de la loi*”<sup>3</sup>, ganharam ainda mais impulso com o esforço empre-

---

\* Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho, Conselheiro da Associação dos Advogados Trabalhistas de São Paulo e Advogado.

1. “Judges ought to remember – enfatiza Bacon – *that their office is ‘jus dicere’ and not ‘jus dare’; to interpret law and not to make law or give law*”(Essays, LVI).
2. *Genesi delle leggi di procedura civile em La logica del diritto*, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1883, p. 70.
3. *De l’esprit des lois*, Paris, Garnier Frères, 1949, tome premier, livre XI, chapitre VI, p. 171.

endido pela doutrina, no final do século passado e início do presente, para afirmar a autonomia do direito processual.

Procurando sublinhar a independência da ação frente ao direito material, no entanto, o processualista acabou indo longe demais. Caiu no que Calamandrei chamou de “*territorio chiuso*”<sup>4</sup>, tornando-se indiferente ao direito material, ao escopo social da jurisdição e ao problema da justiça. Preferiu ocultar-se comodamente no abstracionismo e no dogmatismo, traços tão salientes em certos escritos de direito processual e mesmo em legislações, que, como o Código de Processo Civil de 1973, preocupam-se mais com o rigor das definições e a precisão dos conceitos do que com a eficiência da atividade jurisdicional<sup>5</sup>.

Na verdade, porém, nem o direito processual é neutro, nem pode, de outra parte, permanecer indiferente às peculiares condições de cada um dos litigantes.

## 2 – A FALSA NEUTRALIDADE DO PROCESSO

Em primeiro lugar, longe está o processo de constituir instituição neutra, não influenciada pelas forças sociais.

Antes de mais nada é preciso reconhecer, como notou Mauro Cappelletti, que “*ninguna técnica jurídica es un fin en sí mismo y...ninguna es neutral desde el punto de vista ideológico*”<sup>6</sup>. Não há, pois, neutralidade no direito em geral<sup>7</sup>, sendo ilusório imaginar a neutralidade do processo<sup>8</sup>.

Aliás, a evolução do direito processual evidencia como as estruturas concretamente adotadas para a tutela dos direitos variam de acordo com os interesses prevalentes em cada momento histórico, influenciadas pelas forças sociais próprias das distintas épocas.

Em sociedades em que riqueza e poder estão associados à posse da terra e à propriedade fundiária, criam-se, como entre os romanos, instrumentos rápidos e eficientes

- 
4. *Processo e giustizia em Opere giuridiche*, Napoli, Morano, 1965, volume primo, p. 568.
  5. Sobre o tema, amplamente, Vittorio Denti, *Diritto comparato e scienza del processo em Un progetto per la giustizia civile*, Bologna, Il Mulino, 1982, p. 48 e segs. e José Carlos Barbosa Moreira, Tendências contemporâneas do direito processual civil in *Temas de direito processual (Terceira Série)*, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 2 e, ainda do mesmo autor, Efetividade do processo e técnica processual, *Revista de Processo*, São Paulo, RT, 1995, n. 77, p. 171.
  6. *Aspectos sociales y politicos del procedimiento civil em Proceso, Ideologias, Sociedad*, Buenos Aires, EJEA, 1974, p. 83.
  7. Sobre o tema, Mauro Cappelletti, Juizes legisladores? Porto Alegre, Fabris Editor, 1993, p. 33 e, relativamente à atividade desenvolvida pelas cortes constitucionais Vittorio Denti, *Per il ritorno al 'voto di scissura' nelle decisioni giudiziarie em Dall'azione al giudicato*, Padova, CEDAM, 1983, p. 438.
  8. Giovanni Verde é categórico ao advertir, logo ao iniciar o estudo do direito processual, que “*la dottrina nel processo civile non è neutrale*” (*Profili del processo civile*, Napoli, Jovene, 1994, p. 9).

para a proteção possessória, como liminares e interditos<sup>9</sup>. Já quando o comércio ganha maior relevo, tornando-se fundamental a rápida circulação do dinheiro, não por acaso surgem as ações sumárias para recebimento de créditos não liquidados pontualmente. Da mesma forma, ao tempo em que se quebram estruturas hierarquizadas, afirmando-se a igualdade formal de todos perante a lei, como se fez na Revolução Francesa, as normas processuais passam a salvaguardar tão-somente “*la parità delle armi nel duello giudiziario, una parità formale, che presupponeva una società di uguali nelle posizioni economiche e sociali*”<sup>10</sup>.

Não se deve insistir, pois, na idéia da neutralidade do processo. Também o direito processual sofre o impacto dos interesses dominantes em cada período histórico, de tal modo que, como sublinha Proto Pisani, “*vi sono diritti – espressioni di interessi di classe bem precisi – che vengono tutelati molto più efficacemente e com una varietà di strumenti di tutela molto più ampia di quanto non avvenga per tutta una serie di altri diritti i quali in genere sono espressione degli interessi o della minoranza o delle classi subalterne*”<sup>11</sup>.

### 3 – INSUFICIÊNCIA DA IGUALDADE FORMAL PARA O PROCESSO

Superado o mito da neutralidade do processo, não é tão difícil perceber que não pode a legislação processual tratar de modo invariavelmente igual os litigantes, desconsiderando as distintas condições de cada um deles. Se em dado momento o faz é apenas porque o interesse daqueles que mais sofrem com a desigualdade real não conseguiu ainda impor-se ou, pelo menos, adquirir relevância suficiente para merecer a atenção do legislador.

De fato, hoje se reconhece, com tranqüilidade, a completa insuficiência da mera garantia de igualdade formal dos sujeitos de direito. Está definitivamente sedimentada a idéia de que tratar de maneira igual sujeitos concretamente desiguais só acentua a desigualdade. Há tempos já o sentira Padre Vieira ao escrever: “o Sol da Justiça é Sol da Justiça porque trata a cada um conforme o que merece. Só para os bons amanhece, e para os maus esconde-se; só alumia aos que o temem, e aos que o não temem sempre os tem às escuras”<sup>12</sup>. Mais tarde Duguit assinalaria que do princípio jurídico da igualdade

9. Sobre os interditos no direito romano, tema cuja análise refoge por completo ao objeto do presente estudo, cf. Arnaldo Biscardi, *La protezione interdittale nel processo romano*, Padova, CEDAM, 1938, *passim*; Vittorio Scialoja, *Procedura civile romana*, Roma, Fratelli Pallotta, 1894, p. 332 e segs; Luigi Capogrossi, *Interdetti* em *Enciclopedia del diritto*, Varese, Giuffrè, 1971, XXI, p. 901 e segs. e José Carlos Moreira Alves, *Direito romano*, Rio de Janeiro, Forense, 1983, vol. I, p. 289 a 292.

10. Vittorio Denti, *La giustizia civile*, Bologna, Il Mulino, 1989, p. 20.

11. *Breve premessa a un corso sulla giustizia civile em Appunti sulla giustizia civile*, Bari, Cacucci, 1982, p. 18.

12. Sermão do nascimento da Virgem Maria in Sermões, São Paulo, Editora das Américas, 1957, vol. I, p. 200.

não se pode tirar exigência de identidade matemática. Isso seria – prossegue o mesmo autor – o paradoxo da igualdade, que levaria muito mais à desigualdade<sup>13</sup>.

Na verdade, o princípio da igualdade por vezes supõe e até mesmo reclama tratamento legal desigual, para que, compensadas as desigualdades reais, caminhe-se para maior igualdade efetiva, como já reconheceu inclusive o Supremo Tribunal Federal:

“Princípio isonômico: a sua realização está no tratar iguais com igualdade e desiguais com desigualdade.”(STF – 2ª T., RE n. 154.027/SP, Rel. Min. Carlos Velloso)<sup>14</sup>

Compreende-se, pois, disponha a Constituição italiana, de modo expressivo, em regra alçada à condição de princípio fundamental, caber à República “*rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l’egualianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese*”<sup>15</sup>.

O que vale para o direito em geral não poderia deixar de aplicar-se também ao direito processual. A igualdade apenas formal, que pouco significa no plano do direito material, não satisfaz as necessidade do processo. Referendá-la somente contribuiria para que se agravassem as desigualdades concretamente existentes entre os litigantes, com efeitos prejudiciais para o próprio processo.

Em conseqüência, tal como o legislador tem o dever de procurar compensar as desigualdades existentes no plano material, sendo isso inclusive exigência constitucional (art. 3º, inciso III, da Constituição), tem, da mesma forma, o dever de fazê-lo também no plano processual. Consoante adverte Barbosa Moreira “a moderna concepção do direito – do processual e de qualquer outro – já não se satisfaz com a garantia da igualdade formal: aponta na direção de uma igualdade, tanto quanto possível, real”<sup>16</sup>.

Por isso, legislação que se limitasse a tratar de modo rigorosamente igual ambos os litigantes, sem quaisquer distinções, mais do que contribuindo para a adequada solução do litígio, estaria freqüentemente trazendo para o campo o processo a desigualdade existente entre as partes, comprometendo a qualidade da decisão prolatada.

Com efeito, a situação concreta de cada um dos sujeitos envolvidos no litígio raramente é idêntica. As informações que alguns possuem outros não dominam; o cus-

13. *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie., 1923, *tome troisième*, p. 585. Analogamente, nota Sampaio Doria, mesmo escrevendo sobre o que chamou de princípios constitucionais liberais: “se dadas as desigualdades naturais, fossem todos nivelados, cometer-se-ia a maior das desigualdades”(Princípios constitucionais, São Paulo, São Paulo Editora, 1926, p. 121).

14. DJU de 20.02.98, p. 22.

15. Art. 3, *secondo comma*. Sobre as implicações desse dispositivo, inclusive com vasta referência bibliográfica, Vezio Crisafulli e Livio Paladini, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, CEDAM, 1990, p. 29/34.

16. Os temas fundamentais do direito brasileiro nos anos 80: Direito processual civil *in* Temas de direito processual (Quarta série), São Paulo, Saraiva, 1989, p. 9.

to da demanda para uns inibe a propositura da ação, enquanto para outros se mostra insignificante; as provas que certos litigantes podem produzir com grande facilidade, outros não têm condições alguma de apresentar em juízo; a demora na solução do litígio, que por vezes beneficia uma das partes, lesa profundamente o direito da outra. Essas diferenças, existentes no plano dos fatos e que se mostram importantes e significativas, têm de ser compensadas pela legislação, para que o processo se desenvolva de modo efetivamente equânime e atinja resultado adequado. Mais uma vez é Barbosa Moreira a notar que “*varias circunstancias concurren a menudo para desequilibrar las fuerzas de los litigantes; y, cuando ello acaece, la observancia misma de las reglas formales de igualdad se convierte en manantial de privilegio para el uno y de desmedro para el otro*”<sup>17</sup>.

Daí que, um processo verdadeiramente justo, indispensável à adequada realização da atividade jurisdicional, supõe – enfatiza Calamandrei – não apenas um juiz imparcial diante do qual se encontrem “*due parti in contraddittorio, in modo che il giudice possa udire le ragioni di tutt’e due; ma occorre altresì che queste due parti si trovino tra loro in condizione di parità non meramente giuridica (che può voler dire meramente teorica), ma che vi sia tra esse una effettiva parità pratica, che vuol dire parità tecnica ed anche parità economica*”<sup>18</sup>. Ausente essa efetiva paridade prática, a consagração, no processo, da igualdade apenas formal de tratamento das partes somente agrava a desigualdade real existente entre elas, discriminando aquela que se encontra em posição menos favorecida. E é exatamente isso o que com frequência ocorre no processo do trabalho, que desconsidera a desigual condição dos litigantes, pretendendo tratá-los da mesma forma. Tal se dá em diversos pontos da legislação, mas há dois que merecem particular atenção.

#### 4 – DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E DISCRIMINAÇÃO

Um dos pontos em que mais se evidencia o efeito discriminatório da consagração da igualdade meramente formal no processo corresponde ao art. 818 da CLT. De modo simplista e, até mesmo, tecnicamente censurável, dispôs o legislador: “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer”. Deixou de lado, com isso, qualquer consideração quanto à possibilidade concreta que tem cada litigante de provar suas afirmações, distribuindo o ônus probatório unicamente de acordo com as alegações feitas. Por conta desse dispositivo já se chegou, por exemplo, ao extremo de exigir-se do empregado a prova de apresentação do requerimento necessário à concessão do vale-transporte<sup>19</sup>. Nada menos justificável, porém.

17. *La igualdad de las partes en el proceso civil* em Temas de direito processual (Quarta série) cit. p. 72/73.

18. *Processo e democrazia* em *Opere giuridiche* cit., p. 690.

19. “Vale-transporte. Requerimento por escrito. Condição para recebimento. Nos termos do art. 7º do Decreto nº 95.247, de 17.11.87, a concessão do vale-transporte depende de requerimento escrito do empregado ao empregador, de vez que importe em desconto salarial (Decreto, art. 9º, inciso I)...Não sendo lícita ao empregador a concessão espontânea de vale-transporte, nos termos legais e regulamentares”.

Não se deve perder de vista que, para a tutela de seu direito, deve a parte poder não apenas apresentar suas alegações, como também ter oportunidade de prová-las adequadamente, estando o direito de produzir prova – já ensinava Cunha Gonçalves -, compreendido no originário direito de defesa<sup>20</sup>. Em consequência, permitir a alegação, mas impedir a prova do alegado “é o mesmo que nem permitir alegar – equivale a denegação de justiça”<sup>21</sup>. Foi, aliás, o que assentou a Corte Constitucional italiana, na sentença nº 53/66, de que se extrai a seguinte passagem: “*se si nega o si limita alla parte il potere processuale di rappresentare al giudice la realtà dei fatti ad essa favorevoli, se le si nega o le si restringe il diritto ad esibire i mezzi rappresentativi di quella realtà, si rifiuta o si limita [la] tutela [giurisdizionale]*”<sup>22</sup>. Por isso, e não por outro motivo, situou Chiovenda a regulamentação do ônus da prova entre “*i problemi vitali del processo*”<sup>23</sup>.

Da mesma forma, não é difícil concluir que, se não se limita propriamente a produção da prova, mas se condiciona a tutela do direito à apresentação de prova que, em decorrência de dificuldades materiais ou circunstanciais, a parte não é concretamente capaz de produzir, o que se faz, em termos práticos, é impedir ou dificultar excessivamente o acesso à justiça, privando de tutela o direito. Daí proibir o Código o estabelecimento de convenção sobre ônus da prova que torne “excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito” (art. 333, parágrafo único, inciso II).

Assim, as regras relativas ao ônus da prova, para que não constituam obstáculo à tutela processual dos direitos, hão de levar em conta sempre as possibilidades, reais e concretas, que tem cada litigante de demonstrar suas alegações, de tal modo que recaia esse ônus não necessariamente sobre a parte que alega, mas sobre a que se encontra em melhores condições de produzir a prova necessária à solução do litígio, inclusive com inversão judicial do ônus da prova. Com isso as dificuldades para a produção da prova, existentes no plano do direito material e decorrentes da desigual posição das partes litigantes, não são transpostas para o processo, ficando facilitado inclusive o esclareci-

---

res, também não será possível a sua condenação ao pagamento do valor equivalente, quando o empregado não provar que requereu, adequadamente, a prestação. Precedentes do col. TST e do eg. TRT da 10ª Região. Recurso parcialmente provido” (TRT – 10ª R – 2ª T – RO nº 2532/97 – Rel. Juiz Alberto Luiz Pereira – DJDF 15.08.97 – pág. 18098). “Vale-transporte. O direito de receber o vale-transporte depende, primeiramente, da informação prestada pelo empregado ao empregador nos termos do art. 7º, do Decreto nº 95.247, de 17 de novembro de 1987” (TRT - 12ª R - 2ª T - Ac. nº 12440/96 - Rel. Juiz Moreira Cacciari - DJSC 24.01.97 - pág. 97). “Ao empregado cabe requerer o vale-transporte ao seu empregador e comprovar que habilitou-se perante a empresa, na forma do artigo 7º do Decreto nº 95.247/87” (TRT 1ª R 7ª T RO nº 14741/93 Relª. Juíza Donase X. Bezerra DJRJ 24.06.96 pág. 71).

20. Tratado de direito civil, São Paulo, Max Limonad, s. d. p., vol. XIII, tomo II, p. 997.

21. Egas Dirceu Moniz de Aragão *apud* Luiz Guilherme Marinoni, Tutela cautelar e tutela antecipatória, São Paulo, RT, 1994, p. 124.

22. *Apud* Vincenzo Vigoriti, *Garanzie costituzionali del processo civile*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 93. No mesmo sentido, cf. ainda Vittorio Denti, *La natura giuridica delle norme sulle prove em Dall'azione al giudicato cit.*, p. 282.

23. *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1965, § 55, p. 782.

mento da verdade e a tutela de situações que de outro modo provavelmente não encontrariam proteção adequada<sup>24</sup>.

O legislador comum parece estar suficientemente convencido do acerto da idéia enunciada, tanto que, para facilitar a tutela judicial dos direitos emergentes das relações de consumo, equilibrando a desigualdade existente entre os sujeitos nessas relações envolvidos, dispôs, no art. 6º, inciso VIII, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, constituir prerrogativa do consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”. Os fundamentos dessa regra estão bem evidenciados na seguinte passagem de Eduardo Gabriel Saad: “se de um lado todos reconhecem que o consumidor, em face de uma situação litigiosa, acha-se inferiorizado diante do fornecedor, de outro se tem de aceitar a inversão do ônus da prova como um meio de pôr em equilíbrio a posição das partes no conflito”<sup>25</sup>.

Trata-se, na verdade, de solução à qual não se pode deixar de chegar sempre que se supere o limite da igualdade meramente formal de direitos. Talvez por isso procure a jurisprudência trabalhista amenizar, mesmo sem apoio legal expresso, o rigor do art. 818 da CLT, criando presunções apoiadas no que ordinariamente se verifica. Faz supor, por exemplo, a ocorrência de dispensa, atribuindo ao empregador o encargo de demonstrar que partiu do empregado a iniciativa de pôr termo ao contrato de trabalho<sup>26</sup>. Admite, na mesma linha, a veracidade da jornada de trabalho declinada na petição inicial, em caso de não exibição dos controles de horário exigidos por lei, ressalvada existência de prova em contrário<sup>27</sup>. Presume a existência de relação de emprego, sempre que provada a prestação de serviços, atribuindo ao empregador o ônus de demonstrar o caráter autônomo do vínculo<sup>28</sup>. Ademais, por vezes transfere ao empregador, contrari-

24. Cf. Vittorio Denti, *Aspetti processuale della tutela dell'ambiente em Un progetto per la giustizia civile cit.*, p. 228.

25. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, São Paulo, LTr, 1998, p. 169.

26. Enunciado 212, do Tribunal Superior do Trabalho. No mesmo sentido, de modo expressivo: “Rescisão contratual. Causa. Ônus da prova. Face ao princípio da continuidade da relação de emprego, é sempre do empregador o ônus da prova do fato determinante do rompimento do vínculo, tanto quando alega justa causa, como quando, negando a dispensa, alega pedido de demissão. A falta de prova convincente de tais alegações importa no reconhecimento da dispensa sem justa causa.” (TRT - 15ª R - 3ª T - Ac. nº 825489/96 - Rel. Juiz Luiz C. de Araujo - DJSP 13.01.97 - pág. 26) e “O ônus de provar o término do contrato de trabalho quando negado o despedimento é do empregador, porque o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado. Inteligência da Súmula nº 212, do colendo TST.” (TRT - 1ª R - 2ª T - RO nº 29477/93 - Relª. Juíza Amélia V. Lopes - DJRJ 19.01.96 - pág. 58). Ainda assim: “Constitui ônus da reclamada a prova da alegação trazida com a contestação, de rescisão por pedido de dispensa pelo empregado.” (TRT - 2ª R - 10ª T - Ac. nº 02950601272 - Rel. Juiz Bolívar de Almeida - DJSP 09.01.96 - pág. 39).

27. Enunciado 338, do Tribunal Superior do Trabalho.

28. Essa última diretriz não se encontra ainda sumulada, mas manifesta-se em diversos julgados, bastando citar os seguintes: TRT - 13ª Reg., Ac. n. 8.958/92, Rel. Juiz Brandão Libânio *in* DJPB de 18.03.92, p. 12; TRT - 21ª Reg., Ac. n. 101/92, Rel. Juiz Miranda Monte *in* DJRN de 02.09.92, p. 10; TRT - 10ª Reg., 2ª T., Ac. n. 1.693/90, Rel. Juiz José Luciano C. Pereira *in* DJDF de 09.08.90, p. 17.215; TRT - 3ª

ando a diretriz emergente dos julgados pouco antes referidos, o ônus de provar não ter sido solicitado o vale-transporte, diante da dificuldade na obtenção de prova produzida pelo empregado<sup>29</sup>. Finalmente, em algumas oportunidades serve-se de regras de experiência para inverter o resultado a que levaria a aplicação pura e simples do art. 818 da CLT<sup>30</sup>.

Em todos os casos lembrados parte a jurisprudência da premissa de que, sendo mais fácil para o empregador produzir a prova necessária ao esclarecimento dos fatos, dado dispor de mais documentos, informações, recursos e registros<sup>31</sup>, podendo ainda contar, na maioria das vezes, com mais numerosas testemunhas, não se justifica atribuir o ônus respectivo ao empregado, ônus do qual este último terá dificuldades muito maiores para se desincumbir. No fundo o próprio esclarecimento dos fatos estaria prejudicado, chegando o processo seguidamente a resultado insatisfatório, diante das limitações da prova efetivamente colhida.

Mas a evolução proposta pela jurisprudência, sobre ser sempre casuística, desenvolve-se de modo lento e nem sempre regular. Fica, portanto, ao sabor dos acontecimentos, sujeita a marchas e contramarchas. Cumpre, pois, editar regra geral distribuindo o

---

Reg., 1ª T., Proc. RO n. 1.555/92, Rel. Juiz A. Paoliello in DJMG de 22.01.93, p. 4; TRT - 9ª Reg., 2ª T., Ac. n. 9.628/93, Rel. Juiz L. Stelfeld in DJPR de 03.09.93, p. 226.

29. “No momento da admissão a empresa é que deve indagar do trabalhador se deseja o vale, se assim não for, a concessão do benefício fica a critério da empresa, pois esta rasga o pedido do empregado ou não lhe concede o emprego” (TRT - 2ª R - 4ª T - Ac. nº 2960232229 Rel. Juiz José de R. da Costa DJSP 13.05.96 pág. 57). “O empregado, via de regra, depende de condução para trabalhar, militando em seu favor presunção *juris tantum* de veracidade, não sendo crível que o mesmo deixe de requerer um benefício assegurado por lei. Por outro lado, compete ao empregador, quando da contratação, solicitar os dados necessários à concessão do benefício e, também, a prova de que o mesmo foi dispensado pelo empregado” (TRT - 2ª R - 6ª T - Ac. nº 02950467339 - Rel. Juiz Paes de Almeida - DJSP 27.10.95 - pág. 49). De modo particularmente expressivo mencionem-se os seguintes arestos: “Vale-transporte Ônus da prova. Para a aquisição do direito ao vale-transporte, deve o empregado fornecer as informações necessárias, conforme o art. 7º, do Decreto nº 95.247/87. Mas, na dúvida sobre se ele as forneceu ou não, deve-se decidir contra o empregador, com fundamento no princípio da aptidão para a prova, que informa o processo do trabalho” (TRT 3ª R 4ª T RO nº 3363/96 Rel. Juiz Márcio T. Viana DJMG 17.08.96 pág. 36) e “Vale-transporte. É da empresa o ônus de provar que o empregado não requereu o vale-transporte, porquanto somente ela pode fazer tal prova, considerando-se a sua maior vantagem na avença laboral. Não o fazendo, devido é o benefício. Apelo da reclamada a que se nega provimento, pela manutenção do julgado de 1º grau” (TRT - 2ª R - 7ª T - Ac. nº 02960562547 - Rel. Juiz José M. Antunes - DJSP - 05.12.96 - pág. 63).
30. “Empregado vigilante. Intervalo para refeição e descanso. Ônus da prova. O cotidiano dos pretórios trabalhistas tem demonstrado que o empregado vigilante dificilmente usufrui de intervalos regulares para refeição e descanso. E isto se dá porque, via de regra, não há outro laborista apto a substituí-lo em tais interregnos, fazendo com que a alimentação se proceda assim no próprio posto de trabalho, dada a impossibilidade de interrupção do serviço. É o que ordinariamente acontece. Conseqüentemente, pertence ao empregador o ônus de demonstrar a efetiva fruição do intervalo, visto que o ordinário se presume, e o extraordinário se prova. Exegese dos artigos 335 do CPC e 818 da CLT. Recurso patronal desprovido.” (TRT - 15ª R - 2ª T - Ac. nº 26630/97 - Rel. Juiz Manoel Carlos Toledo Filho - DJSP 15.09.97 - pág. 83).
31. Genericamente sobre o tema, Barbosa Moreira, A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo in Revista de Processo, São Paulo, RT, 1985, vol. 37, p. 142.



ônus da prova de acordo com as possibilidades dos litigantes e considerando ainda o que se extrai da experiência, para com isso criar presunções apoiadas no que ordinariamente se passa – o que se harmoniza perfeitamente com o princípio do devido processo legal, como ressaltado pela Corte Suprema dos Estados Unidos<sup>32</sup> -, de modo a não prejudicar a tutela processual dos direitos pela incapacidade, existente no plano material, de produção da prova exigida<sup>33</sup>.

Não basta, parece evidente, a mera atribuição de poderes ao juiz para averiguação dos fatos, como já se verifica nos arts. 653, alínea “a”, 680, alínea “f”, e 765 da CLT, na linha, aliás, dos arts. 130, 342, 355, 418 e 426, inciso II, todos do CPC. Como lembra Barbosa Moreira, “os ordenamentos ocidentais, ainda quando autorizem o juiz a proceder *ex officio* à colheita de provas, não chegam a criar-lhe o dever de fazê-lo”<sup>34</sup> e a experiência mostra que poderes dessa natureza raramente são exercidos na prática, até porque não dispõe o julgador de informações suficientes para saber onde e como buscar os fatos importantes ao esclarecimento da causa, não contando, de outro lado, com condições favoráveis para o desempenho dessa atribuição, especialmente em regiões com grande volume de processos<sup>35</sup>. Ademais, a resistência à colheita de provas pelo próprio juiz é grande, afirmando-se até mesmo, de modo equivocado, que nessa matéria a inércia seria decorrência necessária do dever de imparcialidade<sup>36</sup>.

Em conseqüência, a circunstância de serem as normas relativas ao ônus da prova, formalmente, meras regras de julgamento ou – para utilizar a expressão de Carnelutti -, “*un surrogato della prova insufficiente*”<sup>37</sup>, não elide o problema, já que a limita-

- 
32. Enfrentando especificamente o problema da presunção criada pelo legislador, contestada diante do princípio do devido processo legal, decidiu a Corte Suprema norte-americana, em antigo julgamento: “*If a legislative provision not unreasonable in itself, prescribing a rule of evidence, in either criminal or civil cases, does not shut out from the party affected a reasonable opportunity to submit to the jury in his defense all of the facts bearing upon the issue, there is no ground for holding that due process of law has been denied him.*”(Mobile, J. & K. C. R. Co. v. Turnipseed, 219 U.S. 35 [1910]).
  33. É o que já se encontra, de certo modo, no Código de Processo do Trabalho paraguaio de 1961, em cujo art. 137 preceitua-se: “*Regirá el principio de inversión de la prueba, en todos los casos en que se demande el cumplimiento de obligaciones impuestas por la ley*”.
  34. Julgamento e ônus da prova *in* Temas de direito processual - Segunda Série, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 78.
  35. Barbosa Moreira, A função social do processo civil moderno cit., p. 147.
  36. De menção obrigatória, por retratar de modo paradigmático essa orientação, o seguinte precedente: “A prova dos fatos (constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos) incumbe a quem os alega (art. 818, da CLT), não pode o juiz sair em auxílio a uma das partes e suprir o processo de provas que ela parte não tem interesse em realizar (princípio dispositivo), por respeito ao tratamento isonômico...(art. 125, II, CPC). A oficialidade (art. 765, CLT), diz respeito aos esclarecimentos em que o Estado tem interesse”(TRT - 2ª Reg., 6ª T., Ac. n. 30.149/98-8, Rel. Juiz Gézio Duarte Medrado *in* DOESP de 19.06.98). Confirmam-se as palavras de Barbosa Moreira: “se o juiz se expõe à censura de parcialidade na hipótese de atuar, só porque a prova devida à sua atuação é suscetível de favorecer um dos litigantes, no rigor da lógica também ficaria exposto à mesma censura na hipótese de omitir-se: com efeito, a subsistente falta da prova, conseqüente à omissão, poderia favorecer a outra parte!”(Reflexões sobre a imparcialidade do juiz *in* Revista Jurídica, n. 250, agosto de 1998, p. 8).
  37. *Diritto e processo*, Napoli, Morano, 1958, p. 265.

da atuação do juízo na apuração dos fatos faz com que encontrem essas regras larga aplicação, em prejuízo da melhor apuração da verdade.

Enquanto não houver mudança concreta das regras relativas ao ônus da prova, portanto, continuará o processo do trabalho, ainda preso à idéia da igualdade formal dos litigantes, a discriminar a parte menos favorecida da relação litigiosa.

## 5 – INDIFERENÇA À DEMORA NA SOLUÇÃO DO LITÍGIO E DISCRIMINAÇÃO

É inegável que o tempo afeta de modo profundamente desigual os litigantes. O dano maior recai sempre sobre o litigante pobre, que não pode se permitir “*el lujo de una espera... larga*”<sup>38</sup>. Na verdade, debilidade econômica significa também “*menor capacidad de resistencia y de espera*”<sup>39</sup>. Daí observar Proto Pisani que, em qualquer litígio, enquanto “*la parte economicamente più debole ha minori capacità di resistenza e di attesa, e di consegueza subisce danni maggiori dalla lunghezza del processo...la parte economicamente più forte non solo ha maggiore capacità di resistenza e di attesa, ma anzi spesso (si potrebbe dire normalmente) ha interesse a che il processo duri il più a lungo possibile*”<sup>40</sup>.

A observação feita torna-se particularmente relevante no processo do trabalho, em que, talvez mais do que em qualquer outro, é freqüente, para não dizer constante, a disputa envolvendo partes com diferente capacidade econômica. Por conta disso, não pode ficar tal processo indiferente ao problema do tempo, como se os prejuízos provocados pela demora afetassem de igual forma os litigantes.

Surpreendentemente, porém, dedica a legislação processual trabalhista muito pouco interesse ao tema. Com exceção de alguns dispositivos recheados de boas intenções, mas sem grande eficácia prática (arts. 652, parágrafo único, 765 e 768, todos da CLT), não há – e isso é o mais importante – norma alguma de caráter geral dando ao juiz o poder de combater os efeitos deletérios do tempo. E as poucas normas que, em situações excepcionais e limitadas, permitem a antecipação da tutela mostram-se bastante deficientes.

De fato, na Consolidação das Leis do Trabalho a antecipação da tutela ou fica confinada a hipótese verdadeiramente cerebrina, sem nenhuma relevância prática, como no caso do art. 659, inciso IX, ou é objeto de regulamentação indevidamente restritiva, como na hipótese do inciso X do mesmo art. 659, que deixa de considerar tantas outras situações de estabilidade no emprego que justificariam, igualmente, a previsão de medida liminar (estabilidade da gestante, do membro da CIPA ou de empregado beneficiado por disposição inscrita em acordo ou convenção coletiva de trabalho). Não

38. Mauro Cappelletti, *El nuevo proceso laboral bajo acusación em Proceso, Ideologías, Sociedad cit.*, p. 232.

39. Mauro Cappelletti, *Por una nueva 'Justicia del Trabajo' em Proceso, Ideologías, Sociedad cit.*, p. 247. Cf. ainda, a propósito, Dalmo de Abreu Dallari, *O poder dos juizes*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 100.

40. *Controversie individuali di lavoro*, Torino, UTET, 1993, p. 33.

bastasse isso, agrava-se o quadro pela resistência que se nota na jurisprudência à utilização da tutela cautelar, que bem poderia atenuar os prejuízos advindos da demora na entrega da tutela pedida<sup>41</sup>.

Essa indiferença ao problema do tempo no processo não apenas discrimina a parte economicamente mais frágil, que não pode suportar as conseqüências da demora na solução do litígio, como, ainda, deforma o direito material. É o que ocorre, para ficar apenas no exemplo mais expressivo, com a estabilidade da gestante, proclamada depois de exaurido o prazo da garantia. O que se defere não é mais o direito de permanecer no emprego, assegurado em lei, mas simplesmente o direito aos salários e demais vantagens relativos ao período da garantia, outorgado em substituição a um direito que não mais pode ser satisfeito<sup>42</sup>.

Mais surpreendente se mostra o quadro identificado no direito processual brasileiro do trabalho quando se considera a situação em outros sistemas jurídicos. Na Itália, por exemplo, tendo o legislador consciência dos graves prejuízos impostos ao litigante pobre pela demora, a antecipação da tutela surge, como instituto de maior amplitude e já bem delineado, primeiramente no âmbito justamente do processo do trabalho<sup>43</sup>, passando apenas sucessivamente ao processo comum<sup>44</sup>. E isso porque – como notou na ocasião Proto Pisani, comentando a legislação que vinha de ser aprovada –, quando litigam quase sempre partes com diferente capacidade de resistência e espera “è dovere del legislatore, sensibile ai profili sostanziali dell’eguaglianza, individuare gli strumenti tecnici idonei a rimuovere (anche nell’ambito del processo) gli effetti dannosi che derivano dagli ostacoli di ordini economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini”<sup>45</sup>.

No Brasil esse dever do legislador não é visto com a mesma importância. A antecipação da tutela surge primeiramente no processo comum, em que não é tão mar-

- 
41. “Reintegração. Emprego. A ação cautelar tem natureza instrumental, sendo meramente preparatória da ação principal e visa possibilitar a atuação jurisdicional definitiva. É descabida a obtenção de reintegração no emprego, posto que esta providência somente é viável através do procedimento ordinário. Se concedida via procedimento cautelar, este se revestiria de caráter satisfativo e não mais instrumental.”(TST - SDI - Ac. nº 904/95 - Rel. Min. Calixto Ramos - DJ 19.05.95 - pág. 14203). “Ação cautelar - Reintegração. A Ação Cautelar não é o meio adequado para buscar a reintegração no emprego, pois a cautela não possui natureza satisfativa do direito substancial, mas sim meramente instrumental, de caráter provisório, sendo preparatória da ação principal, no caso a reclamação trabalhista, única via possível à obtenção do direito ao retorno ao emprego.” (TST - 2ª T - Ac. nº 4356/96 - Rel. Min. Ângelo Mário - DJ 20.09.96 - pág. 34831) e “Em face do caráter instrumental da ação cautelar, é inviável a sua utilização visando a obter reintegração no emprego, que, pela própria natureza, é sempre satisfativa e definitiva.” (TRT - 12ª Reg., 3ª T., Ac. nº 8662/94, Red. Juiz P. Sventnickas in DJSC de 20.01.95, p. 33).
  42. “Estabilidade relativa. Conversão da reintegração em indenização...terminada a estabilidade, não há outra conseqüência senão o pagamento, como indenização substitutiva (CCB, artigo 159), dos salários de todo o período” (TRT - 1ª Reg., RO nº 33675/94, Rel. Juiz Marcelo de Oliveira in DJRJ de 25.08.97, p. 97).
  43. Cf. art. 423, do CPC italiano, de acordo com a redação dada pela Lei n. 533/73.
  44. Art 186-bis, do mesmo CPC, de acordo com a redação dada pela Lei n. 353/90.
  45. *Le controversie in materia di lavoro*, Bologna, Zanichelli, 1974, p. 340.

## DOUTRINA

cante a desigual capacidade econômica dos litigantes, não sendo sequer cogitada pelo processo do trabalho, constrangido a servir-se tão-somente da aplicação subsidiária de legislação estranha.

### 6 – CONCLUSÃO

A idéia de dever o processo permanecer neutro, indiferente à condição peculiar dos litigantes, não se sustenta e contrasta com o reconhecimento, hoje pacífico, da insuficiência da igualdade meramente formal. A legislação processual do trabalho brasileira, porém, acha-se ainda presa a tal concepção. Disso resulta o agravamento, no plano processual, das desigualdades já existentes no plano material, com sensível discriminação do litigante dotado de menor capacidade econômica. Há que reformar, pois, o processo do trabalho, de modo a combater essa discriminação, indesejável sob qualquer prisma que se queira adotar. Trata-se, no fundo, não de mera faculdade, mas de autêntico dever imposto ao legislador, como resulta do já mencionado art. 3º, inciso III, da Constituição.