

ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR – ASCES

GISELE BETÂNIA SOUZA XAVIER

**ÔNUS DA PROVA NA JORNADA DE TRABALHO DOS
EMPREGADOS DOMÉSTICOS À LUZ DA EC 72/2013**

CARUARU

2016

GISELE BETÂNIA SOUZA XAVIER

**ÔNUS DA PROVA NA JORNADA DE TRABALHO DOS
EMPREGADOS DOMÉSTICOS À LUZ DA EC 72/2013**

Trabalho de conclusão de curso apresentado a banca examinadora da Associação Caruaruense de Ensino Superior, como requisito parcial para obtenção de grau de bacharel em Direito sobre orientação do Prof. Oton Vasconcelos Filho.

CARUARU

2016

ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR E TÉCNICO

Bacharelado de Direito

GISELE BETÂNIA SOUZA XAVIER

**ÔNUS DA PROVA NA JORNADA DE TRABALHO DOS
EMPREGADOS DOMÉSTICOS À LUZ DA EC 72/2013**

Aprovado em: _____/_____/_____

BANCA EXAMINADORA

Orientador:

Prof. Dr. Oton de Albuquerque Vasconcelos Filho

Examinadores:

Primeiro Avaliador Prof:

Segundo Avaliador Prof:

DEDICATÓRIA

Ao meu orientador Prof. Dr. Oton de Albuquerque Vasconcelos Filho, pelo suporte, orientações e correções fundamentais para o desenvolvimento da presente monografia.

A Prof. Marcela Proença, a qual me “apresentou” o Direito do Trabalho em sala de aula e me fez despertar para o tema deste trabalho acadêmico.

AGRADECIMENTOS

Agradeço esta conquista, primeiramente a Deus.

Aos meus pais, Hélia Betânia e Severino Ramos.

Ao meu amado esposo, Carlos Henrique.

Aos meus amigos/anjos Allysson Wilker e

João Vinícius.

*A estes, que alegram minha vida todos os dias com a
sua presença.*

RESUMO

O entendimento do ônus da prova, comum no Direito Processual Civil, tem fundamental importância no Direito do Trabalho, conforme é demonstrado neste trabalho de conclusão de curso. O objetivo do presente estudo foi analisar o ônus da prova na jornada de trabalho dos empregados domésticos à luz da EC 72/2013. Foram verificados os métodos interpretativos gramatical, lógico, histórico-evolutivo, teleológico, e sociológico, utilizando-se assim de uma metodologia de natureza qualitativa. Constatou-se, por meio de uma análise histórico-evolutiva, que os direitos dos empregados, principalmente dos domésticos, foram sendo adquiridos ao longo do tempo com uma certa resistência. Conforme analisado, recentemente essa classe trabalhista adquiriu os mesmos direitos elencados para os demais trabalhadores urbanos e rurais. Destarte, faz-se importante destacar os meios probatórios atribuíveis aos domésticos, a visão de parte hipossuficiente da relação trabalhista e entender como funciona o ônus da prova e a inversão do ônus da prova nessa relação.

PALAVRAS CHAVE: Direito do trabalho; Jornada de trabalho; EC 72/2013; Ônus da prova; Inversão do ônus da prova.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
CAPÍTULO 1 - AS RELAÇÕES EMPREGATÍCIAS DOMÉSTICAS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA.....	09
1.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA TRABALHISTA.....	09
1.2 DIREITOS DOS EMPREGADOS DOMÉSTICOS NOS TERMOS DA CF/88 APÓS A EC 72/2013.....	13
1.3 A EFETIVIDADE DOS DIREITOS DOS EMPREGADOS DOMÉSTICOS APÓS A EC 72/2013.....	16
CAPÍTULO 2 - A CONCEITUAÇÃO E A PRINCIOLOGIA DAS PROVAS NUMA PERSPECTIVA PROCESSUAL GERAL E PROCESSUAL TRABALHISTA	19
2.1 DOS PRINCÍPIOS DA PROVA APLICÁVEIS AS RELAÇÕES TRABALHISTAS.....	20
2.2 AS PROVAS NAS RELAÇÕES DO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO.....	27
CAPÍTULO 3 - OONUS PROBANDI DO EMPREGADO DOMÉSTICO SOBRE A JORNADA DE TRABALHO.....	34
3.1 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM LITÍGIOS ENVOLVENDO EMPREGADOS DOMÉSTICOS APÓS A EC N. 72/2013 E A LC N. 150/2015.....	39
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	46
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	48

INTRODUÇÃO

O presente trabalho é de fundamental importância para conclusão do curso de bacharelado em Direito. O tema abordado é o ônus da prova na jornada de trabalho dos empregados domésticos à luz da Emenda Constitucional nº 72 de 2013.

Foram verificados os métodos interpretativos gramatical, lógico, histórico-evolutivo, teleológico, e sociológico, utilizando-se assim de uma metodologia de natureza qualitativa.

O método selecionado para a elaboração deste trabalho foi o sociojurídico, uma vez que o Direito depende indiretamente da sociedade para criar leis que a regulamentem. Sendo assim é uma pesquisa doutrinária, voltada ao estudo do tema através de livros, sites e artigos que discutam sobre tal assunto.

É mister fazer uma breve passagem pelos principais acontecimentos que evidenciaram o princípio da dignidade da pessoa humana, nessa verdadeira conquista ao longo da história da humanidade para garantir as condições mínimas de vida aos trabalhadores.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, solidificou a importância do trabalho, prevendo os valores sociais do trabalho como fundamento da República e consolidando inúmeros direitos dos trabalhadores.

A proposta de Emenda à Constituição Federal, PEC nº66/2012, vulgo “*PEC das domésticas*”, a qual transformou-se na Emenda Constitucional nº 72/2013, influência no cotidiano dos empregados domésticos e seus empregadores. Desta forma faz-se necessário uma discussão sobre as mudanças e atualizações de tal Emenda Constitucional pela Lei Complementar nº150/2015.

Antes da lei supramencionada a classe dos trabalhadores domésticos era vista de forma desigual perante a Lei, a ponto de só no ano de 2013 ter seus direitos equiparados aos direitos dos demais trabalhadores urbanos.

A relevância de se falar sobre este tema é pelo fato de estar em pauta recentemente, inclusive na mídia, já que sete dos novos direitos da “*PEC das Domésticas*” estavam à espera de regulamentação e não podiam ser desfrutados por causa da estagnação do projeto de Lei, que foi sancionado somente agora em junho do ano de 2015, pela presidente Dilma Rousseff.

A presente pesquisa também discorre sobre a história e evolução do Direito do Trabalho, contextualizando seu surgimento e desenvolvimento. Analisa-se também a proposta

de Emenda à Constituição Federal, PEC nº66/2012, a qual transformou-se na Emenda Constitucional nº 72/2013.

Nesta perspectiva, veremos o rol de direitos contidos no parágrafo único, do artigo 7º da Carta Magna, com aplicação imediata, independentemente, de qualquer regulamentação infraconstitucional e os sete novos direitos da “PEC das Domésticas” que estavam à espera de regulamentação.

Faremos por abordar a conceituação de prova numa ótica processual geral, o ônus da prova no processo do trabalho e as provas nas relações do direito processual do trabalho, bem como mencionar o que rege o processo civil sobre o tema, definindo-se o que é prova judiciária, a sua importância, seu objeto, quais os seus meios.

Destacam-se os princípios específicos a serem valorados na distribuição do ônus da prova. Ainda, explica-se a inversão do ônus da prova e em qual caso deverá ser aplicado.

A presente monografia aborda o *onus probandi* dos empregados domésticos sobre a jornada de trabalho, bem como a materialização da jornada pelos meios de prova admitidos no processo do trabalho.

Assim, a pretensão da pesquisa é mostrar as modificações no artigo 7º da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº72 de 2013, evidenciando que apesar de ter sido uma classe trabalhadora marginalizada no passado, hoje os empregados domésticos têm vez e voz para exigir dignamente os seus direitos.

CAPÍTULO 1 - AS RELAÇÕES EMPREGATÍCIAS DOMÉSTICAS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

1.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA TRABALHISTA

Para o entendimento da presente pesquisa é preciso fazer uma análise histórica a respeito do Direito do Trabalho, contextualizando seu surgimento e desenvolvimento.

É mister, destacar o lamento do ser humano por ter sido “alienado com relação a Deus”. Na Bíblia, no Antigo Testamento, menciona-se a passagem que o homem, após comer o fruto proibido, desrespeitando a ordem de Deus, foi expulso do jardim do Éden, devendo, a partir de então, trabalhar para obter o seu próprio sustento - “No suor do teu rosto comerás o teu pão” – (Gênesis 3:19).

Não respeitar o decreto de Deus referente à “arvorve da vida” teria resultado na queda do homem. Isso integra à herança comum da mitologia judaico-cristã.

Assim, em sua universalidade o cristianismo anuncia a solução imaginária da auto-alienação humana na forma do “mistério de Cristo”. Esse mistério postula a reconciliação das contradições que fizeram com que grupos de pessoas se opusessem mutuamente (MÉSZAROS, 2009, p. 32).

Karl Marx, em sua obra “*On the Jewish question*” (1844), escreveu:

Foi só na aparência que o cristianismo superou o verdadeiro judaísmo. Ele era demasiado refinado, demasiado espiritual para eliminar a crueza das necessidades práticas a não ser elevando-as à esfera etérea. O cristianismo é o pensamento sublime do judaísmo. O judaísmo é a prática vulgar do cristianismo. Mas essa aplicação prática só se poderia tornar universal quando o cristianismo, como religião aperfeiçoada, tivesse realizado, de maneira teórica, a alienação do homem de si e da natureza.

A Teoria da Alienação em Marx, evidencia o comportamento e as preocupações sociais com essa problemática que vão da Bíblia a trabalhos literários, bem como a tratados sobre direito, economia e filosofia.

No feudalismo, havia uma descentralização do poder, a economia baseava-se na agricultura e no regime da servidão, em que o senhor feudal dava proteção militar e política aos servos, que não tinham liberdade. Os servos eram obrigados a entregar parte da produção rural aos senhores feudais como contraprestação pela permanência e uso da terra, bem como pela defesa recebida.

Na Idade Média, a economia era ruralizada. Houve enfraquecimento comercial e supremacia da Igreja Católica. Cabe destacar o sistema de produção feudal e a sociedade hierarquizada. Durante essa época, houve uma maior liberdade dos trabalhadores, porém, a relação das corporações com os trabalhadores era de tipo autoritário, com o escopo de manter os interesses dos empregadores, ficando em segundo plano a proteção aos trabalhadores.

Na sociedade pré-industrial, observa-se, primeiramente, a escravidão, em que o trabalhador era considerado coisa, e não sujeito de direito e tão pouco existia um sistema de normas jurídicas de direito do trabalho.

O escravo não possuía direitos trabalhistas e não era sujeito de direitos, sendo equiparado a uma coisa.

Na servidão, os trabalhadores não tinham uma condição livre, embora houvesse certa proteção política e militar, prestada pelo senhor feudal, dono das terras. Os servos eram obrigados a entregar parte da produção como preço pela fixação na terra e pela defesa recebida.

Nas corporações de ofício ainda não existe uma ordem jurídica semelhante ao direito do trabalho, mas há uma maior liberdade do trabalhador. Nas corporações de artesãos agrupavam-se todos os artesãos do mesmo ramo em uma localidade. As corporações tinham um estatuto que disciplinava as relações de trabalho. Havia três categorias de membros das corporações: os mestres, os companheiros e os aprendizes.

Os mestres eram proprietários de oficinas que chegavam a essa condição depois de aprovados, conforme os regulamentos da corporação, na confecção de uma “obra prima” ou “obra mestra”. Equivaliam aos empregadores atuais.

Os companheiros eram trabalhadores livres que ganhavam salários dos mestres.

Os aprendizes eram menores de idade que recebiam dos mestres os ensinamentos de um ofício ou profissão.

O surgimento do Renascimento contribuiu para uma nova visão sobre os valores do trabalho, passando este, a ser visto como uma fonte de riquezas.

A Revolução Industrial, iniciada no século XVIII, foi a principal razão econômica que acarretou o surgimento do Direito do Trabalho, com a descoberta da máquina a vapor como fonte de energia, substituindo a força humana.

A necessidade de pessoas para operar as máquinas a vapor e têxteis impôs a substituição do trabalho escravo, servil e corporativo pelo trabalho assalariado (NASCIMENTO, p. 48-49).

Essa crise social, causada por uma transição drástica do antiquado modo de produção feudal-artesanal para um novo, deu origem a várias teorias críticas, uma delas foi a do filósofo Rousseau, que escreveu em seu *Discurso sobre a economia política*, em um de seus *Diálogos*, que as vantagens da “confederação social” pesam fortemente a favor dos ricos, contra os pobres.

É bem verdade que, desde os primórdios até os dias atuais, a sociedade foi moldada para aqueles que detêm o maior poder capital, e nesse contexto, em razão das péssimas condições de trabalho, com excessivas jornadas e exploração do labor de mulheres e menores, os trabalhadores começaram a fazer reivindicações por melhorias, através das associações coletivas.

As razões para a limitação da jornada são de ordem biológica, social, econômica, religiosa e familiar. As jornadas estafantes foram, durante o século XIX, uma das principais causas de movimentos revolucionários dos trabalhadores.

É importante fazer uma breve passagem pelos principais acontecimentos que evidenciaram o princípio da dignidade da pessoa humana, nessa verdadeira conquista ao longo da história da humanidade para garantir as condições mínimas de vida aos trabalhadores.

Leis ordinárias surgiram como garantias aos trabalhadores. Cabe destacar, entre outras, a Lei de Peel, de 1802, da Inglaterra, de proteção aos menores nas fábricas, limitando a jornada de trabalho a 12 horas por dia. Na França, em 1814, surge lei proibindo o trabalho de menores de 8 anos. Na Itália, em 1886, são criadas leis de proteção ao trabalho da mulher e do menor.

No contexto jurídico Brasileiro, a Constituição de 1824, seguindo o liberalismo, aboliu as corporações de ofício (art. 179, n. 25), devendo haver liberdade de exercício de profissões. Observa-se a presença do trabalho escravo, até a Lei Áurea, de 13 de maio de 1888, que aboliu a escravidão no país.

A Constituição de 1891 reconheceu a liberdade de associação (artigo 72, parágrafo 8º) de forma genérica. (GARCIA, p. 33)

No ano de 1919, o Tratado de Versalhes prevê a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Após o fim da Primeira Guerra mundial, surgiu no mundo o Constitucionalismo social. A partir daí, nas Constituições passaram a vigorar disposições pertinentes à defesa de

interesses sociais e ao Bem-estar social em 1929. E depois do término da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), houve a criação da Organização das Nações Unidas (ONU).

As transformações ocorridas na Europa, com o crescente surgimento de leis de proteção ao trabalho, e a instituição da OIT, influenciaram o surgimento de normas trabalhistas no Brasil.

A Constituição de 1934, no art. 121, parágrafo 1º, c, previa: “trabalho diário não excedente a oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei”.

Na Carta Magna de 1937, no artigo 137, i, estabelecia preceito quanto ao: “[...] dia de trabalho de oito horas, que poderá ser reduzido, e somente suscetível de aumento nos casos previstos em lei”.

Em 1943, sob um intenso período de revoltas trabalhistas no Brasil, Getúlio Vargas outorga a “Consolidação das Leis do Trabalho” que, posteriormente, com algumas modificações, instituíram aos trabalhadores direitos sobre a função exercida.

Neste panorama, em 1944, a OIT aprovou a Declaração da Filadélfia, ampliando o Tratado de Versalhes e estabelecendo a cooperação internacional para a realização da justiça social.

Retomando ao quadro no Brasil, em 1946, a Constituição Federal, em seu art. 157, inciso V, fixava o preceito de “[...] duração diária do trabalho não excedente a oito horas, exceto nos casos e condições previstos em lei”.

Neste mesmo ano, consolidou-se a vinculação da OIT à ONU, como instituição especializada para as questões referentes à regulamentação internacional do trabalho.

Na Carta Magna de 1967, o art. 158, inciso VI, previa: “[...] duração diária do trabalho não excedente de oito horas, com intervalo para descanso, salvo casos especialmente previstos”. Esse mandamento se estendeu a redação determinada pela Emenda Constitucional 1/1969, no art. 165, inciso VI.

A Constituição Federal de 1988, solidificou a importância do trabalho, prevendo os valores sociais do trabalho como fundamento da República e consolidando inúmeros direitos dos trabalhadores.

Ante o exposto, fica claro como o Direito do Trabalho promove o progresso das instituições sem marginalizar o bem-estar da coletividade, com vistas à melhoria das condições sociais dos trabalhadores.

1.2 DIREITOS DOS EMPREGADOS DOMÉSTICOS NOS TERMOS DA CF/88 APÓS A EC 72/2013

O presente estudo tem a finalidade de analisar como as modificações no texto da Lei, ou seja, a proposta de Emenda à Constituição Federal, PEC nº66/2012, vulgo PEC das domésticas, a qual transformou-se na Emenda Constitucional nº 72/2013, influência no cotidiano dos empregados domésticos e seus empregadores.

Antes da Emenda Constitucional nº 72/2013, a classe dos trabalhadores domésticos era vista de forma desigual perante a Lei, a ponto de só no ano de 2013 ter seus direitos equiparados aos direitos dos demais trabalhadores urbanos. Isso reflete no preconceito social acerca desses profissionais até os dias atuais.

Cabe diferenciar este trabalhador doméstico, do profissional denominado diarista, cuja função é prestar serviços à residência por um ou no máximo dois dias na semana. Lembrando que essa classe não é abrangida pelos efeitos da EC 72/2013.

Faz-se impreterível especificar os elementos fático-jurídicos especiais da caracterização dos empregados domésticos, que são: finalidade não lucrativa e a apropriação dos serviços somente por pessoa física ou por família e atividades realizadas em função exclusivamente da esfera residencial dos empregadores.

No que diz respeito ao primeiro componente fático-jurídico privativo da relação empregatícia doméstica, a legislação especial dessa classe de trabalhadores, tem como escopo, que o labor executado pelo doméstico não tenha finalidades e efeitos comerciais ou industriais, devendo assim, limitar-se apenas ao proveito pessoal do empregador ou de sua família. Sobre o tema, é de entendimento do Tribunal Regional do Trabalho em algumas de suas Regiões, que:

EMPREGADO DOMÉSTICO. FINS LUCRATIVOS. DESCARACTERIZAÇÃO. Nos termos da Lei n. 5.859/72, considera-se empregado doméstico aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destes. Assim, comprovados os fins lucrativos na utilização da propriedade em que os serviços eram prestados, resta descaracterizada a relação doméstica, sendo o obreiro empregado celetista. (Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região - Processo: 00301-2000-511-01-00-0, Relator: Antônio Carlos Areal, Data de Julgamento: 12/02/2003, 5ª Turma, Data de Publicação: 11/04/2003)

TRABALHO DOMÉSTICO - CARACTERIZAÇÃO - IRRELEVÂNCIA DA FUNÇÃO DESEMPENHADA. Nos termos do art. 1º, da Lei n. 5.859/72, o que define o empregado doméstico não é a sua qualificação profissional, mas a circunstância de prestar "serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas". Tendo a autora sido contratada para prestar seus serviços laborais como auxiliar de enfermagem na residência do

reclamado, para cuidar de dois idosos, sem fins lucrativos, restou caracterizada a sua condição de empregada doméstica. (Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região - RO: 41901 419/01, Relator: Julio Bernardo do Carmo, 4ª Turma, Data de Publicação: 31/03/2001)

No que concerne ao segundo elemento fático-jurídico característico dos empregados domésticos, é de conhecimento no âmbito juslaboralista, a vedação legal diante das pessoas jurídicas serem tomadoras de serviços domésticos.

Por fim, o terceiro dos elementos fático-jurídicos especiais encontrados na relação de emprego doméstica, faz referência à condição de que os serviços necessitam ser prestados no âmbito residencial do empregador. Tecnicamente, a locução mais apropriada seria "para o âmbito residencial", pois os serviços domésticos não são apenas aqueles executados dentro da residência, podendo ser prestados serviços externos, mas, exclusivamente relacionados com o interesse pessoal ou familiar, como no caso do motorista particular.

A jurisprudência majoritária segue esse entendimento:

MOTORISTA. EMPREGADO DOMÉSTICO. A atividade de motorista pressupõe o deslocamento do prestador de serviços para atendimento das necessidades pessoais de seu empregador doméstico, inclusive aquelas relacionadas ao deslocamento para o trabalho ou a trabalho, quando não houver “valor de troca”, preservando a característica não comercial ou a utilização da força de trabalho como “valor de uso”. O serviço de levar o empregador a seu local de trabalho e deste para a sua residência no final do dia, por si só, não caracteriza ganho econômico para o empregador. (Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região - Recurso Ordinário: 0000036-74.2011.5.01.0302, Relatora: Sayonara Grillo Coutinho Leonardo, Data de Julgamento: 13/03/2013, 7ª Turma, Data de Publicação: 09/04/2013).

Seguindo esta regra, a PEC das Domésticas afeta qualquer trabalhador maior de 18 anos, contratado para trabalhar em uma residência por mais de dois dias semanais, sem finalidade lucrativa. Estes são os profissionais responsáveis pela limpeza, babás, jardineiros, motoristas, cozinheiras, caseiros e até pilotos de aviões particulares.

Com as alterações decorrentes da promulgação da “PEC das Domésticas” essa Classe adquiriu maior espaço na sociedade brasileira.

Ampliando-se os poucos direitos que lhes eram garantidos, o país alcança um novo âmbito como Estado democrático. Tendo como destaque as “secretárias do lar”, tais mudanças devem ser debatidas e refletidas uma vez que interferem diretamente na gestão de empregador e empregado (NEVES, 2014).

Neste contexto o parágrafo único do artigo 7º da Constituição Federal foi alterado, ampliando a gama de direitos reconhecidos aos trabalhadores domésticos.

A regulamentação dos direitos dos empregados domésticos teve início por meio da Lei nº 5.859/72 e do Decreto 71.885/73.

A Carta Magna, em seu artigo 7º, parágrafo único, estendeu o direito ao repouso semanal remunerado aos trabalhadores domésticos. Em seguida, mais direitos foram conferidos a Classe por meio da Lei nº 10.208/01, só que de forma facultativa para o empregador: o recolhimento do FGTS e o seguro desemprego. E a Lei nº 11.234/06 atribuiu a estabilidade à gestante e a proibição de descontos por concessão de algumas utilidades, além de descanso nos feriados.

Ante o exposto, pode-se afirmar que a modificação no parágrafo único do artigo 7º da Constituição Federal, realizado pelo Governo Federal, tem o escopo de estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os empregados domésticos e os demais empregados urbanos e rurais, para melhor atender as necessidades desta Classe.

A exemplo disto, a prestação do serviço após o limite máximo diário de 8 horas, implica o direito de o trabalhador, seja este urbano, rural ou doméstico, perceber adicional de horas extras, na base mínima de 50% do valor da hora normal (CF, art. 7º, XVI).

O entendimento majoritário da doutrina, indica vários fundamentos para a limitação da jornada de trabalho pelas normas jurídicas, são eles: o fundamento psíquico, pois o trabalho intenso pode causar o esgotamento psíquico-psicológico do trabalhador; o fundamento físico, uma vez que jornadas de elevada duração aumentam o risco de acidentes de trabalho pela fadiga; o fundamento social, levando em consideração as demais atividades do trabalhador e seu convívio familiar.

Outro fundamento é o econômico, pois jornadas de trabalho de elevada duração podem fazer com que a empresa deixe de contratar outros empregados, gerando crise na economia e por fim, o fundamento humano, uma vez que o trabalhador, deve ter sua saúde preservada.

A “PEC das Domésticas” garante aos domésticos a maioria dos direitos já previstos atualmente aos demais trabalhadores registrados com carteira assinada e regidos pela CLT.

De acordo com o Ministério do Trabalho e Emprego (MTe), o trabalhador doméstico que estiver trabalhando sem dispor de algum dos direitos elencados no artigo 7º da Constituição Federal, deverá procurar as Superintendências Gerenciais ou Agências Regionais do Trabalho e Emprego e fazer a denúncia ao plantão fiscal.

Antes da proposta de Emenda à Constituição (PEC) 66/2012, os empregados domésticos já haviam garantidos os seguintes direitos: Salário mínimo, irredutibilidade

salarial, licença gestante de 120 dias sem prejuízo do emprego e dos salários, estabilidade à gestante, férias de 30 dias com acréscimo de um terço, décimo terceiro salário e repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos.

São 9 (nove) os novos direitos que estão em vigor desde 2013: Salário mínimo (hoje em R\$ 788,00), jornada de trabalho de 8 horas diárias e 44 horas semanais, hora extra (as primeiras 40 horas devem ser pagas em dinheiro ao trabalhador. A partir daí cada hora extra deve ser compensada em folga ou redução da jornada em até um ano), direito de trabalhar em local onde sejam observadas as normas de higiene, saúde e segurança, o empregador tem que respeitar regras e acordos estabelecidos em convenções coletivas, ficou proibido, a discriminação em relação ao portador de deficiência e vetado o trabalho noturno, perigoso ou insalubre ao trabalhador.

1.3 A EFETIVIDADE DOS DIREITOS DOS EMPREGADOS DOMÉSTICOS APÓS A EC 72/2013

Um rol de direitos contidos no parágrafo único, do artigo 7º da Carta Magna, têm aplicação imediata, independentemente, de qualquer regulamentação infraconstitucional.

Tal fato, ocorre porque a previsão na Constituição Federal é bastante, por si só, para fazer cumprir, de forma imediata, os direitos ao salário mínimo, à irredutibilidade e proteção salarial, ao décimo terceiro salário, à limitação da jornada de trabalho, às horas extras, às férias, à licença maternidade, à licença paternidade, ao aviso prévio proporcional, à redução dos riscos inerentes ao trabalho, à aposentadoria, ao reconhecimento das convenções e acordos coletivos, à proteção contra discriminação, e a proteção do trabalho do menor.

Sete dos novos direitos da “PEC das Domésticas” estavam à espera de regulamentação. São eles: adicional noturno; obrigatoriedade do recolhimento do FGTS por parte do empregador; salário-família; auxílio-creche e pré-escola, seguro contra acidentes de trabalho e indenização em caso de despedida sem justa causa.

Quanto a esse direitos, a Emenda Constitucional nº 72/2013, assegurou aos domésticos essas garantias, porém, desde que “[...] atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades”.

Desde que vem sendo discutida, a “*PEC das Domésticas*” tem causado um “mal estar” entre empregadores e empregados. Em 2012, quando o texto foi aprovado na Câmara dos Deputados, muitos empregadores passaram a despedir as empregadas domésticas e contratar diaristas, com medo do aumento dos encargos que a nova lei poderia proporcionar.

O projeto, que iguala os direitos dos trabalhadores domésticos aos dos demais trabalhadores urbanos e rurais, foi promulgado pelo Congresso Nacional em abril de 2013.

Nesse panorama, boa parte dos direitos previstos não podiam ser desfrutados por causa da estagnação do projeto de Lei que foi sancionado somente agora em junho do ano de 2015 pela presidente Dilma Rousseff.

O governo se comprometeu a lançar o Simples Doméstico, antes do prazo máximo de 4 (quatro) meses estipulado na lei.

Atualmente, somente 1,4 milhões de trabalhadores são formais.

A regulamentação vai aumentar em apenas 8% os custos do empregador. Num primeiro momento, os empregadores podem querer demitir, mas a lei será um incentivo a formalidade. Vamos ter muito mais gente querendo formalizar do que demitir”. A expectativa é de que pelo menos um milhão dos mais de 3.1 milhões de trabalhadores informais tenham a carteira de trabalho assinada em 12 meses, afirma o presidente da ONG Instituto Doméstica Legal, Mário Avelino.

Além dos novos benefícios, há a redução na alíquota da contribuição ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), que deve ser paga pelo empregador que passa de 12% para 8%, mais 0,8% para cobrir o seguro por acidente de trabalho doméstico.

Já no caso da contribuição feita pelo próprio trabalhador, o pagamento ao INSS continua igual ao modelo atual, que é de 8% a 11%, de acordo com a faixa salarial. O empregador passará a ter que recolher 8% para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), além de uma alíquota mensal de 3,2%, como antecipação da multa dos 40% devida nas demissões sem justa causa.

A exigência desses pagamentos, de acordo com a nova Lei, entra em vigor após esses quatro meses. Deve o empregador cumprir todas as novas exigências legais e recomenda-se, que seja elaborado um contrato com o empregado estabelecendo as horas de trabalho e as funções que serão exercidas, por exemplo.

A Lei Complementar n. 150/2015, trouxe mais modificações para esse contexto vivido atualmente por essa classe de trabalhadores domésticos. No artigo 4º da referida Lei, foi facultado a contratação por prazo determinado do empregado doméstico ou mediante contrato de experiência ou para atender as necessidades familiares de natureza transitória e para substituição temporária de empregado doméstico com contrato de trabalho interrompido ou suspenso, não podendo exceder o prazo de 90 (noventa) dias.

No artigo 9º da LC n. 150/2015 reza que, a Carteira de Trabalho e Previdência Social será obrigatoriamente apresentada, contra recibo, pelo empregado ao empregador que o admitir, o qual terá o prazo de 48 (quarenta e oito) horas para nela anotar, especificamente, a data de admissão, a remuneração e, quando for o caso, os contratos previstos nos incisos I e II do art. 4º.

O artigo 6º da Lei Complementar supramencionada diz, que o empregador ao despedir sem justa causa o empregado, antes do termo final do contrato, será obrigado a pagar-lhe, a título de indenização, metade da remuneração a que este teria direito até o fim do contrato. Entretanto, o empregado que desligar-se do contrato, antes do termo deste, sem justa causa, fica obrigado a indenizar o empregador pelos prejuízos que deste fato resultarem, em valor não superior àquele que teria direito o empregado em idênticas condições.

Outro ponto que a LC n.150/2015 destaca é a exclusão expressa da exigência de aviso prévio no curso de contratos a termo domésticos (art.8º), o qual afastou a incidência da cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão, prevista no artigo 481 da Consolidação das Leis do Trabalho para os contratos a termo urbanos.

Finalmente, vale destacar que a Lei Complementar n. 150/2015, em seu artigo 12, tornou obrigatório o registro do horário de trabalho do empregado doméstico por qualquer meio manual, mecânico ou eletrônico, desde que idôneo.

De acordo com o Ministério do Trabalho e Emprego (MTe), o trabalhador doméstico que estiver trabalhando sem dispor de algum dos direitos elencados no artigo 7º da Constituição Federal, deverá procurar as Superintendências Gerenciais ou Agências Regionais do Trabalho e Emprego para fazer a denúncia ao plantão fiscal.

CAPÍTULO 2 – A CONCEITUAÇÃO E A PRINCIPIOLOGIA DAS PROVAS NUMA PERSPECTIVA PROCESSUAL GERAL E PROCESSUAL TRABALHISTA

A priori, é de suma importância para o desenvolvimento da presente monografia entender a importância da prova judiciária. Luiz Fux explica:

As partes, no processo, sustentam fatos aos quais atribuem efeitos jurídicos, que consubstanciam as suas razões respectivas no sentido de o juiz acolher ou rejeitar o pedido formulado. Os fatos aduzidos pelo autor denominam-se constitutivos do seu direito e os formulados pelo demandado, extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor.

Deveras, o processo é dominado pelo *princípio dispositivo*, por isso que cabe às partes o ônus de comprovar os fatos que lhes são favoráveis. A iniciativa oficial, quando engendrada, opera-se após o empenho dos interessados, e, ainda assim, no afã de o juiz prestar a tutela jurisdicional; por isso, não podendo proferir decisão de insuficiência de prova que o exonere de julgar (*non liquet*), compete-lhe determinar provas suplementares ao descobrimento da verdade. Contudo, o ônus de provar pioneiro é das partes e, mais precisamente, do autor, em razão de sua iniciativa. (FUX, 2008, p. 571).

Conceitua-se a prova como meio de demonstração, objetivo e subjetivo, da veracidade das alegações deduzidas em um processo, o qual se exterioriza documentalmente, testemunhalmente, por análise pericial, depoimento pessoal das partes e nos demais meios em direito admitidos.

O escopo da prova é, através de seus meios, demonstrar ao juiz a verdade dos fatos que são postos à sua apreciação, enquanto a subjetividade diz respeito à formação da convicção do julgador.

Portanto, o objeto da prova é o fato consubstanciado nas versões apresentadas pelas partes em um processo. Logo, a prova, é um instrumento processual de fundamental importância, que possibilita ao julgador formar sua convicção em determinada lide.

Neste entendimento, Luiz Fux afirma que o processo contenta-se com a *verdade que migra para os autos*, ou seja, a verdade do judiciário, aquela que importa para a decisão. Assim, a conclusão a que chega o juízo não tem compromisso absoluto com a verdade, senão com a justiça, a estabilidade e a segurança social alcançadas mediante a colaboração das partes, fundamento semelhante que informa o instituto da coisa julgada. (FUX, 2008, p.572/573)

No processo do trabalho vigem os princípios dispositivo e inquisitivo. Segundo o princípio dispositivo, o juiz só pode julgar tendo por base os fatos alegados e as provas

produzidas pelas partes. Entretanto o princípio inquisitivo ou autoritário, confere ao juiz não só o poder de dirigir o processo, mas também o de contribuir para a formação do complexo probatório, “sendo que em casos excepcionais, a ele se outorga o poder-dever de iniciar a ação, mesmo sem a provocação da parte”.

Esta convicção do juiz, é formada pela persuasão racional decorrente da análise do conjunto fático-probatório apresentado nos autos, cuja exteriorização deve ser fundamentada, nos termos do artigo 131 do CPC.

O renomado autor acima citado, fala em sua obra sobre a liberdade da prova, a qual concede a possibilidade de obtenção de elementos nas fontes atípicas de convencimento judicial. Em face desse sistema probatório, alguns indicam como prova inominada os *indícios e presunções* não catalogados textualmente pelo Código, porquanto a própria lei dispensa de prova os fatos presumidos. (FUX, 2008, p.577)

Ainda sobre a problemática em relação ao tema, Luiz Fux conclui:

O indício, por si, nada prova na forma dos permissivos. Ele é indício de provas e, a partir dele, pode o juiz fundar e motivar o seu convencimento dos artigos 131 e 332 do Código de Processo Civil. As presunções permitem ao juiz, a partir de um fato conhecido, demonstrar a existência de outro. Desta sorte, omitindo-se o réu (fato conhecido), presumem-se verdadeiros os fatos afirmados (não conhecidos) pelo autor. Por essa razão apresenta-se que a presunção é o resultado desse processo lógico de construção da prova da inexistência do fato probando. (FUX, 2008, p. 578)

Neste panorama, é certo que, a prova produzida nos autos vincula a atividade cognitiva do juiz, ao qual não é conferida a faculdade de julgar baseado apenas em suas convicções pessoais, devendo pautar-se nos parâmetros fornecidos pela lei e por princípios.

Logo, a produção probatória deve obedecer a regras pré-estabelecidas, segundo as quais se incumbem às partes envolvidas em uma relação processual o ônus de provar os fatos alegados perante o destinatário da prova, que é o magistrado.

Prevalece as máximas antigas “*narra mihi factum, dabo tibi jus*” e “*iura novit cúria*”, significam que, o juiz conhece o direito por dever de ofício, cabendo à parte levar ao judiciário os fatos (“dá-me os fatos, dar-te-ei o direito”).

2.1 DOS PRINCÍPIOS DA PROVA APLICÁVEIS AS RELAÇÕES TRABALHISTAS

Com o escopo de possibilitar um melhor entendimento da presente monografia, os princípios reitores da prova no direito processual do trabalho, serão tratados a seguir.

O primeiro princípio citado é a Necessidade da Prova, pois, os fatos alegados em juízo, em especial os controvertidos, necessitam de provas para serem admitidos como verdadeiros, disto decorrendo o princípio da necessidade da prova.

Com efeito, de acordo com os critérios estabelecidos na lei, a prova do fato incumbirá a quem a ele aproveite e em consequência disto, fica fatalmente afastada eventual parcialidade por parte do magistrado, que não pode decidir a lide de acordo com seu entendimento pessoal.

Outro princípio é o da Unidade da Prova, de acordo com esse princípio, a prova produzida nos autos deve ser valorada como um todo, de modo que fica afastada a possibilidade de decisão do magistrado em favor de apenas uma das partes, com exceção dos casos em que a controvérsia permitir o acolhimento de apenas uma das versões apresentadas nos autos.

Desta forma, segundo o aludido princípio, deve ser apreciado no todo o conjunto probatório (documentos, testemunhas, perícias e demais meios admitidos em lei) para verificação dos fatos que originaram os pedidos dos litigantes.

O princípio da Lealdade da prova está intimamente ligado com a busca da verdade real, que veda o acolhimento de versões fálicas falsas em prejuízo de alguma das partes ou com o fim de obter-se objetivo ilegal.

É indispensável destacar que tal princípio possui natureza ética, e caso seja inequivocamente caracterizado o desrespeito deste, é possibilitada a punição das partes por litigância de má-fé (artigo 17, do Código de Processo Civil).

À luz do princípio da Contradição fica garantida a bilateralidade de audiência, exposta no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Neste entendimento, é vedada a produção probatória de forma secreta ou velada e que, não sendo oportunizado o contraditório, restará caracterizada nulidade processual, podendo ser afastada somente caso nenhum prejuízo seja ocasionado à parte contra a qual a prova foi produzida.

O princípio da Igualdade de Oportunidade rege que às partes é conferida a faculdade de, querendo, produzir provas, conforme já referido anteriormente. Por força deste princípio, aos litigantes se deve conceder a mesma oportunidade para requererem a produção de provas, ou para produzi-las, sob pena de infringência dessa garantia conduzir, virtualmente, à nulidade do processo, por restrição do direito de defesa.

O princípio da Legalidade impõe que, a produção probatória deve obedecer a preceitos legais, observando-se critérios como tempo, lugar, meio, adequação, entre outros.

Nesse contexto, observa-se que tal princípio veda o livre-arbítrio das partes no tocante aos meios probatórios utilizados para provar os fatos atrelados à demanda.

A exteriorização do princípio da Imediação, se dá principalmente no interrogatório das partes, das testemunhas, peritos, entre outros sujeitos que participem do processo. O princípio da imediação consiste em aproximar do magistrado, no sentido sensorial, os meios de prova, sendo seu aspecto principal a oralidade.

Tal princípio dirige, inclusive, a atividade do juiz, que ao atuar no processo e fiscalizar as atitudes das partes, estabelece os parâmetros probatórios dentro dos limites legais, seja “acolhendo ou rejeitando requerimentos dirigidos à produção de provas”, designando diligência ou indeferindo aquelas consideradas protelatórias.

Por fim, o princípio da Obrigatoriedade da prova vincula o juiz a proceder o julgamento segundo as provas produzidas no processo, fundamento devidamente seu entendimento, não podendo contrariá-las, não ficando afastado, porém o princípio do Livre Convencimento, através do qual o juiz “possa atender a outros fatos e circunstâncias mencionadas nos autos, como faculta a lei, ainda que não tenham sido alegados pelas partes”.

Sobre à aplicabilidade do princípio do *in dubio pro misero* no processo do trabalho, Manoel Antônio Teixeira Filho afirma que “decidir em favor do empregado – apenas porque empregado o é – é uma atitude piedosa, de favor, que se ressent de qualquer lastro de juridicidade.” (TEIXEIRA FILHO, 2003, p.153).

Discordando do tratamento “piedoso” em relação ao empregado, o mesmo autor afirma que tal problemática no alusivo à valoração probatória deve ser solucionada à luz do artigo 818 da CLT, isto é, julgando-se os pedidos e a prova produzida observando a quem incumbia o “*ônus pro bandi*” e com fundamento no princípio da persuasão racional, especialmente no que toca à prova dividida, cujas formas de exteriorização se dão pela ausência de provas sobre determinado fato ou pela produção satisfatória de provas por ambas as partes.

No tocante à prova dividida, seja pela produção satisfatória do conjunto probatório por ambas as partes, ou ausência de provas por parte e ambos os litigantes, a regra do artigo 818 da CLT é clara ao atribuir os efeitos processuais adversos àquele que não se desincumbiu de seu ônus.

Por fim, considera-se que a existência de prova dividida não tem o condão e autorizar a aplicação do princípio do “*in dubio pro operario*” ao processo do trabalho. Rodrigo Garcia Shwarz, considera que tal princípio pode ser vislumbrado na interpretação do direito, mas nunca com relação aos fatos controvertidos. (Ibid., p.626)

Há divergência doutrinária, no que se diz respeito ao instituto da prova dividida. Carlos Alberto Reis de Paula, entende que, o princípio ora discutido e que tem aplicação no âmbito da valoração da prova dividida, pautado na sua convicção, preconiza:

A aplicação do princípio dá-se quando há um começo de prova em favor do empregado, embora a prova seja insuficiente para a postulação do trabalhador. É a hipótese do garçon que alega que apenas recebia como remuneração as gorjetas cobradas nas notas de despesas, o que foi negado pelo reclamado, que traz aos autos os comprovantes regulares dos pagamentos dos salários. Embora tenha trabalhado por razoável tempo na empresa, o empregado faz prova do alegado apenas através de três documentos isolados. Houve impugnação recíproca da prova documental. Os documentos trazidos pelo autor gozam da mesma credibilidade do que os colacionados pelo réu. Tendo havido um início de prova, aplica-se o princípio *in dubio pro operario* pelo que fica invertido o ônus da prova, competindo ao reclamado a prova de que os documentos que colacionou correspondem aos pagamentos efetivamente feitos. (PAULA, 2001, p. 144-145.)

Embora a maior parte da doutrina entenda que o princípio do “*in dubio pro operario*” se limita ao direito material, há divergências, sendo que aqueles que defendem a aplicabilidade do princípio de tal princípio na relação processual, afirmam: “[...] a maioria o entende aplicável apenas em matéria de interpretação do direito, sem notar, talvez, que isso implicaria negar à regra qualquer conteúdo novo, pois de há muito se diz que a lei deve atender aos fins sociais a que se dirige (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil)”.

Conforme já explicitado anteriormente, o princípio do “*in dubio pro operario*” visa conceder ao empregado tratamento mais benéfico em relação ao empregador.

Com relação ao princípio da Condição mais benéfica, Maurício Godinho Delgado faz a seguinte consideração:

Este princípio importa na garantia de preservação, ao longo do contrato, da cláusula mais vantajosa ao trabalhador, que se reveste do caráter de direito adquirido (art. 5, XXXVI, CF/88). Ademais, para o princípio, no contraponto entre dispositivos contratuais correntes, há de prevalecer aquele mais favorável ao empregado. [...] Na verdade, o princípio da cláusula mais benéfica traduz-se, de certo modo, em manifestação do princípio da inalterabilidade contratual lesiva, também característico do Direito do Trabalho. (Ibid., p. 187. DELGADO, loc. cit.)

Entende-se que o princípio Protetor não encontra aplicabilidade no direito processual do trabalho no que se refere à distribuição do ônus da prova, pois, assim como a aplicação

pura do princípio do “*in dubio pro operário*”, certamente trará desequilíbrio processual entre as partes, concedendo-se ao trabalhador tratamento mais benéfico somente pelo fato de ser empregado.

Como o posicionamento acima exposto é minoritário, observa-se que é majoritária a opinião doutrinária e jurisprudencial no sentido de que é inaplicável o princípio do “*in dubio pro operario*” no processo do trabalho, sendo este restrito ao direito material do trabalho. Em verdade, o que pode ocorrer no processo do trabalho, é a aplicação do Princípio da Aptidão para a Produção de Prova, segundo o qual o ônus da prova é dirigido à parte que possua melhores condições de comprovar determinado fato duvidoso.

O entendimento majoritário da doutrina é considerar o princípio da Aptidão para a prova na atividade probatória exercida no processo do trabalho. Assim, afirma-se que, de acordo com o caso concreto, há insuficiência no artigo 818 da CLT quanto ao trato da matéria, bem como incompatibilidade do referido dispositivo com o artigo 333 do CPC.

Ao referido princípio é conferida a seguinte definição:

Segundo diversos autores, dos quais destaca-se (Porráz Lopez *apud* Viana, 2002, p.347), a doutrina processual moderna indica que “deve provar aquele que estiver apto a fazê-lo, independentemente de ser autor ou réu” – é o princípio da aptidão para a prova. Isso, no processo do trabalho, implica em inverter em considerável número de ocasiões o ônus da prova em benefício do empregado, já que, ao menos no que diz respeito à prova documental, normalmente seria o empregador a possuir os meios de convencer o juiz. (SCHWARZ, 2006, p.627.)

Para Carlos Alberto Reis de Paula: “[...] significa esse princípio que a prova deverá ser produzida por aquela parte que a detém ou que tem acesso à mesma, sendo inacessível à parte contrária. Conseqüentemente, é a que se apresenta como apta a produzi-la judicialmente.” (PAULA, 2001, p. 139.)

O referido autor afirma que o princípio da aptidão para a prova não pode ser confundido com a hipótese de exibição de documentos. Para ele, na ação exhibitória, devidamente regulamentada no artigo 355 do CPC, não se pode penalizar um litigante de forma a “atribuir o ônus de fornecer a prova do fato alegado pela outra”. Assim, não poderia um litigante exigir do outro que trouxesse aos autos um documento apto a provar suas alegações.

Por outro lado, o princípio da aptidão para a prova influenciará a distribuição do ônus da prova, sendo que “esse encargo será atribuído a quem detém o documento ou a coisa, prova relevante para a parte contrária”. (PAULA, loc. cit.)

O princípio da aptidão para a prova também foi exteriorizado através do Enunciado n.338 do TST:

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Enunciado nº 338 - Res. 36/1994, DJ 18.11.1994 - Nova redação - Res. 121/2003, DJ 21.11.2003 - Incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 234 e 306 da SBDI-1 - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

Determinação Judicial - Registros de Horário - Ônus da Prova

I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula nº 338 - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003).

O princípio da primazia da realidade possui grande força para formar presunções em favor do trabalhador, as quais refletem no direito processual do trabalho, vejamos a seguinte jurisprudência:

Continuidade. Presume-se a continuidade da relação empregatícia quando, mesmo após formal rescisão contratual, o empregado prossegue assinando e respondendo pelo departamento de pessoal de empresa, ainda sob falsa denominação de autônomo. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário n. 02870047066, 8ª Turma. Relatora: Juíza Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva, DJ/SP 11/07/1988).

No caso acima, verifica-se que se formou uma presunção em favor do obreiro, a qual poderia ter sido desconstituída pela empresa, que possuía as melhores condições para demonstrar a rescisão do contrato de trabalho e a prestação de serviços de natureza diversa (aptidão para a prova), através dos documentos relativos ao vínculo de emprego anterior à nova relação contratual. Como a ré não se desincumbiu de seu ônus probatório, a presunção foi favorável ao trabalhador.

Assim, verifica-se que o princípio da aptidão para a prova, ao contrário do “*in dubio pro operário*” não visa conferir tratamento desigual a qualquer uma das partes, tanto é que destina o ônus probatório tanto ao empregador quanto ao empregado, dependendo do direito posto à discussão.

Portanto, a aplicação do princípio em tela “[...] atende ao escopo social do processo, que é eliminar conflitos mediante critérios justos” (PAULA, 2001, p. 142.) estando fundamentado no princípio da igualdade, “[...] cabendo a cada parte aquilo que normalmente lhe resulta mais fácil”. (Ibid., p. 143.)

O princípio da pré-constituição da prova “é uma variante aplicável quanto à prova documental”. (PAULA, 2001, p. 145.)

Carlos Alberto Reis de Almeida afirma o seguinte quanto à aplicabilidade prática de tal princípio:

Se a parte detém o documento, decorrendo sua pré-constituição de imposição legal, e tratando-se de documento comum, parece-nos lógico que está obrigada a trazê-lo à instrução. Dessa obrigação pode resultar a inversão do ônus da prova, naquelas hipóteses em que, em observância ao princípio geral de distribuição da prova, o ônus competiria ao empregado. É a hipótese do pleito de horas extras, quando o empregador nega que tenha sido ultrapassada a duração normal do trabalho e quando a empresa se situa na hipótese prevista no § 2 do art. 74 da CLT. (Ibid., p. 148.)

Esse princípio decorre de regras estabelecidas na própria CLT, as quais determinam que alguns dos atos comuns à relação empregatícia sejam registrados documentalmente.

Por exemplo, podemos citar o registro constante na Carteira de Trabalho do empregado, o qual é obrigatório e servirá como prova do vínculo de emprego em eventual litígio trabalhista entre o empregado e o empregador, nos termos do artigo 40 da CLT.

Entretanto, o empregador é obrigado a manter registro de seus funcionários em livros, fichas ou documentos afins, os quais devem ser devidamente autenticados pela Delegacia Regional do Trabalho, sob pena de imposição de multa à empresa.

No caso específico do ônus da prova, verifica-se a influência do princípio da pré-constituição no Enunciado 338 do TST, o qual, conforme já explicitado neste capítulo, incumbe ao empregador o ônus de provar a jornada de trabalho do empregado, caso seja a empresa composta por mais de dez empregados.

Observa-se que, neste caso, o ônus probatório foi direcionado ao empregador não somente em virtude do princípio da Aptidão para a prova, mas também em decorrência da exigência legal de registro de jornada dos empregados, contida no artigo 74, §2 da CLT, sendo esta, portanto, uma regra de pré-constituição.

O empregado pode beneficiar-se do princípio da Pré-constituição também nos casos em que o pedido de demissão ou o recibo de quitação do contrato de trabalho com duração superior a um ano não forem realizados com assistência do sindicato ou perante o Ministério do Trabalho, pois assim tais documentos serão inválidos, nos termos do artigo 477, §1 da CLT. Assim, em eventual litígio, afirmando obreiro que não percebeu qualquer verba rescisória, não tendo o empregador cumprido as exigências legais no tocante ao pagamento, gozará de presunção de veracidade a alegação do primeiro, o que certamente acarretará o acolhimento do pedido.

Veja-se, portanto, que em todos os casos mencionados, o descumprimento das regras legalmente estabelecidas em decorrência do princípio da pré-constituição possui o condão de

criar “[...] presunção iuris tantum de verossimilhança em favor do alegado pelo trabalhador.” (PAULA, 2001, 148.)

2.2 OS MEIOS DE PROVA NAS RELAÇÕES DO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

Como se sabe, a prova é instrumento do Direito Processual, sendo de natureza público-processual as regras de direito probatório, ainda que estejam contidas em outros dispositivos legais, como, v.g., o Código Civil por exemplo.

Para que a prova possa ser produzida, há que se observar os procedimentos cabíveis, bem como os meios idôneos para tanto, nos termos do artigo 332 do CPC.

Os objetos da prova são os fatos suscitados pelo autor e pelo réu, elencando os acontecimentos e circunstâncias relevantes para a resolução da lide, com a finalidade de regular a atividade pública jurisdicional exercida por um sujeito de direito público que é o Estado.

Ante exposto, os meios de prova no sentido estrito da expressão, são as espécies de fontes donde provêm os elementos de convicção, tal como a prova testemunhal, documental, pericial e outras que serão explanadas a seguir.

Um dos meios de prova é o depoimento pessoal, este configura-se como testemunho prestado por quem é parte na própria causa, concluindo, então, que pertence ao mesmo gênero da prova testemunhal.

A prova oral contrapõe-se à escrita e consiste em traduzir os elementos de convicção através da palavra falada, sendo exemplos marcantes desse gênero os depoimentos das partes, das testemunhas e dos peritos. (FUX, 2008, p.601)

No caso específico do Processo do Trabalho, preceitua a doutrina que, o pedido de depoimento pessoal das partes, sob pena de confissão, deve ser requerido tanto na petição inicial quanto na contestação, invocando para tanto, o Enunciado n.74 do Tribunal Superior do Trabalho.

Preceitua Luiz Fux, que o depoimento pessoal, como toda e qualquer prova, passa pelas etapas da proposição, admissão e produção. (FUX, 2008, p.604)

Outro meio de prova é a confissão. São elencados pela doutrina dois tipos de confissão, a extrajudicial e a judicial, sendo esta subdividida em confissão espontânea, provocada e fictícia.

A confissão judicial espontânea (ou voluntária), podendo ser realizada tanto pelo autor quanto pelo réu, destacando-se que não se restringe apenas à forma escrita, sendo passível também de ocorrer na forma oral, em audiência.

A confissão provocada, no caso do processo do trabalho, é obtida no interrogatório das partes “seja em face das perguntas formuladas pelo juiz, ou pelas partes, seus representantes ou advogados”.

Por fim, a confissão fictícia, ao contrário das demais, que são expressas, é presumida, sendo tal assunto tratado com maior cautela pela doutrina.

Quanto à confissão extrajudicial, embora o artigo 353, “caput” do CPC confira a mesma eficácia probatória da confissão judicial, o entendimento é de que a mesma deve ser repelida no Processo do Trabalho, neste particular, colaciona-se a seguinte citação:

Qualquer confissão real (e não fictícia) do trabalhador ou empregador somente deverá ser aceita se realizada em juízo, onde eles poderão manifestar a sua vontade livre de pressões, constrangimentos ou coações; por esse motivo, também não devem ser admitidas as confissões extraídas em inquéritos policiais, nos quais, muitas vezes, ficam gravemente comprometidas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (BRASIL. Constituição Federal da República, art. 5º, inciso LV).

Sobre este aspecto, no máximo se admite confissão extrajudicial oral se houver confirmação por testemunhas, situação em que é convertida em prova testemunhal “perdendo, em consequência, a qualificação original, o que equivale a afirmar que, considerada em si mesma, a sua eficácia é nenhuma”.

As confissões espontânea e provocada possuem efeitos jurídicos diversos da confissão fictícia. Nos dois primeiros casos, por serem as confissões reais (expressas), “o efeito é praticamente absoluto”.

A confissão fictícia, por sua vez, por ser tácita, cria mera presunção relativa de veracidade dos fatos a ela relacionados, tanto é que pode ser confrontada por prova pré-constituída, a teor da Orientação Jurisprudencial n. 184, da SDI-II, do TST.

Em princípio, a confissão expendida é irretratável, mas é passível de revogação nos casos de vício de consentimento expostos no artigo 352, “caput”, do CPC (erro, dolo e coação).

Já a prova testemunhal, por sua vez, deve ser requerida na petição inicial (art.282, VI do CPC) e na contestação (art.300 do CPC).

A produção da prova testemunhal encontra limitações nos parágrafos do artigo 405, do CPC, ao excluírem a possibilidade de oitiva dos incapazes, impedidos e suspeitos.

A prova testemunhal distingue-se do depoimento pessoal pelo fato de que os esclarecimentos são trazidos a juízo por pessoa estranha ao litígio, ou seja, àquele que não é parte.

Destarte, a prova testemunhal incide, sobre fatos passados e obedece ao princípio da especialidade da prova.

Sobre este tema, a Consolidação das Leis do Trabalho limita-se a inferir no artigo 829 que não prestarão compromisso legal, parentes até terceiro grau, amigo íntimo ou inimigo de qualquer uma das partes, sendo, portanto incompleta, motivo pelo qual é plausível a adoção dos parâmetros fixados pelo CPC no processo do trabalho.

A divergência sobre a eventual suspeição de testemunha que litiga em face do mesmo empregador já restou superada em virtude da edição da Súmula n.357 do TST, segundo a qual não torna suspeita a testemunha o simples fato de estar litigando ou de ter litigado contra o mesmo empregador.

Sobre a prova documental, que é a prova histórico-real, uma vez que o documento representa, através de objetos físicos, fatos e acontecimentos pretéritos. Luiz Fux explica:

Aduz-se ao documento como elemento integrante do ato e como elemento probante. Na primeira hipótese, o documento é constitutivo do ato e diz-se *ad solemnitatem*, como, v.g., nas transmissões imobiliárias que exigem, de regra, escritura pública. O ato só existe se revestido dessa forma. Por outro lado, a revelação da existência desse ato engendra-se pela demonstração de sua forma exterior, vale dizer, através da escritura pública; por isso, a forma documental é, a um só tempo, forma e prova desse negócio jurídico.

Os documentos classificam-se, quanto à origem, em públicos, quando lavrados por oficial público; e particulares, quando elaborados pelos próprios interessados sem a intervenção de órgão público.

Para Moacyr Amaral Santos, há uma diferenciação entre documentos e instrumentos. Para ele, os instrumentos (públicos ou particulares) são espécie do gênero documentos, fazendo prova pré-constituída dos atos neles representados, motivo pelo qual devem obedecer as formas descritas em lei.

No caso dos instrumentos públicos, classifica-os em administrativos (provenientes de funcionários da administração pública), judiciais (atos judiciais e certidões) e extrajudiciais (escrituras públicas, certidões de livros e notas, reproduções de documentos públicos autenticadas, entre outros).

A exemplo destes tipos documentais, podem ser citados as reproduções mecânicas como fotográfica, cinematográfica e fonográfica.

Os fatos do objeto da prova nem sempre podem ser revelados somente através da simples palavra da testemunha ou do documento acostado. Há casos em que a apuração de um fato depende de conhecimento técnico aferível mediante contato com a coisa ou a pessoa (art. 145 do CPC). Nesses casos, faz-se uma vistoria em determinada coisa, examina-se a pessoa ou procede-se a uma avaliação através da prova pericial.

Após a nomeação, o perito é intimado a comparecer à Secretaria da Vara para a prestação de compromisso legal, devendo fornecer informações verídicas. Caso assim não proceda, seja por dolo ou culpa, deverá responder pelos prejuízos sofridos pelas partes, ficará sem habilitação para atuar em outras perícias durante dois anos, bem como sofrerá as sanções penais aplicáveis à espécie, as quais estão previstas no artigo 342 do Código Penal do ordenamento brasileiro, vejamos:

Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: (Redação dada pela Lei nº 10.268, de 28.8.2001)

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

§ 1º As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta. (Redação dada pela Lei nº 10.268, de 28.8.2001)

A lei impõe ao perito deveres e confere-lhe direitos inerentes ao cargo e à confiança depositada pelo juiz.

Caso deixe o perito de prestar compromisso legal ou cumprir o encargo no prazo, sem motivo justo, sofrerá as seguintes sanções: destituição do cargo, comunicação ao órgão de classe, pagamento de multa arbitrada pelo juízo dentro dos parâmetros do valor dado à causa e responsabilização por eventual prejuízo proveniente do atraso do trâmite processual.

O juízo de admissibilidade da prova pericial pode ser negativo, uma vez que cabe ao juiz indeferir as diligências inúteis e protelatórias (art. 130 do CPC) desafiando o atuar do juízo o recurso de agravo.

Sobre a admissibilidade da prova perícia (incabível nas hipóteses do artigo 420, parágrafo único, do CPC), o autor Luiz Fux afirma que: “[...] a desnecessidade da perícia revela-se, pela existência nos autos, de outras provas produzidas em relação ao mesmo fato, como a apresentação de pareceres técnicos ou documentos suficientes. (FUX, 2008, p.622)”

Manoel Antônio Teixeira Filho, entende que há três modalidades de prova pericial, sendo elas o exame (análise de pessoas, coisas móveis e semoventes), a vistoria (inspeção de bens imóveis) e a avaliação (atribuição de valores a bens móveis ou imóveis).

O doutrinador ora estudado afirma que o magistrado não fica adstrito ao laudo pericial, considerando que tal faculdade é conferida pelo artigo 131 do CPC, lastreado no princípio da persuasão racional. Considera a possibilidade da realização de segunda perícia, a qual, no entanto, não pode alterar o objeto da primeira (art.438 do CPC).

A autenticidade do laudo (documento, letra ou assinatura) também pode ser objeto de discussão, o que ocorre na forma de incidente a ser processado a teor do artigo 390 do CPC. Reconhecida por sentença a falsidade: “(...) o juiz do trabalho deverá proceder da forma indicada pelo art.40 do Código de Processo Penal, mesmo que as partes se conciliem ou transacionem, pois este fato não subtrai, absolutamente, o caráter criminoso da falsificação.”

A própria atividade do perito também pode acarretar sanções penais: “se o perito fizer afirmação falsa, calar ou negar a verdade estará cometendo o crime (contra a administração da justiça), a que se refere o art.342 do Código Penal (...)”.

Destarte, há possibilidade de utilização de prova emprestada para tanto, desde que haja consenso entre as partes. “[...] é que a dispensa do exame pericial, na espécie, tem o inegável mérito de evitar, a um só tempo, o retardamento da solução do conflito de interesses e a condenação do vencido ao pagamento dos correspondentes honorários (TST, Súmula n.236).”

Luiz Fux, define inspeção judicial como sendo “o exame realizado pessoalmente pelo juiz na pessoa ou coisa, com a finalidade de verificar um fato relevante para o esclarecimento da verdade”. (FUX, 2008, p.624)

A inspeção judicial permite ao juiz, através de suas percepções lavrar as suas impressões, sem intermediários.

Tal meio probatório pode ser efetivado em qualquer fase do processo, devendo ser procedido em qualquer situação de dúvida por parte do julgador, embora na prática seja incomum.

Tereza Arruda Alvim, entende que tal meio de prova pode ser utilizado em ocasiões em que o magistrado tiver dúvida sobre fatos controvertidos da causa, dependendo tal esclarecimento do exame de pessoas ou coisas, quando houver incerteza sobre a suficiência de outros meios de prova utilizados, obtendo nesta hipótese, o caráter de complementaridade. Considera, ainda, que:

A realidade é que, para avaliar a utilidade da inspeção judicial, o juiz ficou munido do que, impropriamente, diz-se ser poder discricionário. Este “poder” consiste na verificação, por parte do juiz, com certa margem de liberdade, da conveniência, oportunidade e licitude da realização de tal prova a partir da análise dos elementos de cada caso concreto.

Autora supramencionada esclarece que o juiz pode se fazer acompanhar por um perito ou mais, a teor da permissão contida no artigo 441 do CPC, afirmando que, nesta situação, há duplicidade de meios de prova.

Além de peritos, às partes também é permitido o comparecimento à inspeção judicial para que possam prestar esclarecimentos. A pessoalidade que se empresta a esse meio de prova torna-o um símbolo da oralidade no processo.

Ressalte-se que a inspeção judicial deve ser documentada, nos termos do artigo 443 do CPC, o que pode ser feito através da lavratura de termo. Não sendo obedecida tal disposição, a inspeção judicial perderá a qualidade de meio de prova e “[...] as impressões colhidas pelo juiz não podem servir como fundamento da sentença, porque se trata de ciência privada dos fatos, que o sistema repudia”.

Sobre a prova emprestada, a jurisprudência, é apontada como um dos critérios de admissibilidade a identidade entre os fatos alegados na ação em que se produziu a prova e naquela em que se quer aplicar a prova em caráter de empréstimo, vejamos:

PROVA EMPRESTADA – LAUDO PERICIAL – INSALUBRIDADE. É admissível a prova emprestada, no processo do trabalho, para aferir a insalubridade no setor onde trabalhava o empregado, quando não existe mais a possibilidade de medi-la através do exame ‘in loco’, por encontrar-se desativado o estabelecimento, já que existe identidade dos fatos que culminaram no reconhecimento da existência de agentes nocivos no recinto ao tempo da elaboração do laudo tomado por empréstimo. Revista não provida. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 183104/95, 3ª Turma. Relator: Ministro Roberto Della Manna, DJ: 02.08.1996)

É sabido que, nenhum dispositivo de lei obriga o Juiz do Trabalho a acolher a prova produzida em outro juízo para a solução da demanda posta a julgamento e que os objetivos da colheita da prova podem variar entre os juízos, motivo pelo qual o empréstimo da prova do juízo criminal deve ser visto com cautela.

PROVA. OBSERVÂNCIA DO ÔNUS DA PROVA. Se a prova é dividida, afirmando as testemunhas do autor um fato e as da empresa outra, verifica-se o ônus da prova, que, no caso, era do autor. Este, portanto, não fez prova de suas alegações. Não se aplica *in dubio pro misero* em se tratando de prova, mas observa-se quem tem o ônus da prova. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho/SP - 00014503020105020039 - RO - Ac. 18ªT 20130984919 - Rel. Sergio Pinto Martins - DOE 16/09/2013) 363.

Rescisão indireta. Justa causa patronal. Compete à reclamante o ônus de provar, de modo inequívoco, a ocorrência da justa causa patronal, notadamente quando a alega como causa extintiva do contrato de trabalho (art. 818, 355 EMENTÁRIO - SDCI E TURMAS CLT c.c. art. 333, I, CPC). Assim, se dele não se desincumbir, deve ser julgado improcedente o pedido de rescisão indireta. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho/SP - 00012257120125020481 - RO - Ac. 8ªT 20130921658 - Rel. Sueli Tomé da Ponte - DOE 02/09/2013)

Contestado o trabalho em sobretempo à jornada legal, compete ao empregado o ônus da prova, a teor do art. 818 da CLT e do art. 333 do CPC. Como já mencionado na presente monografia, essa prova pode ser feita por perícia, documento ou testemunha. A jurisprudência, por meio da Orientação Jurisprudencial n. 233 da SDI-1 do TST, tem sustentado que a decisão com base em prova oral ou documental não ficará convencido de que o procedimento questionado superou aquele período. (BARROS, 2013, p. 692/693).

A contraponto, a presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, poderá ser elidida por prova em contrário (Súmula n. 338, II do TST).

Já os cartões de ponto apresentados pelo empregador que demonstram horário de entrada e saída invariáveis, chamados popularmente “horários britânicos”, não são considerados como meio de prova capaz de elidir o pedido de horas extras. Neste caso, inverte-se o ônus da prova para o empregador e prevalece o horário declinado na inicial se ele não se desincumbir do encargo probatório (Súmula n. 338, III do TST).

Conclui-se que é bastante complicado monitorar a jornada de trabalho doméstico. Além de suas diversas peculiaridades, vale lembrar que a residência não pode ser equiparada a uma empresa, assim como o empregador celetista não pode ser comparado ao empregador doméstico.

Então, com base na Lei Complementar n. 150/2015, é essencial que haja um controle ou fiscalização mínima sobre as horas efetivamente trabalhadas, por qualquer meio idôneo, seja ele manual, mecânico ou eletrônico e também sobre as horas em que o doméstico ficou à disposição do seu empregador, caso o empregado resida em seu local de trabalho.

A real jornada de trabalho, aí já embutidas às horas extras eventualmente prestadas pelo empregado doméstico, só pode ser confirmada quando o labor é, de alguma forma, ainda que diminuta, fiscalizado ou monitorado.

Há de se ressaltar, ainda, que a jornada de trabalho doméstico, antes da EC nº 72/2013, era classificada como jornada não controlada e, como tal, não possibilitava o cálculo das horas extras, pois era inviável mensurar até a jornada normal diária de serviços prestados.

CAPÍTULO 3 - O ONUS PROBANDI DO EMPREGADO DOMÉSTICO NO PROCESSO DO TRABALHO

É evidente que, pela própria iniciativa, a prova primeira compete ao autor. A necessidade de provar é algo que se encarta, dentre os imperativos jurídico-processuais na categoria de ônus, e a própria lei assim categoriza essa posição processual ao repartir o ônus da prova no artigo 333 do CPC. (FUX, 2008, p. 582)

Assim, tendo sido produzida prova insuficiente sobre determinado fato, ou amplo conjunto probatório por ambas as partes, deve o julgador julgar o feito contrariamente às pretensões daquele ao qual incumbia o ônus.

HORAS EXTRAS. PROVA DIVIDIDA. ÔNUS DO RECLAMANTE. A questão referente às horas extras, enquanto matéria eminentemente fática, só será deferida mediante prova robusta, cujo ônus incumbe ao reclamante por ser ele que aduz fato constitutivo do direito que alega ter, conforme preconiza o art. 818 da CLT c/c art. 333, I, do CPC. Havendo o que se denomina empate de prova, decide-se pelo critério de quem detinha o ônus de demonstrá-la; no caso o reclamante, dele não se desincumbiu. Recurso improvido no particular por unanimidade. (Recurso Ordinário n. 1928/99, Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região, Relator: Juiz João de Deus Gomes de Souza, DJ 25/05/200)

“PROVA DIVIDIDA. CLT, ART. 818. – Estando a prova dividida, a questão deve ser julgada contra quem tinha o ônus de provar. (Recurso Ordinário n. 02940309471, 9ª Turma, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Relator: Juiz Luiz Edgar Ferraz de Oliveira, DJ 28/11/1995)”

“PROVA DIVIDIDA – Apresentando-se a prova dividida, a decisão deverá pautar-se pela distribuição do ônus da prova, segundo critérios legais ditados pelos artigos 818 da CLT e 333, I e II, do CPC. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Recurso Ordinário n. 11502/97, 4ª Turma, Relatora: Juíza Rosemarie Diedrichs Pimpão, DJ 30/01/1998).

No caso de ambas as partes produzirem amplo conjunto probatório sobre determinado fato, entende-se que ao magistrado cumpre lançar mão do princípio da persuasão racional, formando sua convicção e “evitando decidir, piedosamente, em prol do empregado, como se o princípio in *dúbio pro operário* possuísse qualquer eficácia nesse campo”.

O ônus da prova, por sua vez, é distribuído de formas distintas, conforme o tipo do direito tutelado e em observância a particularidades de cada processo.

Luiz Fux, disserta em sua obra:

O ônus da prova tem a sua *ratio essendi* na circunstância de que o juiz não pode deixar de julgar (*non liquet*), impondo-lhe a lei que *decida mesmo nos casos de lacuna* (art.126 do CPC, primeira parte). Ora, se o juiz não se exime de sentenciar e a prova não o convence é preciso verificar em desfavor de quem se operou o malogro da prova. Forçoso, assim, observar se o juiz não se convenceu quanto aos

fatos sustentados pelo autor ou quanto àqueles suscitados pelo réu, porquanto, a partir dessa constatação o juízo tributará a frustração da prova a uma das partes para decidir em desfavor dela. Nesse sentido é que se deve empreender a exegese acerca das regras sobre o *ônus da prova*. Por outro lado, esse ônus não cria uma “personalização da prova” no sentido de que o juiz somente pode considerar, em prol da parte, a prova que ela própria houver carreado aos autos. É possível que, assim, por meio da prova produzida pelo réu, o juiz infira um fato relevante em favor do autor e vice e versa, posto que a lei admite que o magistrado aprecie livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias dos autos, ainda que não alegados pelas partes (art. 131 do CPC). (FUX, Curso de Direito Processual Civil, 2008, p.582/583)

No direito processual do trabalho, existe divergência sobre o ônus da prova, tanto em decorrência da disposição do artigo 818 da CLT, segundo a qual “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.”, quanto em razão de princípios relacionados à matéria.

Alice Monteiro de Barros explica:

Postuladas horas extras em juízo e negadas pelo empregador, o ônus da prova é do empregado (art. 818 da CLT e art. 333 do CPC).

Lembre-se, entretanto, que, por força do art. 74, § 2º, da CLT, possuindo o empregador mais de 10 empregados terá a obrigação de manter controle de horário em que conste a entrada e a saída do trabalhador, em registro manual, mecânico ou eletrônico, devendo assinalar o período de repouso. É ônus do empregador que conta com mais de 10 empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, §2º da CLT. Contestando o trabalho extraordinário, a não apresentação injustificada dos controles de frequência gera a presunção relativa de veracidade da jornada declinada na petição inicial, a qual poderá, todavia, ser elidida por prova em contrário, a teor do disposto na Súmula n. 338 do TST. Saliente-se que não é necessária a notificação judicial para o empregador exigir os registros de horário, os quais são meios de prova típicos dele, em face da obrigação contida no art. 74, § 2º da CLT (TST-RR-623.232/2000-0. 3ª Turma. Relª: Min. Maria Cristina Y. Peduzzi, DJ 24.6.2005) (BARROS, Curso de Direito do Trabalho, p.692.)

No processo civil, o entendimento majoritário é de que ao autor cumpre provar os fatos constitutivos de seu direito e ao réu cumpre fazer prova dos fatos modificativos, impeditivos e extintivos do direito do autor, constando tal regra em expressa disposição no artigo 333 do CPC.

No entanto, há divergências doutrinárias a cerca da aplicação supletiva do artigo 333 do CPC ao processo do trabalho. Neste aspecto, Manoel Antônio Teixeira Filho, diz que:

O empregado alega que foi despedido sem justa causa legal (logo, a princípio o ônus probandi é seu); o réu, entretanto, afirma que não o despediu (mas não alega abandono de emprego). Não provando o empregado o despedimento injusto, o seu pedido (indenização, aviso prévio, etc.), à luz do processo civil seria rejeitado, na medida em que o fato era constitutivo do seu direito, sendo certo que o réu, ao negar a despedida, não opôs nenhum dos fatos integrantes da tríade (impeditivos, modificativos e extintivos) a que o legislador civil jungiu em matéria de ônus da prova. TEIXEIRA FILHO, loc.cit.

Assim, aplicando-se o artigo 333 do CPC ao caso exemplificado, não seria obtida a solução da controvérsia, enquanto, segundo o artigo 818 da CLT, seria ônus da prova do réu a ausência de dispensa do empregado, sob pena de confissão ficta quanto aos fatos alegados pelo autor.

Por fim, conclui que:

A prova, neste caso, seria negativa, mas não impossível: bastaria que se procurasse saber do empregado quem o despediu, cabendo ao réu trazer a Juízo a pessoa então indicada para ser inquirida como testemunha. Não a trazendo, deixaria de produzir a prova que lhe incumbia e a consequência seria a admissão de ser verdadeiro o fato (despedida injusta) narrado pelo empregado. TEIXEIRA FILHO, 2003, p.123-124.

Outra corrente doutrinária, admite a adoção do artigo 333 do CPC ao processo do trabalho, não como meio de suprir omissões do artigo 818 do CLT, mas sim em caráter de complementaridade e esclarecimento, sendo necessária a transcrição do seguinte comentário:

Se interpretássemos essa regra ao pé da letra, chegaríamos a situações inusitadas. Se o reclamante alegasse que trabalhava em certo horário, seria dele a prova. Se na contestação a empresa alegasse que o horário era outro, seria ela que teria de fazer a prova. Contudo, se o reclamante alegasse outra coisa na réplica, então o ônus da prova retornaria a ele. Assim, teríamos um entendimento elástico do que viria a ser ônus da prova com base na regra do art. 818 da CLT. No entanto, essa orientação deve ser complementada pelo art. 333 do CPC. (MARTINS, Sérgio Pinto. Direito Processual do Trabalho. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 314).

Observa-se que a distribuição do ônus da prova segundo os critérios do artigo 333 do CPC foi expressamente acolhida pelo TST, conforme o Enunciado n. 06, VII, segundo o qual compete ao empregador fazer prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do obreiro à equiparação salarial.

Há outros doutrinadores que entendem estarem às regras estatuídas no CPC diretamente relacionadas com o princípio da aptidão para a prova, sendo o artigo 818 da CLT insuficiente para a solução de conflitos, vejamos:

A solução oferecida pelo CPC, todavia, é a mais técnica e funcional, e está mais bem adequada à aptidão de cada uma das partes para a produção de prova. Assim, no caso do Processo do Trabalho, é justamente o empregador, normalmente o reclamado, quem está em melhores condições de comprovar o pagamento do débito postulado (fato extintivo de obrigação) ou o exercício de cargo de confiança (fato impeditivo, no caso do art.62, inc.). I, da CLT, ou modificativo, no caso de empregado bancário, art.224. §2º, da CLT. (WALDRAF, Célio Host. Reflexões sobre a verdade e a prova no processo do trabalho. Encarte, Curitiba, n.79, p.1903-1915, set.2003).

Carlos Alberto Reis de Paula justifica a adoção do ônus da prova no processo do trabalho pelas próprias particularidades que emanam do direito material, composto de normas de caráter indisponível “a que o interesse público não pode ser indiferente, há de influenciar o direito em que normalmente o demandante é um trabalhador, que tem em sua atividade o meio único de sobrevivência”. (PAULA, 2001. p. 144.)

Neste contexto, o autor Márcio Túlio Viana, ainda, adota outros critérios além da verossimilhança e da hipossuficiência no alusivo à inversão do ônus da prova no processo do trabalho, quais sejam: o princípio do in dúbio pro operário, máximas de experiência, princípio da aptidão da prova, regras de pré-constituição da prova e princípios do direito material do trabalho.

O ônus da prova no processo do trabalho possui princípios específicos a serem valorados na sua distribuição. Tendo como fundamento o princípio da aptidão para a prova, que influenciará a distribuição do ônus da prova, no entanto a esse encargo será atribuído ao detentor do documento ou da coisa, que será de relevância à parte contrária.

Assim, conclui que a diferença fundamental entre a exibição de documentos e a o princípio da aptidão para a prova reside no fato de que a primeira possui previsão legal, enquanto o segundo provém de construção jurisprudencial, sendo um dos principais fundamentos para que seja deferida a inversão do ônus da prova.

O TST claramente adotou o princípio da aptidão para a prova, tendo como fundamento exemplar, a Orientação Jurisprudencial 215 da SBDI-1 do TST, segundo a qual “É do empregado o ônus de comprovar que satisfaz os requisitos indispensáveis à obtenção do vale-transporte”.

Desta forma, considera-se que o empregado possui melhores condições de comprovar que necessita de transporte coletivo para se deslocar ao labor e de que este atende o caminho entre sua residência e as dependências da empresa.

Tal entendimento se estende às situações em que o empregado alega serem devidas diferenças a título de FGTS e horas extras. Neste caso, como o autor tem facilidade de acesso aos extratos da conta vinculada, a ele é atribuído o ônus de demonstrar as diferenças que entendem devidas, sendo este o fato constitutivo de seu direito, conforme demonstram as seguintes jurisprudências:

DIFERENÇAS DE FGTS. DEPÓSITOS. ÔNUS DA PROVA. A atribuição do ônus da prova quanto à regularidade dos depósitos do FGTS depende de cada caso analisado. Da interpretação dos artigos 818 da CLT e 333 do CPC, tem-se que o fato constitutivo do direito deve ser provado pelo autor, enquanto que os fatos modificativos, impeditivos e extintivos ficam a cargo do réu. Sendo postuladas diferenças decorrentes de recolhimento a menor do FGTS, cabe ao autor indicar, na inicial, em que mês ou meses os referidos depósitos foram efetuados a menor e comprovar seu pretense direito mediante a apresentação dos respectivos extratos. Nos termos do artigo 22, parágrafo único, do Decreto nº 99.684/90, o empregado possui meios de obter gratuitamente junto à Caixa Econômica Federal o extrato de sua conta vinculada. Dessa forma, no caso sob exame, é do Reclamante o ônus de provar o correto recolhimento do FGTS. Revista conhecida e não provida. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 464679, 5ª Turma, DJ 10/04/2002).

HORAS EXTRAORDINÁRIAS - CARTÕES DE PONTO APÓCRIFOS - VALIDADE - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - IMPOSSIBILIDADE . A mera ausência de assinatura nos registros de frequência não ocasiona a sua invalidade, por não existir no art. 74 , § 2º , da CLT imposição de que os controles sejam cancelados pelo empregado. Pontue-se que as instruções do Ministério do Trabalho, editadas com espeque naquele dispositivo, não acenam com exigência de tal jaez, como se infere da leitura da Portaria nº 3.626/91 (atualizada pela Portaria nº 41/2007). Desse modo, se os registros foram apresentados pela reclamada e continham horários variáveis, não há razão para se presumir, de plano, a veracidade da jornada de trabalho declinada na inicial, competindo ao reclamante o ônus de provar a existência de labor em horário diverso do constante nos registros de frequência, por se tratar de fato constitutivo do seu direito. Por corolário, no caso vertente, não se há de cogitar na inversão do ônus da prova da jornada de trabalho. Recurso de revista conhecido e provido. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 2654120115050005 265-41.2011.5.05.0005).

Ora, se o artigo 74, §2 da CLT determina que as empresas com mais de dez empregados devem manter registros de controle de ponto, em tese, todas as entidades enquadradas nesse perfil, mantêm o controle de jornada, possuindo, portanto, maior facilidade para juntar aos autos os documentos referentes à jornada de trabalho do que para o autor, que apenas procedeu a assinatura do cartão-ponto e não ficou com qualquer documento comprobatório a este respeito em seu poder.

O princípio da Aptidão para a prova está associado, inclusive, a presunções relativas, decorrentes do direito material do trabalho, em favor do empregado, conforme o Enunciado 212 do TST, segundo o qual foi estatuída: “[...] a presunção relativa, favorável ao obreiro, de continuidade da relação de emprego, imputando ao patrão-reclamado o ônus de provar o término do contrato de trabalho quando negada for a prestação de serviço e o respectivo despedimento.”

Neste caso, há que se observar que “não se presume o despedimento, dada a característica da continuidade do contrato de trato sucessivo”, sendo ônus do réu comprovar suas alegações sobre eventual pedido de demissão, eis que detém as melhores condições para isso, na medida em que tem (ou deve ter) todos os registros de empregados. A presunção ali

explanada decorre do princípio da continuidade da relação de emprego, incumbindo-se ao empregador o ônus de provar o “término do contrato de contrato celebrado por prazo determinado ou abandono de emprego, bem como qualquer outra justa causa para a resolução contratual”. (SCHWARZ, 2006, p.623.)

Embora existam divergências doutrinárias sobre a aplicabilidade de normas estranhas à CLT ao direito processual do trabalho no tocante à prova, é majoritário o entendimento de que o artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor pode ser aplicado em caráter supletivo quando forem verossímeis as alegações o trabalhador e/ou quando este for “verdadeiramente hipossuficiente”. (TEIXEIRA FILHO, 2003, p 128.)

3.1 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM LITÍGIOS ENVOLVENDO EMPREGADOS DOMÉSTICOS APÓS A EC N. 72/2013 E A LC N. 150/2015

Desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 72, ocorrida em abril de 2013, a delimitação da jornada de trabalho doméstico é um ponto em evidência da referida emenda ao texto da Constituição da República. Isso porque, historicamente, a jornada de trabalho sempre ocupou um lugar de destaque na evolução do Direito do Trabalho.

Um emprego digno está diretamente ligado à delimitação da jornada de trabalho, respeitando os direitos fundamentais dos cidadãos, mensurados explicita e implicitamente na Constituição Federal de 1988. A estipulação por lei de uma jornada máxima de trabalho e seus respectivos intervalos diários e semanais possibilita ao empregado o bem estar, a recuperação física e mental, e a realização de atividades diversas de seu interesse. Destarte, tal regramento é imprescindível para os empregados domésticos que, frequentemente são obrigados a cumprir estafantes jornadas de trabalho.

O trabalho é ainda mais árduo para os empregados domésticos que pernoitam na residência de seus tomadores, pois têm que administrar um número maior de afazeres, em uma jornada que não tem hora para chegar ao fim. Além disso, o dever de ficarem à disposição de seus empregadores para realizar alguma tarefa a qualquer momento do dia ou da noite.

É de conhecimento de todos que tal Emenda Constitucional estendeu alguns direitos aos trabalhadores domésticos, dentre os quais o regime de limitação de jornada disciplinado no artigo 7º, XIII, da CF.

Antes da EC nº 72/2013, por não ter uma definição legal expressa de começo e fim da jornada de trabalho e por não ser devida uma referência legal ao adicional de horas extras no seu texto legal, o horário de trabalho dos domésticos geralmente se estendia para além do que havia sido combinado entre as partes, afetando, inclusive, os repousos semanais remunerados.

Após a supramencionada Emenda Constitucional, para os empregados domésticos que cumprem jornada de trabalho de mais de seis horas por dia, deve ser concedido intervalo intrajornada para repouso e alimentação de, no mínimo, uma hora e, no máximo, duas horas.

Desde então, são frequentes as discussões sobre a prova da jornada, bem como a quem cabe o ônus em eventual da demanda trabalhista, se ao empregado, ou ao empregador doméstico.

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

Dispõe o artigo 1º da Lei 5.859/1972 que, empregado doméstico é aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas.

A Emenda Constitucional nº 72/2013 teve por escopo a melhoria da condição social do trabalhador doméstico. Por isso, a limitação de jornada é um direito fundamental dessa Classe de trabalhadores.

Conforme a definição do referido dispositivo legal, o trabalho doméstico é realizado no âmbito residencial do empregador, tal fato dificulta que empregados e empregadores domésticos produzam provas contundentes em juízo.

Os documentos que comprovam os pagamentos da remuneração mensal do empregado e horas extras, por exemplo, são elaborados sem formalidades e, normalmente as partes não possuem testemunhas de juízo ocular em razão do ambiente em que o trabalho é realizado.

Neste contexto, a prova é o instrumento utilizado para comprovar as alegações e para formar o convencimento do órgão julgador. Por isso, pode-se afirmar que, o sucesso da demanda está estritamente ligado à qualidade da prova que se produz no processo.

A prova como instrumento processual, irá atribuir um valor de verdade ao direito dos demandantes, uma vez que materializa esse direito, ou seja, projeta um pressuposto de validade positiva ou negativa ao próprio direito elencado, buscando a veracidade ou não daquilo que acontecerá no mundo dos fatos e que merece proteção e amparo legal.

Um ponto polêmico na doutrina e da jurisprudência é o debate sobre a quem se incumbe o ônus da prova da jornada de trabalho do doméstico em eventual demanda judicial trabalhista nos casos em que o empregador doméstico possua menos de dez empregados.

Não há uniformidade de interpretação do ônus da prova no processo do trabalho. A Consolidação das Leis do Trabalho, apenas menciona que o ônus da prova incumbe à parte que a fizer. Ou seja, não se chegou a um consenso de quem seria a carga probatória no processo à luz da CLT e o art. 818 consolidado não resolveria uma hipótese de inexistência de prova no processo, ou de conflito entre as provas produzidas pelas partes.

A possível solução aplicada ao processo do trabalho pelo TRT é a regra do art. 333 do Código de Processo Civil, conjugada com o art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho. Desse modo, no processo do trabalho, o reclamante tem o ônus de comprovar os fatos constitutivos do seu direito e o reclamado, os fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor.

Empregada doméstica. Ônus da prova. O emprego doméstico configura-se com a prestação de serviços de forma contínua e finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas, em consonância com o disposto no art. 1º, da Lei nº 5.859/72, desde que observados, concomitantemente, os requisitos do art. 3º da CLT. Ante a afirmação na defesa de que a autora prestou serviço autônomo, como diarista, cabia à ré comprovar tal fato (arts. 333, II, do CPC, e 818, da CLT), e desse ônus não se desincumbiu. Recurso da ré ao qual se nega provimento. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho/SP - 00013162620125020332 - RO - Ac. 11ªT 20131192811 - Rel. Sérgio Roberto Rodrigues - DOE 06/11/2013)

Os juízes do trabalho, diante do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, não podem se furtar a julgar, alegando falta de prova nos autos ou impossibilidade de saber qual foi à prova mais convincente. Por isso, a aplicação da regra de ônus da prova como fundamento de decisão torna-se uma necessidade do processo contemporâneo.

A partir desse entendimento, a obrigação concernente à prova, o “*ônus probandi*”, faz por verificar que este cabe a quem alega, resultando assim, na responsabilidade pelo seu ônus. No entanto, é possível a transferência de tal obrigação jurídica, uma vez que, a este instituto processual é admitido a sua inversão, onde o direito de provar incumbirá à parte contrária a demanda trabalhista.

PROVA – ÔNUS – APTIDÃO. Não se deve cristalizar as regras atinentes ao ônus probatório, mas, antes, atender ao princípio da aptidão da prova, de modo que cabe a prova à parte que melhores condições tem para produzi-la. A visão estática da distribuição do ônus da prova, turvou-se já, sendo que, de maneira muito límpida,

nos dias que correm, há dar proeminência ao modo de ver que redundará na idéia da distribuição dinâmica do “ônus probandi”. Deve atendê-la quem está em melhores condições e/ou possibilidades de produzir a prova, o que há de ser estabelecido atento ao caso concreto e não de maneira vaga e abstrata (também superficial?) antecipadamente fixada, e que, não raras vezes acaba por ignorar a realidade, a palpitação e as incontáveis variações que a complexidade da vida hodierna provoca, refletindo, como é palmar, de maneira negativa no processo e na distribuição da Justiça, com o que, por óbvio, não se pode concordar.(TRT 15ª Região – RO 1486.2006.046.15.00.2 (36530/07) – 5ª C. Rel, Juiz Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani – DOE 10/08/2007 – p. 74).

Ao aplicar a regra do ônus estático da prova previsto nos artigos 818, da CLT e 333, do CPC, caso pretenda documentar a jornada, o empregador doméstico que possua apenas um empregado poderá instituir um livro de ponto e utilizá-lo para comprovar a jornada de trabalho. Porém, se a jornada de trabalho for negada pelo empregador, o empregado doméstico deverá produzir a prova da jornada declinada na inicial, o que dificilmente ocorrerá por ser o trabalho realizado no âmbito residencial do empregador.

Ao empregado doméstico, restará recorrer apenas à prova testemunhal, que na maioria das vezes, a testemunha não trabalha para o mesmo empregador e não presencia, diretamente, o trabalho do reclamante. Por isso, a aplicação dos artigos 74, 818, ambos da CLT e 333, do CPC, dificilmente implementará o acesso à justiça do trabalhador doméstico, assegurando a ampla defesa de seu direito, bem como o direito fundamental à limitação de jornada previsto no referido artigo 7º, XIII, da CF.

Como exemplo do que ocorre nas relações processuais que envolvem o direito do consumidor, a inversão do ônus da prova pode ser concedida.

Há algumas hipóteses para facilitar o acesso à justiça do trabalhador doméstico quanto à prova da jornada de trabalho, uma dessas hipóteses é a inversão do ônus da prova em prol do empregado, como mensura o disposto legal do artigo 6º, VIII, da Lei nº 8.078/1990, que assim dispõe:

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

Apesar da Consolidação das Leis do Trabalho não prever a possibilidade de inversão do ônus da prova, no Processo do Trabalho, essa possibilidade de inversão do “ônus probandi” tem grande pertinência quanto ao caso prático, pois, fica evidenciado em muitos casos, que o estado de hipossuficiência do empregado, enquanto reclamante, impedi-o de

produzir provas a respeito das suas alegações em juízo ou porque esta prova se torna excessivamente onerosa, podendo inviabilizar a efetividade do próprio direito postulado.

Desse modo, aplica-se perfeitamente ao processo do trabalho a regra de inversão do ônus da prova constante do Código de Defesa do Consumidor, em razão da omissão da CLT e compatibilidade com os princípios que regem o processo do trabalho.

Outra hipótese é baseada na teoria dinâmica do ônus da prova. Atualmente, a moderna doutrina vem defendendo interpretações mais flexíveis das regras de repartições do ônus da prova fixadas nos arts. 818 da CLT e 333 do CPC.

Com o escopo de dá-se uma maior efetividade ao acesso à ordem jurídica justa e não inviabilizar a tutela do direito à parte que tem razão, porém, o texto legal não apresenta condições favoráveis de produzir a prova do fato constitutivo do seu direito, é possível ao Juiz do Trabalho atribuir o encargo probatório à parte que tem melhores condições de produzir a prova.

Sobre o tema, Carlos Henrique Bezerra Leite, afirma ser cabível a inversão do ônus da prova no processo do trabalho justamente pela hipossuficiência do trabalhador frente ao empregador. Ademais, faz o seguinte comentário:

Atualmente, parece-nos não haver mais dúvida sobre o cabimento da inversão do ônus da prova nos domínios do direito processual do trabalho, uma vez que o art. 852-H da CLT dispõe textualmente: “O juiz dirigirá o processo com a liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerando o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras da experiência comum ou técnica. Poder-se-ia dizer que tal regra é específica do procedimento sumaríssimo. Todavia, entendemos que em matéria de prova, não é o procedimento que vai impedir o juiz de dirigir o processo em busca da verdade real, levando em conta as dificuldades naturais que geralmente o empregado-reclamante enfrenta nas lides trabalhistas. (LEITE, 2006. p.494)

É o que a doutrina tem denominado de carga dinâmica na produção do ônus da prova. No processo do trabalho, diante da necessidade de dar-se uma maior eficácia ao acesso à ordem jurídica justa e não inviabilizar a tutela do direito à parte que tem razão, mas não apresenta condições favoráveis de produzir a prova do fato constitutivo do seu direito, é possível ao Juiz do Trabalho atribuir o encargo probatório à parte que tem melhores condições de produzir a prova, aplicando a teoria do ônus dinâmico da prova.

O Juiz do Trabalho como reitor do processo, deve ter a sensibilidade, à luz das circunstâncias do caso concreto, de atribuir o encargo probatório ao litigante que possa desempenhá-lo com maior facilidade.

Entretanto, diante dos princípios cooperação e boa-fé objetiva das partes, estas devem produzir as provas necessárias à descoberta da verdade. Além disso, os referidos princípios constitucionais da isonomia real, livre convicção do magistrado e acesso real à justiça, impõem ao magistrado posturas destinadas a assegurar o equilíbrio do processo, bem como na produção da prova.

ACÓRDÃO Nº 20140066750 INDEXAÇÃO: aviso prévio; EC 72/2013; empregado doméstico; horas extras Processo TRT/SP nº 00022514920135020003 Recurso ordinário - 3ª VT de São Paulo - SP Recorrente: Helena Francisca de Paula Sousa Recorrida: Ana Helena Teixeira Patrus de Souza Publicado no DOEletrônico de 14/02/2014 RITO SUMARÍSSIMO Dispensado o relatório, na forma dos artigos 852-I e 895, § 1º, inciso IV, ambos da CLT, com a redação dada pela Lei nº 9.957/2000. VOTO Conheço do apelo, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade. I - DO AVISO PRÉVIO Alega a recorrente que “não houve apreciação nem condenação no pagamento do aviso prévio indenizado nem das horas extras habituais indicada na exordial” (fl. 35). 152 ACÓRDÃOS Sem razão. A r. sentença de fl. 31/32 tratou das temáticas nos itens 4 e 6, respectivamente. Ademais, não tendo a recorrente impugnado o documento de fl. 25 que também contempla o pagamento do aviso prévio, irretocável a decisão. II - DAS HORAS EXTRAS Tratando-se de reclamatória envolvendo empregada doméstica, há de se observar a data de promulgação (03/04/2013) da Emenda Constitucional 72, que ampliou os direitos trabalhistas assegurados aos domésticos, dentre eles o de horas extras. Assim, no interregno havido entre 04/11/2012 e 02/04/2013 não há que se falar em extraordinárias. Quanto ao período remanescente (03/04/2013 a 10/06/2013), a reclamada impugnou especificamente a jornada de trabalho do libelo (fl. 03), declinando que o horário de labor era de 08h00 às 16h00, de segunda a sexta-feira, com uma hora de intervalo para refeição e descanso (fl. 22). Nesse contexto, era ônus da reclamante provar a jornada elasticsada, do qual não se desincumbiu (art. 818 da CLT c/c o art. 333 do CPC). Por fim, quanto à alegação de que a testemunha patronal prestou depoimento “sensibilizado com favores ou gratidão oferecidos pela ré” (fl. 36), simplesmente por ter corroborado os horários indicados na tese defensiva, não constitui motivo de reforma, eis que não ultrapassa as raias da mera conjectura. Mantenho. Pelo exposto, ACORDAM os Magistrados da 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em NEGAR PROVIMENTO ao recurso, mantendo-se a r. sentença de primeiro grau pelos seus próprios e jurídicos fundamentos. LUIZ ANTONIO M. VIDIGAL Relator.

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

“Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la. § 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da

prova de modo diverso do disposto no art. 261, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.”

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

Nesse contexto, por tudo que foi exposto na presente monografia, ousa-se discordar dos entendimentos contrários ao controle de horário de trabalho do empregado doméstico, independente no número de empregados domésticos que trabalham na residência, restando clara a importância do registro de ponto no trabalho do empregado doméstico, para que todos tenham como provar e como reivindicar seus direitos já assegurados.

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

Já os empregadores domésticos que tenham menos de 10 empregados, aplicar-se-á às regras de distribuição do ônus da prova previsto nos artigos 818 da CLT e 333 do CPC. Outra possibilidade é a aplicar o ônus da prova da jornada ao empregador, pela teoria da inversão do ônus da prova. Ou ainda, o ônus da prova da jornada ser atribuído ao empregador doméstico pela teoria do ônus dinâmico da prova.

Podemos concluir que, a conquista de direitos dos empregados domésticos, viabilizada por meio da Emenda Constitucional nº 72 de 2013, é de suma importância para essa classe trabalhadora e representa um importante passo para a dignificação dessa profissão.

CONCLUSÃO

A análise histórico-evolutiva do Direito do Trabalho fez-se importante para entendermos que desde os primórdios até os dias atuais, a sociedade foi moldada para aqueles que detêm o maior poder capital, e nesse contexto, em razão das péssimas condições de trabalho, com excessivas jornadas e exploração, os trabalhadores começaram a fazer reivindicações para terem sua dignidade e integridade garantidas.

As razões para a limitação da jornada são de ordem biológica, social, econômica, religiosa e familiar. As jornadas estafantes foram, durante o século XIX, uma das principais causas de movimentos revolucionários dos trabalhadores.

Foi de suma importância fazer uma breve passagem pelos principais acontecimentos que evidenciaram o princípio da dignidade da pessoa humana, nessa verdadeira conquista ao longo da história da humanidade para garantir as condições mínimas de vida aos trabalhadores.

Ficou evidente como o Direito do Trabalho promove o progresso das instituições sem marginalizar o bem-estar da coletividade, com vistas à melhoria das condições sociais dos trabalhadores.

Neste panorama, analisando as alterações decorrentes da promulgação da “PEC das Domésticas”, de acordo com a EC 72/2013, é notório como essa Classe adquiriu maior espaço na sociedade brasileira.

O presente estudo analisou o projeto, que iguala os direitos dos trabalhadores domésticos aos dos demais trabalhadores urbanos e rurais, promulgado pelo Congresso Nacional em abril de 2013. Nesse contexto, o projeto de Lei nº 150/2015 foi sancionado somente em junho do ano de 2015 pela presidente Dilma Rousseff.

A pesquisa sobre o instituto da prova, no tocante à sua licitude, legitimidade e meios pelos quais se exterioriza foi de suma importância para a abordagem específica do ônus da prova.

Para o direcionamento do tema à luz das particularidades do direito processual do trabalho, a análise dos princípios probatórios do processo do trabalho tornou-se indispensável, assim como o estudo dos poderes instrutores do juiz do trabalho no alusivo à utilização das máximas de experiência e de sua iniciativa probatória.

Ao longo do presente estudo, verificou-se que o ônus da prova é tratado de forma insuficiente pelo artigo 818 da CLT. Porém, tal insuficiência não significa que haja omissão

de tal dispositivo, já que o mesmo atribui às partes a prova de suas alegações, mas sim que existe necessidade de melhor sistematização de tal regra, à luz de princípios que visem conferir tratamento igualitário aos litigantes.

Destarte, com a presente pesquisa, concluiu-se que é fácil contrapor a alegação de que o trabalhador sempre estará em condições processuais mais favoráveis que o empregador pelos “favores legais” conferidos pelo sistema jurídico pátrio na questão da prova, tendo em vista que o princípio da aptidão para a prova pode imputar ao empregado o ônus de comprovar certos fatos sobre os quais possua condição probatória mais vantajosa em relação ao empregador, a exemplo da OJ 215 da SBDI-I do TST.

Fica claro que a lei processual não fornece qualquer tratamento piedoso ao trabalhador. O que ocorre é que, ao julgador é possibilitado socorrer-se de normas estranhas ao direito processual do trabalho para solucionar determinadas lides, a exemplo do que ocorre com o artigo 6º, VIII do CDC, que trata da inversão do ônus da prova, desde que verificada a verossimilhança das alegações do empregado ou sua hipossuficiência em relação ao empregador.

Verificou-se que embora existam divergências doutrinárias sobre a aplicabilidade de normas estranhas à CLT ao direito processual do trabalho no tocante à prova, é majoritário o entendimento de que o artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor pode ser aplicado em caráter supletivo quando forem plausíveis as alegações o trabalhador e/ou quando este for hipossuficiente.

Chega-se à conclusão, diante do presente estudo, que há uma discordância dos entendimentos contrários ao controle rígido de horário de trabalho do empregado doméstico, independente no número de empregados que laboram no âmbito domiciliar, dando-se por restar, a imprescindibilidade do registro de ponto de tal empregado, como forma de assegurar seus direitos.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. Editora Ltr. 2013. 9º Edição.

BRASIL, Constituição da República Federativa do. Art. 7º; Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10641213/artigo-7-da-constituicao-federal-de-1988>> Acesso em 28/10/2015.

BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 72, DE 2 DE ABRIL DE 2013. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc72.htm> Acesso em 28/10/2015.

BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. LEI COMPLEMENTAR Nº 150, DE 1º DE JUNHO DE 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp150.htm> Acesso em 10/02/2016.

COSTA, Armando Casimiro; MARTINS, Melchades Rodrigues; CLARO, Sonia Regina. CLT – Editora Ltr - 44ª Edição. 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. Editora Ltr. 2012. 14º Edição.

FERREIRA, Matheus Viana. Empregado doméstico: jornada de trabalho e seus desdobramentos sob a ótica da Emenda Constitucional nº 72/2013. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15835> Acesso em 28/11/15.

FOERSTER, Gabriele. O ônus da prova no processo do trabalho. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8351> Acesso em 23/10/2015.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo de Conhecimento. Editora Forense. 2008, Volume I, 4º Edição.

MATOSO, Filipe. Dilma assina regulamentação dos direitos das domésticas, diz Planalto. Emenda constitucional foi promulgada pelo Congresso em abril de 2013. Itens como adicional noturno, por exemplo, precisavam de regulamentação. Do G1, em Brasília. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/dilma-assina-regulamentacao-dos-direitos-das-domesticas-diz-planalto.html>> Acesso em: 05/07/2015.

MATOSO, Filipe. Disponível em <g1.globo.com/.../regulamentacao-dos-direitos-das-domesticas-e-publicada.h...> Jun 2, 2015 > Acesso em 05/07/2015.

MARZANO, Francelle. Lei garante FGTS e outros novos benefícios a empregada doméstica. Benefícios como FGTS, seguro-desemprego, apólice contra acidente e indenização na dispensa sem justa causa entram em vigor em 120 dias. Salário-família e auxílio-creche já estão valendo. Disponível em <http://www.em.com.br/app/noticia/economia/2015/06/03/internas_economia,654321/lei-garante-direitos-para-empregada-domestica.shtml> Acesso em 05/07/2015.

REVISTA DO TRIBUNAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. Fonte oficial de Publicação de julgados, Revista nº 15/2014. Disponível em <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/Revistas/revista_eletronica/15_2014.pdf> Acesso em 10/02/2016.

TUPINAMBÁ, Ana Paula Moraes. Empregados domésticos: mudanças decorrentes da Emenda Constitucional nº 72. Disponível em <<http://augustotupinamba.jusbrasil.com.br/artigos/111915196/empregados-domesticos-mudancas-decorrentes-da-emenda-constitucional-n-72>> Acesso em 09/08/2015.