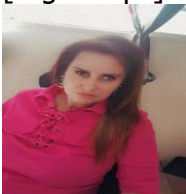


Audiência trabalhista- de quem é onus da prova – como devo me preparar para jornada difícil?

SITUAÇÃO 1- Relação de emprego. O reclamado confessa a prestação de serviços, mas alega relação jurídica diversa. Nas discussões de vínculo empregatício, a prestação de serviços ao reclamado é o fato constitutivo do direito do autor. Assim, admitida esta pela defesa, é do réu o ônus da prova quanto à alegação de relação jurídica diversa da empregatícia. "(...) 3. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. CONFIGURAÇÃO. PRESENÇA DOS CINCO ELEMENTOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO, OU SEJA: PESSOA HUMANA PRESTANDO TRABALHO; COM PESSOALIDADE; COM ONEROSIDADE; COM NÃO EVENTUALIDADE; COM SUBORDINAÇÃO. ÔNUS DA PROVA DO TRABALHO AUTÔNOMO NÃO CUMPRIDO, PROCESSUALMENTE (ART 818, CLT), PELA EMPRESA RECLAMADA QUE ARREGIMENTA, ORGANIZA, DIRIGE E FISCALIZA A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. Demonstrado no agravo de instrumento que o recurso de revista preenchia os requisitos do art. 896 da CLT, dá-se provimento ao agravo de instrumento, para melhor análise da arguição de violação do art. 3º da CLT, suscitada no recurso de revista. Agravo de instrumento provido. B) RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014 E ANTERIOR À LEI 13.467/2017. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. CONFIGURAÇÃO. PRESENÇA DOS CINCO ELEMENTOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO, OU SEJA: PESSOA HUMANA PRESTANDO TRABALHO; COM PESSOALIDADE; COM ONEROSIDADE; COM NÃO EVENTUALIDADE; COM SUBORDINAÇÃO. ÔNUS DA PROVA DO TRABALHO AUTÔNOMO NÃO CUMPRIDO, PROCESSUALMENTE (ART 818, CLT), PELA EMPRESA RECLAMADA QUE ARREGIMENTA, ORGANIZA, DIRIGE E FISCALIZA A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. A relação de emprego é a principal fórmula de conexão de trabalhadores ao sistema socioeconômico existente, sendo, desse modo, presumida sua existência, desde que seja incontroversa a prestação de serviços (Súmula 212/TST). A Constituição da República, a propósito, elogia e estimula a relação empregatícia ao reportar a ela, direta ou indiretamente, várias dezenas de princípios, regras e institutos jurídicos. Em consequência, possuem caráter manifestamente excetivo fórmulas alternativas de prestação de serviços a alguém, por pessoas naturais, como, ilustrativamente, contratos de estágio, apelada de "pelotização". Em qualquer desses casos - além de outros -, estando presentes os elementos da relação de emprego, esta prepondera, impõe-se e deve ser cumprida. Trabalhando o obreiro cotidianamente no estabelecimento empresarial, com todos os elementos fático-jurídicos da relação empregatícia, deve o vínculo de emprego ser reconhecido (art. 2º, caput, e 3º, caput, CLT), com todos os seus consectários pertinentes. O fenômeno sociojurídico da relação empregatícia emerge quando reunidos os seus cinco elementos fático-jurídicos constitutivos: prestação de trabalho por pessoa física a outrem, com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e sob subordinação. Verificada a reunião de tais elementos, repita-se, a relação de emprego existe. Observe-se que, no âmbito processual, uma vez admitida a prestação de serviços pelo suposto Empregador/tomador de serviços, a ele compete demonstrar que o labor se desenvolveu sob modalidade diversa da relação de emprego, considerando a presunção (relativa) do vínculo empregatício sedimentada há várias décadas no Direito do Trabalho. A análise casual das hipóteses discutidas em Juízo, portanto, deve sempre se pautar no critério do ônus da prova - definido no art. 818 da CLT -, competindo ao obreiro demonstrar a prestação de serviços (inciso I do art. 818 da CLT); e à Reclamada, provar eventual autonomia na relação jurídica (inciso II do art. 818 da CLT). Na hipótese vertente, a Corte Regional deu provimento ao recurso ordinário das Reclamadas para "afastar o reconhecimento do vínculo empregatício e, conseqüentemente, julgar totalmente improcedentes os pedidos da inicial". Concluiu pela inexistência de relação empregatícia no período em que o Autor prestou serviços às Rés, por entender que a prestação de serviço se deu de forma eventual. Contudo depreende-se, do quadro

[Digite aqui]

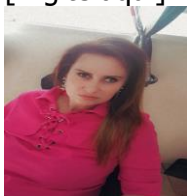


Flávia Thaís de Genaro Macha de Campos, socia proprietária da Flavia Thais de Genaro Sociedade Individual de Advocacia, especialista em direito tributário, especialista em Recursos Humanos, Gestão Previdenciária e Trabalhista e direito do Consumidor e direito imobiliário

delineado no próprio acórdão recorrido, que os fatos descritos pelo TRT comportam enquadramento jurídico diverso. Compreende-se autorizada, nesta hipótese concreta, a aplicação do direito de forma diversa, sem que nova a inserção jurídica das circunstâncias verificadas no curso da prestação de trabalho implique ofensa à Súmula 126/TST, já que explicitadas na decisão regional. Ultrapassada essa questão, a leitura do acórdão regional revela ser incontroversa a prestação de serviços do Reclamante para a Reclamada, como auxiliar de produção/movimentador de mercadorias, de modo subordinado, oneroso e não eventual, afastando-se desse modo a alegação de subsunção da hipótese à Lei 12.023/2009, na condição de "chapa" ou qualquer outro vínculo autônomo e eventual. No caso concreto, a Reclamada, segundo dados contidos no acórdão regional, não se desincumbiu do ônus de provar que a prestação de serviços se desenvolveu de forma diversa da relação empregatícia. Foi demonstrado que a 1ª Reclamada anotou a CTPS de empregados que exerciam as mesmas atribuições que o Reclamante, sem qualquer distinção nas tarefas dos trabalhadores, circunstância que é relevante para a confirmação de que, no desenvolvimento de sua atividade, a Reclamada necessitava permanentemente de profissionais que se ativassem no transporte e movimentação de mercadorias, não logrando provar nenhuma especificidade em relação ao contrato de trabalho do Reclamante que justificasse sua admissão por outra fórmula que não o vínculo de emprego. Pontue-se que não ficou evidenciado que o serviço do obreiro somente era solicitado diante de hipóteses excepcionais de grande demanda de carga ou descarga de mercadorias. Dessa sentença, declarar a existência do vínculo de emprego entre as Partes. Recurso de revista conhecido e provido quanto ao tema" (RR-1331-58.2015.5.09.0020, 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 20/06/2022). - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO

DE REVISTA. EMPREITEIRO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. CONFIGURAÇÃO. Os elementos fático-jurídicos que identificam o vínculo empregatício estão descritos nos arts. 2º e 3º da CLT, quais sejam, prestação de serviços por pessoa física, com pessoalidade, de forma não eventual, com onerosidade e mediante subordinação jurídica. Sobreleva notar que, de acordo com os arts. 818, I e II, da CLT e 373, I e II, do CPC, incumbe ao reclamante o ônus da prova quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante. Para a hipótese de prova dividida, o Juízo não decide sob o enfoque de melhor prova, uma vez que ambas se equivalem, impondo-lhe julgar contra aquela parte a quem a lei atribui o encargo probatório. Soma-se a isso o fato de que jurisprudência e doutrina moderna se alinham no sentido de que a mera prestação de serviços gera presunção relativa de vínculo empregatício. Desse modo, quando o empregador admite a prestação de serviços, negando, contudo, o vínculo empregatício, atrai para si o ônus da prova de que aquela ostenta natureza jurídica diversa da trabalhista, fato impeditivo do direito vindicado. Precedentes. Na vertente hipótese, extrai-se do quadro fático delineado pela Corte Regional que a relação jurídica havida entre os litigantes ostentava natureza trabalhista e, portanto, estabelecida nos moldes dos arts. 2º e 3º da CLT. Foram expressamente lançadas no v. acórdão recorrido premissas fático-jurídicas, insuscetíveis de reexame nesta fase recursal, que robustecem a convicção desta Terceira Turma de que estão presentes os requisitos caracterizadores da relação de emprego. Segundo o Tribunal Regional, "a única testemunha ouvida, indicada pelo reclamante, declarou que trabalhou na reclamada em 2016, na obra do Centro Cívico, do Passeio Público, tendo trabalhado junto com o reclamante." "Relatou que foi contratado e acertou tudo com o reclamante, sendo este também que lhe pagava os salários."

[Digite aqui]

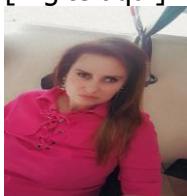


Flávia Thaís de Genaro Macha de Campos, socia proprietária da Flavia Thais de Genaro Sociedade Individual de Advocacia, especialista em direito tributário, especialista em Recursos Humanos, Gestão Previdenciária e Trabalhista e direito do Consumidor e direito imobiliário

"Acrescentou que era subordinado ao reclamante, mas também recebia ordens dos mestres de obras, empregados da reclamada." "Por fim, disse que o reclamante também batia cartão ponto como os demais empregados e os mestres de obras davam ordens ao obreiro (depoimento audiovisual)." "Conquanto a prova documental demonstre que o reclamante é sócio da empresa LRCA Acabamento da Construção Ltda-ME (fl. 106), que fora contratada pela reclamada para a execução de pequenos reparos em serviços de construção por m2 (fls. 114/129 e 148/155), a prova oral corroborou a tese do reclamante, de que ele, na verdade, não tinha autonomia, estando subordinado à reclamada, tanto que anotava sua jornada em cartão ponto, como demonstram os documentos de fls. 18/20 e declarações da única testemunha ouvida, além de receber ordens dos mestres de obras, empregados da reclamada." "Não obstante conste dos controles de jornada de fls. 18/20 empregador LRCA, por óbvio, sendo o reclamante sócio da referida empresa, não tinha a jornada controlada por esta, mas, sim, pela reclamada, tomadora dos seus serviços, como demonstrou a prova oral." "Além de os serviços prestados pelo reclamante reclamada, considerando os segmentos no quais são desenvolvidas as atividades econômicas da empresa, emerge da prova oral que não havia qualquer autonomia nos serviços prestados pelo reclamante, tendo ele, inclusive, jornada controlada pela empresa, o que, por si só, afasta a sua condição de autônomo, demonstrando que ele não assumia os riscos do empreendimento, ao contrário, restou provado a subordinação dele aos empregados da reclamada." "Como consignado na origem, 'o trabalho do Autor era subordinado ao poder de direção do empregador, que organizava a atividade econômica de prestação de serviços, mas, principalmente, que os mestres de obras, empregados da ré, davam ordens ao autor. Ressalte-se que o Autor contratou a testemunha como preposto da Ré e com autorização desta, visto que a testemunha não recebia ordens apenas do Autor, mas também dos mestres de obra da Ré. Resta, portanto, evidente o mais importante requisito da relação de emprego: a subordinação em seu aspecto jurídico. Evidentemente, o Autor sujeitou seu trabalho ao comando das Rés. Sob essa perspectiva - para a consecução de seu objetivo social -, as Rés, ao utilizarem trabalho humano, deveriam, necessariamente, contratar empregados, já que devem suportar os riscos da atividade econômica (CLT, art. 2º). De fato, empregador é 'a empresa que assume os riscos da atividade econômica e dirige a prestação pessoal de serviços. (...)' (fl. 194)." "Portanto, apesar de o reclamante ter contratado empregados, inclusive, realizando o pagamento deles, o fez com autorização da reclamada, atuando em nome dela e não em nome da empresa LRCA." Diante da delimitação fática constante do v. acórdão recorrido, o recurso de revista não se credencia ao conhecimento pela alegada afronta aos dispositivos indicados. Incidência do óbice da Súmula 126/TST. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (...)" (RRAg-11942-69.2016.5.09.0009, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 25/02/2022).

SITUAÇÃO 02-É do reclamado o ônus de prova da autonomia do trabalho de motorista de aplicativo. "RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014 E ANTERIOR À LEI 13.467/2017. UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA. NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO MANTIDA ENTRE OS TRABALHADORES PRESTADORES DE SERVIÇOS E EMPRESAS QUE ORGANIZAM, OFERTAM E EFETIVAM A GESTÃO DE PLATAFORMAS DIGITAIS DE DISPONIBILIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE AO PÚBLICO, NO CASO, O TRANSPORTE DE PESSOAS E MERCADORIAS. NOVAS FORMAS DE ORGANIZAÇÃO E GESTÃO DA FORÇA DE TRABALHO HUMANA NO SISTEMA CAPITALISTA E NA LÓGICA DO MERCADO ECONÔMICO. ESSENCIALIDADE DO LABOR DA PESSOA HUMANA PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS OBJETIVOS DA EMPRESA. PROJEÇÃO DAS REGRAS CIVILIZATÓRIAS DO DIREITO DO TRABALHO SOBRE O LABOR DAS PESSOAS NATURAIS. INCIDÊNCIA DAS NORMAS QUE REGULAM O TRABALHO

[Digite aqui]

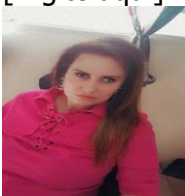


Flávia Thaís de Genaro Macha de Campos, socia proprietária da Flavia Thais de Genaro Sociedade Individual de Advocacia, especialista em direito tributário, especialista em Recursos Humanos, Gestão Previdenciária e Trabalhista e direito do Consumidor e direito imobiliário

SUBORDINADO DESDE QUE NÃO DEMONSTRADA A REAL AUTONOMIA NA OFERTA E UTILIZAÇÃO DA MÃO DE OBRA DO TRABALHADOR (ART. 818, II, DA CLT). CONFLUÊNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS HUMANISTAS E SOCIAIS QUE ORIENTAM A MATÉRIA (PREÂMBULO DA CF/88; ART. 1º, III E IV; ART. 3º, I, II, III E IV; ART. 5º, CAPUT; ART. 6º; ART. 7º, CAPUT E SEUS INCISOS E PARÁGRAFO ÚNICO; ARTS. 8º ATÉ 11; ART. 170, CAPUT E INCISOS III, VII E VIII; ART. 6º 193, TODOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988). VÍNCULO DE EMPREGO.

DADOS FÁTICOS CONSTANTES DO ACÓRDÃO REGIONAL REFERINDO- SE A RELAÇÃO SOCIOECONÔMICA ABRANGENTE DE PERÍODO DE QUASE DOIS MESES. PRESENÇA DOS ELEMENTOS INTEGRANTES DA RELAÇÃO EMPREGATÍCIA. INCIDÊNCIA, ENTRE OUTROS PRECEITOS, TAMBÉM DA REGRA DISPOSTA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 6º DA CLT (INSERIDA PELA LEI n. 12.551/2011), A QUAL ESTABELECE QUE " OS MEIOS TELEMÁTICOS E INFORMATIZADOS DE COMANDO, CONTROLE E SUPERVISÃO SE EQUIPARAM, PARA FINS DE SUBORDINAÇÃO JURÍDICA, AOS MEIOS PESSOAIS E DIRETOS DE COMANDO, CONTROLE E SUPERVISÃO DO TRABALHO ALHEIO". PRESENÇA, POIS, DOS CINCO ELEMENTOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO, OU SEJA: PESSOA HUMANA PRESTANDO TRABALHO; COM PESSOALIDADE; COM ONEROSIDADE; COM NÃO EVENTUALIDADE; COM SUBORDINAÇÃO. ÔNUS DA PROVA DO TRABALHO AUTÔNOMO NÃO CUMPRIDO, PROCESSUALMENTE (ART 818, CLT), PELA EMPRESA DE PLATAFORMA DIGITAL QUE ARREGIMENTA, ORGANIZA, DIRIGE E FISCALIZA A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS ESPECIALIZADOS DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. Cinge-se a controvérsia do presente processo em definir se a relação jurídica havida entre o Reclamante e a Reclamada - Uber do Brasil Tecnologia Ltda. - configurou-se como vínculo de emprego (ou não). A solução da demanda exige o exame e a reflexão sobre as novas e complexas fórmulas de contratação da prestação laborativa, algo distintas do tradicional sistema de pactuação e controle empregatícios, e que ora se desenvolvem por meio da utilização de plataformas e aplicativos digitais, softwares e mecanismos informatizados semelhantes, todos cuidadosamente instituídos, preservados e geridos por sofisticadas (e, às vezes, gigantescas) empresas multinacionais e, até mesmo, nacionais. É importante perceber que tais sistemas e ferramentas computadorizados surgem no contexto do aprofundamento da revolução tecnológica despontada na segunda metade do século XX (ou, um pouco à frente, no início do século XXI), a partir da informática e da internet, propiciando a geração de um sistema empresarial de plataformas digitais, de amplo acesso ao público, as quais permitem um novo meio de arregimentação de mão de obra, diretamente por intermédio desses aplicativos digitais, que têm o condão de organizar, direcionar, fiscalizar e zelar pela hígida prestação de serviços realizada ao cliente final. A modificação tecnológica e organizacional ocorrida nas duas últimas décadas tem sido tão intensa que há, inclusive, autores e correntes de pensamento que falam na existência de uma quarta revolução tecnológica no sistema capitalista. Evidentemente que essa nova estrutura de organização empresarial e de prestação de serviços facilita a aproximação e a comunicação na sociedade e no âmbito da prestação de serviços ao público-alvo, seja este formado por pessoas físicas ou por instituições. Porém a lógica de sua estruturação e empresariais como oportunidade ímpar para reduzirem suas estruturas produtivas e, especialmente, o custo do trabalho utilizado e imprescindível para o bom funcionamento econômico da entidade empresarial. De nenhuma valia econômica teria este sistema organizacional e tecnológico, conforme se percebe, se não houvesse, é claro, a prestação laborativa por ele propiciada ao público-alvo objetivado - neste caso, se não existissem motoristas e carros organizadamente postos à disposição das pessoas físicas e jurídicas. Realmente, os impactos dessa nova modalidade empresarial e de organização do trabalho têm sido diversos: de um lado, potencializam, fortemente, a um custo mais baixo do que o precedente, a oferta do trabalho de transporte

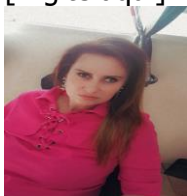
[Digite aqui]



Flávia Thaís de Genaro Macha de Campos, socia proprietária da Flavia Thais de Genaro Sociedade Individual de Advocacia, especialista em direito tributário, especialista em Recursos Humanos, Gestão Previdenciária e Trabalhista e direito do Consumidor e direito imobiliário

de pessoas e coisas no âmbito da sociedade; de outro lado, propiciam a possibilidade de realização de trabalho por pessoas desempregadas, no contexto de um desemprego agudo criado pelas políticas públicas e por outros fatores inerentes à dinâmica da economia; mas, em terceiro lugar, pela desregulamentação amplamente praticada por este sistema, gerando uma inegável deterioração do trabalho humano, uma lancinante desigualdade no poder de negociação entre as partes, uma ausência de regras de higiene e saúde do trabalho, uma clara falta de proteção contra acidentes ou doenças profissionais, uma impressionante inexistência de quaisquer direitos individuais e sociais trabalhistas, a significativa ausência de proteções sindicais e, se não bastasse, a grave e recorrente exclusão previdenciária. O argumento empresarial, em tal quadro, segue no sentido de ser o novo sistema organizacional e tecnológico tão disruptivo perante a sistemática de contratação anterior que não se fazem presentes, em sua estrutura e dinâmica, os elementos da relação empregatícia. E, efetivamente, é o que cabe examinar, afinal, no presente processo. Passa-se, dessa maneira, ao exame da relação socioeconômica e jurídica entre as partes do presente processo, respeitados os aspectos fáticos lançados pelo próprio acórdão regional, como determina a Súmula 126 do TST. Nesse exame, sem negligenciar a complexidade das questões que envolvem a discussão dos autos, o eventual enquadramento como vínculo empregatício da relação jurídica entre o prestador de serviços e as plataformas digitais, pelo Poder Judiciário Trabalhista no Brasil, vai depender das situações fáticas efetivamente demonstradas, as quais, por sua própria complexidade, podem abarcar inúmeras e múltiplas hipóteses. A propósito, no Direito brasileiro existe sedimentada presunção de ser empregatício o vínculo jurídico formado - regido pela Constituição da República (art. 7º) e pela CLT, portanto -, desde que seja incontroversa a prestação de serviços por uma pessoa natural a alguém (Súmula 212, TST). Essa presunção jurídica relativa (não absoluta, esclareça-se) é clássica ao Direito do Trabalho, em geral, resultando de dois fatores historicamente incontestáveis: a circunstância de ser a relação de emprego a regra geral de conexão dos trabalhadores ao sistema socioeconômico capitalista; a circunstância de a relação de emprego, desde o surgimento do Direito do Trabalho, ter se tornado a fórmula mais favorável e protegida de inserção da pessoa humana trabalhadora na competitiva e excludente economia contemporânea. No Brasil, desponta a singularidade de esta antiga presunção jurídica ter sido incorporada, de certo modo, até mesmo pela Constituição da República de 1988, ao reconhecer, no vínculo empregatício, um dos principais e mais eficazes como o da dignidade do ser humano, o da centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e na vida socioeconômica, o da valorização do trabalho e do emprego, o da inviolabilidade física e psíquica da pessoa humana, o da igualdade em sentido substancial, o da justiça social, o do bem-estar individual e social, o da segurança e o da subordinação da propriedade à sua função socioambiental. Com sabedoria, a Constituição percebeu que não se criou, na História do Capitalismo, nessa direção inclusiva, fórmula tão eficaz, larga, abrangente e democrática quanto a estruturada na relação de emprego. Convergindo inúmeros preceitos constitucionais para o estímulo, proteção e elogio à relação de emprego (ilustrativamente: Preâmbulo da CF/88; art. 1º, III e IV; art. 3º, I, II, III e IV; art. 5º, caput; art. 6º; art. 7º, caput e seus incisos e parágrafo único; arts. 8º até 11; art. 170, caput e incisos III, VII e VIII; art. 193, todos do Texto Máximo de 1988), emerge clara a presunção também constitucional em favor do vínculo empregatício no contexto de existência de incontroversa prestação de trabalho na vida social e econômica. De par com isso, a ordem jurídica não permite a contratação do trabalho por pessoa natural, com os intensos elementos da relação de emprego, sem a incidência do manto mínimo assecuratório da dignidade básica do ser humano nessa seara da vida individual e socioeconômica. Em consequência, possuem caráter manifestamente excetivo fórmulas alternativas de prestação de serviços a alguém, por pessoas naturais, como, ilustrativamente, contratos de estágio, vínculos autônomos ou eventuais,

[Digite aqui]

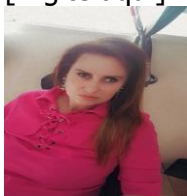


Flávia Thaís de Genaro Macha de Campos, socia proprietária da Flavia Thais de Genaro Sociedade Individual de Advocacia, especialista em direito tributário, especialista em Recursos Humanos, Gestão Previdenciária e Trabalhista e direito do Consumidor e direito imobiliário

relações cooperativadas e as fórmulas intituladas de "pejotização" e, mais recentemente, o trabalho de transporte de pessoas e coisas via arregimentação e organização realizadas por empresas de plataformas digitais. Em qualquer desses casos, estando presentes os elementos da relação de emprego, esta prepondera e deve ser reconhecida, uma vez que a verificação desses pressupostos, muitas vezes, demonstra que a adoção de tais práticas se dá, essencialmente, como meio de precarizar as relações empregatícias (art. 9º, da CLT). Nesse aspecto, cumpre enfatizar que o fenômeno sóciojurídico da relação empregatícia emerge quando reunidos os seus cinco elementos fático-jurídicos constitutivos: prestação de trabalho por pessoa física a outrem, com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e sob subordinação. Observe-se que, no âmbito processual, uma vez admitida a prestação de serviços pelo suposto empregador/tomador de serviços, a ele compete demonstrar que o labor se desenvolveu sob modalidade diversa da relação de emprego, considerando a presunção (relativa) do vínculo empregatício sedimentada há várias décadas no Direito do Trabalho, conforme exaustivamente exposto. A análise casual das hipóteses discutidas em Juízo, portanto, deve sempre se pautar no critério do ônus da prova - definido no art. 818 da CLT -, competindo ao obreiro demonstrar a prestação de serviços (inciso I do art. 818 da CLT); e à Reclamada, provar eventual autonomia na relação jurídica (inciso II do art. 818 da CLT). No caso dos autos, a prova coligida no processo e referenciada pelo acórdão recorrido demonstrou que a Reclamada administra um empreendimento relacionado ao transporte de pessoas - e não mera interligação entre usuários do serviço e os motoristas cadastrados no aplicativo - e que o Reclamante lhe prestou serviços como motorista do aplicativo digital. Assim, ficaram firmemente demonstrados os elementos integrantes da lugar, é inegável (e fato incontroverso) de que o trabalho de dirigir o veículo e prestar o serviço de transporte, em conformidade com as regras estabelecidas pela empresa de plataforma digital, foi realizado, sim, por uma pessoa humana - no caso, o Reclamante. Em segundo lugar, a pessoalidade também está comprovada, pois o Obreiro precisou efetivar um cadastro individual na

9. Reclamada, fornecendo dados pessoais e bancários, bem como, no decorrer da execução do trabalho, foi submetido a um sistema de avaliação individualizada, a partir de notas atribuídas pelos clientes e pelo qual a Reclamada controlava a qualidade dos serviços prestados. É também incontroverso de que todas as inúmeras e incessantes avaliações feitas pela clientela final referem-se à pessoa física do motorista suberizados, emergindo, assim, a presença óbvia do elemento fático e jurídico da pessoalidade. O caráter oneroso do trabalho executado é também incontroverso, pois a clientela faz o pagamento ao sistema virtual da empresa, em geral por meio de cartão de crédito (podendo haver também, mais raramente, pagamento em dinheiro) e, posteriormente, a empresa gestora do sistema informatizado credita parte do valor apurado na conta corrente do motorista. Ora, o trabalhador somente adere a esse sistema empresarial e de prestação laborativa porque ele lhe assegura retribuição financeira em decorrência de sua prestação de trabalho e em conformidade com um determinado percentual dos valores apurados no exercício desse trabalho. Sobre a não eventualidade, o labor do Reclamante estava inserido na dinâmica intrínseca da atividade econômica da Reclamada e inexistia qualquer traço de transitoriedade na prestação do serviço. Não era eventual, também, sob a perspectiva da teoria do evento, na medida em que não se tratava de labor desempenhado para certa obra ou serviço, decorrente de algum acontecimento fortuito ou casual. De todo modo, é também incontroverso de que se trata de labor inerente à rotina fundamental da empresa digital de transporte de pessoas humanas, sem o qual tal empresa sequer existiria. Por fim, a subordinação jurídica foi efetivamente demonstrada, destacando-se as seguintes premissas que se extraem do acórdão regional, incompatíveis com a suposta autonomia do trabalhador na execução do trabalho: 1) a Reclamada organizava unilateralmente as chamadas dos seus

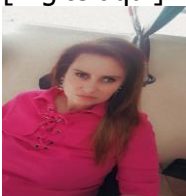
[Digite aqui]



Flávia Thaís de Genaro Macha de Campos, socia proprietária da Flavia Thais de Genaro Sociedade Individual de Advocacia, especialista em direito tributário, especialista em Recursos Humanos, Gestão Previdenciária e Trabalhista e direito do Consumidor e direito imobiliário

clientes/passageiros e indicava o motorista para prestar o serviço; 2) a empresa exigia a permanência do Reclamante conectado à plataforma digital para prestar os serviços, sob risco de descredenciamento da plataforma digital (perda do trabalho); 3) a empresa avaliava continuamente a performance dos motoristas, por meio de um controle telemático e pulverizado da qualidade dos serviços, a partir da tecnologia da plataforma digital e das notas atribuídas pelos clientes/passageiros ao trabalhador. Tal sistemática servia, inclusive, de parâmetro para o descredenciamento do motorista em face da plataforma digital - perda do trabalho -, caso o obreiro não alcançasse uma média mínima; 4) a prestação de serviços se desenvolvia diariamente, durante o período da relação de trabalho - ou, pelo menos, com significativa intensidade durante os dias das semanas -, com minucioso e telemático controle da Reclamada sobre o trabalho e relativamente à estrita observância de suas diretrizes organizacionais pelo trabalhador, tudo efetivado, aliás, com muita eficiência, por intermédio da plataforma digital (meio telemático) e mediante a ativa e intensa, embora difusa, I, do CPC/15) que a Reclamada é quem estabelece unilateralmente os parâmetros mais essenciais da forma de prestação dos serviços e da dinâmica de funcionamento da atividade econômica, como, por exemplo, a definição do preço da corrida e do quilômetro rodado no âmbito de sua plataforma digital. Desse quadro, se percebe a configuração da subordinação jurídica nas diversas dimensões: a) clássica, em face da existência de incessantes ordens diretas da Reclamada promovidas por meios remotos e digitais (art. 6º, parágrafo primeiro, da CLT), demonstrando a existência da assimetria poder de direção/subordinação e, ainda, os aspectos diretivo, regulamentar, fiscalizatório e disciplinar do poder empregatício; b) objetiva, tendo em vista o trabalho executado estritamente alinhado aos objetivos empresariais; c) estrutural, mediante a inteira inserção do profissional contratado na organização da atividade econômica desempenhada pela Reclamada, em sua dinâmica de funcionamento e na cultura jurídica e organizacional nela preponderante; d) por fim, a subordinação algorítmica, que consiste naquela efetivada por intermédio de aferições, acompanhamentos, comandos, diretrizes e avaliações concretizadas pelo computador empresarial, no denominado algoritmo digital típico de tais empresas da Tecnologia 4.0. Saliente-se, por oportuno, que a suposta liberdade do profissional para definir seus horários de trabalho e de folgas, para manter-se ligado, ou não, à plataforma digital, bem como o fato de o Reclamante ser detentor e mantenedor de uma ferramenta de trabalho - no caso, o automóvel utilizado para o transporte de pessoas - são circunstâncias que não têm o condão de definir o trabalho como autônomo e afastar a configuração do vínculo de emprego. Reitere-se: a prestação de serviços ocorria diariamente, com sujeição do Autor às ordens emanadas da Reclamada por meio remoto e telemático (art. 6º, parágrafo único, da CLT); havia risco de sanção disciplinar (exclusão da plataforma) em face da falta de assiduidade na conexão à plataforma e das notas atribuídas pelos clientes/passageiros da Reclamada; inexistia liberdade ou autonomia do Reclamante para definir os preços das corridas e dos seus serviços prestados, bem como escolher os seus passageiros (ou até mesmo criar uma carteira própria de clientes); não se verificou o mínimo de domínio do trabalhador sobre a organização da atividade empresarial, que era centralizada, metodicamente, no algoritmo da empresa digital; ficou incontroversa a incidência das manifestações fiscalizatórias, regulamentares e disciplinares do poder empregatício na relação de trabalho analisada. Enfim, o trabalho foi prestado pelo Reclamante à Reclamada, mediante remuneração, com subordinação, e de forma não eventual. Cabe reiterar que, embora, neste caso concreto, tenham sido comprovados os elementos da relação empregatícia, deve ser considerado que o ônus da prova da autonomia recai sobre a defesa, ou seja, o ente empresarial, já que inequívoca a prestação de trabalho (art. 818, II, da CLT), sendo forçoso reconhecer, também, que a Reclamada não se desvencilhou satisfatoriamente de seu encargo probatório. Dessa forma, deve ser reformado o acórdão regional para se declarar a existência do

[Digite aqui]



Flávia Thaís de Genaro Macha de Campos, socia proprietária da Flavia Thais de Genaro Sociedade Individual de Advocacia, especialista em direito tributário, especialista em Recursos Humanos, Gestão Previdenciária e Trabalhista e direito do Consumidor e direito imobiliário

vínculo de emprego entre as Partes, nos termos da fundamentação. Recurso de revista conhecido e provido" (RR-100353-02.2017.5.01.0066, 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 11/04/2022).

SITUAÇÃO 3 - Responsabilidade subsidiária. O reclamado negou ter sido tomador de serviços em relação ao reclamante. Para obter a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, o reclamante deve provar que prestou serviços à empresa acionada nesta condição. No caso, trata-se de fato constitutivo do direito do autor. Se a empresa apontada como tomadora de serviços negar o fato, o ônus de prova é do trabalhador.

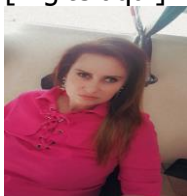
"(...) B) AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMANTE. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DAS LEIS 13.015/2014 E 13.467/2017. TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM BENEFÍCIO DA TOMADORA. ÔNUS DA

PROVA. A jurisprudência dominante no TST entende que o ônus da prova quanto à efetiva prestação dos serviços perante a tomadora cabe ao empregado (art. 818, CLT), ainda que sejam incontroversos o contrato de prestação de serviços entre as empresas e/ou o vínculo empregatício do trabalhador com a empresa terceirizante. Na hipótese, o TRT, com base nos fatos e provas produzidos nos autos, reformou a sentença afastando a responsabilidade subsidiária do Município, por não haver provas de que o Autor lhe tenha prestado serviços. Logo, a decisão se apresenta em conformidade com a jurisprudência do TST, o que torna inviável o exame das indicadas violações de dispositivo legal e/ou constitucional, bem como superada a eventual divergência jurisprudencial (Súmula 333 do TST e art. 896, § 7º, da CLT). Ademais, para divergir da conclusão adotada pelo Tribunal Regional, seria necessário o revolvimento de fatos e provas, o que encontra óbice na Súmula 126/TST. Ressalva de entendimento do Relator. Agravo de instrumento desprovido" (AIRR-317- 81.2020.5.09.0014, 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 01/07/2022).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. EMPRESA PRIVADA. ÔNUS DA PROVA DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM FAVOR DA TOMADORA.

TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA. O Tribunal manteve a responsabilidade subsidiária da tomadora dos serviços. O Regional consignou que "não procede o argumento de que o autor não provou que prestou serviços à recorrente. Isso porque, tratando-se de terceirização de serviços, é ônus do prestador de serviços e do tomador dos serviços provar que o empregado, reclamante em processo trabalhista, não prestou serviços aquele tomador. É fato impeditivo (art. 333, II, CPC). O trabalhador não possui meios de provar os locais e os períodos em que prestou serviços a terceiros. A responsabilidade subsiste apesar da licitude do contrato de prestação de serviços firmado entre as empresas e da ausência de vínculo empregatício entre o reclamante e a recorrente." Nesse contexto, verifica-se que a decisão do Regional diverge da jurisprudência predominante do TST. Transcendência política reconhecida, nos termos do art. 896-A, § 1º, II, da DA LEI 13.467/2017. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. EMPRESA PRIVADA. ÔNUS DA PROVA DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM FAVOR DA TOMADORA. Agravo de instrumento provido para melhor análise da tese de violação dos arts. 818 da CLT e 373, I, do CPC. RECURSO DE REVISTA SOB A ÉGIDE DA LEI 13.467/2017. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. 12 EMPRESA PRIVADA. ÔNUS DA PROVA DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM FAVOR DA TOMADORA. REQUISITOS DA LEI 13.015/2014 ATENDIDOS. No caso concreto, o acórdão regional manteve a responsabilidade subsidiária

[Digite aqui]



Flávia Thaís de Genaro Macha de Campos, socia proprietária da Flavia Thais de Genaro Sociedade Individual de Advocacia, especialista em direito tributário, especialista em Recursos Humanos, Gestão Previdenciária e Trabalhista e direito do Consumidor e direito imobiliário

da tomadora dos serviços, consignando que "não procede o argumento de que o autor não provou que prestou serviços à recorrente. Isso porque, tratando-se de terceirização de serviços, é ônus do prestador de serviços e do tomador dos serviços provar que o empregado, reclamante em processo trabalhista, não prestou serviços aquele tomador. É fato impeditivo (art. 333, II, CPC). O trabalhador não possui meios de provar os locais e os períodos em que prestou serviços a terceiros. A responsabilidade subsiste apesar da licitude do contrato de prestação de serviços firmado entre as empresas e da ausência de vínculo empregatício entre o reclamante e a recorrente." Esta Corte Superior tem entendimento de que, quando negada a prestação de serviços pela suposta empresa tomadora, compete ao reclamante o ônus de comprovar que a reclamada, efetivamente, se beneficiou dos seus serviços. A existência de contrato de prestação de serviços entre as reclamadas, por si só, não autoriza o reconhecimento da responsabilidade subsidiária da tomadora. Não sendo o caso de inversão do ônus da prova, tampouco de aplicação do princípio da aptidão para a prova, permaneceu com o reclamante o ônus de provar o fato constitutivo do direito, qual seja, que suposta tomadora dos serviços ter-se-ia beneficiado da sua força de trabalho, encargo processual do qual, no entanto, não se desincumbiu. Nesse contexto, ausente comprovação do labor do reclamante em favor da tomadora dos serviços, não é possível atribuir responsabilidade subsidiária à reclamada. Configurada a violação dos arts. 818 da CLT e 373, I, do CPC. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido" (RR-1001778- 08.2016.5.02.0014, 6ª Turma, Relator Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, DEJT 11/03/2022).

SITUAÇÃO 4 - Administração Pública. Prova do descumprimento de obrigações legais para a responsabilidade subsidiária na condição de tomadora de serviços.

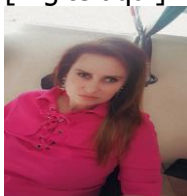
No TST, prevalece o entendimento de que, em razão do princípio da aptidão, será da Administração Pública o ônus de prova acerca do cumprimento das obrigações legais de fiscalização para que seja absolvida da responsabilidade subsidiária, na condição de tomadora de serviços. A 4ª Turma diverge da matéria e impõe o ônus da prova ao empregado.

A matéria teve a repercussão geral reconhecida pelo STF no Tema 1118.

ALEGRE DEPARTAMENTO MUNICIPAL DE ÁGUAS E ESGOTOS. LEI 13.467/2017. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA IN VIGILANDO. COMPROVAÇÃO. TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL Nº 246 DO STF. ÔNUS PROBATÓRIO ACERCA DA REGULAR FISCALIZAÇÃO DO

CONTRATO DE TERCEIRIZAÇÃO. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA CONFIGURADA. A causa referente à responsabilização subsidiária da Administração Pública pelos créditos trabalhistas dos terceirizados e relativa ao ônus da prova, apresenta transcendência, nos termos do art. 896-A, §1º, IV, da CLT. A Suprema Corte ao julgar o RE nº 760.931, firmou o entendimento de que o inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados da empresa contratada não transfere ao Poder Público contratante, de forma automática, a responsabilidade sobre eventuais débitos decorrentes do contrato de trabalho. Assim, apenas na hipótese de ser verificada a existência de culpas in vigilando e in eligendo, pode haver a condenação da administração pública. Diante, pois, da ausência de comprovação do cumprimento do dever fiscalizatório do ente público, conclui-se pela manutenção do decisum quanto à demonstração de negligência por parte do tomador dos serviços. De outro lado, em exame da tese vinculante proferida pelo Supremo no RE 760.931/DF, a SBDI-1 desta Corte Superior, no julgamento do processo TST-E-RR-925-07.2016.5.05.0281, concluiu que não houve deliberação pela Suprema Corte acerca do ônus da prova da regular fiscalização do contrato de terceirização, bem como que compete ao ente público o ônus de

[Digite aqui]

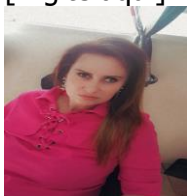


Flávia Thaís de Genaro Macha de Campos, socia proprietária da Flavia Thais de Genaro Sociedade Individual de Advocacia, especialista em direito tributário, especialista em Recursos Humanos, Gestão Previdenciária e Trabalhista e direito do Consumidor e direito imobiliário

comprovar que houve a fiscalização do contrato. Estando a decisão recorrida em consonância com o decidido pelo STF e pela SBDI-1, não há como processar o recurso de revista. Transcendência reconhecida. Agravo de instrumento desprovido" (AIRR-0021672- 11.2017.5.04.0009, 8ª Turma, Relator Ministro Aloysio Correa da Veiga, DEJT 05/07/2022).

"RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. ÔNUS DA PROVA. CULPA IN VIGILANDO. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA, NOS TERMOS DO ART. 896-A, §1º, IV, da CLT. 1. Ao julgar a ADC 16, o STF decidiu que o artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93 é constitucional, mas que isso não impede a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, desde que constatado que o ente público agiu com culpa in vigilando. Acompanhando o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Superior do Trabalho alterou a redação da Súmula nº 331, incluindo o item V. Registre-se ainda, por oportuno, a recente decisão do STF no RE nº 760.931, com repercussão geral, que exige prova efetiva e concreta da ausência de fiscalização e da configuração da culpa in vigilando da administração pública. 2. Além disso, a Eg. SBDI-1, em sessão realizada no dia 12/12/2019, nos autos dos Embargos E-RR-925-07.2016.5.05.0281, relator Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, acórdão publicado no DEJT 22/05/2020, entendeu que a questão relativa ao ônus da prova da fiscalização do contrato tem caráter infraconstitucional, não tendo sido brandida na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 760.931, razão pela qual aquela Subseção fixou a tese de que é do Poder Público, tomador dos serviços, o ônus de demonstrar que entendimento de que o encargo era do empregado. 3. No entanto, o art. 818 da CLT, em sua redação original, previa tão-somente que "A prova das alegações incumbe à parte que as fizer". Com a entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), o dispositivo ganhou nova redação, adequando-se à moderna doutrina processualista quanto ao ônus da prova, admitindo a sua inversão, em face do princípio da aptidão da prova. Antes disso, o próprio Código de Processo Civil já previa as regras processuais acerca do ônus da prova que, apesar de estanques a priori, passaram a privilegiar a distribuição dinâmica do ônus probatório, consolidando o princípio da melhor aptidão para a prova. 4. Dessa forma, embora já fosse admitida no Processo do Trabalho a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, como corolário do princípio da aptidão para a prova e em decorrência da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, a Reforma Trabalhista acabou por reconhecer expressamente a aplicação de tal teoria, inserindo-a nos parágrafos do art. 818 da CLT. Logo, de quem é o ônus da prova torna-se irrelevante, porque o magistrado pode invertê-lo, determinando à parte que tem melhores condições ao desempenho do encargo que faça a prova cabível na situação. 5. Diante de tais normas, deve-se verificar a amplitude da liberdade do julgador na apreciação da prova, a partir do ônus que é atribuído às partes. Para tanto, interpretando-se os princípios que regem o direito processual, é certo que ao juiz é conferida certa margem de liberdade no exame da prova, seja no CPC de 1973, seja no CPC de 2015, que permite ao julgador a apreciação da prova independentemente do sujeito que a tiver promovido, relativizando inclusive a regra de distribuição do ônus probatório, quando já há nos autos a prova dos fatos. 6. No caso de pedido de responsabilidade subsidiária da Administração Pública, conforme reiteradamente decidido pelo Supremo Tribunal Federal, seja na ADC nº 16, seja no RE 760.931, não há como reconhecer a responsabilidade do Município de forma automática pelo inadimplemento de verbas trabalhistas ou mesmo com base em presunções. Em que pese às divergências existentes entre alguns Ministros do STF quanto ao ônus da prova, a partir de diversas reclamações julgadas procedentes, verifica-se que tem prevalecido a tese de que o ônus da prova é do empregado/trabalhador. 7. Assim, não é possível entender tratar-se de fato impeditivo, modificativo ou extintivo, carreando ao ente público o ônus probatório.

[Digite aqui]



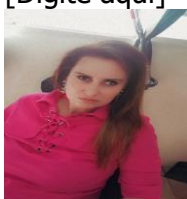
Flávia Thaís de Genaro Macha de Campos, socia proprietária da Flavia Thais de Genaro Sociedade Individual de Advocacia, especialista em direito tributário, especialista em Recursos Humanos, Gestão Previdenciária e Trabalhista e direito do Consumidor e direito imobiliário

Todavia, se o mero inadimplemento não é prova suficiente, podendo até ser considerado indício de prova, remanesce que a prova da falta de fiscalização seria incumbência do autor, mas entendendo o magistrado pela dificuldade dele em fazê-la, bastaria inverter o ônus, determinando ao réu que faça a prova de que fiscalizou. Assim, a inversão do ônus probatório com base na teoria da aptidão para a prova é possível, mediante decisão fundamentada. No presente caso, o TRT menciona que o ônus da prova da fiscalização é da autora. Considerando as disposições expressas nos arts. 58, III, 66 e 67 da Lei nº 8.666/93, entende-se que o ente público tem melhores condições de produzir a prova da efetiva fiscalização, pois a obrigação de fiscalizar os contratos que celebra e de impor sanções em caso de descumprimento decorre da própria lei fiscalização do contrato licitado pela Administração Pública é dever imposto por lei, devendo o Administrador Público observá-lo em face do princípio da legalidade estrita, inclusive anotando todas as ocorrências em registro próprio e aplicando as sanções pertinentes. 9. Logo, nos casos de terceirização de serviços, como o dos autos, em que a contratação refere-se à própria mão de obra de trabalhadores, o dever de fiscalização não se limita apenas ao cumprimento formal do contrato, relativo ao seu objeto, mas se estende ao cumprimento material, pertinente às próprias obrigações trabalhistas da prestadora de serviços para com os trabalhadores terceirizados, que não se restringe apenas ao pagamento das contribuições previdenciárias e do FGTS, mas abarca os demais direitos trabalhistas, tais como pagamento tempestivo de salários, férias, 13º salário, horas extras e adicionais de insalubridade, periculosidade e noturno. Exclui-se de tal obrigação somente o pagamento das verbas rescisórias (se somente estas restarem inadimplidas) e de parcelas decorrentes de negociação coletiva. 10. Portanto, o acórdão recorrido, ao atribuir o ônus da prova da ausência de fiscalização e da culpa in vigilando à reclamante, que nos casos de responsabilidade subsidiária não é quem detém as melhores condições de promovê-la, incorreu em contrariedade à Súmula nº 331, V, do TST. Recurso de revista conhecido por contrariedade à Súmula nº 331, V, do TST e provido" (RR-1000239-75.2019.5.02.0313, 8ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 04/07/2022).

"I) AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA PETROBRAS - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS - ÔNUS DA PROVA - TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA DA CAUSA - RITO SUMARÍSSIMO - POSSÍVEL CONTRARIEDADE À SÚMULA 331, V, DO TST À LUZ DO PRECEDENTE VINCULANTE DO STF NO TEMA 246 DA TABELA DE

REPERCUSSÃO GERAL - PROVIMENTO. Diante do entendimento fixado pelo STF na ADC 16 e no precedente de repercussão geral RE 760.931 (leading case do Tema 246), é de se dar provimento ao agravo de instrumento, ante a possível contrariedade à Súmula 331, V, do TST, por decisão regional que reconhece a responsabilidade subsidiária da administração pública, com base na atribuição do onus probandi à Administração Pública. Agravo de instrumento provido. II) RECURSO DE REVISTA DA PETROBRAS - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS - APLICABILIDADE DA LEI 8.666/93 À PETROBRAS - ÔNUS DA PROVA - REJEIÇÃO DA TESE DO ÔNUS DO ENTE PÚBLICO NO PRECEDENTE VINCULANTE DO STF EMANADO DO RE 760.931 (TEMA 246 DE REPERCUSSÃO GERAL) - ACOLHIMENTO DE RECLAMAÇÕES PELO STF POR DESCUMPRIMENTO DESSE ENTENDIMENTO - TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA - CONTRARIEDADE À SÚMULA 331, V, DO TST - PROVIMENTO. 1. Ao apreciar a Reclamação 40.137, a 1ª Turma do STF assentou que "a leitura do acórdão paradigma revela que os votos que compuseram a corrente majoritária no julgamento do RE 760.931 (Tema 246 da sistemática da repercussão geral) assentaram ser incompatível com entendimento de que a culpa do ente administrativo seria presumida e, conseqüentemente, afastaram a possibilidade de inversão do ônus probatório na hipótese" (Red. Min. Luiz Fux, DJe 12/08/20). Tanto a 1ª quanto a 2ª

[Digite aqui]

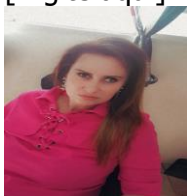


Flávia Thaís de Genaro Macha de Campos, socia proprietária da Flavia Thais de Genaro Sociedade Individual de Advocacia, especialista em direito tributário, especialista em Recursos Humanos, Gestão Previdenciária e Trabalhista e direito do Consumidor e direito imobiliário

Turmas do STF têm reiteradamente cassado decisões do TST que reconhecem a responsabilidade subsidiária da administração pública por inversão do ônus da prova em favor do empregado quanto à fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa terceirizada. 2. Apesar de tais decisões, que deixam claro o teor dos precedentes do STF sobre a matéria, emanados da ADC 16 e do RE 760.931, a SDI-1, em sua composição completa, reafirmou sua posição no sentido do ônus da prova da administração pública, alegando silêncio sobre o ônus da prova nos precedentes do STF (E-RR-925-07.2016.5.05.0281, Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, de 12/12/19; E-ED-RR- 62-40.2017.5.20.0009, Rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, de 10/09/20), em claro confronto com o decidido pelo Supremo Tribunal Federal. 3. A Suprema Corte, diante de tal posicionamento do TST, a par de erigir novo tema de repercussão geral (no 1.118), mas sem determinar o sobrestamento dos feitos, continua a cassar, e de forma ainda mais incisiva, decisões do TST que atribuam ao tomador dos serviços o ônus da prova da culpa in vigilando, verbis: "Não se pode admitir a transferência para a Administração Pública, por presunção de culpa, da responsabilidade pelo pagamento dos encargos trabalhistas, fiscais e previdenciários devidos ao empregado da empresa terceirizada, sequer sendo de se lhe atribuir a prova de que não falhou em seus deveres legais, do que decorreria alguma responsabilização. [...] Na espécie, a decisão reclamada revela injustificável e obstinada relutância da autoridade reclamada em dar fiel cumprimento às ordens emanadas deste Supremo Tribunal, o que não se pode admitir" (Rcl 51.899-RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgada em 17/03/22) . 4. Tendo em vista o caráter vinculante das decisões do STF em temas de repercussão geral, o que não se dá com decisões da SDI-1 do TST, é de se sobrepor aquelas a estas. 5. No caso dos autos, na decisão regional recorrida extraiu-se a culpa in vigilando da não demonstração, por parte da Recorrente, da ocorrência da efetiva fiscalização do contrato, em nítida inversão do ônus da prova, conjugada com o inadimplemento das obrigações trabalhistas pela Prestadora de serviços. Assentou, ainda, não serem aplicáveis ao caso as disposições contidas na Lei 8.666/93, pelo fundamento de que a contratação ocorreu mediante procedimento licitatório simplificado, previsto no Decreto 2.745/98, que regulamenta o art. 67 da Lei 9.478/97, o que afastaria a necessidade de comprovação da culpa da Entidade Pública. 6. Sendo a Petrobras uma sociedade de economia mista integrante da Administração Pública Indireta Federal, submetida aos princípios constitucionais da legalidade, publicidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, que regem a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 37, caput, da CF), não se podem excluir do crivo da Lei Geral de Licitações as contratações simplificadas por ela realizadas com amparo no regramento específico da Lei 9.478/97 (que dispõe sobre a Política Energética Nacional). Corrobora esse entendimento a revogação do art. 67 da Lei 9.478/97, que trata dos contratos celebrados pela Petrobras para aquisição de bens e serviços, pela Lei 13.303/16, a qual, em seu art. 77, § 1º, disciplina, de forma idêntica ao § 1ºtrabalhistas, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

Assim, superada essa questão e, portanto, concluindo-se pela aplicação da Lei Geral de Licitações ao caso, verifica-se que, a partir do reconhecimento da culpa in vigilando da administração pública na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da Empresa Terceirizada, o Regional reconheceu a responsabilidade subsidiária da Petrobras por essas obrigações, fazendo-o contra a literalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 e dos termos de exceção que o STF abriu ao comando legal. 8. Portanto, à luz do art. 896, § 9º, da CLT, merece conhecimento e provimento o recurso de revista da Petrobras, que tramita no rito sumaríssimo, por contrariedade à Súmula 331, V, do TST, na medida em que não cabe o reconhecimento da responsabilidade subsidiária do ente público com lastro apenas na inadimplência da

[Digite aqui]

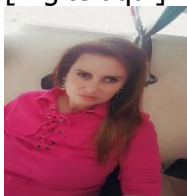


Flávia Thaís de Genaro Macha de Campos, socia proprietária da Flavia Thais de Genaro Sociedade Individual de Advocacia, especialista em direito tributário, especialista em Recursos Humanos, Gestão Previdenciária e Trabalhista e direito do Consumidor e direito imobiliário

prestadora de serviços ou na culpa presumida, com atribuição do onus probandi da fiscalização (ou da não culpa) à Administração Pública. Recurso de revista provido. (...)" (RRAg-101640- 10.2017.5.01.0483, 4ª Turma, Relator Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, DEJT 01/07/2022).

"EMBARGOS REGIDOS PELA LEI Nº 13.015/2014. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ARTIGO 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/1993. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 16-DF. TEMA Nº 246 DO STF. TESE DE REPERCUSSÃO GERAL. DEMONSTRAÇÃO DE CULPA IN VIGILANDO. FISCALIZAÇÃO. DEFINIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DO RECURSO DE EMBARGOS POR CONTRARIEDADE À SÚMULA Nº 331, ITEM V, DESTE TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 760.931-DF, em debate representativo do Tema nº 246, de repercussão geral reconhecida, os Ministros da Suprema Corte reafirmaram a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, conforme já declarado no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, consignando que somente a demonstração efetiva de um comportamento culposo específico, com prova cabal do nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública e o dano sofrido pelo trabalhador, permitirá a responsabilização do Poder Público, tomador dos serviços de trabalhadores terceirizados. Na ocasião, fixou-se a seguinte tese de repercussão geral: "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93". Em embargos de declaração, reafirmou-se o entendimento de que "a responsabilidade não é automática, conforme preconizou o legislador infraconstitucional, no artigo 71, § 1º, da Lei de Licitações, mas não pode o poder público dela eximir-se quando não cumpriu o seu dever de primar pela legalidade estrita na escolha ou fiscalização da empresa prestadora de serviços". Ocorre que não se definiu a questão controvertida sobre a qual parte cabe o ônus de comprovar se houve, ou não, a fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas. Após a decisão final acerca do Tema nº 246 de repercussão geral, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais desta Corte cuidou de pacificar a sua composição completa e por expressiva maioria, firmou posicionamento de que cabe ao ente público o encargo de demonstrar a vigilância adequada no cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora dos serviços. Esta Subseção, na sua composição completa, voltou a debater a questão na Sessão do dia 10/9/2020 no julgamento do recurso de embargos interposto no Processo nº E-ED-RR-62-40.2017.5.20.0009, Relator Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro (acórdão publicado no DEJT de 29/10/2020), ocasião em que decidiu, novamente, pela maioria expressiva de 10x4, que o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Tema nº 246 da Repercussão Geral, não emitiu tese jurídica de efeito vinculante em relação ao ônus da prova. Reafirmou, na mesma assentada, o entendimento de que incumbe à Administração Pública o ônus da prova da fiscalização dos contratos de prestação de serviços por se tratar de fato impeditivo da responsabilização subsidiária. Além disso, considerando que esta Subseção, com base nos julgamentos proferidos no âmbito do Supremo Tribunal Federal, mormente da ADC nº 16/DF e dos embargos de declaração interpostos nos autos do RE nº 760.931, decidiu, em duas oportunidades, reunida em sua composição completa e por expressiva maioria, que o ônus da prova de demonstrar o cumprimento das obrigações previstas na Lei nº 8.666/1993 recai sobre o ente público tomador de serviços, não por inversão do ônus da prova, mas por se tratar de fato impeditivo do direito do trabalhador terceirizado, a conclusão lógica e necessária a que se chega é de que é imanente ao item V da Súmula nº 331 desta Corte o entendimento de que cabe ao ente público demonstrar que fiscalizou efetivamente o cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada. Desse modo,

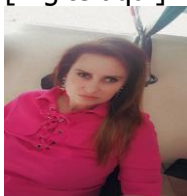
[Digite aqui]



Flávia Thaís de Genaro Macha de Campos, socia proprietária da Flavia Thais de Genaro Sociedade Individual de Advocacia, especialista em direito tributário, especialista em Recursos Humanos, Gestão Previdenciária e Trabalhista e direito do Consumidor e direito imobiliário

nos casos em que a Turma, ao analisar acórdão regional em que se atribuiu responsabilidade subsidiária ao ente público com base nas regras de distribuição do ônus da prova, porque não demonstrado por ele o cumprimento das obrigações previstas na Lei nº 8.666/93, retira a sua condenação indireta, por entender ausente comprovação da sua conduta culposa, contraria direta e frontalmente, sim, o entendimento previsto no item V da Súmula nº 331 desta Corte, pois o verbete sumular, ao exigir que seja "evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993", não se olvidou das regras de distribuição do ônus da prova previstas nos artigos 373 do CPC/2015 e 818 da CLT. Na hipótese dos autos, além da questão relativa ao ônus da prova, infere-se do acórdão regional que a Corte a quo, soberana na análise do acervo fático- probatório, concluiu que não foi comprovado que o tomador de serviços fiscalizava o cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada, o que também seria suficiente, por si só, para erigir a condenação indireta da Administração Pública contratante pelo adimplemento das verbas e dos demais direitos deferidos nesta demanda. Nesse contexto e à guisa de conclusão final, verifica-se que a decisão da Turma, ao julgar improcedente o pedido de responsabilidade subsidiária do ente público tomador de serviços, sob o fundamento de que houve indevida inversão do ônus da prova em desfavor do réu, contrariou a Súmula nº 331, item V, desta Corte. Embargos conhecidos e providos" (E-RR-696-69.2010.5.01.0022, Subseção I Especializada em SITUAÇÃO 05- Remuneração. Alegação de salário por fora. Ônus de prova do reclamante. O recebimento de salário sem registro no contracheque é o fato constitutivo do direito do trabalhador e, assim, negado o pagamento por fora pela defesa, será do reclamante o ônus da prova. "AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA PARTE RECLAMANTE. ACÓRDÃO REGIONAL. PUBLICAÇÃO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. SALÁRIO EXTRA FOLHA. ÔNUS DA PROVA. DISTRIBUIÇÃO ADEQUADA. VERBA PAGA COMO HORAS EXTRAORDINÁRIAS. REPERCUSSÕES EM OUTRAS PARCELAS TRABALHISTAS. VALORAÇÃO DA PROVA. CONHECIMENTO E NÃO PROVIMENTO. I. Quanto à alegação de recebimento de salário "por fora", nos termos da jurisprudência desta Corte e do disposto nos arts. 818 da CLT e 373 do CPC/2015 (art. 333 do CPC/73), a comprovação de recebimento de salário extrafolha compete à parte autora, por ser fato constitutivo do seu direito. II. No presente caso, a Corte de origem decidiu nos termos dos arts. 818 da CLT e 373 do CPC/2015 (art. 333 do CPC/73), bem como da jurisprudência sedimentada deste Tribunal, ao entender que o encargo de demonstrar que houve adimplemento de salário "por fora" é da parte reclamante. III. Nesse contexto, extraindo do acórdão recorrido que a parte autora não se desincumbiu de seu onus probandi, mostra-se acertada a decisão regional em que se concluiu indevido o reconhecimento de pagamento de salário "por fora". Ilesos os arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC de 1973. IV. No que se refere ao pleito de diferenças de reflexos das horas extraordinárias pagas em FGTS e em DSRs, esclareça-se que somente se caracteriza a afronta aos arts. 818 da CLT e 373 do CPC/2015 (art. 333 do CPC/73) se o juiz decidir mediante atribuição equivocada do ônus probatório, o que, no aspecto, o que não ocorreu in casu. No particular, o julgador regional não proferiu julgamento com base no critério do ônus da prova, mas decidiu a controvérsia mediante a valoração da prova, ao consignar que ficou demonstrado nos autos o correto adimplemento das repercussões das horas extraordinárias pagas, durante o contrato de trabalho, em FGTS e em repouso semanal remunerado. Incólumes os arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC de 1973. V. Por fim, no tocante às repercussões das extraordinárias pagas em décimos terceiros e em férias, registre-se que a Corte Regional assentou expressamente que "as diferenças de 13º salários e férias deferidas na origem, já observam todos os valores salariais consignados nos recibos, inclusive as horas extras pagas" (grifos nossos). Desse modo, ausente o interesse recursal, no aspecto, porquanto já deferidos os reflexos postulados. VI. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento. (...)" (ARR-57800-02.2009.5.04.0303, 7ª

[Digite aqui]



Flávia Thaís de Genaro Macha de Campos, socia proprietária da Flavia Thais de Genaro Sociedade Individual de Advocacia, especialista em direito tributário, especialista em Recursos Humanos, Gestão Previdenciária e Trabalhista e direito do Consumidor e direito imobiliário

Turma, Relator Ministro Evandro Pereira Valadao Lopes, DEJT 18/02/2022). O salário pago extrafolha. A prova de que recebia salário "por fora" competia à autora, por ser fato constitutivo do seu direito, ônus que não se desincumbiu. Assim, correta a decisão regional que indeferiu o pedido de condenação da reclamada ao referido pagamento. Agravo conhecido e não provido. (...)" (Ag- 20 AIRR-533-16.2012.5.05.0020, 7ª Turma, Relator Ministro Claudio Mascarenhas Brandao, DEJT 11/06/2021).

SITUAÇÃO 4- Remuneração. Pedido de devolução de descontos. Ônus do empregador de provar que as multas de trânsito alegadas foram de responsabilidade do reclamante.

"(...) DESCONTOS INDEVIDOS. MULTA DE TRÂNSITO. ÔNUS DA PROVA. Delimitada a ausência de prova da responsabilidade do autor pelas infrações de trânsito e avarias com o veículo da empresa, por caracterizar fato impeditivo do direito à devolução dos descontos indevidos, o ônus da prova foi corretamente atribuído à reclamada, do qual não se desvencilhou, permanecendo intactos os arts. 818 da CLT e 373, I e II, do CPC/2015. Recurso de revista da reclamada não conhecido" (RR-1000682-80.2017.5.02.0447, 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 29/04/2022).

SITUAÇÃO 5- Remuneração. Comprovado o uso do veículo do trabalhador em serviço para percorrer distâncias consideráveis. Ônus patronal de prova quanto a qualquer alegação que inviabilize a procedência do pedido.

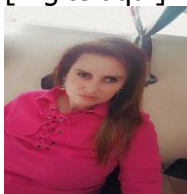
"(...) PAGAMENTO DE DESPESAS, GASOLINA E DEPRECIAÇÃO DO

VEÍCULO. Provado pelo depoimento testemunhal o fato constitutivo do direito do reclamante (o autor percorria mil quilômetros por mês em veículo próprio no desempenho de suas atividades laborais), incumbia mesmo às reclamadas o ônus da prova quanto ao fato extintivo alegado (o pagamento de valor suficiente para remunerar o combustível gasto mais a depreciação do veículo). Ilesos, pois, os artigos 818 da CLT e 333 do CPC/73, uma vez que corretamente distribuído o ônus da prova. Recurso de revista não conhecido. (...)" (RR-174- 43.2010.5.04.0027, 6ª Turma, Relator Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, DEJT 09/03/2018).

SITUAÇÃO 6 - Remuneração. Prêmios. Pedido de diferenças. Ônus da prova do empregador quanto à demonstração de pagamento integral da parcela.

"(...) DIFERENÇAS DE PRÊMIOS. Os fundamentos do acórdão recorrido foram no sentido de que as normas coletivas aplicáveis à reclamante estabelecem que as empresas deverão fornecer aos seus empregados, por escrito, as condições para obtenção dos prêmios e as quantidades de produtos a serem vendidos e que a reclamada não comprovou que havia a ciência prévia do trabalhador quanto às metas a serem alcançadas, implicando a impossibilidade de verificação dos valores que deveriam ser adimplidos, fato conclusivo no laudo pericial e que implica prejuízo ao empregado. Concluiu que sendo a reclamada detentora dos instrumentos necessários à consecução de seus objetivos, a ela competia a juntada de todos os documentos hábeis a comprovar que os pagamentos efetuados à reclamante estavam corretos, ônus do qual não se desincumbiu a contento. Nesta senda, verifica-se que a Corte a quo observou as regras de distribuição do ônus da prova. De outra parte, despicienda a alegação de afronta ao art. 5º, LV, da CF, porquanto devidamente assegurados às partes o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. Assim, incólumes os artigos 818 da CLT, 333, I, do CPC (373, I, do NCPC), e art. 5º, LV, da CF. Recurso de revista não conhecido. (...)" (RR-412-13.2010.5.04.0011, 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 17/12/2021).

[Digite aqui]



Flávia Thaís de Genaro Macha de Campos, socia proprietária da Flavia Thais de Genaro Sociedade Individual de Advocacia, especialista em direito tributário, especialista em Recursos Humanos, Gestão Previdenciária e Trabalhista e direito do Consumidor e direito imobiliário

SITUAÇÃO -7 - Descontos salariais por faltas. Necessidade de prova do justo motivo para ausência, a exemplo dos atestados médicos. Ônus da prova do empregado.

"(...) DESCONTOS SALARIAIS. FALTAS INJUSTIFICADAS AO SERVIÇO.

ÔNUS DA PROVA. DEVOLUÇÃO INDEVIDA. A discussão dos autos refere-se à validade dos descontos salariais efetuados no contracheque do trabalhador pelo empregador, em razão de faltas injustificadas ao serviço. A controvérsia foi dirimida pelo Regional com base nas regras de distribuição do ônus da prova, ao consignar que o reclamante não apresentou os atestados médicos invocados, que justificariam a sua ausência ao trabalho. Desse modo, inviável o processamento do apelo com base apenas nos artigos 462 da CLT e 7º, inciso VI, da Constituição da República, pois inespecíficos, na medida em que não impugnam o principal fundamento do acórdão recorrido, quanto à distribuição do encargo probatório. Recurso de revista não conhecido. (...)" (RRAg-1234- 11.2011.5.09.0663, 3ª Turma, Relator Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 01/07/2022).

SITUAÇÃO 8- Admitida a existência de pagamento a título de participação nos lucros, é da reclamada o ônus de prova quanto a qualquer fato impeditivo ao deferimento da parcela ao reclamante.

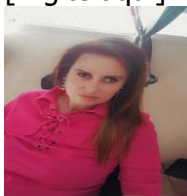
"(...) B) PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. FATO IMPEDITIVO.22

ÔNUS DA PROVA. Do exame da decisão regional, infere-se que a Corte a quo concluiu que "o preposto da primeira reclamada expressamente afirmou que havia pagamento da parcela sob a rubrica PLR caso o empregado preenchesse os requisitos. Assim, ante os termos do depoimento, o ônus da prova quanto ao preenchimento dos requisitos recai sobre a demandada, conforme disposto no art. 818 da CLT c/c o art. 373, inciso II, do CPC, ônus do qual não se desvencilhou". Ora, como ressaltado pela Corte Regional, o ônus da prova quanto ao preenchimento dos requisitos relativos ao PLR recai sobre a demandada, uma vez que ao alegar fato impeditivo do direito do trabalhador ("o Recorrido não preencheu as metas e requisitos previstos no programa"), a empresa atraiu para si o ônus de demonstrar o regramento utilizado para o pagamento de tal verba, aí considerados os requisitos exigidos e o seu atendimento. Nesse contexto, a Corte Regional aplicou corretamente o critério da distribuição do ônus da prova, não se vislumbrando a violação dos artigos 818 da CLT e 373, I, do CPC, mas a sua correta aplicação. (...)" (RRAg-11505- 21.2015.5.01.0224, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 18/03/2022).

SITUAÇÃO 9- A empresa com mais de 20 empregados (ou mais de 10 antes da Lei da Liberdade Econômica) detém o ônus da prova, ainda que alegue que não manteve o cartão de ponto por equívoco, ao não considerar o reclamante como seu empregado.

"(...) C) AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMANTE. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014 E ANTERIOR À LEI 13.467/2017 . JORNADA DE TRABALHO. HORAS EXTRAS. AUSÊNCIA DOS CARTÕES DE PONTO. ÔNUS DA PROVA. SÚMULA 338, I/TST. Demonstrado no agravo de instrumento que o recurso de revista preenchia os requisitos do art. 896 da CLT, dá-se provimento ao agravo de instrumento, para melhor análise da arguição de contrariedade à Súmula 338, I/TST, suscitada no recurso de revista. Agravo de instrumento provido. D) RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE. PROCESSO SOB A

[Digite aqui]



Flávia Thaís de Genaro Macha de Campos, socia proprietária da Flavia Thais de Genaro Sociedade Individual de Advocacia, especialista em direito tributário, especialista em Recursos Humanos, Gestão Previdenciária e Trabalhista e direito do Consumidor e direito imobiliário

ÉGIDE DA LEI 13.015/2014 E ANTERIOR À LEI 13.467/2017. JORNADA DE TRABALHO. HORAS EXTRAS. AUSÊNCIA DOS CARTÕES DE PONTO. ÔNUS DA PROVA. SÚMULA 338, I/TST. Nos

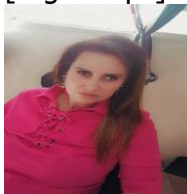
termos da atual redação do item I da Súmula 338/TST, é ônus do empregador que conta com mais de dez empregados o registro da jornada de trabalho, na forma do art. 74, § 2º, da CLT, de maneira que a não apresentação injustificada dos controles de ponto gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho apontada na inicial, a qual pode ser elidida por prova em contrário.

Trata-se de típico caso em que a doutrina e a jurisprudência vêm admitindo a denominada inversão do ônus da prova, transferindo ao empregador a comprovação de que o obreiro não laborava em regime de sobre jornada ou que, mesmo laborando, as horas extras eram quitadas regularmente. Tal entendimento é aplicável tanto quando não há apresentação dos cartões de ponto de toda a contratualidade como quando o empregador apresenta controles de ponto relativos apenas a parte do período contratual, pois, nesse caso, desincumbe-se apenas parcialmente do ônus que lhe cabe. No caso em tela, o Tribunal Regional, embora tenha reconhecido que a Reclamada não trouxe aos autos os cartões de ponto da Reclamante, reformou a sentença para indeferir o pagamento de horas extras durante todo o período contratual, sob o fundamento de que, considerando que a inexistência de controles de jornada decorreu da contratação presumidamente equivocada da trabalhadora mediante um contrato de prestação de serviços com base em lei diversa da CLT e que a jornada alegada pela Reclamante foi negada pela Ré, cabia a obreira o encargo de comprovar a jornada indicada na petição inicial, ônus do qual não se desincumbiu. No entanto, em razão da inversão do ônus da prova, tem-se que a Reclamada não se desincumbiu do ônus de infirmar a jornada declarada na inicial, devendo, portanto, ser acatado o pedido de pagamento de horas extras durante o período contratual. Recurso de revista conhecido e provido" (RRAg- 1000543-94.2015.5.02.0384, 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 25/03/2022).

"RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMANTE. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DAS LEIS Nº 13.015/2014 E 13.467/2017. RITO SUMARÍSSIMO. HORAS EXTRAS. OBRIGATORIEDADE DO REGISTRO DE JORNADA. ART. 74, §2º, DA CLT. LEI Nº 13.874/2019. ESTABELECIMENTOS COM MAIS DE 20 (VINTE) TRABALHADORES. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA RECONHECIDA. NÃO CONHECIMENTO. I.

Hipótese em que se discute a obrigatoriedade do registro de jornada por parte do empregador, em contrato de trabalho iniciado em 02/12/2019, na vigência da Lei nº 13.874/2019, que obriga o registro de horários apenas às empresas com mais de 20 empregados. II. Pelo prisma da transcendência, trata-se de questão jurídica nova, uma vez que se refere à interpretação da legislação trabalhista (art. 74, §2º, da CLT), com a redação conferida pela Lei nº 13.874/2019, sob enfoque em relação ao qual ainda não há jurisprudência pacificada no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho ou em decisão de efeito vinculante no Supremo Tribunal Federal. Logo, reconheço a transcendência jurídica da causa (art. 896- A, § 1º, IV, da CLT). III. Diante disso, fixa-se o seguinte entendimento: tratando-se de contrato de trabalho iniciado após a vigência da Lei nº 13.874/19, como no presente caso, deve ser aplicado o disposto no art. 74, §2º, da CLT, sendo obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, pela empresa, apenas para os estabelecimentos com mais de 20 (vinte) trabalhadores. IV. Recurso de revista de que não se conhece" (RR-152- 30.2020.5.12.0053, 4ª Turma, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, DEJT 08/04/2022).

[Digite aqui]



Flávia Thaís de Genaro Macha de Campos, socia proprietária da Flavia Thais de Genaro Sociedade Individual de Advocacia, especialista em direito tributário, especialista em Recursos Humanos, Gestão Previdenciária e Trabalhista e direito do Consumidor e direito imobiliário

SITUAÇÃO 10 - Jornada de trabalho. Juntada de cartões de outro empregado, que não é o reclamante. Permanência do ônus da prova com o empregador acerca da jornada desempenhada.

"(...) II - RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. LEI 13.015/2014. HORAS EXTRAS. ÔNUS DA PROVA. JUNTADA DE CARTÕES DE PONTO DE OUTRO EMPREGADO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AOS REGISTROS DE JORNADA. DECISÃO REGIONAL QUE NÃO APLICA A SÚMULA 338, I, DO

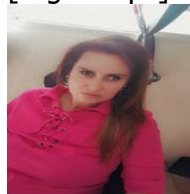
TST. REFORMA. O Tribunal Regional entendeu que as horas extras devem ser calculadas com base nos controles de frequência anexados aos autos, pois o reclamante não se insurgiu contra esses controles no momento oportuno. Deu parcial provimento ao recurso ordinário da reclamada. O reclamante sustenta que os cartões de ponto são de outro empregado e que "apontou antes da sentença que os cartões de ponto não eram dele". A jurisprudência desta Corte tem entendimento de que a não apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção de veracidade da jornada alegada na inicial. Tal presunção é relativa e pode ser elidida por prova em contrário, cabendo o ônus da prova à reclamada, nos termos da Súmula 338, I, do TST. Assim, como na hipótese dos autos não foram apresentados os cartões de ponto e não foi elidida a alegação da inicial por prova em contrário, deve ser reconhecida a jornada de trabalho, nos termos da Súmula 338, I, do TST. Registre-se que, nos termos da jurisprudência desta Corte, a impugnação do reclamante quanto aos cartões de ponto não tem como consequência inverter o ônus da prova e não afasta a incidência da Súmula 338, I, do TST. Precedentes. A decisão regional dissentiu do entendimento desta Corte. Recurso de revista conhecido e provido" (RRAg-1001358-06.2017.5.02.0034, 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 27/08/2021).

SITUAÇÃO 11 - Jornada de trabalho. Cartões de ponto que não alcançam todo o período da prestação de serviços e, quanto aos registros, destoam dos horários constantes da defesa. Ônus da prova do empregador.

"() AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, DO CPC DE 1973. CONDENAÇÃO EM

HORAS EXTRAS E DIFERENÇAS DE PRÊMIO-PRODUÇÃO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA FÉ OBJETIVA E DOS ARTS. 5º, LIV, DA CF, 944 E 884 DO CCB, 818 DA CLT E 355 A 359 DO CPC DE 1973. ÓBICES DAS SÚMULAS 83, I, 298, I, E DA OJ 25 DA SBDI-2, TODAS DO TST. IMPROCEDÊNCIA DO

PEDIDO. 1. Na ação rescisória, reportando-se aos postulados da razoabilidade, da proporcionalidade e do devido processo legal, a Autora (reclamada no feito primitivo) sustenta que o Juízo prolator da sentença rescindenda, ao condená-la ao pagamento de horas extras e diferenças de produtividade, cujos cálculos de liquidação alcançaram o valor de R\$ 1.512.773,93 em sede de liquidação, violou o art. 5º, LIV da CF, bem como os arts. 944 e 884 do CCB. Assinala, ademais, que no deferimento das referidas parcelas ocorreu indevida inversão do ônus da prova, com afronta ao princípio da boa fé objetiva e ao disposto nos arts. 818 da CLT e 355 a 359 do CPC de 1973. 2. Tratando-se de pretensão desconstitutiva fundada no inciso V do artigo 485 do CPC de 1973, revela-se imprescindível que no julgamento que se pretende rescindir tenha havido pronunciamento sobre a matéria. No caso, todavia, não consta da decisão transitada em julgado qualquer registro em torno do art. 5º, LIV, da CF (devido processo legal), das normas dos arts. 944 e 884 do CCB (seja sob a perspectiva da fixação de indenização de acordo com a extensão do dano e da vedação ao enriquecimento ilícito, seja à luz dos princípios da razoabilidade, da



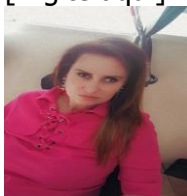
Flávia Thaís de Genaro Macha de Campos, socia proprietária da Flavia Thais de Genaro Sociedade Individual de Advocacia, especialista em direito tributário, especialista em Recursos Humanos, Gestão Previdenciária e Trabalhista e direito do Consumidor e direito imobiliário

proporcionalidade), bem assim das regras inscritas nos arts. 355 a 359 do CPC de 1973 (incidente de exibição de documento ou coisa), circunstância que inibe o próprio exame da pretensão fundada no inciso V do artigo 485 do CPC de 1973. Não sendo hipótese de vício originado na decisão que se pretende rescindir, e sem que tenham sido examinadas, na decisão rescindenda, as matérias veiculadas na presente ação rescisória, não há espaço para o corte rescisório amparado em afronta à literalidade dos aludidos dispositivos legais (Súmula 298, I, do TST). 3. Num contexto no qual os cartões e ponto alcançam apenas parte do contrato de trabalho e, mais grave, não retratam a jornada informada na própria defesa apresentada pelo empregador, a jurisprudência do TST contemporânea à prolação da sentença rescindenda já reputava correta a inversão do ônus da prova do trabalho extraordinário. Desse modo, não há como reputar vulnerada a norma do art. 818 da CLT, em razão da inversão do ônus da prova do trabalho extraordinário, quando os cartões de ponto destoam dos termos da contestação, além de concernirem apenas a uma parte do vínculo empregatício. A rigor, tratando-se, quando menos, de matéria controvertida à época em que proferida a sentença rescindenda, revela-se inviável a rescisão do julgamento proferido na reclamação trabalhista originária, com fundamento em violação literal do art. 818 da CLT (Súmula 83, I, do TST). Relativamente às diferenças de produção (prêmio-produção), nem sequer se pode cogitar de inversão do ônus da prova (e, conseqüentemente, de afronta ao art. 818 da CLT), pois a respectiva condenação lastreou-se na inexistência de controvérsia acerca da quantidade de instalações - que teriam sido realizadas pelo reclamante - alegada na petição inicial da ação matriz, não impugnada em defesa (art. 334, III, do CPC de 1973).

Finalmente, no tocante à alegação de afronta ao postulado da boa-fé objetiva, cumpre anotar que a hipótese autorizadora do ajuizamento da ação rescisória prevista no inciso V do artigo 485 do CPC de 1973 refere-se à lei em sentido estrito (OJ 25 da SBDI-2 do TST), aí não se incluindo a violação de princípio de direito, sobre o qual também não houve pronunciamento na decisão rescindenda (Súmula 298, I, do TST). (...) (RO-450-60.2015.5.12.0000, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 01/07/2022).

SITUAÇÃO 11 - Jornada de trabalho. Cartões de ponto com registro de horário uniforme. Permanência do ônus da prova com o empregador. "(...) 5. HORAS EXTRAS. INVERSÃO ÔNUS DA PROVA. APLICAÇÃO SÚMULA 338, ITEM III, DO TST I. Os cartões de ponto que demonstraram horários inflexíveis ou uniformes são inservíveis como meio de prova, a teor da Súmula 338, inciso III, do TST ("os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir"). II. No caso dos autos, o Tribunal Regional do Trabalho concluiu que em determinado período do contrato de trabalho a parte reclamada não se desincumbiu do ônus que lhe cabia de demonstrar a efetiva jornada de trabalho cumprida pelo autor, por apresentar cartões de ponto com marcações uniformes, e condenou a parte reclamada ao pagamento de horas extraordinárias, considerando a jornada indicada na inicial no período em que os cartões de ponto demonstraram jornada uniforme. III. Portanto, constata-se que a decisão recorrida, neste aspecto, está em consonância com a Súmula nº 338, item III, do TST, atraindo a incidência do óbice da Súmula 333 e do artigo 896, § 7º, da CLT à divergência colacionada.

[Digite aqui]



Flávia Thaís de Genaro Macha de Campos, socia proprietária da Flavia Thais de Genaro Sociedade Individual de Advocacia, especialista em direito tributário, especialista em Recursos Humanos, Gestão Previdenciária e Trabalhista e direito do Consumidor e direito imobiliário

Ademais, ao decidir que no período no qual os cartões de pontos não se mostram uniformes, as horas extraordinárias serão fixadas de acordo com a jornada neles fixadas, o Tribunal Regional do Trabalho decidiu com fulcro no conjunto fático-probatório dos autos. Logo, para se chegar à conclusão pretendida pela parte reclamada, no sentido de que não são devidas as diferenças de horas extras deferidas, necessário seria o reexame de fatos e provas, procedimento vedado nesta Instância Superior, por força da Súmula nº 126 do TST. V. Recurso de revista de que não se conhece no tópico" (RR-532-89.2012.5.05.0421, 7ª Turma, Relator Ministro Evandro Pereira Valadao Lopes, DEJT 08/04/2022).

SITUAÇÃO 12- Jornada de trabalho. Atividade externa. Demonstrada a compatibilidade do trabalho com o controle de jornada, o ônus de prova quanto aos horários de trabalho recai sobre o empregador.

"RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA ANTERIORMENTE À LEI 13.015/2014 1 - HORAS EXTRAS. JORNADA EXTERNA. COMPATIBILIDADE DE CONTROLE. CARGA HORÁRIA

ARBITRADA. ÔNUS DA PROVA. 1.1. Consignada no acórdão a possibilidade de fiscalização da carga horária por parte da reclamada. A desconstituição do julgado nesse ponto desafia o reexame de fatos e provas dos autos, diligência, entretanto, vedada nos termos da Súmula 126 do TST. 1.2. Por sua vez, o arbitramento de 2 horas extras semanais decorreu da aplicação da regra de

Com efeito, constatada compatibilidade do controle de jornada, cumpria à reclamada juntar os respectivos registros. Não o fazendo, atraiu para si o ônus da prova da carga horária cumprida pelo autor, à luz da Súmula 338, I, do TST. Recurso de revista não conhecido. (...)" (RR-278-13.2011.5.04.0023, 8ª Turma, Relatora Ministra Delaide Alves Miranda Arantes, DEJT 13/06/2022).

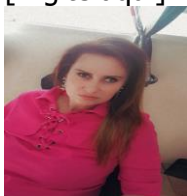
SITUAÇÃO 13 - Jornada de trabalho. Atividade externa. Ônus de prova do empregador acerca da incompatibilidade do labor com o controle de jornada.

Aqui, há posição minoritária no sentido de que a atividade externa faça presumir a ausência de possibilidade de controle da jornada.

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA RÉ. LEI Nº 13.015/2014. CPC/1973. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 40 DO TST. HORAS EXTRAS. TRABALHO EXTERNO. MOTORISTA. EQUIPAMENTO DE RASTREAMENTO DO VEÍCULO POR SATÉLITE. CONTROLE INDIRETO DA

JORNADA DE TRABALHO. ÔNUS DA PROVA. A exceção prevista no artigo 62, I, da CLT não depende apenas do exercício de trabalho externo, mas também da impossibilidade de controle de horário pelo empregador. Não se pode conceber que em uma época na qual a tecnologia permite até mesmo a rastreabilidade de animais, não se possa fazer o mesmo com a jornada de trabalho do empregado, para efeito de reconhecimento do direito à percepção de horas extraordinárias. Somente quando se revelar inteiramente impossível o controle da jornada estará afastado o direito ao pagamento de horas extraordinárias, em razão da liberdade de dispor do seu próprio tempo. Nesse contexto, há que se ter em mente que a absoluta excepcionalidade da situação prevista no artigo 62, I, da CLT faz com que seu reconhecimento dependa de prova inequívoca não apenas do trabalho externo, mas também da impossibilidade de controle dos horários pelo empregador. E a comprovação desses fatos, que afastam o direito do empregado às horas extras, incumbe ao empregador, porquanto constitua fato obstativo do

[Digite aqui]



Flávia Thaís de Genaro Macha de Campos, socia proprietária da Flavia Thais de Genaro Sociedade Individual de Advocacia, especialista em direito tributário, especialista em Recursos Humanos, Gestão Previdenciária e Trabalhista e direito do Consumidor e direito imobiliário

direto postulado, nos exatos termos dos artigos 818 da CLT e 333 do CPC/73. Precedente da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (...) (RR-237-11.2014.5.23.0056, 7ª Turma, Relator Ministro Claudio Mascarenhas Brandao, DEJT 11/02/2022).

SITUAÇÃO 13 - Jornada de trabalho externa. Prova da fruição do intervalo não pré-assinalado no cartão de ponto. A CLT autoriza que o intervalo seja pré-assinalado, ou seja, anotado no cabeçalho do cartão de ponto. Se isso ocorre, o empregado não precisa anotar fruição. No entanto, se não houver a pré-assinalação, o intervalo deve ser registrado diariamente; do contrário, presume-se que o trabalhador não gozou do descanso intrajornada.

"(...) 2. INTERVALO INTRAJORNADA. AUSÊNCIA DE PRÉ-ASSINALAÇÃO. ÔNUS DA PROVA DO EMPREGADOR. Prevalece no âmbito desta Corte Superior o entendimento de que nos casos em que não houver pré-assinalação do intervalo intrajornada nos cartões apresentados pelo empregador, por força do que dispõe o art. 74, § 2º, da CLT, o ônus da prova de comprovar a regular fruição da pausa é da empresa. Desse modo, o encargo de comprovar a concessão do intervalo intrajornada recai sobre o empregador, ônus do qual não se desincumbiu. No caso, o Tribunal Regional reconheceu o direito ao pagamento do intervalo intrajornada, uma vez que não houve pré-assinalação do intervalo e a Reclamada não se desincumbiu do ônus da prova. Nesse contexto, ainda que por fundamento diverso, deve ser mantida a decisão agravada. (...)" (RRAg-336-76.2017.5.17.0012, 5ª Turma, Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 01/07/2022).

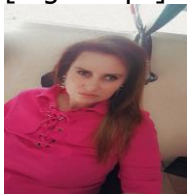
Na atividade externa, ainda que a empresa não tenha os cartões de ponto, a jurisprudência do TST presume a ausência de fiscalização do intervalo. Por isso, o ônus da prova quanto à supressão do intervalo intrajornada será do empregado.

"AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA RÉ. LEI Nº 13.467/2017. TRABALHO EXTERNO INCONTROVERSO. POSSIBILIDADE DE CONTROLE DA JORNADA LABORAL. INTERVALO INTRAJORNADA. ÔNUS DA PROVA PERTENCENTE AO EMPREGADO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA NO ÂMBITO DESTA CORTE SUPERIOR. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA

CONSTATADA. Constatado equívoco na decisão agravada, dá-se provimento ao agravo para determinar o processamento do agravo de instrumento. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA RÉ. TRABALHO EXTERNO INCONTROVERSO. POSSIBILIDADE DE CONTROLE DA JORNADA LABORAL. INTERVALO INTRAJORNADA. ÔNUS DA PROVA PERTENCENTE AO EMPREGADO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA NO ÂMBITO DESTA CORTE SUPERIOR. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA

CONSTATADA. Agravo de instrumento a que se dá provimento para determinar o processamento do recurso de revista, em face de haver sido demonstrada possível violação do artigo 818 da CLT. RECURSO DE REVISTA DA RÉ. LEI Nº 13.467/2017. TRABALHO EXTERNO INCONTROVERSO. POSSIBILIDADE DE CONTROLE DA JORNADA LABORAL. INTERVALO INTRAJORNADA. ÔNUS DA PROVA PERTENCENTE AO EMPREGADO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA NO ÂMBITO DESTA CORTE SUPERIOR. definir a quem pertence o ônus de comprovar a possibilidade ou impossibilidade de fiscalização do horário, quanto ao intervalo para refeição e descanso (redução ou supressão da pausa intervalar), na hipótese de labor em atividade externa, em que a jornada é passível de controle pela empresa. Segundo o entendimento adotado nesta 7ª Turma, ao ser incontroverso o trabalho exercido externamente, ainda que haja a possibilidade de controle do início e do fim da jornada laboral, presume-se haver ausência de fiscalização por parte do empregador no que se refere à fruição do intervalo intrajornada. Trata-se de fato

[Digite aqui]



Flávia Thaís de Genaro Macha de Campos, socia proprietária da Flavia Thais de Genaro Sociedade Individual de Advocacia, especialista em direito tributário, especialista em Recursos Humanos, Gestão Previdenciária e Trabalhista e direito do Consumidor e direito imobiliário

constitutivo do direito postulado, cujo encargo processual probatório é da parte autora, que, na demanda, dele não se desincumbiu consoante decorre do quadro fático descrito pela Corte de Origem. No presente caso, a Corte Regional registrou que, quanto à jornada de trabalho - horas extras e intervalo intrajornada, foi aplicada a confissão ficta de que trata a Súmula nº 338, I, do TST. Logo, inviável se deferir ao autor o pagamento referente à redução ou supressão da citada pausa. Isso porque, ausente o controle de jornada, presume-se que esteja presente a liberdade de decidir em que momento específico do dia deva suspender as atividades para se alimentar e descansar, bem como por quanto tempo, pois não se encontra sob a supervisão de seu empregador. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido" (RR-20313-69.2017.5.04.0027, 7ª Turma, Relator Ministro Claudio Mascarenhas Brandao, DEJT 01/07/2022).

SITUAÇÃO 14 - A ausência de assinatura do empregado nos cartões de ponto não é motivo para inversão do ônus da prova, devendo o trabalhador demonstrar que trabalhava além dos horários registrados.

"RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO REGIONAL. PUBLICAÇÃO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. 1. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. CARTÕES DE PONTO SEM ASSINATURA DO EMPREGADO. VALIDADE.

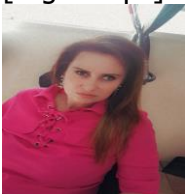
ÔNUS DA PROVA. I. A corte regional decidiu pela inversão do ônus da prova quanto à jornada de trabalho, por considerar inválidos os cartões de ponto apócrifos trazidos aos autos pela parte reclamada. II. Contudo, segundo a jurisprudência firmada nesta Corte Superior, a ausência de assinatura do empregado nos cartões de ponto, por si só, não os torna inválidos, ante a inexistência de previsão legal, caracterizando mera irregularidade administrativa. Não há a transferência do ônus da prova da jornada ao empregador III. Na espécie, o Regional apegou-se apenas à ausência de assinatura dos cartões de ponto, silenciando quanto às demais provas produzidas, inclusive testemunhal, como referido no próprio acórdão. IV. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (...)" (RR-215-90.2010.5.02.0083, 7ª Turma, Relator Ministro Evandro Pereira Valadao Lopes, DEJT 18/02/2022).

"RECURSO DE REVISTA. LEIS Nos 13.015/2014 E 13.467/2017. HORAS EXTRAS. CARTÕES DE PONTO. AUSÊNCIA DE ASSINATURA. VALIDADE. 74, § 2º, da CLT, não estabelece qualquer referência à necessidade de assinatura dos cartões de ponto pelo empregado como premissa à sua validade, o que significa que sua ausência nos registros de frequência não é suficiente, por si mesma, para tornar inválida a prova documental apresentada, ou inverter o ônus da prova quanto à jornada de trabalho alegada pelo reclamante. Assim, Esta Corte Superior entende que são válidos como meio de prova os cartões de ponto que não contêm a assinatura do empregado, de modo que não há inversão automática do ônus da prova quanto à jornada de trabalho. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento" (RR-308-43.2020.5.05.0431, 3ª Turma, Relator Ministro Alberto Bastos Balazeiro, DEJT 25/08/2023).

Havendo alegação de que o imóvel que serve de residência para o executado não seja bem de família, é do credor o ônus de prova a existência de outros imóveis de propriedade do executado. "I - AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. LEI Nº 13.467/2017. EXECUÇÃO. EXECUTADO. PENHORA DE BEM DE FAMÍLIA. ÔNUS DA PROVA. AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 126 DO

TST 1 - A decisão monocrática negou provimento ao agravo de instrumento porque não atendido pressuposto de admissibilidade do recurso de revista, ficando prejudicada a análise da transcendência. 2 - Em exame mais detido dos autos, verifica-se que o caso não é de incidência da Súmula nº 126 do TST. 3 - Nas instâncias ordinárias, ficou delineado que o bem penhorado não pode ser considerado como de família, uma vez que o executado não se desincumbiu do ônus de provar tal situação. Não há, portanto,

[Digite aqui]



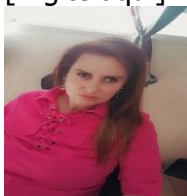
Flávia Thaís de Genaro Macha de Campos, socia proprietária da Flavia Thais de Genaro Sociedade Individual de Advocacia, especialista em direito tributário, especialista em Recursos Humanos, Gestão Previdenciária e Trabalhista e direito do Consumidor e direito imobiliário

controvérsia sobre os fatos essenciais à solução da lide, mas sim uma discussão de contorno jurídico, qual seja, de quem é o ônus de provar a configuração de bem de família - se o executado ou o exequente. 4 - Afasta-se, assim, a incidência da Súmula nº 126 do TST. 5 - Agravo a que se dá provimento. II - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. LEI Nº 13.467/2017. EXECUÇÃO. EXECUTADO TRANSCENDÊNCIA PENHORA DE BEM DE FAMÍLIA. ÔNUS DA PROVA 1 - Deve ser reconhecida a transcendência jurídica quando se mostra aconselhável o exame mais detido da controvérsia devido às peculiaridades do caso concreto. O enfoque exegético da aferição dos indicadores de transcendência em princípio deve ser positivo, especialmente nos casos de alguma complexidade, em que se torna aconselhável o debate mais aprofundado da matéria. 2 - Aconselhável o provimento do agravo de instrumento, para determinar o processamento do recurso de revista, em razão da provável violação do art. 6º da Constituição Federal. 3 - Agravo de instrumento a que se dá provimento. III - RECURSO DE REVISTA. LEI Nº 13.467/2017. EXECUÇÃO. EXECUTADO. PENHORA DE

SITUAÇÃO 15 -BEM DE FAMÍLIA. ÔNUS DA PROVA 1 - No caso dos autos, o TRT registrou, no trecho transcrito no recurso de revista, "Afirmado o executado que o bem comprovar tal alegação. Não o fazendo, deve ser mantida a constrição sobre o bem". Manteve, assim, a penhora sobre o bem do executado. 2 - Em resumo, o TRT atribuiu ao executado o ônus da prova de que esse seria o seu único bem imóvel, ou seja, exigiu do executado a comprovação de que tal bem seria de família e, portanto, impenhorável. 3 - Porém, a exigência de prova negativa da propriedade de outros bens imóveis é desprovida de razoabilidade, pois afeta a garantia de impenhorabilidade do bem de família e, conseqüentemente, extrapola os limites do art. 6º da Constituição Federal. 4 - Em casos similares, entende-se que é do exequente o ônus da prova de que o imóvel a se penhorar não constitui bem de família. Assim, cabe ao exequente indicar outros bens de propriedade do executado para que se realize a penhora requerida. Julgados de Turmas do TST. 5 - Recurso de revista a que se dá provimento" (RR-69400-55.1994.5.01.0068, 6ª Turma, Relatora Ministra Katia Magalhaes Arruda, DEJT 20/05/2022).

SITUAÇÃO 16 - No pedido de equiparação salarial, é do reclamante o ônus de provar a identidade de função em relação ao paradigma. "AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - EQUIPARAÇÃO SALARIAL - IDENTIDADE DE FUNÇÕES - MATÉRIA FÁTICA. Consideradas as premissas fático-probatórias delineadas pelo Tribunal Regional, não se verifica irregularidade na distribuição do ônus da prova atinente à equiparação salarial; ao contrário, o entendimento adotado pelo acórdão recorrido neste aspecto coaduna-se com o disposto nos arts. 818 da CLT e 333 do CPC/1973, uma vez que o reclamante não se desincumbiu do ônus que lhe cabia (comprovar o fato constitutivo do seu direito), concernente à demonstração de que exercia a mesma função do empregado-paradigma. Agravo de instrumento desprovido" (AIRR-1000288-71.2020.5.02.0252, 2ª Turma, Relatora Desembargadora Convocada Margareth Rodrigues Costa, DEJT 11/11/2022).

[Digite aqui]



Flávia Thaís de Genaro Macha de Campos, socia proprietária da Flavia Thais de Genaro Sociedade Individual de Advocacia, especialista em direito tributário, especialista em Recursos Humanos, Gestão Previdenciária e Trabalhista e direito do Consumidor e direito imobiliário

SITUAÇÃO 17 -Em pedidos de pagamento de diferenças de comissões ou outra espécie de remuneração variável, é do empregador o ônus de provar a quitação integral da parcela alegada como quitada pela defesa.

"RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO EM FACE DE ACÓRDÃO PUBLICADO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. REMUNERAÇÃO VARIÁVEL VINCULADA À PRODUÇÃO. ÔNUS DA PROVA.

TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA RECONHECIDA. Tratando-se de recurso de revista interposto contra decisão regional que se mostra contrária à jurisprudência atual deste Colendo TST, revela-se presente a transcendência política da causa, a justificar o prosseguimento do exame do apelo. Na questão de remuneração variável atrelada à produção, ao fundamento de que a autora não se desincumbiu do seu ônus de comprovar o direito alegado. Uma vez que a reclamada alegou o esborreado pagamento dos valores, admitindo a existência da parcela, competia à ré demonstrar o correto pagamento da parcela, como fato extintivo do direito postulado, ônus do qual não se desvencilhou. Assim, infere-se que a distribuição do encargo probatório promovida pela Corte a quo desobedeceu a disciplina dos artigos 818 da CLT e 373 do CPC, motivo pelo qual o acórdão recorrido demanda reforma. Recurso de revista conhecido e provido" (RR-1590-18.2016.5.06.0015, 7ª Turma, Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, DEJT 06/05/2022).

Diante da alegação de retenção da CTPS, é do empregador o ônus de demonstrar que recebeu, anotou e devolveu o documento profissional.

"(...) RECEBIMENTO E DEVOUÇÃO DE CTPS. ÔNUS DA PROVA.

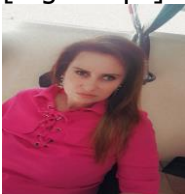
AUSÊNCIA DE TRANSCENDÊNCIA. A CTPS é elemento essencial para a formalização da relação de emprego competindo ao empregador tanto quando da admissão como na dispensa exigir do empregado a sua entrega para anotações, mediante recibo ao empregado, conforme preceitua o artigo 29 da CLT. Ademais, é vedado ao empregador a sua retenção por mais de 48 horas. Assim, com base no princípio da aptidão para a prova, é da reclamada o ônus de comprovar o recebimento e a devolução da CTPS ao trabalhador. Logo, tendo o Regional procedido à correta distribuição do ônus da prova, ao consignar que é da reclamada o ônus de comprovar o recebimento e a devolução da CTPS ao trabalhador, não há falar em violação dos artigos 29 e 818 da CLT e 373, I, do CPC, não havendo como reconhecer a transcendência da causa. Agravo de instrumento a que se nega provimento" (AIRR-1375-96.2014.5.08.0131, 3ª Turma, Relator Ministro Alberto Bastos Balazeiro, DEJT 08/04/2022).

SITUAÇÃO 18 - Rescisão contratual. Alegação de justa causa. Ônus da prova do empregador em relação à falta grave alegada.

"(...) JUSTA CAUSA NÃO COMPROVADA - ÔNUS DA PROVA -

TRANSCENDÊNCIA NÃO RECONHECIDA O acórdão regional aplicou o entendimento consolidado desta Corte, sedimentado na Súmula nº 212, segundo a qual o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado, cabendo ao empregador o ônus de provar o fato que ensejou o despedimento do trabalhador. Julgados. (...)" (RRAg-10224- 32.2020.5.15.0073, 4ª Turma, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 02/12/2022).

[Digite aqui]



Flávia Thaís de Genaro Macha de Campos, socia proprietária da Flavia Thais de Genaro Sociedade Individual de Advocacia, especialista em direito tributário, especialista em Recursos Humanos, Gestão Previdenciária e Trabalhista e direito do Consumidor e direito imobiliário

Pelo princípio da continuidade da relação de emprego, é do empregador o ônus de prova quanto à data alegada para a ruptura do contrato de trabalho.

"RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 13.015/2014. DATA DO TÉRMINO DO CONTRATO DE TRABALHO. ÔNUS DA

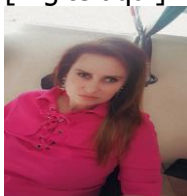
PROVA. PRESCRIÇÃO BIENAL. AFASTADA. Pelo princípio da continuidade da relação de emprego e à luz do entendimento vertido na Súmula 212 desta Corte, não tendo a reclamada se desincumbido do seu ônus de provar que a data apontada, de 07.05.2015, foi a do término do contrato de trabalho, deve ser considerada a data alegada pelo reclamante - de 31.05.2015. Assim, ajuizada a presente ação em 30.05.2017, não houve incidência da prescrição bienal, prevista no art. 7º, XXIX, da CF. Recurso de revista conhecido e provido" (RR- 1000870-89.2017.5.02.0086, 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 29/04/2022).

SITUAÇÃO 19 - Nos pedidos de indenização por danos decorrentes do assédio moral, é necessária a prova dos fatos que demonstram provar a dor íntima sofrida. Isso é o denominado dano IN RE IPSA. Eu provo o ato lesivo, mas não preciso demonstrar o sofrimento da pessoa. (...) DANOS MORAIS DECORRENTES DE ASSÉDIO MORAL. ÔNUS DA PROVA. A indenização por dano moral tem sido admitida não apenas em casos de ofensa à honra objetiva (que diz respeito à consideração perante terceiros), mas também de afronta à honra subjetiva (sentimento da própria dignidade moral), a qual se presume. De acordo com a jurisprudência pacífica, o exigido é a prova dos fatos que ensejam o pedido de indenização por danos morais, e não a prova dos danos imateriais, esta, de resto, impossível. Portanto, o dano moral verifica-se in re ipsa. Os fatos relatados no acórdão regional retratam não apenas o rigor e a perseguição da reclamante na cobrança excessiva de metas e no cumprimento de determinadas atividades e o tratamento discriminatório durante a gestação, mas, sobretudo, as relevantes circunstâncias das constantes ameaças de dispensa e de o nome da autora ficar vinculado ao mau desempenho de produtividade, promovendo-se, assim e desnecessariamente, um ambiente hostil e vexatório de trabalho. Evidenciado o dano moral, o qual deriva in re ipsa dessa conduta patronal, não há como cogitar de violação dos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC de 1973, vigente à época de interposição do apelo. Arestos inespecíficos (Súmulas 23 e 296 do TST). Recurso de revista não conhecido. (...)" (RR- 596-44.2011.5.04.0007, 6ª Turma, Relator Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, DEJT 13/05/2022).

SITUAÇÃO 20 - O TRCT assinado pelo empregado presume o recebimento dos valores registrados no documento, cabendo ao reclamante a prova em sentido contrário.

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMANTE. TRANSCENDÊNCIA ECONÔMICA RECONHECIDA. VERBAS RESCISÓRIAS. QUITAÇÃO. ÔNUS DA PROVA. Nos termos do art. 408 do Código de Processo Civil, as declarações constantes do documento particular escrito e assinado ou somente assinado presumem-se verdadeiras em relação ao signatário. Dessa forma, o TRCT assinado, sem alegação de vício de consentimento, possui validade como prova do pagamento, nos termos do art. 477, § 2.º, da CLT, e da Súmula 330 do TST. Agravo de instrumento não provido" (AIRR- 588-11.2020.5.23.0076, 8ª Turma, Relatora Ministra Delaide Alves Miranda Arantes, DEJT 24/10/2022).

[Digite aqui]



Flávia Thaís de Genaro Macha de Campos, socia proprietária da Flavia Thais de Genaro Sociedade Individual de Advocacia, especialista em direito tributário, especialista em Recursos Humanos, Gestão Previdenciária e Trabalhista e direito do Consumidor e direito imobiliário

SITUAÇÃO 21 - Recolhimento do FGTS. Comprovação. Ônus da prova do empregador. "(...) RECURSO DE REVISTA DO AUTOR. LEI Nº 13.467/2017. FGTS. RECOLHIMENTO. ÔNUS DA PROVA. PRINCÍPIO DA APTIDÃO DA PROVA. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA CONSTATADA. De acordo com o Princípio da Aptidão da Prova em relação à matéria e com os artigos 818 da CLT e 373, II, do CPC, é do empregador o ônus de provar o correto recolhimento dos depósitos de FGTS no transcurso do vínculo empregatício, uma vez que detém os documentos aptos a tal comprovação. Se não o faz, deve ser deferida a parcela, garantida a dedução dos valores eventualmente constantes na conta vinculada. Nesse sentido, a Súmula nº 461 do TST. Recurso de revista conhecido e provido" (RRAg-1000661-10.2017.5.02.0252, 7ª Turma, Relator Ministro Claudio Mascarenhas Brandao, DEJT 03/06/2022).

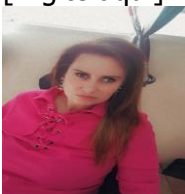
SITUAÇÃO 22 - **Dispensa discriminatória. É do empregado o ônus da prova quanto à ciência do empregador em relação ao fato de ser portador de doença estigmatizante. A partir daí, é do empregador o ônus de provar que o desligamento teve uma motivação válida.**

"(...) DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. MAL DE ALZHEIMER. DOENÇA ESTIGMATIZANTE. ÔNUS DA PROVA. INDENIZAÇÃO POR DANOS

MORAIS. Ante a possível contrariedade à Súmula 443 do TST, dou provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. II - RECURSO DE REVISTA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. MAL DE ALZHEIMER. DOENÇA ESTIGMATIZANTE. ÔNUS DA PROVA.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Hipótese em que o Tribunal Regional manteve a decisão que indeferiu a indenização por dispensa discriminatória sob o fundamento de que o ônus de comprovar a despedida discriminatória é do autor, encargo do qual ele não teria se desincumbido. A jurisprudência desta Corte uniformizou-se no sentido de preceituar o direito à reintegração do trabalhador (portador do vírus HIV ou de doença grave que suscite estigma ou preconceito) que é vítima de dispensa discriminatória. O mal de Alzheimer é doença causadora de estigma, o que atrai a incidência da Súmula 443 do TST quanto à presunção da despedida discriminatória, sendo ônus do empregador comprovar que não tinha ciência da condição do empregado ou que o ato de dispensa tinha outra motivação, lícita. Na hipótese dos autos, evidencia-se que o empregado foi submetido ao exame de "SPECT CEREBRAL", em 8/10/2015, o qual apresentou o diagnóstico indicativo da doença do Mal de Alzheimer, sendo pré-avisado de sua dispensa em 15/02/2016. Verifica-se que não houve demonstração objetiva de que o ato da dispensa foi orientado por outra causa, como motivo disciplinar, técnico, econômico, financeiro, ou reestruturação da empresa, mas sim pela condição de saúde do trabalhador. A jurisprudência desta Corte entende estar presumida a dispensa discriminatória quando não comprovada a existência de outros motivos lícitos para a prática do ato, ante a enfermidade apresentada pelo trabalhador. No tocante à indenização por danos morais, jurisprudência desta Corte Superior se firmou no sentido de ser in re ipsa o dano moral decorrente de dispensa discriminatória. Precedentes. Recurso de

[Digite aqui]



Flávia Thaís de Genaro Macha de Campos, socia proprietária da Flavia Thais de Genaro Sociedade Individual de Advocacia, especialista em direito tributário, especialista em Recursos Humanos, Gestão Previdenciária e Trabalhista e direito do Consumidor e direito imobiliário

Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 27/05/2022).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DAS LEIS 13.015/2014 E 13.467/2017. DOENÇA ESTIGMATIZANTE.

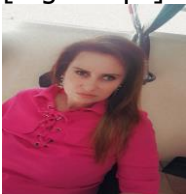
NEOPLASIA MALÍGNA. CÂNCER DE MAMA. DISPENSA 36

DISCRIMINATÓRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. INCIDÊNCIA, ADEMAIS, DA

SÚMULA 126/TST, RELATIVAMENTE AOS FATOS EXPLICITADOS NO

ACÓRDÃO. Presume-se discriminatória a ruptura arbitrária do contrato de trabalho, quando não comprovado um motivo justificável, em face de circunstancial debilidade física do empregado. Esse entendimento pode ser abstraído do contexto geral de normas do nosso ordenamento jurídico, que entende o trabalhador como indivíduo inserto numa sociedade que vela pelos valores sociais do trabalho, pela dignidade da pessoa humana e pela função social da propriedade (arts. 1º, III e IV e 170, III e VIII, da CF). Não se olvide, outrossim, que faz parte do compromisso do Brasil, também na ordem internacional (Convenção 111 da OIT), o rechaçamento a toda forma de discriminação no âmbito laboral. Na esteira desse raciocínio, foi editada a Súmula 443/TST, que delimita a pacificação da jurisprudência trabalhista nesse aspecto, com o seguinte teor: "Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego". Registre-se, entretanto, que a presunção de ilegalidade do ato de dispensa do empregado portador de doença grave, ressoante na jurisprudência trabalhista, não pode ser de modo algum absoluta, sob risco de se criar uma nova espécie de estabilidade empregatícia totalmente desvinculada do caráter discriminatório que se quer reprimir. Assim, além da viabilidade da dispensa por justa causa, é possível também que a denúncia vazia do contrato de trabalho seja considerada legal e não se repute discriminatório o ato de dispensa. No caso concreto, a Reclamante foi acometida por neoplasia maligna - câncer de mama -, considerada uma doença grave e estigmatizante, consoante decisão da SDBI-1, E-ED-RR-68-29.2014.5.09.0245, Redator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, julgada no dia 04/04/2019 e publicado em DEJT 26/04/2019. A conduta discriminatória é gravemente censurada pela ordem jurídica, especialmente a partir dos comandos constitucionais de 5.10.1988 (Preâmbulo do Texto Máximo; art. 1º, III; art. 3º, I e IV; art. 5º, caput e inciso I; art. 5º, III, in fine, todos preceitos da Constituição da República). Nessa esteira, diferentemente do decidido pela Corte Regional, em princípio, a Reclamante tem a seu favor a presunção de que a dispensa teria sido discriminatória à luz da Súmula 443/TST. Contudo, a Corte de origem, embora tenha decidido contrariamente ao entendimento deste TST - no que diz respeito ao caráter grave e estigmatizante do câncer de mama; bem como pelo fato de ter atribuído indevidamente o ônus da prova da conduta discriminatória à Empregada - foi clara ao consignar que as provas dos autos não favorecem a tese da inicial, pois demonstram que a dispensa da Autora não foi efetivamente discriminatória. A esse respeito, o Tribunal Regional assentou que "a dispensa da autora inseriu-se em processo de reorganização da reclamada em razão do término dos contratos mantidos com empresas de grande porte, que ocasionou a redução do no setor de saúde de Laranjeiras, dentre eles a reclamante. Trata-se de aspecto de suma relevância, por revelar que a dispensa da autora não foi um ato isolado, inserindo-se em contexto de reorganização da reclamada que atingiu os empregados lotados no setor de saúde de Laranjeiras". O Tribunal Regional, cotejando as provas oral e documental, consignou que a dispensa da Reclamante se deu juntamente com outros empregados, em razão da necessidade de reestruturação do Reclamado e em face do fechamento de uma das suas unidades, na qual a Obreira

[Digite aqui]

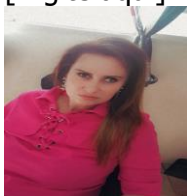


Flávia Thaís de Genaro Macha de Campos, socia proprietária da Flavia Thais de Genaro Sociedade Individual de Advocacia, especialista em direito tributário, especialista em Recursos Humanos, Gestão Previdenciária e Trabalhista e direito do Consumidor e direito imobiliário

laborava. Além disso, o TRT assentou que a Obreira não sofreu qualquer tipo de discriminação no ambiente de trabalho no curso da prestação laboral. Por fim, asseverou a Corte de origem que o exame demissional acostado aos autos atestou a aptidão da Autora para o trabalho à época da rescisão contratual. Com efeito, não há como se extrair, do acórdão recorrido, que houve a prática de ato discriminatório pelo Reclamado quanto ao ato da dispensa da Obreira, razão pela qual se mantém o indeferimento do pleito autoral. Ademais, afirmando a Instância Ordinária a ausência dos elementos configuradores da dispensa discriminatória; e expondo os fatos, em concreto, que teriam afastado a presunção relativa de discriminação inerente aos casos em que se constata dispensa de empregada portadora de doença grave e estigmatizante, conclui-se ser inviável, em recurso de revista, reexaminar o conjunto probatório dos autos, por não se tratar o TST de suposta terceira instância, mas de Juízo rigorosamente extraordinário - limites da Súmula 126/TST, cuja incidência, por si só, impede o exame do recurso tanto por violação a dispositivo de lei como por divergência jurisprudencial. Agravo de instrumento desprovido" (AIRR-100424-52.2018.5.01.0071, 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 18/03/2022).

"EMBARGOS REGIDOS PELA LEI Nº 13.015/2014, PELO CPC/2015 E PELA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 39/2016 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. DANO MORAL. REINTEGRAÇÃO. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. EMPREGADA PORTADORA DE LÚPUS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 443 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. 1. Discute-se, in casu, se a doença lúpus é capaz de provocar estigma e preconceito suficiente para ensejar o reconhecimento de presunção de dispensa discriminatória da empregada acometida por essa enfermidade, à luz do disposto na Súmula nº 443 do Tribunal Superior do Trabalho, segundo a qual "presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego". 2. Segundo a literatura médico-científica, o lúpus é uma "doença inflamatória autoimune, que pode afetar múltiplos órgãos e tecidos, como pele, articulações, rins e cérebro. Em casos mais graves, se não tratada adequadamente, pode matar", que faz com que as células de defesa do indivíduo por ela acometido ataquem, por engano, suas próprias células sadias, provocando, frequentemente, diversas reações, como dores constantes, febre, sensibilidade demasiada à luz, queda de cabelo e manchas pelo corpo, podendo, ainda, ocorrer perda auditiva e alterações neuro-psiquiátricas, como convulsões, psicoses e depressão, dentre outras manifestações clínicas. Estudos apontam que "os que convivem com pessoas com LES (Lúpus Eritematoso Sistêmico) de atividades diárias". 3. Portanto, não há dúvidas de que a doença da autora é grave, incurável e demanda tratamentos multidisciplinares e contínuos, bem como que, no momento em que mais precisava de recursos materiais para custeá-los, foi dispensada sem justa causa pela reclamada. 4. Incontroverso, por outro lado, que, em razão da doença, a reclamante se ausentava com frequência do trabalho, tendo sido admitido pelo preposto da reclamada que "a obreira foi demitida em razão das 'muitas faltas' ao trabalho". 5. Nesse contexto, tem-se que, além de a doença da autora ser grave o suficiente para provocar estigmas ou gerar preconceitos, não é razoável supor que a dispensa da reclamante não tenha decorrido de discriminação, diante das constantes ausências, ainda que justificáveis, relatadas pela própria reclamada, de forma que, diante de todo o contexto fático-probatório dos autos, presume-se discriminatória a dispensa da reclamante. 6. Ademais, do teor da Súmula nº 443 desta Corte, extrai-se que, em casos de doenças graves, deve ser invertido para o empregador o ônus de comprovar que a dispensa do empregado, portador de doença grave, não se deu por motivo discriminatório, mas sim por algum motivo plausível, razoável e socialmente justificável, de modo que afastasse o caráter discriminatório da rescisão contratual. Assim, mesmo que

[Digite aqui]



Flávia Thaís de Genaro Macha de Campos, socia proprietária da Flavia Thais de Genaro Sociedade Individual de Advocacia, especialista em direito tributário, especialista em Recursos Humanos, Gestão Previdenciária e Trabalhista e direito do Consumidor e direito imobiliário

se admita como relativa a presunção de que a dispensa da empregada portadora de doença grave seja discriminatória, não consta na decisão regional que a empregadora, que tinha conhecimento da doença grave da autora, tenha se desincumbido de seu ônus de provar que a dispensa ocorreu por algum motivo distinto e razoável, razão pela qual a decisão embargada não se coaduna com a exegese da Súmula nº 443 do Tribunal Superior do Trabalho. Embargos conhecidos e providos" (E-ED-RR-1206-70.2016.5.12.0053, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 04/08/2023).

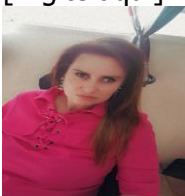
SITUAÇÃO 23 - Condição especial de trabalho que justifique a retificação do PPP. Ônus da prova do empregado. "(...) RETIFICAÇÃO DO PPP (PERFIL PROFISSIOGRÁFICO PROFISSIONAL). ÔNUS DA PROVA. Diante dos termos dos arts. 818 da CLT e 373, I e II, do CPC/2015, incumbe ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito, enquanto ao réu, a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da pretensão autora. In casu, tendo sido efetivamente comprovada, por meio do laudo pericial, a incorreção do PPP, devido à constatação de que o reclamante mantinha contato com agentes insalubres que não constavam no aludido documento, tem-se que devidamente demonstrado o fato constitutivo da pretensão autoral. Nesse contexto, tal como consignado pela instância de origem, caberia à ré o ônus de provar a concessão de equipamentos de proteção individual capazes de neutralizar os agentes insalubres, de forma a se afastar a determinação de correção do PPP, encargo do qual não se desincumbiu. Ilesos, assim, os arts. 818 da CLT e 373, I, do CPC/2015. Agravo conhecido e não

SITUAÇÃO 24 - Presume-se a boa-fé do terceiro adquirente de bem não penhorado à época do negócio jurídico, devendo o credor demonstrar a má-fé.

"(...) AGRAVO DE INSTRUMENTO. LEI 13.467/2017. ALIENAÇÃO DE VEÍCULO DO EXECUTADO. ADQUIRENTE DE BOA-FÉ. FRAUDE À EXECUÇÃO NÃO CONFIGURADA. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA. No caso

em tela, o Tribunal Regional, mantendo a sentença, entendeu que não ficou demonstrada a boa-fé da terceira embargante em relação à duvidosa aquisição de automóvel do devedor insolvente, porquanto não promoveu ampla pesquisa para verificação de pendências financeiras em nome do vendedor. Asseverou ainda "à vista disso, cabia à embargante demonstrar que agiu com todo o zelo necessário, inclusive em relação ao efetivo alienante (i.e., ROBSON LUIZ ARAUJO LIMA), verificando, p. ex., qual era a sua situação perante os distribuidores judiciais cíveis e trabalhistas. () O certo é que, no contexto destes autos - e para o que interessa à execução trabalhista -, houve negligência notória e grave quando à verificação das condições patrimoniais do executado- alienante, seja por parte de quem quis adquirir, seja por parte de quem financiou a compra, seja por parte de quem intermediou" (fl. 223). Ocorre que a atual e reiterada jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho sinaliza no sentido de o reconhecimento da fraude à execução depender do registro da penhora do bem alienado ou da prova da má-fé do terceiro adquirente. Possibilidade de exame da questão em face da alegação de ofensa ao art. 5º, XXII, da Constituição Federal, circunstância apta a demonstrar o indicador de transcendência política. Transcendência reconhecida. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA SOB A ÉGIDE DA LEI 13.467/2017. EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. ALIENAÇÃO DE VEÍCULO DO EXECUTADO. ADQUIRENTE DE BOA-FÉ. FRAUDE À EXECUÇÃO NÃO CONFIGURADA. REQUISITOS DO ARTIGO 896, § 1º-A, DA CLT, ATENDIDOS. Ante a possível violação do art. 5º, XXII, da Constituição Federal, nos termos

[Digite aqui]



Flávia Thaís de Genaro Macha de Campos, socia proprietária da Flavia Thais de Genaro Sociedade Individual de Advocacia, especialista em direito tributário, especialista em Recursos Humanos, Gestão Previdenciária e Trabalhista e direito do Consumidor e direito imobiliário

exigidos no § 2º do artigo 896 da CLT, dá-se provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. RECURSO DE REVISTA SOB A ÉGIDE DA LEI 13.467/2017. EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. ALIENAÇÃO DE VEÍCULO DO EXECUTADO. ADQUIRENTE DE BOA-FÉ. FRAUDE À EXECUÇÃO NÃO CONFIGURADA. Cumpre observar que, na esteira do que orienta a Súmula n. 375 do STJ, "o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente". Nos termos em que consignado no acórdão regional, foi presumida a fraude à execução em razão da alienação do veículo do devedor ter ocorrido quando já em curso a execução, independentemente da boa-fé do terceiro. A jurisprudência evoluiu para considerar a boa-fé do adquirente como um aspecto elisivo da fraude à execução, cabendo ao exequente provar a má-fé. Em proveito da efetividade do incorrerá má-fé. O ônus da prova não recai, portanto, sobre o adquirente, como pareceu ao Regional. Verificada, portanto, a ocorrência de violação do art. 5º, XXII, da Constituição Federal. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido" (RR-10918-77.2019.5.15.0059, 6ª Turma, Relator Ministro August Cesar Leite de Carvalho, DEJT 18/02/2022).

SITUAÇÃO 25 - Ajuizamento de ação anterior. Prova da identidade de pedidos para fins de interrupção da prescrição. Ônus da prova do reclamante.

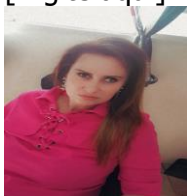
"AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMANTE NA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017. PRESCRIÇÃO. INTERRUPÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE AÇÃO AJUIZADA ANTERIORMENTE. ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA DE

TRANSCENDÊNCIA. No caso, não se verifica nenhum dos indicadores de transcendência previstos no art. 896-A, § 1.º, da CLT. O valor da causa não é elevado, o que revela a falta de transcendência econômica. A decisão do Tribunal Regional não contraria Súmula ou Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho ou Súmula do Supremo Tribunal Federal, nem contraria jurisprudência pacífica e reiterada desta Corte Superior, circunstância que afasta a possibilidade de transcendência política. Destaca-se que a Corte de origem registrou que o autor não juntou aos autos nenhum documento relativo à ação anteriormente ajuizada e não comprovou a existência de identidade de pedidos, ônus que lhe competia, não sendo possível reconhecer a interrupção da prescrição invocada, nos termos da Súmula 268 do TST. Não bastasse, o Tribunal Regional consignou que "as duas ações ajuizadas pelo reclamante perante a Vara de origem foram aforadas após o decurso do prazo de prescrição bienal contado do término do contrato de trabalho". Assim, deve ser mantida a prescrição decretada pela origem. No mais, a controvérsia dos autos não afeta matéria nova atinente à interpretação da legislação trabalhista, pelo que não há transcendência jurídica. Por fim, não há transcendência social, porquanto não caracterizada ofensa a direito social constitucionalmente assegurado. Agravo não provido" (Ag-AIRR-1745- 07.2018.5.12.0040, 8ª Turma, Relatora Ministra Delaide Alves Miranda Arantes, DEJT 04/07/2022).

O desconhecimento demonstrado pelo preposto atrai o ônus de prova para o reclamado em relação ao fato.

SITUAÇÃO 25 "(...) ESTABILIDADE PROVISÓRIA. MEMBRO DA CIPA. ÔNUS DA PROVA. O fato de a preposta da reclamada não saber informar o nome da funcionária eleita como membro da CIPA, atrai os efeitos inerentes à confissão sobre esta questão. Nesta esteira, a reclamada deveria comprovar que a reclamante não era membro da CIPA, para afastar o direito desta à estabilidade provisória pretendida, ônus do qual não se desincumbiu. Recurso de revista da reclamante .

[Digite aqui]



Flávia Thaís de Genaro Macha de Campos, socia proprietária da Flavia Thais de Genaro Sociedade Individual de Advocacia, especialista em direito tributário, especialista em Recursos Humanos, Gestão Previdenciária e Trabalhista e direito do Consumidor e direito imobiliário

A discussão sobre a má aplicação das regras de ônus da41 prova no recurso de revista não viola a súmula 126 do TST, que

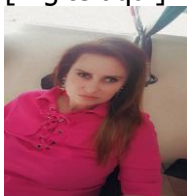
impede o reexame de fatos e provas.

"AGRAVO. EMBARGOS. RECURSO DE REVISTA. TURMA JULGADORA QUE DEU PROVIMENTO AO RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE PARA REFORMAR O ACÓRDÃO REGIONAL QUE ENTENDEU QUE O ÔNUS DA PROVA SERIA DO TRABALHADOR EM RELAÇÃO AO LABOR AOS SÁBADOS. TRANSFERÊNCIA DO ÔNUS PROBATÓRIO PARA O EMPREGADOR. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE À SÚMULA Nº 126 DO

TST. NÃO OCORRÊNCIA. NÃO PROVIMENTO. I. A Terceira Turma desta Corte Superior, em sede de agravo de instrumento, conheceu do recurso de revista do reclamante, por contrariedade à Súmula nº 338, item I, do TST, e, no mérito, deu-lhe provimento para, reestabelecendo a sentença de primeiro grau, reconhecer a jornada declinada na petição inicial, inclusive quanto aos sábados laborados. Seguiu-se a interposição de embargos pelo banco reclamado, não admitidos pela Presidência da Turma, ao fundamento de que não há contrariedade à Súmula nº 126 do TST, uma vez que as premissas veiculadas na decisão regional viabilizaram o entendimento exarado pela Turma Julgadora.

II. No caso concreto, o acórdão Regional entendeu que, conquanto o item I da Súmula nº 338 do TST disponha que cabe ao empregador, que tenha mais de dez empregados, o dever de apresentar os cartões de ponto em juízo, sob pena de haver inversão do ônus da prova, com a prevalência das declarações constantes da petição inicial, em se tratando de alegação de labor aos sábados, formulada por empregado de instituição bancária, o ônus da prova seria do reclamante, pois seria temerário o acolhimento da pretensão laboral sem qualquer liame probatório. Assentou que, "ao alegar labor em dia em que o banco sequer abre, situação pública e notória, é do demandante o ônus de demonstrar a ocorrência de visitas aos sábados, tendo em vista que a não apresentação de cartões-ponto pelo réu não induz essa conclusão". Reconheceu que "as visitas realizadas pelo reclamante ocorriam de segundas as sextas-feiras, dentro da jornada fixada na origem para esse período". III. O acórdão da Terceira Turma do TST, por sua vez, entendeu que a não apresentação injustificada dos controles de frequência pelo empregador implicaria presunção de veracidade das declarações constantes da petição inicial, inclusive em relação ao labor prestado aos sábados. Consignou que o Regional, ao imputar ao reclamante o encargo de comprovar a jornada laboral aos sábados, contrariou a Súmula nº 338, item I, do TST. Assim, deu provimento ao recurso de revista para, reestabelecendo à sentença de primeiro grau, reconhecer a jornada declinada na petição inicial, inclusive quanto aos sábados laborados. IV. Nesse contexto, não há contrariedade à Súmula nº 126 do TST, pois a decisão da Turma Julgadora cinge-se a aplicar o disposto na Súmula nº 338, item I, do Tribunal Superior do Trabalho, transferindo o ônus probatório, em relação à jornada de destaca-se que, conquanto tenham sido carreados arestos na peça de embargos, a parte consigna, expressamente, que estes não objetivam demonstrar a existência de divergência jurisprudencial, mas, tão somente, o cabimento de recurso de embargos por violação à Súmula nº 126 do TST, única 42 causa de pedir. VI. Agravo de que se conhece e a que se nega provimento" (Ag-Emb-RRAg-21162-81.2015.5.04.0004, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Evandro Pereira Valadao Lopes, DEJT 28/07/2023).

[Digite aqui]



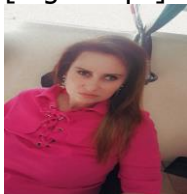
Flávia Thaís de Genaro Macha de Campos, socia proprietária da Flavia Thais de Genaro Sociedade Individual de Advocacia, especialista em direito tributário, especialista em Recursos Humanos, Gestão Previdenciária e Trabalhista e direito do Consumidor e direito imobiliário

SITUAÇÃO 25 - É do empregador o ônus de prova quanto à alegação da culpa exclusiva da vítima no acidente do trabalho.

"AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DAS LEIS Nº 13.015/2014 E 13.467/2017. 1. RESPONSABILIDADE CIVIL. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. ÔNUS DA PROVA. CULPA PATRONAL COMPROVADA. 2. PENSÃO MENSAL VITALÍCIA. TERMO FINAL. EXPECTATIVA DE VIDA DA VÍTIMA. AGRAVO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO APENAS PARA RECONHECER A TRANSCENDÊNCIA ECONÔMICA DA CAUSA. I. Ao alegar que o acidente aconteceu por culpa exclusiva da vítima, a parte Reclamada atraiu para si o ônus de provar o referido fato, conforme o disposto no art. 373, II, e 818, II, da CLT. II. Quanto ao termo final da pensão vitalícia, esta Corte Superior tem jurisprudência firme no sentido de que a pensão mensal deve perdurar até a expectativa de vida da vítima, fixada com base na média de vida do brasileiro, conforme dados do IBGE. III. Não obstante a manutenção da decisão agravada quanto à improcedência do agravo de instrumento em recurso de revista, deve ser reconhecida a transcendência econômica da causa, dado o alto valor da condenação. IV. Agravo interno conhecido e parcialmente provido, apenas para reconhecer a transcendência econômica da causa" (Ag-AIRR- 1001363-96.2019.5.02.0603, 4ª Turma, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, DEJT 18/08/2023).

SITUAÇÃO 25 - É do empregado o ônus de prova do dano efetivo para a caracterização do dano existencial. "AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. LEI 13.467/2017. JORNADA EXTENUANTE. DANO EXISTENCIAL IN RE IPSA. VALOR ARBITRADO. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA RECONHECIDA. Reconhecida a transcendência da causa e demonstrada provável violação ao art. 186 do Código Civil, deve ser processado o recurso de revista para melhor exame da matéria. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. LEI 13.467/2017. JORNADA EXTENUANTE. DANO EXISTENCIAL IN RE IPSA. VALOR ARBITRADO. NÃO CONFIGURAÇÃO. NECESSIDADE DE PROVA cansaço e o desgaste oriundos das horas extras excessivas habituais, esta Corte firmou entendimento de que deve ser demonstrado inequivocamente pelo reclamante que sofreu, de fato, prejuízos nas esferas pessoal, social ou familiar decorrente do exercício de uma jornada de trabalho extenuante. Não pode o dano existencial advir da mera presunção de que a jornada exaustiva origina, por si mesma, prejuízos de tal monta. No caso dos autos, restou consignado pelo eg. TRT o exercício de jornadas excessivas habituais pelo trabalhador e a conclusão de que estaria o autor dispensado de provar os danos existenciais sofridos, os quais seriam in re ipsa. Assim, diante da constatação de que não restou provado o dano existencial ao reclamante, ônus que lhe competia, não se pode concluir que a reclamada tenha cometido ato ilícito passível de indenização, pelo que se conclui que a decisão recorrida ofendeu o disposto no art. 186 do Código Civil. Prejudicado o exame do tema subsidiário "Dano existencial. Valor Arbitrado" ante a perda do objeto. Recurso provido para afastar a condenação da reclamada em indenização por dano existencial ao reclamante. Recurso de revista conhecido e provido" (RR-1001247-28.2016.5.02.0302, 8ª Turma, Relator Ministro Aloysio Correa da Veiga, DEJT 21/08/2023).

[Digite aqui]



Flávia Thaís de Genaro Macha de Campos, socia proprietária da Flavia Thais de Genaro Sociedade Individual de Advocacia, especialista em direito tributário, especialista em Recursos Humanos, Gestão Previdenciária e Trabalhista e direito do Consumidor e direito imobiliário

SITUAÇÃO 26 - A ausência do reclamante à audiência de instrução não afasta o ônus do empregador

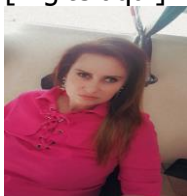
"I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI 13.467/2017. HORAS EXTRAS. CONFISSÃO RECÍPROCA. AUSÊNCIA DE JUNTADA DOS CARTÕES DE PONTO. NÃO COMPARECIMENTO DO RECLAMANTE À AUDIÊNCIA EM QUE DEVERIA DEPOR. ÔNUS DA PROVA

DO RECLAMADO. 1. Do exame prévio da causa verifica-se a existência de transcendência social, nos termos do art. 896-A, §1.º, inciso III, da CLT. 2. Demonstrada possível contrariedade à Súmula 338, I, do TST, impõe-se o provimento do agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. II - RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI 13.467/2017. TRANSCENDÊNCIA SOCIAL RECONHECIDA. HORAS EXTRAS. CONFISSÃO RECÍPROCA. AUSÊNCIA DE JUNTADA DOS CARTÕES DE PONTO. NÃO COMPARECIMENTO DO RECLAMANTE À AUDIÊNCIA EM QUE DEVERIA DEPOR. ÔNUS DA PROVA

DO RECLAMADO. Nos termos da Súmula 74, I, do TST, a aplicação da pena de confissão ao reclamante que não comparece à audiência em prosseguimento, na qual deveria depor, implica a presunção relativa de veracidade dos fatos alegados pela parte contrária, que pode ser afastada pelas demais provas existentes nos autos. No caso concreto, diante da ausência injustificada dos registros de ponto, incide a regra prevista na Súmula 338, I, do TST. Dessa forma, o efeito previsto na referida súmula, quanto à presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho alegada na petição inicial, deve prevalecer sobre a confissão ficta imposta ao reclamante, por anteceder o momento de comparecimento à audiência e decorrer de obrigação legal. Recurso de revista.

SITUAÇÃO 27 - É ônus do empregador demonstrar que o empregado requereu a conversão de um terço das férias em abono pecuniário."(...) RECURSO DE REVISTA. FÉRIAS. CONVERSÃO EM ABONO PECUNIÁRIO. IMPOSIÇÃO DO EMPREGADOR. ÔNUS DA PROVA. Nos termos do § 1º do artigo 143 da CLT, o empregado que deseja a conversão de 1/3 das férias deverá fazer por meio de requerimento ao empregador, no prazo de 15 dias antes do encerramento do período aquisitivo. Conforme se depreende da norma prevista no artigo 143, caput e § 1º, da CLT, é direito potestativo do empregado converter, ou não, 1/3 do período de férias em abono pecuniário. Desse modo, tendo em vista que, somente em caso de requerimento expresso do empregado, é válida a conversão de parte das férias em abono pecuniário, caberia à empresa empregadora comprovar a existência de prévia autorização nesse sentido. Ademais, considerando o princípio da aptidão para a produção da prova, seria inviável exigir do empregado prova de que não requereu a conversão de 1/3 do período de férias em abono pecuniário, uma vez que caracterizaria a exigência de produção de prova de fato negativo. Precedentes. Com efeito, ao impor ao empregado a conversão de parte do período de férias em abono pecuniário, o empregador, na verdade, está desvirtuando o comando legal do artigo 130 da CLT, obrigando a trabalhadora a reduzir o período de repouso anual a que tem direito. Assim, tem-se que o entendimento desta Corte é de que a conversão parcial das férias em abono pecuniário, por imposição patronal, acarreta os mesmos efeitos previstos no artigo 137 da CLT, obrigando-se o empregador a pagar em dobro o abono pecuniário referente aos dias de férias não usufruídos pelo trabalhador em razão de sua conversão em pecúnia. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido" (ARR-10317-06.2017.5.03.0179, 3ª Turma, Relator Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 01/09/2023).

[Digite aqui]



Flávia Thaís de Genaro Macha de Campos, socia proprietária da Flavia Thais de Genaro Sociedade Individual de Advocacia, especialista em direito tributário, especialista em Recursos Humanos, Gestão Previdenciária e Trabalhista e direito do Consumidor e direito imobiliário

SITUAÇÃO 28 - A empresa deve provar circunstâncias que inviabilizaram o cumprimento da cota de contratação de pessoas com deficiência.

"AGRAVO INTERNO EM RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA HABILITADAS E REABILITADAS. ART. 93 DA LEI N.º 8.213/91. DESCUMPRIMENTO DO

PERCENTUAL LEGAL. ÔNUS PROBATÓRIO. Examinada a questão sob o enfoque dos fins buscados pelo legislador, impondo às empresas um dever legal, consubstanciado no cumprimento de cotas destinadas às pessoas portadoras de objetivos da lei, motivo por que um juízo positivo de retratação é medida que se impõe. Agravo conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA. APELO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI

N.º 13.015/2014 E ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI N.º 13.467/2017. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. HABILITADOS E PESSOAS

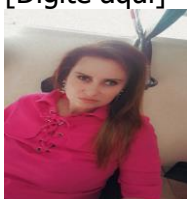
REABILITADAS. ART. 93 DA LEI N.º 8.213/91. DESCUMPRIMENTO DO PERCENTUAL LEGAL. ÔNUS PROBATÓRIO. 1. Incumbe à empresa o ônus de comprovar o justo motivo para o descumprimento do dever legal referente às cotas de contratação de pessoas com deficiência. E a comprovação aqui toca à empresa não só porque a obrigação decorre de imposição legal (art. 93, da Lei n.º 8.213/91), mas também por envolver uma atitude positiva, um agir, ser proativa. Isso, naturalmente, tem a ver com a demonstração de que todos os meios e esforços possíveis foram envidados na busca de desvencilhar-se do dever legal, não sendo bastante, obviamente, a mera alegação de impossibilidade de produzir provas nesse sentido. Cabe, portanto, à empresa comprovar que o não atendimento à imposição legal não se deveu à sua própria incúria. 2. Cuido que, nessa linha de raciocínio, a empresa pode, com facilidade, comprovar, por exemplo, que houve consulta formal perante o Serviço Social local em busca de informações sobre o cadastro de pessoas habilitadas ou reabilitadas. Pode, ainda, com o mesmo fim, procurar informações junto às associações ou instituições representativas de deficientes, objetivando o oferecimento de vagas de trabalho a candidato com deficiência. 3. No caso, não há dúvidas de que a empresa recorrente não se desincumbiu de seu ônus "probandi", porquanto o acórdão regional registra que "as provas produzidas nos autos não demonstraram suficiente empenho da empresa na tentativa de cumprir as exigências mínimas determinadas no referido dispositivo legal", situação fática sedimentada em face dos limites de pesquisa impostos pela Súmula n.º126 desta Corte. 4. Recurso de Revista conhecido, por divergência, e não provido" (RR-455-50.2010.5.01.0037, 1ª Turma, Relator Ministro Luiz Jose Dezena da Silva, DEJT 13/09/2023).

SITUAÇÃO 29- O indeferimento de prova da parte que detinha o ônus configura cerceamento do direito de defesa.

"I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA ÉGIDE DA LEI N.º 13.015/2014. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE PERGUNTAS ESSENCIAIS A CONTROVÉRSIA. MÉRITO DECIDIDO PELA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA EM

DESFAVOR DA RECLAMANTE. Ante a possível violação ao art. 370 do CPC, deve ser provido o agravo de instrumento. Agravo de instrumento conhecido e provido. II - RECURSO DE REVISTA CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE PERGUNTAS ESSENCIAIS A CONTROVÉRSIA. MÉRITO DECIDIDO PELA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA

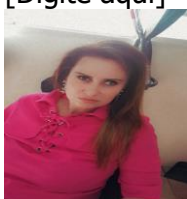
PROVA EM DESFAVOR DA RECLAMANTE. O julgador tem o dever legal de seu convencimento (arts. 370 do CPC e 765 da CLT) desde que isso não implique impedimento do direito da parte de demonstrar o que [Digite aqui]



Flávia Thaís de Genaro Macha de Campos, socia proprietária da Flavia Thais de Genaro Sociedade Individual de Advocacia, especialista em direito tributário, especialista em Recursos Humanos, Gestão Previdenciária e Trabalhista e direito do Consumidor e direito imobiliário

alegou. Extrai-se dos autos que, não obstante tenham sido consideradas desnecessárias as perguntas indicadas pela reclamante, no exame do mérito decidiu-se pelo critério do ônus da prova em seu desfavor. Consta da decisão recorrida que "incumbia 46 ao autor demonstrar a suposta quebra de isonomia salarial, ônus do qual não se desvencilhou a contendo, sendo insuficiente a tal fim a Ata administrativa registrada perante o Ministério do Trabalho e Emprego". De fato, o indeferimento de perguntas à testemunha, por si só, não caracteriza cerceamento do direito de defesa se o juiz possui à sua disposição elementos suficientes para a formação do seu convencimento. Ocorre que, na hipótese dos autos, diante da omissão na juntada dos contracheques, restou a reclamante obter a comprovação das suas alegações por meio de prova testemunhal. Ademais, ao contrário do que consta dos autos, as perguntas da reclamante não demandavam que a testemunha trabalhasse na mesma loja da autora, tampouco soubesse sobre o salário da reclamante. Assim, o indeferimento das perguntas contamina de nulidade a decisão, por cerceamento do direito da reclamante. Isso porque as instâncias ordinárias julgaram improcedentes as pretensões iniciais por considerarem insuficientes as provas produzidas pela reclamante. Precedentes no mesmo sentido. Recurso de revista conhecido e provido" (RR-518-90.2016.5.06.0016, 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 15/09/2023).

[Digite aqui]



Flávia Thaís de Genaro Macha de Campos, sócia proprietária da Flavia Thais de Genaro Sociedade Individual de Advocacia, especialista em direito tributário, especialista em Recursos Humanos, Gestão Previdenciária e Trabalhista e direito do Consumidor e direito imobiliário