

MAURO SCHIAVI

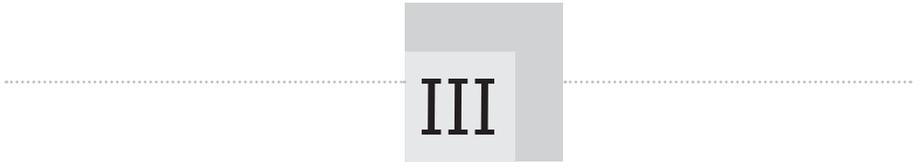
MANUAL
DIDÁTICO DA
AUDIÊNCIA
TRABALHISTA

2ª edição

Revista, atualizada e ampliada

2021

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br



III

DAS PROVAS DE AUDIÊNCIA

1. DO CONCEITO E FINALIDADE DA PROVA

A palavra prova é originária do latim *probatio*, que, por sua vez, emana do verbo *probare*, com o significado de examinar, persuadir, demonstrar¹.

Na feliz síntese de *Giuseppe Chiovenda*²: “Provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes do processo.”

Diante da importância da prova para o processo, *Carnelutti* chegou a afirmar que as provas são *o coração do processo*, pois é por meio delas que se definirá o destino da relação jurídico-processual.

De nossa parte, as provas são os instrumentos admitidos pelo Direito como idôneos, a demonstrar um fato ou um acontecimento, ou, excepcionalmente, o direito que interessa à parte no processo, destinados à formação da convicção do órgão julgador da demanda.

O direito à prova transcende o aspecto individual para adquirir feição publicista, pois não interessa somente às partes do processo, mas também a toda a sociedade que os fatos discutidos em juízo sejam esclarecidos. Além disso, na fase probatória do processo, devem ser observados, com muita nitidez, os princípios do contraditório, da ampla defesa e do acesso à justiça.

Portanto, o direito à prova constituiu garantia fundamental processual e também um direito fundamental da cidadania para efetividade do

-
1. MINHARRO, Erotilde Ribeiro Santos. *CLT interpretada*: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. Coords.: Costa Machado e Domingos Sávio Zainaghi. São Paulo: Manole, 2007. p. 771.
 2. Chiovenda, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. III, 3. ed. Campinas: Book-seller, 2002. p. 109.

princípio do acesso à justiça e, acima de tudo, o acesso a uma ordem jurídica justa.

O Código de Processo Civil não define o conceito de prova, apenas o art. 369 assevera: “As partes têm direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.”³

Desse modo, além dos meios legais de prova elencados no Código de Processo Civil, há a admissão de qualquer meio moralmente legítimo de prova, vale dizer: o meio probatório que não atente contra a moral e os bons costumes. Com isso, nota-se a amplitude probatória que consagra o Código de Processo Civil, a fim de facilitar o acesso do cidadão à Justiça e a possibilidade de demonstrar a veracidade de suas alegações em juízo. De outro lado, como é princípio fundamental da nova codificação processual civil, o contraditório deve ser observado com ênfase na fase probatória, possibilitando às partes o direito de influir eficazmente na convicção do juiz.

Conforme vem sustentando a moderna doutrina processual civil, o art. 369 do CPC consagra o princípio da *atipicidade das provas*, permitindo que sejam aceitos no processo outros meios processuais, além dos nominados no Código de Processo Civil, desde que não sejam contrários à lei, à moral e aos bons costumes.

O Código de Processo Civil fala em demonstração *da verdade dos fatos* em que se funda o pedido ou a defesa. Entretanto, a verdade dos fatos alegados pelas partes são simples proposições, não significam, necessariamente, que correspondam à realidade. Somente após ampla dilação probatória será possível verificar a verossimilhança das alegações das partes. Muitas vezes, as alegações das partes, na inicial, e na defesa, não são verdadeiras, sendo certo que a atividade probatória das partes será no sentido de demonstrar em juízo que pareçam verossímeis.

Enquanto os meios de prova são os instrumentos legais ou admissíveis em Direito para se demonstrar a veracidade das alegações em juízo, as fontes da prova são os fatos naturais ou humanos que tenham relevância na esfera jurídica, bem como as coisas corpóreas ou incorpóreas

3. Tampouco a CLT, nos arts. 818 e seguinte, traz o conceito de prova.

existentes na natureza ou criadas pelo homem, das quais se originam os meios de prova.

O direito à prova decorre do princípio do Devido Processo Legal⁴ consubstanciado no art. 5º, LIV, da CF⁵. Entretanto, a atividade probatória das partes no processo deve observar não só os ditames da lei processual, como da moral, segundo preconiza o art. 369 do CPC.

O objeto da prova são os fatos, pois o Direito deve ser conhecido pelo juiz (*juria novit curia*), exceto as exceções do art. 367 do CPC.

O fato a ser provado deve ser relevante e pertinente ao esclarecimento do processo, ou seja, que possa influir na convicção do juiz. Além disso, há necessidade de que haja controvérsia sobre sua existência. Vale dizer, que o fato seja afirmado por uma parte e contestado pela outra.

A finalidade da prova é formar a convicção do juiz sobre os fatos relevantes e pertinentes da causa⁶.

2. FASES DO PROCEDIMENTO PROBATÓRIO TRABALHISTA

Assim como o próprio processo observa a chamada *marcha processual*, vencendo, paulatinamente, as fases processuais, a prova também segue um itinerário no processo trabalhista.

Não há uma ordem tarifada disciplinada na lei processual trabalhista, entretanto, seguindo a boa técnica processual, podemos destacar as seguintes fases:

4. Nesse sentido, argumenta com propriedade Antonio Carlos de Araújo Cintra: “Recentemente, porém, a doutrina se voltou para um estudo mais aprofundado e sistemático do direito à prova, com ênfase na perspectiva constitucional. Com efeito, o direito à prova se vincula às garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 11).
5. Art. 5º, LIV da CF: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”
6. Como bem destaca Márcio Túlio Viana: “Se o juiz tem de conhecer os fatos, é a ele que a prova se destina. Afinal, como nota Russomano, a prova ‘é o pilar da sentença’. Mas ela também diz respeito aos outros personagens do processo, como as partes e o Ministério Público. Em última análise, afeta a sociedade por inteiro, pois é do interesse de todos a solução dos conflitos” (*Aspectos gerais da prova no processo do trabalho*. In: *Compêndio de direito processual do trabalho*. Estudos em homenagem a Celso Agrícola Barbi. Coord. Alice Monteiro de Barros. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 340).

2.1. Requerimento das provas

No processo civil, no rito ordinário, o art. 319, IV, do CPC determina que o autor requeira as provas na inicial e o réu na defesa (art. 336 do CPC).

No processo do trabalho, não há requerimento de produção de provas, na inicial ou na defesa, uma vez que as provas, segundo a dicção do art. 845 da CLT, são produzidas em audiência. Além disso, a CLT, quando trata da petição inicial e da defesa (art. 840, § 1º, e 847), não exige requerimento de provas, tampouco a especificação destas.

Desse modo, o requerimento das provas pelas partes se dá no momento da própria audiência una, após as tratativas de conciliação (art. 846 da CLT). Sob outro enfoque, o entendimento preponderante da doutrina e jurisprudência é no sentido de que a prova documental deve acompanhar a inicial e a contestação, por força do art. 787 da CLT.

Sob outro enfoque, diante dos princípios da informalidade, celeridade e instrumentalidade, não há qualquer vedação ou prejuízo às partes se o requerimento de provas for levado a efeito na própria petição inicial, ou no corpo da contestação.

2.2. Admissibilidade da prova

Uma vez requerida a prova, o juiz do Trabalho a apreciará, emitindo juízo de valor sobre a necessidade desta para o processo, deferindo ou não sua produção. Uma vez admitida, a prova será produzida.

No juízo de admissibilidade, o juiz deve avaliar a pertinência e relevância da prova. Será pertinente quando se relacionar com os fatos controvertidos da causa. Será relevante quando a parte necessitar da prova para demonstrar suas alegações.

O momento de decisão sobre a admissibilidade da prova no processo do trabalho se dá na audiência trabalhista, em razão do princípio da concentração (art. 849 da CLT) e por ser o momento adequado para o saneamento do processo.

O não deferimento de prova deve, necessariamente, ser fundamentado (art. 93, IX, da CF).

2.3. Produção da prova

Na fase de produção da prova, as provas serão apresentadas e incorporadas ao processo para análise do magistrado.

Não há uma ordem para a produção da prova no processo do trabalho prevista na lei. Entretanto há uma ordem lógica que é aplicada pelas Varas do Trabalho. A prova documental é pré-constituída. Por isso, deve, como regra geral, acompanhar a inicial e a defesa (arts. 787 da CLT e 434 do CPC).

Quando houver a necessidade da perícia, ela deverá ser realizada, no nosso sentir, antes da realização da prova oral⁷, pois o laudo poderá ser discutido posteriormente, com a prova testemunhal e até mesmo com a oitiva do perito em audiência.

Nesse sentido, dispõe o art. 827 da CLT, *in verbis*:

“O juiz ou presidente poderá arguir os peritos compromissados ou os técnicos, e rubricará, para ser junto ao processo, o laudo que os primeiros tiverem apresentado.”

Quanto à ordem de oitiva de partes e testemunhas, ao contrário do que prevê o CPC, a CLT não traça uma ordem de oitiva. Apenas no art. 848 a CLT assevera que, após a tentativa de conciliação, o juiz do Trabalho ouvirá as partes, as testemunhas, o perito e o assistente técnico, se houver.

No nosso sentir, não se aplica a ordem prevista no art. 361 do CPC, qual seja, oitiva do autor, do réu, das testemunhas do autor e das testemunhas do réu, pois a finalidade teleológica da CLT foi assegurar ao juiz do Trabalho um poder mais acentuado na direção da audiência, considerando-se a importância desse ato processual para o processo do trabalho, a quantidade de audiências diárias que realiza o juiz do Trabalho e a necessidade de se imprimir celeridade e eficácia à instrução do processo. Nesse diapasão também é o art. 765 da CLT, que dispõe: “Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.”

No mesmo sentido é o art. 852-D da CLT, *in verbis*: “O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar

7. Muitos magistrados preferem, no entanto, realizar a prova oral antes da prova pericial para delimitar questões fáticas da perícia.

ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.”

Desse modo, quando o juiz do Trabalho inverter a ordem de oitiva de partes e testemunhas, não haverá nulidade, tampouco irregularidade, pois a escolha da ordem de oitiva é discricionariedade do juiz.

De outro lado, ao fixar a ordem de oitiva de partes e testemunhas, deve o juiz do Trabalho se pautar pelas regras do ônus da prova, verossimilhança das alegações das partes e eficiência da audiência.

2.4. Valoração da prova

A valoração da prova é um dos momentos mais importantes do processo, em que o julgador, de forma discricionária, mas fundamentada, analisará as provas produzidas nos autos, primeiramente de forma isolada, e depois confrontando as provas existentes, chegando a uma conclusão sobre a melhor prova e sobre o fato ou os fatos que comprovam. Diante dos fatos que entendeu provados, o juiz aplicará o direito, acolhendo ou rejeitando o pedido.

O juiz, como destinatário da prova, tem discricionariedade para valorá-las, segundo o princípio da persuasão racional, ou livre convencimento motivado, que vigora em sede processual civil, *ex vi*, do art. 371 do CPC, *in verbis*:

“O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”

O Código de Processo Civil de 2015 não mais utiliza a expressão “livre convencimento” constante do CPC de 73 (art. 131), dizendo que o convencimento deverá ser motivado.

Mesmo diante do novo Código, segmentos da doutrina defendem que a sistemática da convicção judicial e valoração da prova do processo não sofreram alteração, uma vez que o convencimento é discricionário, e desse modo, o juiz pode firmar, livremente, sua convicção sobre a prova do processo, desde que indique os fundamentos de convicção.

Nesse sentido, por todos, destacamos a opinião de *Manoel Antonio Teixeira Filho*⁸:

“O fato do legislador de 2015 não haver repetido o vocábulo livremente, que constava do texto de 1973, não significa que o juiz ficou destituído de liberdade na apreciação da prova produzida nos autos, máxime no caso dos juízes do trabalho, aos quais o art. 765 da CLT concede, desde sempre, ampla liberdade na condução do processo (...). O juiz tem ampla liberdade para formar o seu convencimento jurídico acerca dos fatos da causa, contanto que o faça com base na prova dos autos. A sua liberdade nesse campo, pode ser comparada à de um prisioneiro na cela: pode ir onde desejar, desde que seja no interior do cárcere – que, na alegoria, são as provas produzidas pelas partes.”

Outros argumentam que houve alteração na sistemática anterior, restringindo, em parte, a discricionariedade judicial. Nesse sentido, sustenta *Lênio Luiz Streck*⁹:

“Com a redação do art. 371 sem a palavra ‘livre’, não poderá o juiz ou tribunal referir que determinada decisão foi extraída desse modo em face da livre apreciação da prova ou de seu livre convencimento. Isso implica outra questão absolutamente relevante: por uma decorrência lógica, não poderá o juiz fundamentar a decisão alegando que ‘julgou segundo sua consciência’, uma vez que isso seria reprimatizar a expressão derogada, conspurcando, assim, a ‘vontade legislativa’ (obviamente a referência à vontade legislativa, aqui, tem um viés hermenêutico e paradigmático, sem qualquer alusão aos métodos tradicionais de interpretação).”

De nossa parte, diante do que dispõe o art. 371, do CPC, o juiz pode firmar sua convicção com qualquer elemento de prova constante dos autos, ainda que não alegado na inicial ou na contestação. Por isso, qualquer prova constante dos autos é apta a firmar a convicção do juiz. De outro lado, por mandamento constitucional (art. 93, IX, da CF), e da lei processual civil, deve o julgador mencionar na fundamentação da sentença qual ou quais provas existentes nos autos lhe formaram a convicção. Outrossim, deverá apreciar todos os elementos de prova constante dos autos e dizer

8. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil: sob a perspectiva do processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 371.
9. In: *Comentários ao Código de Processo Civil: de acordo com a Lei n. 13.256/2016*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 553.

quais provas, em sua avaliação tiveram maior peso em confronto com as demais constantes do processo. Sob outro enfoque, em compasso com a nova sistemática do contraditório no CPC de 2015, se o Juiz firmar sua convicção com elemento de prova constante dos autos, mas que sobre ele não tenham se manifestado reclamante ou reclamado, deverá oportunizar, antes do julgamento, manifestação das partes.

Não há, no ordenamento jurídico processual vigente, uma regra preestabelecida para valoração da prova pelo juiz. Entretanto, o magistrado deve considerar a prova existente nos autos. Não havendo prova nos autos, ainda que o juiz possa estar convencido da veracidade de algum fato, não poderá julgar com base em convicção íntima ou pessoal.

De outro lado, pensamos que deve o juiz valorar a prova no conjunto, considerando o ônus de cada parte, a verossimilhança das alegações, a dificuldade probatória, a razoabilidade e o que ordinariamente acontece. Outrossim, a prova se valora pela qualidade, e não pela quantidade.

Deve o juiz sopesar todas as circunstâncias dos autos, principalmente o Juiz do Trabalho que lida, preponderantemente, com matéria fática e analisa provas orais.

Além disso, o Juiz do Trabalho deve não só avaliar a qualidade de uma prova isoladamente, mas também confrontá-la com as demais existentes nos autos, e, muitas vezes, escolher, diante de tal confronto, a que lhe é mais coerente e que se aproxima da verdade. Inegavelmente, a valoração da prova é subjetiva, decorrendo do livre convencimento motivado do magistrado, que é uma garantia constitucional; entretanto, o convencimento firmado deve ser fundamentado.

O comportamento das partes no processo e em audiência pode influir significativamente na convicção do Juiz do Trabalho. Desse modo, a personalidade, o grau de humildade ou arrogância, a cooperação com a justiça, a firmeza no depoimento, a segurança ou insegurança ao depor, a boa-fé, a honestidade dos litigantes, entre outros comportamentos, devem ser considerados pelo órgão julgador.

Como destaca *Isolde Favoretto*¹⁰: “Pode o juiz se apropriar não só do que contém o corpo processual, mas, sobretudo, daquilo que é a essência para este convencimento e que não está escrito, mas foi percebido pelo

10. FAVORETTO, Isolde. *Comportamento processual das partes como meio de prova*. Porto Alegre: Livraria Editora Acadêmica, 1993. p. 53.

jugador através de suas observações quanto às manifestações e comportamentos das partes não traduzidas no papel que se poderia chamar de *fumus* processual. Está inserida nesta linha uma sensibilidade de quem julga, cuja teoria é mais de aplicabilidade prática do que pelo conhecimento da teoria.”

Por isso, estamos convencidos de que o princípio da identidade física do juiz deve ser implementado e impulsionado no processo do trabalho, para que a valoração da prova seja realizada com efetividade e a decisão reflita justiça e realidade.

3. ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

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

A Doutrina costuma classificar o ônus da prova em subjetivo e objetivo. O primeiro (subjetivo) pertine às partes, que têm o ônus de comprovar os fatos que alegam, segundo as regras de distribuição do ônus da prova. O segundo (objetivo) é dirigido ao juiz, pois se reporta ao raciocínio lógico do julgador no ato de decidir, analisando e valorando as provas.

No nosso sentir, o ônus da prova no processo somente é dirigido às partes, uma vez que o julgador tem o dever constitucional de julgar e de fundamentar em compasso com os elementos dos autos. Portanto, o ônus da prova somente se dirige às partes, e não à figura do julgador.

Dispõe o art. 818, da CLT, com a redação dada pela Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista):

“O ônus da prova incumbe:

I – ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

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

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de

modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão referida no § 1º deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido.

§ 3º A decisão referida no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.” (NR)

A redação atual do art. 818, da CLT incorpora ao processo trabalhista as disposições do art. 373 do CPC, tanto ao ônus estático (incisos I e II) quanto ao ônus dinâmico (§ 1º).

Doravante, no Processo do Trabalho, o ônus estático da prova fica disciplinado da seguinte forma:

- a) o reclamante tem o ônus de comprovar os fatos constitutivos do seu direito;
- b) o reclamado, os fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor.

Os fatos constitutivos são os que geram o direito ao autor, como a prova da prestação pessoal de serviços, do horário em sobrejornada, do nexos causal entre a doença e a função¹¹.

Os fatos impeditivos são os que obstam o direito do autor – por exemplo, tempo de função superior a dois anos na equiparação salarial.

Os fatos modificativos são os que impedem que o pedido do autor seja acolhido, em virtude de modificações ocorridas entre os negócios havidos entre autor e réu – por exemplo: transação, novação, compensação, confusão. É comum, no Processo do Trabalho, o reclamado admitir a prestação pessoal de serviços do autor, mas dizer que tal prestação se

11. Nesse sentido: “Data de admissão do empregado – Ônus da prova. O ônus da prova quanto à real data de admissão é do reclamante, vez que a data lançada na sua CTPS gera presunção relativa em favor do reclamado. Esse é o entendimento que se colhe das Súmulas ns. 225, do STF e 12, do TST, e dos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC. Não tendo o reclamante se desincumbido do ônus de provar data diversa daquela constante de sua CTPS, não há outros direitos a serem deferidos.” (TRT 3ª R. – 4ª T. – RO n. 1208/2005.063.03.00-5 – rel. Luiz Otavio Linhares Renault – DJ 1º.4.06 – p. 17)

deu em modalidade diversa da do contrato de emprego, como o trabalho autônomo, eventual etc.

Os fatos extintivos não tornam improcedente o pedido do autor, porque extinto o direito ou a pretensão postos em juízo – como exemplos: prescrição e a decadência.

O ônus da prova, na essência, é uma regra de julgamento. Desse modo, uma vez produzidas as provas, deve o Juiz do Trabalho julgar de acordo com a melhor prova, independentemente da parte que a produziu (princípio da aquisição processual da prova). O juiz só utilizará a regra do ônus da prova quando não houver nos autos provas¹², ou, como um critério para desempate, quando houver a chamada prova dividida ou empatada¹³.

Nesse sentido, destacamos as seguintes ementas:

“A regra do ônus da prova só tem pertinência como regra de juízo (= regra de decidir), que é, aos casos em que, encerrada a instrução, fique ao julgador a dúvida intransponível acerca da existência de fato constitutivo ou liberatório.” (TJSP-RT n. 706/67)

“Lei n. 13.015/14. Indenização por danos morais. Dano existencial. Jornada de trabalho excessiva. 1. A prestação de horas extras, por si só, não gera direito à reparação por dano moral existencial. 2. Segundo José Affonso Dallegrave Neto, o dano existencial, no conceito elaborado por Amaro Almeida Neto, corresponde à ‘violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa uma

-
12. A Doutrina costuma denominar a ausência de provas nos autos como *non liquet*.
 13. Nesse sentido, destacamos as seguintes ementas: “Prova dividida. Apresentando-se a prova dividida, a decisão deverá pautar-se pela distribuição do ônus da prova, segundo critérios legais ditados pelos arts. 818 da CLT e 333, I e II, do CPC.” (TRT – 9ª R. – 4ª T. – Ac. n. 2261/98 – rel. Juíza Rosemarie Pimpão – DJPR 30.1.98 – p. 165) Ônus da prova – Art. 818 da CLT e art. 333 do CPC – Violação. 1. As normas legais concernentes à distribuição do ônus da prova são “regras de julgamento”, cuja finalidade é dotar o juiz de um critério para decidir a lide nos casos em que não se produziu a prova, ou a prova revelou-se insuficiente para formar-lhe o convencimento. Destinam-se, enfim, a permitir ao juiz sair de um impasse, já que também não lhe é dado abster-se de compor o conflito de interesses. 2. Daí se segue, *a contrario sensu*, que é logicamente inconcebível a vulneração do art. 818 da CLT e do art. 333 do CPC sempre que o órgão jurisdicional soluciona o litígio com base nas provas efetivamente produzidas. A violação a esses preceitos legais somente se pode divisar quando, por inexistente ou insuficiente a prova, o juiz, invertendo inadvertidamente a distribuição do ônus da prova, julga a causa em desfavor da parte a quem, segundo a lei, não tocava o ônus de produzir a prova não produzida. 3. Agravo de instrumento não provido.” (TST – 1ª T. – AIRR n. 51.165/2002.900.03.00-7 – rel. João Oreste Dalazen – DJ 20.5.05 – p. 883) (RDT n. 06 de junho de 2005)

alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindido de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer' (in: *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2017). Além de inviabilizar projetos de vida idealizados pelo empregado, de forma mais concreta, pode-se dizer que o dano existencial também se caracteriza a partir da frustração da fruição dos direitos sociais mínimos, dentre eles o direito ao lazer (que contempla a desconexão do trabalho), à saúde e ao convívio familiar (art. 6º da Constituição da República). 3. Por decorrer o dano existencial da responsabilidade civil extracontratual, a sua caracterização depende, em regra, da comprovação do preenchimento dos requisitos da culpa aquiliana, a saber: (i) conduta ilícita voluntária, (ii) dano, (iii) nexo de causalidade entre a conduta e o dano e (iv) culpa ou dolo do agente. 4. Assim, tem-se inclinado a jurisprudência desta Corte, ao examinar o pleito de indenização por dano existencial, pela exigência, como regra, da demonstração da efetiva frustração de um projeto de vida como consequência da conduta ilícita do empregador. 5. Apenas em situações excepcionais e de flagrante violação de direitos sociais mínimos, será possível identificar o dano existencial *in re ipsa*, ou seja, a partir da simples conduta ilícita do agressor. Em tais casos, em razão da gravidade e intensidade da conduta ilícita do empregador, o dano existencial resulta como mera consequência lógica do ato ilícito, autorizando, assim, a sua presunção. 6. Em relação à caracterização do dano existencial, esta Egrégia Corte tem se manifestado no sentido de que a exigência de jornada de trabalho excessiva, por si só, não caracteriza dano existencial, não sendo possível presumir, em regra, o dano existencial pela simples exigência de prestação de horas extras. 7. No caso dos autos, o Tribunal Regional, a partir das regras de distribuição do ônus da prova, manteve a sentença que arbitrara a jornada *'das 12h às 23h30min (nas 3 primeiras semanas de cada mês) e das 6h30min às 19h (na última semana de cada mês), de segunda-feira a sábado, e neste último horário, em 2 domingos alternados por mês e em 5 feriados por ano, fruindo apenas 20 minutos de intervalo intrajornada'* (p. 1.159 do eSII). Consignou, na oportunidade, que a prova testemunhal produzida pelo reclamante comprovou que a jornada não era integralmente anotada nos cartões de ponto, não tendo a reclamada produzido outras provas para infirmar a jornada descrita na petição inicial. 8. Conforme adverte Mauro Schiavi, *'o Juiz só utilizará a regra do ônus da prova quando não houver nos autos provas, ou, como um critério para desempate, quando houver a chamada prova dividida ou empatada'* (in: *Manual de direito processual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010), julgando em desfavor daquele que tinha o encargo de produzir a prova, nos termos do disposto nos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC de 1973. 9. No caso, conquanto a regra do ônus

da prova justifique a condenação da reclamada ao pagamento de horas extras (em virtude de não ter se desincumbido do encargo processual que lhe competia), o mesmo critério não se revela juridicamente apto a fundamentar a condenação da reclamada ao pagamento de indenização por danos existenciais – os quais, conforme aduzido anteriormente, pressupõem a existência de prova do efetivo dano. Assim, se a jornada arbitrada decorre de presunção, esta não pode ser utilizada como fundamento para outra presunção, relativa à existência de dano existencial.

10. Recurso de Revista conhecido e provido. **Recurso de revista. Lei n. 13.015/14. Honorários advocatícios. Ausência de assistência sindical.** *‘Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família’.* Hipótese de incidência da Súmula n. 219, item I, do Tribunal Superior do Trabalho. Constatada, no presente caso, a ausência de assistência sindical, exclui-se da condenação o pagamento da parcela. Recurso de Revista conhecido e provido.” (TST Processo: RR – 805-03.2013.5.04.0020 – data de julgamento: 21.2.2018, rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, data de publicação: DEJT 2.3.2018)

4. O ÔNUS DA PROVA E O FATO NEGATIVO

Quanto ao fato negativo, prevaleceu na doutrina clássica que ele não deve ser objeto da prova.

Atualmente, a moderna doutrina sustenta que o fato negativo pode ser objeto de prova, pois não há na lei processual nada que inviabilize a prova do fato negativo. Além disso, como dizia *Chiovenda*, quem faz uma negação, em verdade, realiza uma afirmação. De outro lado, ainda que o ônus da prova pertença ao autor, quando o réu nega o fato constitutivo do direito, o réu poderá realizar contraprova no sentido de que o fato não existiu.

A jurisprudência trabalhista tem fixado entendimento no sentido de que, se o empregador nega ter dispensado o empregado, cabe a ele, diante do princípio da continuidade da relação de emprego (Súmula n. 212 do C. TST), provar que o autor tomou a iniciativa de pôr fim ao contrato de trabalho (pedido de demissão ou abandono de emprego).