

O Onus da Prova na Rescisão do Contrato de Trabalho

EVARISTO DE MORAIS FILHO

Membro Efetivo do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros
 — Membro Efetivo e Fundador do Instituto Brasileiro do Direito
 do Trabalho — Procurador da Justiça do Trabalho — Assistente
 Técnico do Ministro do Trabalho Indústria e Comércio.

INTRODUÇÃO

1 — Um dos capítulos mais intrincados e difíceis do direito processual é, sem dúvida alguma, o do onus da prova. Muitas são as teorias a respeito, mas que assim mesmo não chegam, nem de longe, para abranger a multiplicidade infinita dos casos concretos, que desafiam a pericuidade dos juristas mais atilados. Por isso mesmo, concordam unanimemente os autores em declarar que o estudo do onus da prova é dos mais relevantes de toda a processualística (1).

2 — Apesar de existirem inúmeros normas sobre o onus da prova no direito material propriamente dito, pertence ele, com mais propriedade de classificação, ao direito processual (2). É uma das partes da categoria maior das pro-

(1) — Carlo Lessona — *Trattato delle Prove in Materia Civile* — 3.ª ed. — Vol. I — Torino — 1927 — pág. 166, chama o capítulo do onus da prova de difícil, vasto e importante; dá o seu histórico das págs. 166-174; Giuseppe Chiovenda — *Principii di Diritto Processuale Civile* — 4.ª ed. — Napoli — 1928 — pág. 789: "O regulamento do onus da prova está entre os problemas vitais do processo, e onde se abrem as mais profundas diferenças entre os processos de civilizações diversas, como mostrámos no principio, confrontando entre eles o processo romano e o germanico no momento em que se encontraram. E o instituto tem tanto maior importancia quanto mais ele pouco se presta para uma disciplina legislativa expressa e generalizadora".

No mesmo sentido F. Gluck — *Commentario alle Pandette* — Vol. XXII — Milano, 1906, pág. 224; "Esta questão tem tanta importancia para o juiz que em nossos dias são feitos estudos interessantes para esclarecê-la com maior agudeza". Veja-se também: Francesco Ricci — *Tratado de las Pruebas* — trad. esp. — Vol. I — s/d. — Cap. III — págs. 92/112.

(2) — Sobre isto, leia-se a extensa nota n.º 1, do capítulo VI — *Da Prova* — do livro sempre actual de João Monteiro — *Curso de Processo Civil* — 5.ª ed. — S. Paulo — 1936 — págs. 339-342. E sobre o onus da prova, em geral, veja-se o § 127, págs. 359/362.

Sabemos também que esta questão — a que ramo de direito, substantivo ou adjetivo, pertence o onus da prova — é da mais discutidas entre os juristas uni-

vas em geral. As vezes, o direito civil, o comercial, e assim por diante, prescrevem ditâmes especiais sobre quem cabe a prova deste ou daquele fato, que derogam inteiramente a regra geral do Código de Processo, mas nem por isso deixa esta de ser o dispositivo padrão sobre o assunto.

E pertence o onus da prova ao direito processual porque é perante o juiz que os interessados devem exhibir os meios de prova a seu alcance, capazes de levá-lo à convicção de quem está com a verdade e com a razão legal. São assim as provas os meios legais de que dispõem as partes para levarem o juiz à certeza de um dado fato ou ato jurídico. Regulado por este, ou por aquele Código, é sempre no campo do direito adjetivo que se decidem as questões de prova, porque só procura provar alguma coisa quem está em litigio com alguém. Numa situação pacífica de direito, as provas jazem na gaveta do titular, e ele só pensará em tirá-las daí quando o seu direito fôr contestado ou esbulhado.

3 — E' de boa praxe nesses estudos citar-se uma série enorme de frases latinas sobre a quem cabe a prova. E o mais curioso é que as há para todas as doutrinas e para todas as afirmações. Uns dizem isso, e exibem uma frase; outros declaram aquilo e também mostram a sua frasezinha.

Mas toda essa abundancia contraditoria de ditados em latim só vem demonstrar uma coisa definitiva: a de que o direito romano não basta mais para a vida dinâmica dos nossos dias. As especies de direito são agora muito numerosas, os fatos ultrapassam os sistemas, e não podem assim alguns axiomas jurídicos, feitos para uma sociedade estática e parada, resolver to-

versais. Admitimos, no texto, a teoria de Windscreid, Chiovenda, Lehmann, e outros.

Entre nós, admite a doutrina uma teoria mixta. Sobre o assunto: Manuel Aureliano de Gusmão — *Processo Civil e Comercial* — Vol. II — 2.ª ed. — S. Paulo — 1935 — págs. 54/57; Inocencio Borges da Silva — *Processo Civil e Comercial* — Vol. I — Porto Alegre — 1940 — pág. 454; Clovis Bevilacqua — *Teoria Geral do Direito Civil* — 2.ª ed. — Rio — 1929 — págs. 315/316.

das as dúvidas da vida prática. Daí estar hoje em grande voga a teoria pragmática do onus da prova. Mas, vamos por partes.

O maior crítico dessa fraseologia romana, referida por nós, é Chiovenda, no livro citado anteriormente em nota, págs. 784/786. Talvez que em conjunto, acabem todas as regras latinas por formarem uma doutrina lógica e coerente do onus da prova, mas tomadas em isolado são unilaterais e incompletas. Analisemos uma por uma, segundo a lição do emérito professor da Universidade de Roma:

a) *Necessitas probandi incumbit ei que agit.* É insuficiente como princípio geral, pois que já se viu que deve provar algumas vezes, não só quem age, mas também o demandado;

b) *Reus excipiendo fit actor.* Não completa a primeira, por que *exceptio* aqui é tomado no sentido romano, em toda sua amplitude, e não se refere à prova em particular;

c) *Ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* e também *Per rerum naturam factum negantis probatio nulla est.* Referem-se somente a casos concretos, que generalizados nada explicam. Consiste tudo em ver a qual das partes litigantes correspondem tais fatos, e o que se entende por *dicere* e por *factum*.

Na doutrina medieval, estes princípios deram lugar às famosas máximas de repartição do onus da prova: *affirmanti non neganti incumbit probatio; negativa non sunt probanda.* A doutrina moderna refutou este princípio; e ainda que recentemente se tenha tentado justificá-lo, não é ele contudo aceitável rigorosamente. Qual é a afirmativa, qual a negativa? Em geral, toda afirmação implica uma negação, e vice-versa. Quem diz alguma coisa, nega outra; e quem nega um fato, afirma outro. Assim: *imovel significa não móvel; seco importa em não molhado.* E os exemplos subiriam aos milhares. E, então, pode perguntar-se: afinal de contas, quem afirma e quem nega? quem deve, e quem não deve provar?

Vê-se logo que por aqui, através dessa máxima, não se irá muito longe no levantamento de uma doutrina global e suficiente sobre onus da prova. É inútil dividir-se a negativa em *real* e *aparente*, procurando adaptar a fórmula às necessidades práticas, porque muitas vezes deve o autor iniciar a sua demanda justamente com a prova de um fato negativo. (2-A)

Até aqui resumimos, mais ou menos, a crítica de Chiovenda contra a axiomática romano-medieval sobre o onus da prova. Não concordamos inteiramente com esta última parte da sua exposição, porque, na prática é muito mais fácil provar uma afirmativa de que uma negativa, tornando-se toda teoria sobre o onus da prova de cunho imediatista, instrumental e pragmático — prova quem tem interesse de fazê-lo e que mais facilmente o possa fazer.

Depois de se demorar no exame dos diver-

(2-A) — Aliás, já em 1852, Edouard Bonnier mostrava que se pode provar uma negativa — *Traité Théorique et Pratique des Preuves en Droit Civil et en Droit Criminel* — 2.^a ed. — Paris — págs. 29/33. E depois: “Chega-se então forçosamente a esta conclusão, que entre nós compete sempre ao demandista provar, e que ele pode fazê-lo, mesmo quando se trata de um fato negativo”. (pág. 38).

sos sistemas e axiomas sobre o onus da prova, concluiu Lessona por admitir o princípio: *onus probandi ei incumbit qui dicit.* Mas, admitir o princípio, como o reconhece o próprio Lessona, é muito pouco, porque é justamente na sua interpretação que se levantam as mais arduas polémicas e surgem as dúvidas mais profundas.

Quanto à crítica de Chiovenda, acha este autor que é bastante aguda, mas que não é aceitável, de plano, o abandono do sistema tradicional.

4 — Aceitam todos os autores, e nem poderia deixar de ser assim, que quem diz deve provar a sua afirmação. Mas toda a questão reside justamente neste ponto: provar o que? o que incumbe ao autor provar? o que deve o demandado provar? compete só ao autor, e uma vez que ele não o faça está o réu automaticamente absolvido?

Como dissemos acima, já não gozam as máximas romanas nos dias atuais do mesmo prestígio que desfrutavam durante o período medieval. Embora o autor não prove conclusivamente o que pleiteia, nem sempre é o réu absolvido desde logo. Mesmo sem falar no poder inquisitório do juiz, é hoje princípio aceito por todos que os onus da prova deve ser dividido entre os litigantes. Tanto interesse tem um de provar o que diz, como o outro. Se o autor afirma e prova que é credor do réu, tem este igual interesse de provar de que não lhe deve nada. A respeito, escreve Carnelutti uma página muito clara e simples, no seu livro *Teoría General del Derecho* — trad. esp. de Carlos G. Posada — Madrid — 1941 — pág. 369:

“Quando se afirma um fato, cada parte tem “interesse em subministrar a prova, uma das das da sua existencia e a outra de sua não “existência; — portanto, o interesse na prova “com respeito ao fato afirmado é bilateral ou recíproco. Mas antes de afirmá-lo, a situação é “diferente: se um tem interesse em falar, o outro tem interesse em calar; e precisamente o “interesse em falar o tem quem tira proveito do “fato, e em calar quem não tira nenhum”.

Na doutrina moderna, valem as partes a mesma coisa perante o juiz; tanto quem afirma, como quem nega, devem provar de igual modo os pontos sobre os quais baseiam a sua ação, a sua defesa ou a sua exceção. E não se diga que esse avanço seja fruto somente dos nossos dias, porque, a rigor, não é outro o princípio do Código Civil francês, embora na prática continue excessivamente fiel aos ditames do individualismo jurídico romano, absolvendo sempre o réu quando o autor não oferece prova definitiva da sua demanda.

Contudo, dispõe o art. 1.315 daquele Código que quem reclama a execução de uma obrigação deve prová-la; e, reciprocamente, quem que se pretende livre da mesma, deve justificar o pagamento ou o fato que produziu a sua extinção.

Quasi todos os Códigos posteriores repetiram este artigo do Código civil napoleônico. E com o auxílio da doutrina, ainda mais se acentuou hoje em dia o princípio doutrinário da igualdade das partes na demanda (3).

(3) — Conf.: Nicola Stolfi — *Diritto Civile* — Vol. I — Parte II — *Il Negozio Giuridico e l'Azione* — Torino — 1931 — págs. 791/795; Luigi Mattiolo

Se isso pode ser dito do onus da prova em geral, melhor ainda se coaduna com os princípios da prova do direito das obrigações. Aqui, incumbe ao autor provar a existência da obrigação, e ao réu a sua extinção ou um fato qualquer que a torne impossível (impeditivo). Ensinava-o Giorgio Giorgi — *Teoria delle Obbligazioni nel Diritto Moderno Italiano* — vol. I — 7.ª ed. Firenze — 1907 — págs. 598/599:

“Quem reclama a execução de uma obrigação deve prová-la; e quem pretende que dela esteja livre, deve provar o pagamento ou o fato, qualquer que seja, que haja produzido a extinção da obrigação. Sobre esses dois princípios deduzidos da filosofia do direito, e sancionados por todas as legislações, se agita a teoria em torno do onus da prova em materia de obrigações”.

5 — Tudo isso que ficou acima escrito sobre o onus da prova só tem cabimento em face do princípio **dispositivo** da maioria dos direitos processuais dos diversos povos cultos. Como é sabido, defende este sistema a tese da passividade do juiz diante da causa, sem se interessar pela verdade última e real dos fatos, bastando-lhe a certeza prática que lhe é apresentada nos autos por iniciativa das partes. Compete a estas oferecer ao tribunal todos os elementos de que dispõem, sem que a autoridade judiciária represente nenhum papel ativo na perquirição da justiça.

Neste sistema, como é obvio, depende a decisão da demanda das possibilidades dos litigantes em convencer o juiz sobre a veracidade do que alegam. Não esperam qualquer socorro de sua parte, porque este não virá nunca. Representa o magistrado aqui o papel de um autêntico polichinelo, que só funciona quando se lhe aperta o botão. Decide pelo que lhe deram, sem que ele jamais o houvesse pedido.

Contra esse sistema, chamado com exatidão de **dispositivo**, começa a ganhar fôros de franca aceitação entre os doutrinadores, e mesmo nas legislações, o sistema **inquisitorio** do juiz. Como seu proprio nome o indica, aqui pode o tribunal procurar descobrir a verdade do que alegam as partes por sua propria iniciativa. Interessa-lhe fazer justiça, e se lhe parece que a verdade está com alguém, que não dispõe de meios de provas capazes de lhe darem ganho de causa, vai o juiz em seu auxilio e dentro dos limites que lhe faculta a lei, preenche a prova que faltava.

Toda a questão do onus da prova só tem importancia pratica em face do sistema **dispositivo**, de vez que no **inquisitorio**, apesar das partes facultarem ao juiz os elementos de convicção, capazes de o levarem a uma sentença, pode o juiz requerer novas provas, suprir outras que faltem, indicar quem deve produzi-las, e assim por diante. A este respeito, escreveu Chiovenda uma ótima página, que não nos furtaremos ao prazer de citá-la (5):

pela norma jurídica: e assim assume importancia a classificação dos fatos, e a divisão tripartida em **constitutivos**, **extintivos** e **impeditivos** (estes últimos ditos também circunstancias impeditivas ou modificativas)”.
(5) — Cita Chiovenda, em nota, como apoio de suas palavras, a opinião de Joseph Kohler — *Civilprozessrecht*, § 55 — que considera toda a doutrina do onus da prova como propria de um período “agora já passado”, como uma derivação do sistema da prova

“A teoria do onus da prova guarda íntima relação com a conservação do **princípio dispositivo** no processo, pelo que se refere à declaração dos fatos.

“Em um sistema que admitisse a investigação de officio da verdade dos fatos, a reparação do onus da prova não teria razão de ser. Mas succede que com a tendencia contraria ao principio dispositivo na declaração dos fatos, se manifesta uma tendencia contraria à reparação legal do onus da prova; e sobre isso já se descobrem manifestações na doutrina e também nos trabalhos legislativos mais recentes”.

O principio dispositivo é seguido, com maiores ou menores variantes, pela França, Alemanha, Italia, etc., daí ser chamado em doutrina de sistema francês. Em sentido contrario, levanta-se o sistema austriaco, no qual o juiz pode utilizar, de officio, no processo os meios de prova que julgar oportunos. Contudo, os documentos só podem ser exigidos se uma das partes os reclama, e a citação de testemunhos e as produções das provas escritas não podem ser ordenadas quando ambas as partes a isso se opõem (6).

Ainda mais avançados são os sistemas polonês, húngaro e de alguns cantões suíços. Na exposição de motivos do novo Código suíço, escreveu Huber:

“Se o juiz devesse ater-se à produção das provas regular e completa, seria obrigado decidir muitas vezes contra toda equidade. E se o julgamento não é efetuado segundo as normas decorrentes da repartição do onus da prova, mas segundo o que é muito provavelmente a verdade, semelhante método não terá nada de arbitrario; ele corresponde ao contrario ao ideal de um direito mais perfeito”.

Com razão orientou-se o atual Código do Processo Brasileiro para esses novos principios da prova no direito processual universal. E o seu art. 209 é uma tradução legislativa do que há de

legal. Acha ainda Kohler que as condições de equidade aproximativa que aspiram as normas gerais sobre o onus da prova, devem substituir-se por precisas condições de equidade em cada caso pelo juiz, que já dispõe no juramento supletorio de um instrumento para dar predominio á equidade no caso concreto.

(6) — Veja-se: Giuseppe Chiovenda e Enrico Tullio Liebman — *Estudo Comparativo das Provas* — “Revista Forense” — Vol. 84 — 1940 — págs. 26/33; *Nuovo Digesto Italiano*, cit., pág. 826, Vol. X; Alessandro Raselli — *Il Potere Discrizonale del Giudice Civile* — 2 vols. — Padova — 1927/1935; Lanciotto Rossi — *La Funzione del Giudice nel Sistema della Tutela Giuridica* — Roma — 1924 — pág. 287, que coloca em quatro sistemas a amplitude da decisão do juiz: a) o juiz tem todos os poderes necesarios para descobrir a verdade — principio inquisitorio; b) o juiz está sujeito exclusivamente á iniciativa das partes — principio dispositivo; c) o juiz pode apreciar os elementos probatorios segundo o seu convencimento — principio do livre convencimento; d) — o juiz está vinculado ao valor probatorio que a estes elementos sejam atribuidos pela lei — principio da prova legal. Acha ainda Rossi que esta função de apreciar as provas pelo juiz — e daí é que surge a sua sentença — é a que lhe compete de modo quasi exclusivo, e é facil de compreender-se que é essa a parte essencial da função jurisdiccional.

mais moderno e exato na doutrina de tão ardua questão. E' ele do seguinte teôr:

“O fato alegado por uma das partes, quando a outra o não contestar, será admitido como verídico, se o contrario não resultar do conjunto das provas.

“§ 1.º Se o réu, na contestação, negar o fato alegado pelo autor, a este incumbirá o onus da prova.

“§ 2.º Se o réu, reconhecendo o fato constitutivo, alegar a sua extinção, ou a ocorrência de outro que lhe obste os efeitos, a ele cumprirá provar a alegação”.

Veiu este dispositivo de lei acabar de uma vez por todas com o dominio discricionario e avassalador da máxima latina — *actore non probante, reus absolvitur*, de vez que o fato alegado, que não fôr contestado e nem o contrario resultar do conjunto das provas, será tido como verídico.

Alem disso, é este artigo completado pelo de número 210, que faculta ao juiz ouvir uma terceira pessoa, a quem as partes ou as testemunhas façam referencia como sabedora de fatos ou circunstancias que influam na decisão da causa, ou ordenar que exhiba documento que a ela interesse.

Embora moderado, admite o nosso Código o principio inquisitorio do processo, o que representa um grande progresso sobre o direito vigente até então entre nós. (7)

Com o principio inquisitorio, não pode nunca o juiz deixar de sentenciar por falta de provas, já que lhe compete e tem ele plenos poderes para averiguar onde está a verdade substancial, real, autêntica, e não contentar-se com uma verdade meramente legal, ficticia, que muitas vezes sabe ele proprio ser injusta e erronea. Nesses casos, julgar pelas provas dos autos é cometer a maior das injustiças — *summum jus, summa injuria*. O axioma *secundum alegata et probata* perde muito do seu prestigio e da sua força tradicional.

No nosso Código venceu o principio do livre convencimento do juiz. E' um processo do tipo inquisitorio, no qual o valor das provas apresentadas é apreciado livremente pelo juiz, que é um legitimo *dominus litis*. Sua função não é mais a de mero espectador passivo e inerte em face do que bem queiram fazer as partes, e sim a de orientador e dirigente do processo. Se é ele quem tem de decidir ao fim da instrução, é bem lógico de que seja ele proprio quem tambem conduza e ordene esta mesma instrução. (8)

(7) — A este respeito, escreve o autor do seu anteprojeto, Pedro Baptista Martins — *op. cit.* — pág. 436: “A repartição do onus da prova, como se vê das regras transcritas, obedecia, na jurisprudencia anterior ao novo regime processual, ao criterio da conquista da *certeza formal*, que era a única que, em verdade, devia preocupar o juiz, no sistema dispositivo. Hoje, porem, que ao juiz cumpre, *ex-officio*, conquistar no processo a *verdade substancial*, não se pode, com o mesmo rigor, ligar, aprioristicamente, a omissão das partes as mesmas consequências.”

Veja-se, tambem — Carvalho Santos — *Código de Processo Civil Interpretado* — 2.ª ed. — Vol. III — 1940 — págs. 161/177.

(8) — Pedro Baptista Martins — *op. cit.* — Vol.

O direito comercial se libertou mais cedo dos principios romanos da prova. A iniciativa do juiz foi mais facilmente aceita nas causas comerciais do que nas civeis. O juiz, desde há muito, sempre pôde requisitar livros em audiencia e decretar vistorias. Tambem no direito comercial sempre foi cânone jurídico a mais completa liberdade de apreciação do juiz. (9)

6 — De igual modo perde muito de interesse a doutrina do onus da prova frente á chamada teoria das presunções legais. Costumam alguns autores falarem aqui numa inversão do onus, competindo ao demandado provar a sua defesa, quando, em regra, incumbe ao autor provar a sua demanda.

A verdade, porem, é que não ocorre na hipótese nenhuma inversão do encargo da prova. E' que pela presunção, já tem o autor por provado o que lhe competia, e se a presunção é legitima e verdadeira, incumbe ao réu provar o contrario, isto é, que lhe cabe a razão no caso concreto.

Que vem a ser, afinal de contas, essa presunção legal? Assim a conceitua Henri Capitant, em *Introduction a l'Étude de Droit Civil* — 4.ª ed. — Paris — 1921 — págs. 408 e 409:

“Há presunção legal quando a propria lei tira de um fato determinado a conclusão que tal outro fato se tenha produzido.

“A presunção legal é uma dispensa de prova. Basta que o interessado prove o primeiro fato, o que serve de base à presunção. Ele está dispensado de provar o segundo, por isso que é a propria lei que o deduz do primeiro”.

Um exemplo típico de presunção legal é o de um filho de mulher casada, que nasça em data que prove que foi concebido durante o casamento. Conclue a lei que o seu pai seja o marido. Ainda mais dois exemplos: o credor envia voluntariamente a seu devedor a nota promissoria em que se contem o seu crédito. Segundo a lei, esta remessa prova que o devedor pagou a sua dívida. Pelo Decreto n.º 2.681, de 4 de dezembro de 1912, devem as estradas de ferro entregar ilesas no seu ponto de destino, as pessoas e as coisas que se obrigaram a transportar. Em caso de indenização proveniente de acidente, basta o autor provar o contrato de transporte, estando aí subentendido o ato ilícito da empresa transportadora.

Apesar das críticas e dos protestos de Les-

I — Rio — 1940 — págs. 355/357; Carvalho Santos — *op. cit.* — vol. II — pág. 143.

(9) — Conf. — Carvalho de Mendonça — *Tratado de Direito Comercial Brasileiro* — Vol. VI — parte I — Rio — 1943 — págs. 122/128; Antonio Bento de Faria — *Código Comercial Brasileiro — Anotado* — Rio — 1912 — págs. 771/773; Alfredo Rocco — *Principios de Direito Comercial* — trad. port. — S. Paulo — 1931 — págs. 449-458, que escreve: “E' principio fundamental do direito moderno que o juiz decide em face de fatos apresentados pelas partes, mas dentro da mais completa liberdade de apreciação”. E, em outra passagem: “Depois de termos tratado do principio geral vigente, em materia de comercio, que é o principio do livre criterio e iniciativa do juiz...” E mais: “Os meios com os quais se forma a convicção do juiz acerca da verdade dum fato alegado, podem agrupar-se em quatro grandes categorias: a) Em primeiro lugar, figura a *atividade pessoal do juiz*, que

mais moderno e exato na doutrina de tão ardua questão. E' ele do seguinte teor:

"O fato alegado por uma das partes, quando a outra o não contestar, será admitido como verídico, se o contrario não resultar do conjunto das provas.

"§ 1.º Se o réu, na contestação, negar o fato alegado pelo autor, a este incumbirá o onus da prova.

"§ 2.º Se o réu, reconhecendo o fato constitutivo, alegar a sua extinção, ou a ocorrência de outro que lhe obste os efeitos, a ele cumprirá provar a alegação".

Veiu este dispositivo de lei acabar de uma vez por todas com o dominio discricionario e avassalador da máxima latina — **actore non probante, reus absolvitur**, de vez que o fato alegado, que não fôr contestado e nem o contrario resultar do conjunto das provas, será tido como verídico.

Alem disso, é este artigo completado pelo de número 210, que faculta ao juiz ouvir uma terceira pessoa, a quem as partes ou as testemunhas façam referencia como sabedora de fatos ou circunstancias que influam na decisão da causa, ou ordenar que exhiba documento que a ela interesse.

Embora moderado, admite o nosso Código o principio inquisitorio do processo, o que representa um grande progresso sobre o direito vigente até então entre nós. (7)

Com o principio inquisitorio, não pode nunca o juiz deixar de sentenciar por falta de provas, já que lhe compete e tem ele plenos poderes para averiguar onde está a verdade substancial, real, autêntica, e não contentar-se com uma verdade meramente legal, ficticia, que muitas vezes sabe ele proprio ser injusta e erronea. Nesses casos, julgar pelas provas dos autos é cometer a maior das injustiças — **summum jus, summa injuria**. O axioma **secundum alegata et probata** perde muito do seu prestigio e da sua força tradicional.

No nosso Código venceu o principio do livre convencimento do juiz. E' um processo do tipo inquisitorio, no qual o valor das provas apresentadas é apreciado livremente pelo juiz, que é um legítimo **dominus litis**. Sua função não é mais a de mero espectador passivo e inerte em face do que bem queiram fazer as partes, e sim a de orientador e dirigente do processo. Se é ele quem tem de decidir ao fim da instrução, é bem lógico de que seja ele proprio quem também conduza e ordene esta mesma instrução. (8)

(7) — A este respeito, escreve o autor do seu anteprojeto, Pedro Baptista Martins — *op. cit.* — pág. 436: "A repartição do onus da prova, como se vê das regras transcritas, obedece, na jurisprudencia anterior ao novo regime processual, ao criterio da conquista da *certeza formal*, que era a única que, em verdade, devia preocupar o juiz no sistema dispositivo. Hoje, porém, que ao juiz cumpre, *ex-officio*, conquistar no processo a *verdade substancial*, não se pode, com o mesmo rigor, ligar, aprioristicamente, á omissão das partes as mesmas consequências."

Veja-se, também — Carvalho Santos — *Código de Processo Civil Interpretado* — 2.ª ed. — Vol. III — 1940 — págs. 161/177.

(8) — Pedro Baptista Martins — *op. cit.* — Vol.

O direito comercial se libertou mais cedo dos principios romanos da prova. A iniciativa do juiz foi mais facilmente aceita nas causas comerciais do que nas civeis. O juiz, desde há muito, sempre pôde requisitar livros em audiencia e decretar vistorias. Também no direito comercial sempre foi cânone jurídico a mais completa liberdade de apreciação do juiz. (9)

6 — De igual modo perde muito de interesse a doutrina do onus da prova frente á chamada teoria das presunções legais. Costumam alguns autores falarem aqui numa inversão do onus, competindo ao demandado provar a sua defesa, quando, em regra, incumbe ao autor provar a sua demanda.

A verdade, porém, é que não ocorre na hipótese nenhuma inversão do encargo da prova. E' que pela presunção, já tem o autor por provado o que lhe competia, e se a presunção é legítima e verdadeira, incumbe ao réu provar o contrario, isto é, que lhe cabe a razão no caso concreto.

Que vem a ser, afinal de contas, essa presunção legal? Assim a conceitua Henri Capitant, em *Introduction a l'Étude de Droit Civil* — 4.ª ed. — Paris — 1921 — págs. 408 e 409:

"Há presunção legal quando a propria lei "tira de um fato determinado a conclusão que tal outro fato se tenha produzido.

"A presunção legal é uma **dispensa de prova**. "Basta que o interessado prove o primeiro fato, "o que serve de base á presunção. Ele está dispensado de provar o segundo, por isso que é a "propria lei que o deduz do primeiro".

Um exemplo típico de presunção legal é o de um filho de mulher casada, que nasça em data que prove que foi concebido durante o casamento. Conclue a lei que o seu pai seja o marido. Ainda mais dois exemplos: o credor envia voluntariamente a seu devedor a nota promissoria em que se contem o seu crédito. Segundo a lei, esta remessa prova que o devedor pagou a sua dívida. Pelo Decreto n.º 2.681, de 4 de dezembro de 1912, devem as estradas de ferro entregar ilesas no seu ponto de destino, as pessoas e as coisas que se obrigaram a transportar. Em caso de indenização proveniente de acidente, basta o autor provar o contrato de transporte, estando aí subentendido o ato ilícito da empresa transportadora.

Apesar das críticas e dos protestos de Les-

I — Rio — 1940 — págs. 355/357; Carvalho Santos — *op. cit.* — vol. II — pág. 143.

(9) — Conf. — Carvalho de Mendonça — *Tratado de Direito Comercial Brasileiro* — Vol. VI — parte I — Rio — 1943 — págs. 122/128; Antonio Bento de Faria — *Código Comercial Brasileiro* — Anotado — Rio — 1912 — págs. 771/773; Alfredo Rocco — *Principios de Direito Comercial* — trad. port. — S. Paulo — 1931 — págs. 449-458, que escreve: "E' principio fundamental do direito moderno que o juiz decide em face de fatos apresentados pelas partes, mas dentro da mais completa liberdade de apreciação". E, em outra passagem: "Depois de termos tratado do principio geral vigente, em materia de comercio, que é o principio do livre criterio e iniciativa do juiz..." E mais: "Os meios com os quais se forma a convicção do juiz acerca da verdade dum fato alegado, podem agrupar-se em quatro grandes categorias: a) Em primeiro lugar, figura a *atividade pessoal do juiz*, que

O ONUS DA PROVA NA RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

sona (10), são quasi que unânimes os tratadistas em declarar que nas presunções legais fica o autor isento do onus da prova. Sobre o assunto, escreve Luigi Mattirollo dois excelentes parágrafos (§§ 482/483, *op. cit.*, págs. 390/392), que bem resumem toda a matéria. Baseia-se o comentarista italiano nas opiniões de Pescatore e de Fitting.

Observa Pescatore que determinadas condições de fato levam consigo mesmas uma certa probabilidade natural, e quando a esta verossimilhança se vem juntar a dificuldade extrema que encontraria o autor para dar uma prova mais rigorosa, a facilidade da prova contrária por parte do réu, e a necessidade de evitar mais graves perturbações na prática da vida civil, a lei e a jurisprudência tradicional introduzem uma presunção a favor do autor, ou seja uma exceção á regra geral, que lhe imporia por todas as condições de fato o onus da prova.

Para Fitting, o principio do *onus probandi* deve ser admitido nos seus limites racionais, de modo que, quem faz valer seu direito em juízo, não é obrigado a dar a prova indistintamente de todas as condições de fato sobre as quais se funda o direito. Há em todos os atos jurídicos uma certa forma da relação de fato, que é considerada como normal e sujeita á regra geral: todas as formas de relações de fato, que se desviam da normal, são governadas por disposições particulares, por normas de exceção.

Assim, quem quer fazer valer um direito deve provar unicamente os fatos que, segundo a relação normal, criaram aquele e reclamam a aplicação da regra geral. Quem contesta o direito deve provar os fatos anormais, que destroem a subsistencia do proprio direito, e tornam applicavel a norma de exceção. O criterio para distinguir a relação normal de fato da relação anormal, na falta dum texto preciso da lei que as determine, deve ser buscado nos principios gerais de direito. Deste modo, se um fato alegado como base da ação é um testamento ou um contrato, o autor não terá obrigação senão de provar a existencia do contrato e do testamento, o qual, segundo a relação normal de fato, produz o direito do autor. E o demandado, que conteste esse direito, deverá por sua vez provar os fatos anormais, isto é, os fatos dos quais se origina a insubsistencia jurídica do contrato ou do testamento.

Seria impossivel melhor lição sobre o papel das presunções legais no capítulo estrito do onus da prova. E note-se como ambas as teorias estão de absoluto acordo, embora com outra nomenclatura, com as de Chiovenda e Carnelutti (11).

pode, em determinadas circunstancias, proceder por si mesmo a averiguação pessoal dos fatos”.

(10) — *Op. cit.* — pág. 186.

(11) — Ainda sobre presunção legal e onus da prova, escreve o Prof. Nicola Coviello — *Manuale di Diritto Civile Italiano — Parte Generale* — 3.^a ed. — Milano — 1924 — págs. 517/519: “Estes principios gerais não têm absoluta eficacia, porque a lei pode intervir, como frequentemente o faz, para limitá-la, como acontece com a chamada *presumptiones iuris*, as quais fazem com que os elementos de fato que deveriam ser provados por quem neles baseia a sua pretensão, não tenham necessidade de prova, e ao

1 — Fizemos muito de propósito um resumo doutrinário do estado atual da questão do onus da prova em direito processual civil e comercial. Veremos agora nesta parte, em que vamos tratar do onus da prova no direito do trabalho propriamente dito, que aqui também se aplicam os mesmos principios já vitoriosos no direito comum mais avançado. Não se precisa de nenhum novo principio cabalístico, nem qualquer outro expediente para se afirmar que na despedida injusta compete ao autor provar somente a existencia do contrato de trabalho e ao patrão a existencia da justa causa legal.

Podemos dizer, de ante-mão, que esse principio é unanimemente seguido por toda jurisprudencia e doutrina universais, com exceção da jurisprudência francesa. Aliás, é a interminavel discussão, que se vem travando entre os autores francezes, a responsavel pela confusão que tentam lançar sobre esse assunto alguns interessados.

2 — O direito francês é nesse particular inteiramente individualista e privatista, não se desprendendo corajosamente, como o devia, da teoria do abuso de direito. Criou a figura jurídica do abuso de direito na rescisão do contrato de trabalho, mas como simples aplicação da teoria do direito civil.

Dispunha o Código Civil, em seu art. 1780, que: “Não se pode locar seus serviços senão a tempo ou por uma empreitada determinada”. Em face de tão conciso enunciado legal, interpretavam os comentadores do Código que a locação de serviços podia se concluir por uma duração indeterminada e que neste caso cada parte era livre de terminá-la a qualquer momento, sem nenhum onus. Somente alguns usos profissionais, que concordavam de principio com esta interpretação, ajuntavam que a parte que quizesse romper o contrato devia avisar a outra com antecedencia de um certo prazo, que variava segundo as profissões e as diversas regiões do país.

A jurisprudencia se limitava a respeitar

invés a parte contra quem se pretende o direito seja gravada com o onus da prova em contrario”.

Completando as lições de Pescatore e Fitting, também opina Mattirollo: “Por isso a jurisprudencia intertem para estabelecer uma presunção geral, em consequência da qual a existência dos requisitos essenciais para a validade do contrato seja tido antecipadamente como provada. Assim, compete ao demandado fornecer a prova do fato especifico, que é o fundamento da sua exceção, com a qual ele se apresenta para impugnar a presunção que milita a favor do autor”.

Veja-se mais: A. Rocco — *op. cit.* — págs. 457/458; Clovis Bevilacqua — *op. cit.* — pág. 319; Eduardo Espinola — *Sistema de Direito Civil Brasileiro* — 3.^a ed. — Rio — 1938 — págs. 626/628; E. Bonnier — *op. cit.* — págs. 667-/704, que escreve um belo parágrafo de fundamentação das presunções legais: “Nem sempre é possível ao homem chegar ao conhecimento perfeito da verdade em cada caso particular, e entretanto as necessidades sociais não lhe permitem sempre suspender seu juízo e se abster. A estabilidade e o estado das pessoas, das propriedades, enfim a necessidade de calma e de segurança para um

esses princípios, mas sem ir mais longe. A situação era deveras bem cruel para o operário, que muitas vezes tinha o seu aviso de despedida dado somente vinte e quatro horas antes, sem que pudesse reclamar qualquer indenização de perdas e danos por isso.

Depois de muitas reclamações por parte dos empregados e de numerosos casos de completa miséria e desamparo e principalmente como consequência dos protestos dos operários das estradas de ferro, que perdiam todos os direitos à pensão de retirada, para a qual vinham contribuindo de longa data, que surgiu a lei de 27 de dezembro de 1890.

Diga-se, a bem da verdade, que muitas vezes os conselhos de prud'hommes e os tribunais de commercio deram ganho de causa aos operários, condenando os patrões a pagar-lhes uma indenização de perdas e danos, sob o fundamento de que a rescisão se havia pronunciado sem motivos legítimos. Mas a Corte Suprema reformava essas decisões, e dizia que a locação de serviços a tempo indeterminado podia sempre ser terminada, a qualquer momento, pela só livre vontade das partes. E quem usa desse direito não pode ser condenado em perdas e danos senão se cometeu alguma falta ou infração às condições expressas ou tácitas do contrato.

Pois bem, a lei foi proposta em 1882 e somente em 1890 foi promulgada, com o seguinte teor nas duas primeiras linhas, que são as que nos interessam no momento:

“Não se pode locar seus serviços senão a tempo ou para uma empreitada determinada.

“A locação de serviços feita sem determinação de duração pode sempre cessar pela vontade de uma das partes. Entretanto, a rescisão do contrato pela vontade de um só dos contratantes pode dar a lugar a perdas e danos”.

E aí é que começa a verdadeira polêmica em torno da interpretação da lei. Esperavam os operários que, dali para o futuro, só pudessem os patrões despedi-los quando houvesse um motivo bastante para isso. Mas, desde cedo viram ruir por terra as suas esperanças. O texto da lei, que parecia claro e completo, logo se demonstrou cheio de lacunas e confuso. Competia à jurisprudência preencher as suas falhas como pudessem. E então uma pergunta se levantava em cada consciência: veio a lei encerrar a jurisprudência formada até então e criar uma nova, ou limitou-se a sancioná-la, sem que trouxesse nenhuma limitação à liberdade de rescindir de qualquer das partes?

E é na resposta dessa interrogação que se alinham duas correntes inconfundíveis e opostas de renomados juristas franceses. Como muito bem frisa Roger Picard, Professor na Faculdade de Direito da Universidade de Paris, a obscuridade da lei de 1890 provinha do fato de ela justapor dois princípios em aparência contraditórios. Dum lado, estabelecia o direito de ruptura unilateral; de outro, previa que esta ruptura poderia dar lugar a perdas e danos. Como

grande numero de interesses preciosos, obrigam o legislador a aceitar como verdadeiros uma grande série de pontos, que não são demonstrados, mas cuja existência é estabelecida por uma indução mais ou menos poderosa. A ordem política, como a ordem social, não repousa senão sobre presunções legais”.

ser condenado alguém que usava do seu direito? A isto respondia com segurança a teoria já então aceita do abuso de direito: qualquer das partes tinha o direito de pôr fim ao contrato de trabalho, mas não devia fazer desse direito nenhum uso excessivo, maldoso ou prejudicial. (12)

Mas, para que o operário fizesse jús à indenização de perdas e danos, precisaria provar que o patrão cometeu um abuso de direito de ruptura, ou lhe bastava provar que sofrera um dano com a despedida?

Respondiam uns que o operário devia não só provar o dano sofrido, como também a existência do abuso de direito por parte do patrão, e que a lei de 1890 nada mais havia feito do que seguir e manter a jurisprudência anterior. E' esta a jurisprudência quasi que unânime dos tribunais franceses, especialmente da Corte de Cassação. Pertencem igualmente a esta corrente nomes dos mais respeitáveis, como sejam os de Baudry-Lacantinerie, Albert Wahl, Louis Josserand, René Demogue, e, de algum modo, Ambroise Colin e Henri Capitant.

Acham esses autores que, em face da lei de 1890, cabia ao operário não só alegar e provar o dano de que foi vítima como também o abuso de direito de rescisão por parte do patrão. Escrevem Baudry-Lacantinerie e A. Wahl — *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil — Du Contrat de Louage* — 3.^a ed. — Vol. II — Parte I — Recueil Sirey — Paris — 1907 — págs. 615/616:

“Conforme às regras do direito comum, pertence á parte que reclama as perdas e danos provar a ausencia de motivos legítimos, porque é uma condição para bem fundar sua pretensão, de vez que cada parte não faz senão usar o seu direito dando fim ao contrato”.

Argumentam ainda os autores citados que é um direito legal de qualquer das partes de dar fim ao contrato, o abuso é que constitui uma exceção, logo deve este ser provado pela parte que reclama o cumprimento da obrigação, contudo não deixam esses mestres clássicos do direito civil em França de ressaltarem a repartição da prova, que cabe também de igual modo, ainda indiretamente, a quem rescinde o contrato (pág. 617):

“A parte a quem a ruptura do contrato foi imposta pode aliás fazer indiretamente, provando que cumpriu todas as suas obrigações e que a sua conduta não apresentou nada de reprovável, a prova que lhe incumbe, pertence então à outra parte apresentar a prova contrária.

“O juiz do fato decide soberanamente se os motivos são legítimos. Mas deve cingir-se aos fatos”.

Louis Josserand, o escritor de maior renome universal entre os criadores da chamada teoria do abuso de direito, representa, infelizmente, neste particular, um papel de franca reação contra o progresso da doutrina da rescisão injusta do contrato de trabalho. Aliás, diga-se de passagem, ao sustentar que o onus da prova incumbe á parte que pleiteia perdas e danos, en-

(12) — Roger Picard — *Le Congédiement des Salariaés dans la Législation Française* — in “Revue Internationale du Travail”, janeiro de 1931, vol. XXIII, n. 1, págs. 1-23.

contra-se Josserand inteiramente coerente com os princípios da sua teoria. A verdade é bem outra: é que a noção do abuso de direito é insuficiente para justificar a indenização da despedida injusta. Aqui, tem muito melhor acolhimento e cabe bem mais a propósito a teoria do risco de empresa alemã, ou a teoria do crédito italiana, ou ainda doutrina da responsabilidade objetiva, que também fundamenta a indenização proveniente de um acidente de trabalho.

A opinião de Josserand se encontra exposta justamente no livro de divulgação do abuso de direito — *De l'Esprit des Droits — Théorie dite de l'Abus des Droits* — Paris — 1927 — pág. 182:

“O onus da prova incumbe ao demandista: “é a ele que compete estabelecer o abuso cometido em seu prejuízo; a parte que despede “nada mais tem a fazer do que ficar na defensiva: “*actori incumbit probatio*”.

Contudo, na página anterior, escreve Josserand:

“O abuso em semelhante matéria é caracterizado pela ausência de motivos legítimos, isto é, a ausência de razões justificativas a favor “do autor da ruptura” (13).

Como veremos daqui a pouco, é exatamente por esta segunda afirmativa de Josserand que os outros autores atribuem o onus da prova ao responsável pela rescisão. Também Demogue, apesar de atribuir o encargo da prova ao operário, não deixa de consignar que deve o tribunal fazer constar da sentença qual o motivo alegado pelo patrão para rescindir o contrato — *Traité des Obligations en Général* — Vol. IV — *Sources des Obligations* — Paris — 1924 — pág. 348:

“O Tribunal deve motivar sua decisão mostrando os fatos de natureza a constituir a falta, senão se expõe à cassação. Será caso disso se o Tribunal não precisa nenhuma falta. Ele “não deve limitar-se a constatar o prejuízo cau-

“sado ao operário despedido. E’ preciso também “mostrar qual foi a falta”.

Limitam-se os tratadistas a citar a jurisprudência da Cassação e a justificá-la como podem. Não deixam, entretanto, de fazer restrições ao encargo exclusivo da prova por parte do demandista.

Pertencem a uma corrente, por assim dizer, intermediária — Ambroise Colin e Henri Capitant. Transcrevem esses autores a lei de 1890, e prosseguem na sua argumentação — se é lícito a cada parte romper, por sua exclusiva vontade, o contrato de trabalho, com a condição de respeitar o período de pre-aviso quando existe, é necessário ainda que não abuse deste direito, porque todo direito cessa onde começa o abuso; quem no exercício de um direito se torna culpável de abuso comete uma verdadeira falta que importa em sua responsabilidade.

Mas, se o princípio não pode comportar dúvida, praticamente tudo é aqui questão de prova. Trata-se de saber a qual das partes se imporá o onus. Ao operário que se pretende injustamente despedido é que compete provar a falta alegada por ele? Ou, ao contrário, ao patrão incumbe estabelecer que tinha um justo motivo para despedir o operário? Desta solução, como é óbvio, dependerá sempre a decisão do processo. E assim terminam Colin e Capitant a sua exposição sobre o assunto — *Cours Élémentaire de Droit Civil Français* — Vol. II — 4.^a ed. — Paris — 1924 — pág. 602:

“É bem evidente, com efeito, que o operário terá grande dificuldade em provar que “foi despedido por tal ou qual causa constitutiva de abuso de direito.

“Ora, se aplicarmos aqui os princípios gerais, a resposta não pode ser duvidosa; ela decorre do adágio — *Actori incumbit probatio*. “É então ao operário demandista que pertence “de provar a falta que ele atribui ao patrão. Tal “é a solução que a Corte de Cassação tem aplicado sempre” (14).

(14) — Apesar de se verem obrigados a admitir a opinião supra, não deixam Colin e Capitant de criticar acerbamente a maneira de que foi feita a lei: “Infelizmente, é uma lei muito mal feita, que não resolve a questão que a motivou, que não coloca em termos claros o problema que devia resolver.

Com efeito, começa ela por declarar que a locação de serviços, feita sem determinação de duração, pode sempre cessar pela vontade de uma das partes contratantes. Reconhece então o direito para cada contratante de resilir o contrato. Depois ajunta na alínea seguinte: “Entretanto a rescisão pode dar lugar a perdas e danos”. Mas se esquece de dizer, o que era contudo o ponto essencial, em que casos, em que condições estas perdas e danos serão devidas. E, o que há de mais grave, é que não há nisso nenhum esquecimento do legislador. E’ concientemente que ele deixou esta questão sem resposta; ele não a resolveu porque não pôde achar solução satisfatória. Todos os esforços que foram feitos em tal sentido fracassaram. Havia-se proposto varios textos, principalmente os seguintes: “serão devidos perdas e danos desde que a despedida seja feita *sem justos motivos*”, ou ainda “desde que a despedida seja dada *de má fé e a contratempo*”. Estas fórmulas foram afastadas como insuficientes ou perigosas, e finalmente, o legislador decidiu deixar aos

(13) — A opinião de Josserand de que a carga da prova deve caber ao reclamante está em completa contradição com estas outras palavras de explicação às suas afirmações anteriores (págs. 182/183): “Desta série de proposições que constituem, em conjunto, um corpo de doutrina sólida, coerente e bem ordenada, é a segunda que deve reter mais especialmente a nossa atenção, porque conduz á noção do abuso de direito de rescisão na ausência de motivos legítimos. Ela se baseia na jurisprudência anterior á lei de 1890, no proprio espirito desta lei e, mais especialmente, nas declarações que foram feitas no curso dos trabalhos preparatórios, na tribuna do Senado, por Léon Renault em particular, assim como por Tolain; a exatidão foi confirmada ulteriormente pelo proprio legislador, pois que a lei de 18 de julho de 1901 — hoje revogada — que vinha garantir o trabalho dos reservistas e dos territoriais (*territoriaux*) convocados para o período de instrução militar, referia-se á disposição do art. 1780 do Código Civil e evocando a noção da “causa legítima”. Também compreende-se aí a firmeza da jurisprudência das cortes de apelação e da Corte de Cassação em semelhante materia: constantemente, é consignado no teor dos arestos que o patrão que despede um operário ou empregado deve-lhe uma indenização, a menos que possa invocar uma *causa legítima*, um *motivo legítimo*, um *justo motivo*, fóra dos quais a despedida revestiria um caráter abusivo”.

Mas de todas as opiniões sobre o onus da prova na rescisão do contrato de trabalho, em face da lei de 1890, a mais corajosa e mais consentânea com o sentido de exceção e elevadamente social desta figura obrigacional é, em França, a de Marcel Planiol. Curioso é como caiba aqui o título de vanguardeiro justamente a um dos juristas mais estreitamente ligados à formação tradicional do direito civil francês. É preciso que se diga que a sua crítica à lei e à jurisprudência da Corte de Cassação é logo do dia seguinte da vigência daquela e da primeira manifestação desta.

3 — Decidira a Corte de Cassação, em 28 de julho de 1897, que o operário empregado em virtude de uma locação de serviços de duração indeterminada, que é bruscamente despedido por seu patrão, só pode obter uma indenização, na ausência de convenção ou usos em contrario, com a condição de provar, além do prejuízo do qual se queixa, a falta que teria cometido o patrão, abusando do seu direito de resiliir o contrato.

E no *Recueil de Jurisprudence*, de Dalloz, n. 54, de 1898, 1.^a parte, pág. 329, lá vinha a crítica de Planiol, incisiva, justa e coerente:

“Percebe-se facilmente os motivos desta decisão: pareceu que se estabeleceria contra o patrão uma presunção de falta que não se acha na lei, se se o obrigasse a demonstrar a existência de um justo motivo, enquanto que o operário teria simplesmente de provar o fato da despedida e o prejuízo que ele sofre. Isto parecia, e entretanto, esta idéia não está ao abrigo de toda objeção. Desde que o ato que causou a alguém um dano é provado, assim como a realidade deste dano; que o autor do ato é conhecido; que o fato lhe é imputável, e que ele é plenamente responsável de seus atos, não há mais nada senão condená-lo para aplicar o princípio da responsabilidade das faltas. Mas o autor do ato pretende que ele tenha agido no limite de seu direito; que, por conseguinte, não é responsável das consequências prejudiciais que o seu ato acarretou a outrem, porque a falta supõe necessariamente um ato contrario ao direito, a violação de uma obrigação convencional ou legal: ou seja o *damnum injuria datum* da lei Aquilia. Se o autor do ato pode dizer *jure feci*, é isento de toda responsabilidade. Não vêm que raciocinando assim, a pessoa tida como responsável do dano opõe uma exceção à demanda? Desde então, pertence-lhe provar o que alega, isto é, a legitimidade do ato que lhe é imputável. Assim, quando o fato causador do dano é estabelecido e que o autor é conhecido, o fato justificativo que pode afastar a responsabilidade de quem se defende deve ser provado por ele. Esta regra é vigente em direito criminal, e o direito civil não pode subtrair-se à sua aplicação, por que ela não é própria à legislação penal: repousa somente sobre o papel respectivo das partes. Por consequência, desde que os arestos citados acima decidiram

tribunais o cuidado de apreciar quando seria devida uma indenização”.

(Pouco depois: “Resulta da jurisprudência, que vimos de analisar, que raríssimos são os casos em que o operário despedido pode obter perdas e danos, porque lhe é muito difícil provar que o patrão abusou de seu direito”.

“que era o operário ou empregado despedido quem devia provar “a falta” de seu patrão, exprimiram-se, parece, de modo demasiado absoluto, e caberia talvez discernir dois elementos na noção concreta da falta: a materialidade do fato, que deve ser provada pelo demandista, e a não-conformidade ao direito; desde que existe uma circunstância justificativa, que afasta do fato danoso seu caráter ilícito, esta circunstância constitui por ela mesma um meio de defesa, cuja prova está a cargo do demandado” (15).

Como se vê — e mereceu a transcrição na íntegra — vale a crítica de Planiol uma lição de direito, que até hoje ainda mantém o mesmo sabor de alguma coisa nova e sempre atual.

Se, de um lado, encontravam os adeptos da primeira corrente em quem se apoiar dentre os autores da lei e os que a redigiram na Câmara e no Senado; do outro, também achavam os seguidores da segunda a quem citar. Raymond Poincaré, relator da lei na Câmara dos Deputados, declarára que a lei se limitava a confirmar a jurisprudência anterior, e que as perdas e danos de que se tratava só eram devidos em caso de abuso de direito de resilição. Em sentido contrario, Léon Renault, relator da lei no Senado, dissera em seu discurso: “É uma inovação considerável! Porque doravante, em matéria de locação de obra e de industria, o poder de romper o contrato é subordinado à existência de motivos legítimos”.

Mas, como vimos da crítica de Colin e Capitant, não dizia a lei claramente quais eram esses motivos, deixando para a jurisprudência a tarefa de resolver na prática as dificuldades concretas que fossem aparecendo. O que levou Planiol a escrever: “Detestável maneira esta de legislar, que consiste em se desembaraçar na jurisprudência de todas as questões espinhosas. O primeiro dever do legislador é resolver ele próprio as questões de princípio e não deixar ao juiz senão a aplicação”.

Criticando a lei de 1890, escreveram Capitant e Cuche, no seu célebre *Précis*, que o legislador deixou conscientemente sem resposta as questões colocadas. A interpretação lógica de seu pensamento era de conceder perdas e danos to-

(15) — É assim prossegue Planiol: “Se se applicasse esta concepção à hipótese especial da ruptura unilateral de uma locação de trabalho de duração indeterminada, seria o patrão quem deveria provar a existência de um justo motivo de despedida. É o que já admitira o conselho de *prud'hommes* do Sena em duas decisões cassadas em 1895.

É preciso encarar enfim as consequências praticas dos dois sistemas. Colocar a cargo do patrão a prova do justo motivo, não é entrar seriamente a sua defesa. Nada lhe é mais fácil que formular as queixas que ele acusa em seu empregado ou operário; não é mesmo necessario que a despedida deste seja motivada por um dano pessoal: circunstancias exteriores, um fato qualquer pode conduzir um patrão a diminuir ou modificar o numero ou a qualidade de seus empregados. Ao contrario, não é possível ao operário estabelecer que nenhuma dessas razões não existe; pede-se-lhe a prova de um fato indefinido, que é necessariamente fóra das possibilidades de ser fornecida. Com a jurisprudência da Corte de Cassação, o direito à indenização encontrará na prática, um obstáculo quasi intransponível”.

das as vezes em que não houvesse justos motivos de ruptura, e, no entanto, é a interpretação inversa que triunfou. E perguntam: então, para que a lei de 1890?

Do mesmo modo pensam Paul Pic, René Foignet, Émile Dupont, Georges Scelle (16), e outros.

Por tudo isso, foi desde cedo elaborado outro projeto de lei, reformando a anterior, pelo Conselho Superior do Trabalho. Isto, em 1905. O tempo se passou, com o projeto rolando pelas Câmaras, quando em 1925, o Conselho retomou o seu projeto primitivo, que foi apresentado à Câmara pelo proprio governo em 21 de junho de 1927. E a 19 de julho de 1928, já se encontrava promulgada a nova lei sobre a rescisão do contrato de trabalho. Como veremos, não foram sanadas as principais dificuldades da ruptura abusiva, e a polêmica continuou. Eis o seu texto, no que nos interessa:

“A locação de serviços feita sem determinação de duração pode sempre cessar pela vontade de uma das partes contratantes.

“O tribunal, para apreciar se há abuso, poderá fazer uma pesquisa sobre as circunstâncias da ruptura. O julgamento deverá, em todos os casos, mencionar expressamente o motivo alegado pela parte que rompeu o contrato”.

Como aconteceu na lei de 1890, formaram-se logo duas correntes depois da publicação da lei: uma, no sentido de haver o novo diploma legal invertido o onus da prova, que passava, agora, a caber inteiramente ao patrão; outra, afirmando que a lei não modificou essencialmente a de 1890, e que o encargo de provar o que alegava cabia ainda ao autor da reclamação, que é, no comum das vezes, o operario despedido.

Foi esta, de resto, a interpretação dada pela Corte de Cassação que se manteve fiel à jurisprudencia anterior, continuando a exigir do operario despedido a prova do dano sofrido e do abuso de direito cometido pelo patrão. Baseou-se o tribunal francês no adagio latino *onus probandi incumbit at qui agit*.

Um dos primeiros críticos da jurisprudencia e da orientação da Corte de Cassação foi o grande civilista André Rouast, em nota ao seu julgamento de 18 de março de 1930 — *Dalloz* — 1930 — 1 — pág. 71. Segundo Rouast, resulta do novo texto da lei de 1928, que há dali para o futuro duas provas a ser feitas no caso de ruptura unilateral abusiva do contrato de trabalho. Em primeiro lugar, a prova do motivo da ruptura, devendo o tribunal solicitar ao patrão que se explique a respeito; e em segundo lugar, é preciso que se faça a prova do caráter abusivo deste motivo. Neste ponto, a lei deixa ao juiz o cuidado de apreciar, já que o convida a fazer uma pesquisa sobre as circunstancias de fato, embora sem obrigá-lo. No entanto, deverá ele sempre pedir ao patrão que justifique a sua atitude. Ou em suas palavras:

“Sobre o primeiro ponto, não seria possível haver dúvida a respeito. Não é mais ao empregado despedido que incumbe daqui para o futuro procurar saber porque foi dispensado, é ao patrão que pertence dizê-lo.

“Pode o operario ser convidado a explicar-se

(16) — Georges Scelle — *Le Droit Ouvrier* — Paris — 1922 — págs. 113/114.

“sobre a falta que o patrão lhe imputa, mas, antes de tudo, é ao patrão que a pesquisa se dirigirá, pois que se trata de qualificar um ato do patrão e não um ato do operario. Assim, em definitivo, é ao patrão que pertence o onus de provar que não cometeu nenhum abuso”.

E quasi todos os juristas franceses, que externaram opinião a respeito deste assunto, pensam como Rouast. Assim, Planiol e Ripert, no seu *Traité Élémentaire de Droit Civil* — 11.ª ed. — Vol. 11 — Paris — 1931 — págs. 690/691:

“A lei de 19 de julho de 1928, obrigando de agora em diante o juiz que trate da ação de perdas e danos pela ruptura abusiva do contrato de trabalho a mencionar o motivo legal alegado pela parte que despediu, inverte de fato o onus da prova. O patrão é, com efeito, obrigado a justificar a ruptura para evitar uma condenação. Isto é, ele não pode usar do direito de ruptura senão invocando motivos legítimos” (17).

Também é desta opinião A. Lecomte, embora criticando a lei por ter invertido o onus da prova. Coloca, entre as inovações da nova lei, logo em primeiro plano, a que diz respeito a prova da ruptura abusiva. Escreve ele — *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence* — 1929 — que a lei de 1928 introduziu uma modificação completa no sistema estabelecido pela Corte de Cassação sobre o fundamento da lei de 1890. No novo sistema, deve-se decidir que, se o tribunal julga insuficiente o motivo alegado pelo empregador, compete-lhe condená-lo ainda que o demandista nenhuma prova tenha a fazer.

Louis Josserand mantém a sua opinião anterior, já aqui referida, em *Cours de Droit Civil Positif Français* — Vol. II — Recueil Sirey — Paris — 1930 — págs. 614/616:

“O onus da prova incumbe ao demandista: *actori incumbit probatio*. Pertence-lhe demonstrar que foi cometido um abuso em seu prejuízo, enquanto que a parte que despede pode manter-se na defensiva. De fato, o demandado será levado a dar as suas razões, sem o que a sua atitude seria suspeita e influenciaria desfavoravelmente o tribunal”.

A opinião de Josserand constitui exceção no conjunto de interpretações feitas em torno da lei de 1928 e permanece isolada, embora de acordo com a jurisprudencia da Cassação.

Paul Pic, deixando de lado a questão estrita do onus da prova, coloca-se em um ponto de vista mais interessante, que é o do principio inquisitorio dos juizes incumbidos de solucionar as questões oriundas do contrato de trabalho. Diz ele — *Traité Élémentaire de Législation Industrielle* — 6.ª ed. — 1933 — pág. 849 — que, se se admite que o novo art. 1780 inovou e impôs ao juiz a obrigação de conceder perdas e danos à parte despedida sem motivos legítimos, segue-se logicamente que o onus da prova deve incumbir ao autor da despedida. Mas, se se decide com a Corte de Cassação que a lei de 1890 simplesmente confirmou a jurisprudencia anterior, é de toda a evidencia que a obrigação de

(17) — M. Planiol — G. Ripert e A. Rouast — *Traité Pratique de Droit Civil Français* — Vol. XI — Paris — 1932 — pág. 107, mantém os mesmos pontos de vista, expendidos em mais de uma fonte diferente, já citados anteriormente.

das as vezes em que não houvesse justos motivos de ruptura, e, no entanto, é a interpretação inversa que triunfou. E perguntam: então, para que a lei de 1890?

Do mesmo modo pensam Paul Pic, René Foignet, Émile Dupont, Georges Scelle (16), e outros.

Por tudo isso, foi desde cedo elaborado outro projeto de lei, reformando a anterior, pelo Conselho Superior do Trabalho. Isto, em 1905. O tempo se passou, com o projeto rolando pelas Câmaras, quando em 1925, o Conselho retomou o seu projeto primitivo, que foi apresentado à Câmara pelo proprio governo em 21 de junho de 1927. E a 19 de julho de 1928, já se encontrava promulgada a nova lei sobre a rescisão do contrato de trabalho. Como veremos, não foram sanadas as principais dificuldades da ruptura abusiva, e a polêmica continuou. Eis o seu texto, no que nos interessa:

“A locação de serviços feita sem determinação de duração pode sempre cessar pela vontade de uma das partes contratantes.

“O tribunal, para apreciar se há abuso, poderá fazer uma pesquisa sobre as circunstâncias da ruptura. O julgamento deverá, em todos os casos, mencionar expressamente o motivo alegado pela parte que rompeu o contrato”.

Como aconteceu na lei de 1890, formaram-se logo duas correntes depois da publicação da lei: uma, no sentido de haver o novo diploma legal invertido o onus da prova, que passava, agora, a caber inteiramente ao patrão; outra, afirmando que a lei não modificou essencialmente a de 1890, e que o encargo de provar o que alegava cabia ainda ao autor da reclamação, que é, no comum das vezes, o operario despedido.

Foi esta, de resto, a interpretação dada pela Corte de Cassação que se manteve fiel à jurisprudencia anterior, continuando a exigir do operario despedido a prova do dano sofrido e do abuso de direito cometido pelo patrão. Baseou-se o tribunal francês no adagio latino *onus probandi incumbit at qui agit*.

Um dos primeiros críticos da jurisprudencia e da orientação da Corte de Cassação foi o grande civilista André Rouast, em nota ao seu julgamento de 18 de março de 1930 — Dalloz — 1930 — 1 — pág. 71. Segundo Rouast, resulta do novo texto da lei de 1928, que há dali para o futuro duas provas a ser feitas no caso de ruptura unilateral abusiva do contrato de trabalho. Em primeiro lugar, a prova do motivo da ruptura, devendo o tribunal solicitar ao patrão que se explique a respeito; e em segundo lugar, é preciso que se faça a prova do caráter abusivo deste motivo. Neste ponto, a lei deixa ao juiz o cuidado de apreciar, já que o convida a fazer uma pesquisa sobre as circunstancias de fato, embora sem obrigá-lo. No entanto, deverá ele sempre pedir ao patrão que justifique a sua atitude. Ou em suas palavras:

“Sobre o primeiro ponto, não seria possível haver dúvida a respeito. Não é mais ao empregado despedido que incumbe daqui para o futuro procurar saber porque foi dispensado, é ao patrão que pertence dizê-lo.

“Pode o operario ser convidado a explicar-se

(16) — Georges Scelle — *Le Droit Ouvrier* — Paris — 1922 — págs. 113/114.

“sobre a falta que o patrão lhe imputa, mas, antes de tudo, é ao patrão que a pesquisa se dirigirá, pois que se trata de qualificar um ato do patrão e não um ato do operario. Assim, em definitivo, é ao patrão que pertence o onus de provar que não cometeu nenhum abuso”.

E quasi todos os juristas franceses, que externaram opinião a respeito deste assunto, pensam como Rouast. Assim, Planiol e Ripert, no seu *Traité Élémentaire de Droit Civil* — 11.ª ed. — Vol. 11 — Paris — 1931 — págs. 690/691:

“A lei de 19 de julho de 1928, obrigando de agora em diante o juiz que trate da ação de perdas e danos pela ruptura abusiva do contrato de trabalho a mencionar o motivo legal alegado pela parte que despediu, inverte de fato o onus da prova. O patrão é, com efeito, obrigado a justificar a ruptura para evitar uma condenação. Isto é, ele não pode usar do direito de ruptura senão invocando motivos legítimos” (17).

Também é desta opinião A. Lecomte, embora criticando a lei por ter invertido o onus da prova. Coloca, entre as inovações da nova lei, logo em primeiro plano, a que diz respeito a prova da ruptura abusiva. Escreve ele — *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence* — 1929 — que a lei de 1928 introduziu uma modificação completa no sistema estabelecido pela Corte de Cassação sobre o fundamento da lei de 1890. No novo sistema, deve-se decidir que, se o tribunal julga insuficiente o motivo alegado pelo empregador, compete-lhe condená-lo ainda que o demandista nenhuma prova tenha a fazer.

Louis Josserand mantém a sua opinião anterior, já aqui referida, em *Cours de Droit Civil Positif Français* — Vol. II — Recueil Sirey — Paris — 1930 — págs. 614/616:

“O onus da prova incumbe ao demandista: *actori incumbit probatio*. Pertence-lhe demonstrar que foi cometido um abuso em seu prejuízo, enquanto que a parte que despede pode manter-se na defensiva. De fato, o demandado será levado a dar as suas razões, sem o que a sua atitude seria suspeita e influenciaria desfavoravelmente o tribunal”.

A opinião de Josserand constitui exceção no conjunto de interpretações feitas em torno da lei de 1928 e permanece isolada, embora de acordo com a jurisprudencia da Cassação.

Paul Pic, deixando de lado a questão estrita do onus da prova, coloca-se em um ponto de vista mais interessante, que é o do principio inquisitorio dos juizes incumbidos de solucionar as questões oriundas do contrato de trabalho. Diz ele — *Traité Élémentaire de Législation Industrielle* — 6.ª ed. — 1933 — pág. 849 — que, se se admite que o novo art. 1780 inovou e impôs ao juiz a obrigação de conceder perdas e danos à parte despedida sem motivos legítimos, segue-se logicamente que o onus da prova deve incumbir ao autor da despedida. Mas, se se decide com a Corte de Cassação que a lei de 1890 simplesmente confirmou a jurisprudencia anterior, é de toda a evidencia que a obrigação de

(17) — M. Planiol — G. Ripert e A. Rouast — *Traité Pratique de Droit Civil Français* — Vol. XI — Paris — 1932 — pág. 107, mantém os mesmos pontos de vista, expendidos em mais de uma fonte diferente, já citados anteriormente.

provar a falta, isto é, o carater abusivo da despedida, incumbe á parte despedida. Mas, depois, escreve este autor:

“Praticamente, aliás, os dois sistemas não diferem tão profundamente como a principio seria de crer. Sem dúvida, não há identidade entre a falta provada e a ausencia de motivos suficientes. Mas, não é menos verdadeiro que de fato o juiz será levado a inquirir sobre os motivos da despedida para descobrir, seja a prova da falta alegada, seja ao contrario a justificação da despedida; e, como na ausencia de enumeração legal das causas de despedida, é investido de um poder soberano na apreciação, segue-se que os dois sistemas, ainda que procedentes de pontos de partida divergentes, confluem de fato em conclusões bem vizinhas”.

Tambem da opinião deste grupo são Capitán e Cuhe — *Précis de Législation Industrielle* — 5.^a ed. — Paris — 1939 — pág. 475 — que criticam as decisões da Corte de Cassação. Dizem eles:

“Desde que o julgamento deve em todos os casos mencionar expressamente o motivo alegado pela parte que resiliu, não resulta que esta parte é obrigada de alegar motivos para justificar a resilição? Então, não seria mais a vítima da resilição abusiva quem incumbiria o onus da prova, pois que para provar a falta lhe bastaria dizer que a parte que resiliu não tinha motivos legítimos, o que obrigaria esta a articular esses motivos”.

Opiniões intermediarias são, a este respeito, as de Jean Vincent, Roger Picard e Gaston Préau, limitando-se este último a repetir, sem comentários, a jurisprudência da Cassação (18).

Escreve o segundo, no estudo já citado anteriormente, que a doutrina havia desde logo considerado a lei de 1928 como atribuindo o encargo da prova da legitimidade da ruptura ao autor da mesma. Mas, hoje, essa interpretação se choca com uma jurisprudência formal em sentido contrario, se bem que a doutrina esteja mais conforme às intenções do legislador do que a jurisprudência.

Não deixa Roger Picard de criticar veementemente a jurisprudência da Corte da Cassação, que, segundo ele, irá tirar toda a eficacia da lei de 1928 para proibir a rescisão abusiva, porque não somente nega a inversão da prova que o legislador queria consagrar, como tambem suprime ao juiz o direito de discutir os motivos

(18) — Gaston Préau — *Le Contrat de Travail* — Paris, 1934, pág. 365. Contudo, distingue Préau, de acôrdo com a jurisprudência, os dois casos de despedida: a brusca e a abusiva. E escreve a respeito: “No primeiro caso, o assalariado despedido sem observancia do aviso previo tem a seu favor a presunção de ter direito a uma indenização de despedida. Não tem nenhuma prova a fazer, compete ao empregador, ao contrario, estabelecer que o seu subordinado cometeu uma falta suficientemente grave para o privar do beneficio do aviso previo”.

Esta primeira hipótese aproxima-se do nosso sistema legal da indenização ser sempre cabivel quando não ocorra uma justificativa de força maior ou falta grave cometida pelo empregado. A única diferença é que se trata somente de pre-aviso, e não tambem de indenização por despedida injusta.

de despedida alegados por quem rompe o contrato. (19)

Por isso, é que Rouast escreveu no comentario já referido, com toda razão:

“A Corte de Cassação não concebe somente a despedida como livre, como o quer o art. 23 do livro primeiro do Código do Trabalho. Ela o proclama discricionário. Os atos discricionarios, não sendo suscetiveis de abuso, pode-se perguntar se, por este expediente, não é toda teoria do abuso de direito de ruptura do contrato do trabalho de duração indeterminada que se desmorona”.

Jean Vincent, autor do maior livro que se escreveu até hoje especialmente sobre a rescisão do contrato de trabalho, não hesita em tomar uma atitude crítica frente à jurisprudência da Corte de Cassação. Mas a verdadeira causa das controversias sem fim, que se travam em torno do onus da prova em França, é a insuficiencia da lei que regula a especie. Depois de resumir e historiar todo o longo debate existente sobre o assunto, escreve Jean Vincent — *La Dissolution du Contrat de Travail* — Paris — 1935 — pág. 500:

“Assim, em direito civil, a validade da denuncia não exigiria a existencia de um justo motivo, mas em direito social o patrão seria obrigado de dar um motivo e de lhe estabelecer a realidade.

“A questão jamais foi encarada assim desta maneira pela nossa jurisprudência, malgrado os esforços da doutrina”.

E poderíamos continuar nesse balanço infinito de opiniões sobre o verdadeiro sentido da lei francesa de 1928 (20). Mas a realidade

(19) — E continúa Picard: “Se é assim — e parece que a teoria da Corte de Cassação não permite mais duvidar — a situação dos assalariados seria pior do que antes; ter-se-ia voltado bem alem da jurisprudência de antes de 1890. De agora em diante, ou bem o patrão será acreditado em sua palavra quando invocar um motivo discricionario de despedida, ou bem, se invoca um motivo suscetivel de ser discutido, é o assalariado quem terá o encargo de estabelecer o seu carater abusivo ou mentiroso. Se chega, por exemplo, o patrão e alega um pretexto, o operário deverá, para obter uma indenização, provar que o pretexto alegado não é o verdadeiro motivo de sua despedida; e sim que sob esse pretexto se esconde um motivo verdadeiro mas inconfessado e que a despedida baseada sobre este último motivo apresenta um carater abusivo.

A jurisprudência vem, então, fornecer aos empregadores um método seguro e prático para iludir a lei”.

(20) — Por exemplo, R. Foignet e Emile Dupont — *Manuel Élémentaire de Législation Industrielle* — 6.^a ed. — Paris — 1932 — págs. 191/192, apresentam objetivamente as duas correntes, sem tomar partido, e depois comentam, em nota: “Convem notar que os resultados práticos são mais ou menos os mesmos nos dois sistemas, pois que a lei, não tendo determinado as causas legais de despedida, deixa ao tribunal um poder soberano de apreciação”.

Robert Mossé coloca-se numa posição hesitante e intermediaria em *Économie et Législation Industrielles* — Paris — 1940 — págs. 193/194, achando a questão difícil e delicada, mas acrescenta: “Um projeto de lei (Projeto Chautemps do Estatuto do Trabalho, de Janeiro de 1938), tenta trazer uma solução legislativa

é que esta lei, que foi feita unicamente com o intuito de inverter o onus da prova e somente permitir ao empregador a despedida do empregado quando houvesse um motivo legítimo, não logrou, infelizmente, na prática o êxito que era de esperar. Foi tímido o legislador francês. Manteve ainda no corpo da lei a permissão da rescisão unilateral do contrato de trabalho a arbitrio de qualquer das partes, que só poderia acarretar, em alguns casos de abuso de direito, uma indenização de perdas e danos para a parte prejudicada. Nada mais.

Aliás, é bom que se diga, já em 1924, lembravam Colin e Capitant, na obra citada, pág. 604, que de nada adiantaria a reforma da lei de 1890 se continuasse a figurar na nova lei a permissão da livre rescisão do contrato de trabalho. Ou bem a dissolução do contrato é um direito, ou então só pode ser levada a efeito quando ocorrer causa legítima.

Foi justamente por este motivo que fracassou a legislação francesa nesta parte da indenização do operario quando despedido sem justa causa. Mas, mesmo em face da lei de 1928 e argumentando-se somente com os principios já assentes pelo direito processual civil mais avançado, deveria competir sempre ao patrão provar o motivo de dispensa do empregado e a sua legitimidade.

É corrente — como mostrámos atrás — que no direito das obrigações compete o onus da prova à parte que rompeu uma situação normal existente até então. Já vimos a opinião de Giorgio de Giorgi, e outra não é a de A. Hudelot e E. Metman — *Des Obligations — Sources — Extinction — Preuve* — 4.^a ed. — Paris — 1908 — pág. 503:

“Pode-se então formular este principio que “o onus da prova incumbe a quem, diretamente “ou por via de exceção, levante uma pretensão “tendente a modificar a ordem das relações jurídicas existentes entre as partes, afirma um “fato exposto ao que constitúe o estado normal “e habitual das coisas, ou contrario a uma situação adquirida”.

Alem disso, na teoria de Chiovenda, basta ao operario despedido provar que ele mantem um contrato de trabalho com o seu patrão e que este contrato foi rescindido. Aí estão os elementos constitutivos do seu direito, e somente isto deve ele provar. Para livrar-se da condenação, deve o empregador convencer que houve motivo legítimo para a despedida. Convenhamos que a prova deste é bem facil, porque se foi ele quem despediu o primeiro, está em condições de alegar sem dificuldades um motivo suficiente e prová-lo que é justo.

4 — Nesta altura, vamos nos socorrer da notavel teoria de Francesco Carnelutti, que reservámos bem de propósito para este momento. Encontra-se ela exposta em *Lezioni di Diritto Processuale Civile* — Vol. II — *La Funzione del Processo di Cognizione* — Parte I — Padova — 1930 — pág. 341/342.

mais precisa a esta delicada questão. Prevê: a) que quem denuncia o contrato será obrigado de fazer conhecer á parte o motivo da rescisão; b) que será reputada abusiva a despedida dada sem motivo, ou por motivos inexatos ou por razões outras que não as alegadas”.

Começa o notavel tratadista italiano por aceitar a teoria em voga da divisão dos fatos a provar em **constitutivos**, **extintivos** e **impeditivos**, devendo cada parte provar aquilo que seja mais de perto do seu interesse, afim de conseguir o ganho na causa. Mas acha Carnelutti que esta teoria deve ser completada por uma outra bem mais prática, que é a de se levar em conta qual seja o fim último do processo, para que ele existe e foi instaurado em cada caso concreto. Assim, por seu designio teleológico, devem as partes ser separadas segundo o fato, devendo prová-lo a que estiver em condições de fazê-lo mais facilmente. Ou em suas palavras:

“Mas de um perfil teleológico, isto é, levando-se em conta o escopo do processo, é claro que o criterio deve ser escolhido não já somente com referencia à sua idoneidade para “distinguir as partes segundo o fato, mas ainda com respeito à conveniencia de atribuir a “prova á parte, que esteja mais provavelmente “em situação de dá-la, e assim com base em uma “regra de experiencia, a qual estabelece qual “das duas partes esteja em condição melhor para “fornecer a prova de um fato. Unicamente “assim o onus da prova constitue um instrumento para alcançar o escopo do processo, que é, “não a simples composição, mas a justa composição da lide: por isso á parte, que pode levar mais util contribuição á convicção do juiz; “e por isso, onde esta convicção deva formar-se “na falta da prova, isto é, onde o juiz deva abandonar uma afirmação só porque a parte não “a provou, oferece a probabilidade máxima da “coincidencia desta convicção com a verdade”.

Como mostra o proprio Carnelutti, em outro local, coaduna-se esta sua teoria inteiramente com a anterior, tambem por ele aceita, dos fatos **constitutivos** e fatos **impeditivos**. Deve o autor provar os fatos que constituem o seu direito; de igual modo, deve o réu provar os fatos que impedem a validade, a procedencia ou a vigencia do direito do autor, e para isso, já é ele proprio o maior interessado e que foi ele quem interrompeu ou impediu a continuidade de um direito, tambem lhe será bem mais facil prová-lo.

Agora, argumentando-se com as legislações que só permitem a dispensa do empregado quando ocorrer um justo motivo para o empregador — e o são quasi todas elas — milita a favor do operario despedido uma presunção legal. O normal, o corrente, a situação continuativa é que seu direito existirá sempre, a menos que cometa uma falta grave, capaz de causar a rescisão do seu contrato de trabalho. Basta-lhe provar a existencia do contrato e a sua cessação, para que o empregador se veja obrigado a alegar em sua defesa a occorrenca de uma justa causa qualquer, que será por ele mesmo devidamente provada, já que constitúe uma exceção que impede a existencia do direito reclamado pelo operario.

E mesmo aqui, quando o autor argumenta com uma presunção legal a seu favor, como já mostrámos com Pescatore, Fitting e Mattiolo não se dá nenhuma inversão do **onus probandi**, que ainda continúa a pertencer ao autor. O que se passa é uma simples transformação na produção da prova, que, ao invés de ser realmente produzida, é dispensada por força de uma

presunção, que se baseia na experiência prática da vida.

Esta teoria da transformação do onus é sustentada, principalmente pelo autor alemão, Smid (21). As presunções legais nada mais são do que um expediente da lei para facilitar em muitos casos a dificuldade da prova. Mas, nem por isso, deixa a parte que dela se aproveita de provar os fatos sobre os quais se baseia a presunção.

5 — Aplicando toda a doutrina, estudada até aqui, ao caso concreto do onus da prova na rescisão dos contratos de trabalho, podemos afirmar, com segurança, que incumbe ao empregado reclamante provar a existência da relação de emprego; e ao empregador, a superveniência de uma justa causa que impediu a continuação daquela situação anterior, pelos seguintes fundamentos:

a) Incumbe o onus da prova a quem diz. Ao autor, compete-lhe alegar e provar os fatos constitutivos do seu direito, que justifiquem a sua demanda; e ao réu, importa provar a existência de um fato extintivo ou impeditivo do direito alegado pelo autor. Assim, não é o empregado que deve provar a ausência de uma justa causa, e sim o patrão a sua existência (Chiovenda, Carnelutti, Windscheid, Savigny, Unger, Regelsberger, Reinhold, Fitting, Bethmann-Hollveg, etc.).

b) O fim principal do processo trabalhista, nestes casos, é averiguar se há ou não a ocorrência de uma justa causa, que permita a dispensa sem indenização do empregado. É obvio que o empregador, que o dispensou, está em situação muito mais cómoda e fácil de oferecer a prova do motivo que o levou a rescindir o contrato de trabalho. Compete-lhe, pois, o encargo da prova da existência da falta grave ou do caso de força maior (teoria de Carnelutti).

c) Milita sempre a favor do empregado reclamante a presunção legal de que ele foi despedido injustamente, porque a lei só permite a dispensa do emprego *ad nutum* em casos especiais, expressamente previstos. A continuidade do contrato é a regra, a sua dissolução constitui uma exceção; e quem a alegar tem de prová-la (Chiovenda, Giorgi, Hudelot, Metman, Pescatore, Fitting, Mattiolo, Smid, Pistolese).

CAPÍTULO II

OS JUIZES DO TRABALHO

Estas as razões doutrinárias que levam o empregado a provar a existência do contrato — a regra; e o empregador, a da justa causa — a exceção. Mas razões, puramente em face do principio dispositivo do processo, dá repartição do onus da prova, que desaparecem inteiramente frente ao principio inquisitorio do direito processual do trabalho. Com razão, colocam-no os tratadistas a este respeito entre o direito judiciario penal e o judiciario civil, mas bem mais próximo daquele do que deste. E ainda é isso mais de notar-se nos países que mantêm uma magistratura especial do trabalho, completamente estranha aos órgãos jurisdicionais comuns.

Se a livre iniciativa do juiz já é conquista aceita e vigente no direito processual civil e

comercial, com todas as limitações tradicionalistas e privatistas remanescentes do direito romano, que dizer-se, então, da sua aceitação no direito processual do trabalho? Simplesmente isso: que aqui o seu dominio é absoluto e ilimitado.

O juiz de trabalho não está adstrito à prova dos autos, nem preso á provocação da produção de provas pela vontade das partes; pode lhes tomar a iniciativa, instaurar instancia, ordenar diligências, e levar a efeito todos os meios possiveis a seu alcance, capazes de lhe esclarecerem acerca da verdade substancial em torno do caso em discussão. Chegam alguns autores, como Raselli, por exemplo, a denominar de discricionarios os poderes do juiz trabalhista. Veja-se esse seu trecho — *op. cit.* — Vol. II — Padova — 1935 — capítulo II **Procedimento inanzi ai Tribunali del Lavoro** — págs. 180/185:

“Amplísimos são, pois, os poderes discricionarios em materia de meios instrutorios, já que o regulamento do art. 81, letra b, dispõe que o Colegio ordene, quando disso seja caso, também de officio, os meios instrutorios que sejam julgados necesarios, incluindo a produção de documentos, que as partes justifiquem que não puderam exhibi-los antes, e estabeleça os modos e os termos para execução dos meios ordenados, nomeando, quando a natureza ou a complexidade das indagações o necessite, um ou mais consultores técnicos que o assistam durante toda a instrução e os atos em separado desta.

“No processo para a admissão das provas, a discricionariedade da Magistratura é a mais ampla”.

Certamente, o juiz de trabalho depende em grande escala da iniciativa das partes. Compete a estas pô-lo ao par dos seus direitos e das suas razões, e somente depois do magistrado se haver assenhoreado firmemente do que se trata, é que poderá requerer de officio este ou aquele elemento de prova, esta ou aquela diligencia. Assim, mesmo agindo de acordo com o principio inquisitorio, há muito de dispositivo na posição de qualquer juiz, seja ele do trabalho ou de qualquer outra jurisdição análoga.

Mas, é também sobre este ponto que descansa Luigi de Litala toda a sua doutrina referente ao onus da prova nos conflitos de trabalho. Escreve ele — **Diritto Processuale del Lavoro** — 2.ª ed. — Torino — 1938 — págs. 324/325:

“Com a expressão “quando disso seja caso, também de officio, os meios instrutoriais que repute necesarios”, o legislador quiz atribuir ao juiz o onus da instrução da causa, um poder — dever como em materia penal, na qual é plenamente vigente o principio inquisitorio, ou simplesmente um poder integrador da atividade processual das partes?”

“Ainda mesmo que a lei processual do trabalho, frente à ordinaria, houvesse acrescído os poderes do juiz, se não faz crer que tenha querido dar lugar a uma aplicação integral do principio inquisitorio, todavia não se pode pôr em dúvida que a lei concedeu ao juiz um poder discricionario no que se refere á iniciativa processual”.

Assim, repetimos, é tão inexato declarar que o processo do trabalho é exclusivamente inquisitorio, com a aplicação integral deste prin-

(21) — G. R. Pistolese — *La Prova Civile per Presunzioni* — Padova — 1935 — págs. 70/71.

cipio, como dizer-se que o atual processo civil-comercial seja somente orientado pelo principio dispositivo. Ambos, hoje em dia, andam mesclados, embora com maior realce de um ou outro principio, quando se trate de um ou outro processo.

Vimos já linhas atrás, que Rocco apontava a livre iniciativa do juiz como uma das direti-vas da legislação comercial. E é bem verdade. No processo civil, o juiz pode ordenar de officio alguns atos (pericia, vistoria, juramento supletorio, acesso judicial, inspeção das provas, etc.); pode proceder a prova sem intervenção das partes; pode desatender a admissão de novas provas, quando já há acordo entre as partes, se não a julga admissivel e influente para a decisão; pode modificar a prova formulada pelas partes, quando não lhe altere a substancia fundamental; pode tambem ordenar provas de officio, no caso que não decida a questão de mérito, mas somente para certificar-se da própria competencia, ou seja o seu poder para julgar. (23)

No processo do trabalho, tambem não é de todo abolido o principio dispositivo. Ao iniciar a demanda, deve o interessado oferecer todos os elementos de prova que estejam ao seu alcance, dentro dos limites acima expostos. Mas, senhor da propositura exata da ação, torna-se o juiz do trabalho inteiramente autônomo e independente na pesquisa da certeza última dos fatos alegados, quer por uma, quer por outra parte. Daí, tornar-se aqui muito relativa, se não totalmente inoperante, a interminavel querela sobre a verdadeira doutrina do onus da prova.

Em quasi todas as legislações especiais sobre jurisdição do trabalho, é principio assente este da autoridade ativa do juiz com referencia à ordem instrutoria do processo. Entre nós, regula a especie o art. 66, do Decreto-lei n.º 6.596, de 12 de Dezembro de 1940, que dispõe (23-a):

“Os juizes e tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar quaisquer diligencias necessarias ao esclarecimento delas”.

E idênticos dispositivos são encontrados nas leis da Italia, Portugal, Chile, Espanha, Mexico, Alemanha, Polonia, Belgica, e assim por diante (24).

(23) — Conf. — Alessandro Raseli — *op. cit.*; Lanciotto Rossi — *op. cit.*; Odilon de Andrade — *Os Poderes do Juiz no Processo Civil* — Rev. Forense — Vol. 84-1940 — págs. 3/14; Pedro Baptista Martins — *op. cit.* — Vol. II — págs. 389/407; G. Chiovenda e E. T. Liebman — *op. cit.* — págs. 26/27.

(23-a) — Foi este mesmo artigo de lei mantido em todas as suas palavras pelo art. 765, da Consolidação das Leis do Trabalho.

(24) — O art. de lei da Italia já se encontra resumido na exposição de Raseli. É ele o art. 81, da lei de 3 de abril de 1926, do seguinte teor: “Na audiência do Colegio, este, ouvidos o relator, as partes e o Ministerio Público:

b) ordena, quando seja caso disso, tambem de officio, os meios instrutorios que repute necessarios, inclusive a produção de documentos que as partes justifiquem que não puderam exhibir antes, e estabelece os modos e os termos para a execução dos meios ordenados, nomeando, quando a natureza ou a complexi-

A verdade é que, perante os tribunais do trabalho, pela mesma razão lembrada por Chiovenda e Kohler para o processo comum, perde a teoria do onus da prova grande parte do seu interesse. É que aqui predomina o principio inquisitorio do tribunal.

Sobre este mesmo assunto, que vimos analisando, escreve Litala uma ótima página, de equilibrio e bom senso. Vale a pena a sua leitura — *op. cit.* — págs. 325/326:

“A lei, de fato, obriga o autor a apresentar “o recurso, juntamente com os atos e documentos em que se funda (art. 10 do decreto), assim “dá o **onus probandi** ao autor, como ao réu a obrigação de provar as exceções proprias; só “que confere ao juiz o poder de dispôr, por sua “iniciativa (quando disso seja caso tambem de “oficio), os meios instrutorios que repute ne- “cessarios.

“O juiz não é mais adstrito à observancia “da norma do art. 1312 do Cod. Civ., segundo “o qual “**actore non probante reus absolvitur**”.

“Em materia de trabalho, o magistrado “pode, quando disso seja caso, tambem de officio, “ordenar os meios instrutorios que repute neces- “sarios, afim de poder decidir com mais seguro “conhecimento dos elementos da controver- “sia”. (25).

dade das indagações o requeira, em ou mais consultores técnicos, que o assistem por toda a instrução ou para atos singulares desta”.

Este artigo foi quasi que literalmente repetido na letra b, do art. 14, da nova lei para os dissídios individuais, de 22 de janeiro de 1934.

Eis o texto da lei de Portugal, que é o art. 52, do Estatuto do Trabalho Nacional, de 23 de setembro de 1933: “Os juizes do trabalho são independentes: as suas decisões não obedecem a instruções previas ou ordens de serviços e serão proferidas apenas segundo a lei e conforme a consciencia de quem julga. Junto dos juizes existem agentes do Ministerio Público, fiscaes da lei e protetores officiosos dos trabalhadores”.

E determina a lei do Chile — art. 454, do Código do Trabalho, de 28 de maio de 1931: “O Tribunal poderá, para melhor resolver, decretar de officio informes periciais ou qualquer outra medida encaminhada para verificar os fatos controvertidos”.

Para os outros países citados, assim como para Suissa, Tchecoslovaquia, Noruega, Russia, Suecia, Estados Unidos, Yugoslavia, Venezuela e Dinamarca, veja-se a publicação do Bureau Internacional do Trabalho, editada em Genebra, em 1938, sob o título — *Les Tribunaux du Travail*.

(25) — Ainda, sobre isso, continua Litala: “Sem dúvida, é porem dado ao juiz, para o acertamento da verdade e para maior rapidez na decisão, a direção instrutoria da causa, e assim constitúe dever do juiz o ordenar os meios instrutorios quando os *repute idoneos* para a decisão.

Na prática, o fato de propôr uma demanda implica o onus da afirmação e das demonstrações dos fatos que suportam o direito da proposição da demanda, mas justamente se contesta que possa o réu se prevalecer do direito de regeitar a demanda, pelo único fato que o autor não deduziu meios de prova, porque, sempre, quando o juiz repute poder ordenar meios instrutorios influentes para a decisão, deve ele fazê-lo.

Em substancia, se não se pode rigorosamente afirmar-se que no processo de trabalho a necessidade de justiça deva prevalecer sobre a necessidade da certeza,

CAPÍTULO III
LEGISLAÇÃO E JURISPRUDENCIA
COMPARADAS

Demonstrado exuberantemente que, em doutrina, o *onus probandi* da despedida injusta cabe sempre ao empregador, ou seja, ao réu em sua exceção, já é tempo de passarmos agora a uma outra parte, qual seja a da legislação comparada e jurisprudencia internacional e, como não poderia deixar de ser, também indígena, cá de casa, que, embora pouca, mas existe.

1 — Em nenhum outro país do mundo se nota aquela tremenda confusão e aquele interminável debate entre a jurisprudência e a doutrina que assistimos na França. Faltou ao legislador francês um pouco mais de coragem e precisão nos termos da lei. Por não ter encontrado um expediente que bem resolvesse de vez todas as futuras questões referentes à despedida do empregado, deixou-se ficar no mesmo princípio arcaico e rançoso do velho Código Civil, que permite a rescisão livre e voluntária por qualquer das partes.

A incongruência deste absurdo não escapou à argúcia dos sabedores, em França, da doutrina do direito do trabalho, e mesmo do direito em geral. Georges Scelle, por exemplo, escreveu à página 113 do seu pequenino tomo sobre direito operário, que é, sem dúvida, muito bizarro este contrato que cessa pela vontade unilateral, a qualquer momento, sem que pelo menos seja necessário invocar-se um motivo. E já vimos que Colin e Capitant, em 1924, achavam impossível chegar a bom termo a reforma da lei de 1890, se ainda se mantivesse em seu texto a permissão da rescisão unilateral livre.

Por outro lado, não deixou, igualmente, Paul Pic de notar a profunda diferença que existe entre a legislação francesa e um certo número de leis estrangeiras, que se esforçaram por apresentar uma lista a mais completa possível das causas legítimas de ruptura. (26)

2 — Na Belgica, encontra-se em vigor a lei de 10 de março de 1900, que regula o contrato de trabalho em geral. Aplica-se a lei aos operários das empresas industriais, das empresas comerciais e das empresas públicas. Mais recentemente, porém, em 7 de agosto de 1922, foi promulgada a lei sobre contrato de emprego, aplicando-se, de preferência, aos empregados que executem trabalho de caráter intelectual predomi-

é certo, contudo, que a primeira acha maior possibilidade de atuação em confronto com a segunda”.

No mesmo sentido: Nicola Jaeger — *Le Controversie Individuali del Lavoro* — 4.^a ed. — Padova — 1936 — págs. 236/238. Pouco adiante, escreve Jaeger que são estes os princípios que regem o processo do trabalho: os de elasticidade (que tende a adaptar em cada caso a estrutura do processo à simplicidade ou complexidade de *litis*), o de oralidade, o de imediatéz—(graças ao qual, o juiz pode estar em imediato contacto com as partes), o de concentração processual, o da inapelabilidade das interlocutorias, o da identidade do Juiz, o da rapidez do juízo e o do impulso oficial (que dá especial relevo à faculdade de iniciativa do Juiz e faz do processo do trabalho — em contraste com o poder de disposição das partes que domina o processo civil — uma subespecie do *processo civil inquisitorio*).

(26) — Paul Pic — *op. cit.* — págs. 849/850.

nante. Dispõe esta lei, no art. 14, que a despedida não pode ser dada sem pre-aviso senão por motivos graves, que são deixados à apreciação do juiz. E assim mesmo, o empregador é obrigado a notificar o empregado do motivo que o leva a despedi-lo, por meio de carta recomendada, expedida três dias antes da despedida (27).

A jurisprudência a respeito é uniforme e pacífica, no sentido de que deve o empregador indicar qual o motivo que o levou a despedir o seu empregado, sob pena de se ver condenado a pagar-lhe uma indenização de perdas e danos, como veremos de alguns exemplos extraídos da monumental obra *Les Pandectes Belges — Corpus Juris Belgici*, elaborada por uma coletividade de juristas belgas e sob a direção de Edmond Picard — Vol. 113 — Bruxelles — 1921 — pág. 898:

“O juiz de primeira instancia aprecia soberanamente os fatos que motivaram a despedida do operário”. (Cass. 10/12/1908).

E mais estes dois casos, tirados entrê muitos (pág. 907):

“Quem é juiz da questão de saber se o operário se acha em um caso previsto pelo art. 20? A esta questão colocada pelo Sr. Destée, o Sr. Ministro Croreman respondeu: “O projeto indica os casos de ruptura legitima do emprego tanto por parte do patrão como do operário, mas se há contestação, pertence aos tribunais competentes apreciar se, de fato, ocorre algum desses casos”. (Ann. Parl. — Chambre — pág. 1.069).

“O patrão tem, pois, o direito de romper, mas o faz a seus riscos e perigos. Se ele se enganou sobre a gravidade do fato que invoca, será passível de perdas e danos”. (28).

3 — Na Alemanha — antes de 1933 — regula a especie os parágrafos 123 e segs. do *Gewerbeordnung* (ao pé da letra, *Ordenança Industrial*), que enumera as diversas especies de motivos que possam legitimar a ruptura do contrato de trabalho. Ao denunciar o contrato, não é o patrão obrigado a esclarecer o operário sobre as causas que o levaram a tanto, mas pode este reclamar perante os tribunais uma indenização, ficando o empregador na contingencia de justificar a dispensa, para livrar-se da condenação.

Sobre as varias formas de denuncia, o seu processo, a situação das partes durante o seu transcurso, podem-se ler as páginas 56/78 do livro citado de Jean Vincent, que assim nos informa a respeito do assunto que vimos tratando — pág. 81:

“A parte que denuncia o contrato não é obrigada a dar uma legitimação de seu ato. Mas, o operário que avalia ter sido despedido injustamente pode sempre agir em justiça para reclamar o pagamento dos salarios, que lhe seriam devidos se o contrato não houvesse sido validamente rompido. O patrão deve então, para escapar a uma condenação, alegar um motivo suficientemente grave e apresentar a prova,

(27) — Conf. — Paul Haidant — *Précis de Législation Industrielle et Sociale* — 2.^a ed. — Bruxelles — 1939 — págs. 35/37.

(28) — Mais um caso: “Certas condições são impostas para o exercício do direito de ruptura imediata. A principal é a relativa ao tempo no qual se deve agir”.

“ficando a prova contraria aberta à outra parte” (29).

4 — Na Italia é imensa a jurisprudencia afirmando que incumbe ao empregador provar a existencia de um motivo grave, que justifique a ruptura do contrato de trabalho.

Mesmo antes do advento da magistratura do trabalho e fóra do contrato de trabalho propriamente dito, já era essa a opinião da doutrina e a orientação da jurisprudencia dos tribunais comuns frente à rescisão do contrato de mandato comercial. A hipótese é absolutamente análoga, por isso que o mandato só pode na legislação italiana ser rompido quando possa qualquer das partes alegar uma justa causa a seu favor, sem o que deve uma indenização de perdas e danos à parte prejudicada. (30)

Até mesmo Lessona, tão imbebedo de um sabor acentuadamente clássico e romano nas suas doutrinas, apontando sempre no autor o onus quasi que absoluto de provar o que alega, apresenta a prova neste caso como uma excepção à regra geral — *op. cit.* — pág. 202:

“Pelo art. 366 do Código Comercial a rescisão ou a renuncia em caso de mandato dá lugar a ressarcimento se falta justa causa.

“Deve o demandado provar a justa causa, que invoca para a cessação das relações, que só é legítima se há justa causa”.

Tambem no mesmo sentido é a opinião de Angelo Sraffa, que é, sem favor, o maior autor italiano sobre questões de mandato comercial. Vale, pois, a citação da sua página por extenso, por servir igualmente para o caso estrito da ruptura do contrato de trabalho. O fundamento doutrinário é o mesmo em ambos os casos. Diz ele em *Commentario al Codice di Commercio — Vol. IV — Del Mandato Commerciale e della Commissione — Milano — s/d. — pág. 76:*

“Resta examinar a quem incumbe o onus da prova, frente ao art. 366 do Código de Commercio, se ao mandatario cujo mandato foi rescindido sem justa causa, ou ao mandante que se serviu de uma justa causa para a rescisão. O mandante, rescindindo o mandato, modifica a situação anterior e cria uma situação nova; e porque não possa ele acarretar tal modificação sem uma justa causa, compete-lhe se quiser livrar-se á obrigação de resarcimento fornecer a justificação dos motivos que a determinaram.

“Se assim não fosse, vê-se facilmente como o direito, que é assim pouca coisa, concedido pelo art. 366, tornar-se-ia de fato illusorio, de vez que o mandatario não poderia praticamente superar a dificuldade em que se encontraria para demonstrar que o mandante não tinha justos motivos para lhe rescindir o mandato; e, de outra parte, quando a justa causa para a

“rescisão existe realmente, bem facil será ao mandante fornecer a prova”.

Essas palavras de Sraffa podem ser applicadas sem exclusão de uma virgula à mesma situação que se cria com a despedida de um empregado. Se a lei só permite a dispensa quando existe uma justa causa para tal, importa ao empregador prová-la, sempre que quizer se livrar do pagamento da indenização por rescisão injusta. (31)

Tambem baseado no proprio artigo 1.312 do Código Civil italiano, da prova em geral, opina Lodovico Barassi que compete ao empregador provar a existencia da justa causa, e não o empregado a sua ausencia — *II Diritto del Lavoro — Milano — 1936 — Vol. II — pág. 431:*

“Quem invoca a justa causa para uma denuncia imediata deve provar que a justa causa existe, isto é, deve plenamente substanciar o fato jurídico que invoca para a cessação reprobatoria que o interessa. Se o denunciante pode demonstrar que *jure fecit*, que agiu por justa causa e por isso não abusou do seu direito, só então é isento de qualquer responsabilidade. Fazendo isso opõe uma excepção, da qual tem o onus da prova, à demanda do ressarcimento. Alega a legitimidade do seu proprio ato que deve demonstrar, assim como o devedor deve justificar a sua situação com uma prova de causa extintiva da obrigação (art. 1.312). Se bem que, no passado, algumas sentenças houvessem desconhecido este cânone elementar não há dúvida: tambem deve o destinatario agir como é a regra. O autor, que pode limitar-se a reclamar a existencia de uma válida relação de trabalho, e assim a necessidade de uma denuncia legalmente irrepreensivel, com aviso previo Naturalmente, o interessado, o denunciante deve conciliar (e com isto, justificar) o fato com a pretensão, efetuando logo a rescisão antes que a autoridade judiciaria seja convidada a pronunciar-se”. (32)

Não é abundante a doutrina italiana sobre o onus da prova na rescisão do contrato de trabalho, pelo menos, ao que saibamos. Contudo, como sempre, não deixa a jurisprudencia de se encaminhar no bom sentido apontado pelos poucos tratadistas que cuidaram de tão relevante assunto. Aliás, vem a propósito o lembrar-se aqui o papel importante que representam os tribunais de trabalho na construção da verdadeira doutrina, por isso que, enquanto permanecem os teóricos em dúvidas e tibiezas, vêm-se aqueles obrigados a decidir as questões concretas, tendo de optar por essa ou por aquela maneira de ser. E com isso empurram o direito do trabalho para diante, ajustando a lei à realidade social, para a qual foi ela promulgada, afinal de contas.

Pois bem, é uniforme a jurisprudencia dos tribunais italianos em fazer recair o encargo da prova ao empregador rescindente. Eis alguns

(29) — Conf. — *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, ano de 1931, pág. 547 e segs.

(30) — E' do seguinte teor o art. 366, do Código Comercial italiano: “Se a execução do mandato é interrompida por rescisão do mandante ou por renuncia do mandatario, sem justa causa, dá lugar ao ressarcimento dos danos. Se é interrompida pela morte do mandante ou do mandatario, determina-se a compensação deste em proporção ao que lhe seria devido pela execução completa”.

(31) — Veja-se tambem, sobre o onus da prova em geral, em face dos dispositivos do Código Civil italiano, Luigi Abello — *Della Locazione* — Vol. II — Parte I — Napoli e Torino — 1908 — págs. 450/451.

(32) — Conf. — N. Jaeger — *L'Onere della Prova*, in “*Revista del Lavoro*”, 1932, pág. 617; G. Giovanelli — *Disegno della Teoria delle Prove nel Processo Individuale del Lavoro* — in “*R. del L.*”, 1937-pág. 33.

exemplos tirados da minudente publicação dirigida por C. Fadda, E. A. Porro, A. Raimondi e A. Vedanni, sob o título de *Prima Raccolta Completa della Giurisprudenza sul Codice Civile* — Vol. VI — Milano — 1925 — págs. 979, 995 e 996:

a) “Incumbe, ao invés, ao devedor que invoca a força maior demonstrar a sua exceção e excluir a culpa própria”.

b) “Quando o autor provou haver executado uma obra por conta do demandado, deve este provar que o pagou, e não o autor de não ter sido pago”.

c) “O despedido não pode fazer a prova negativa, de não haver dado causa para a dispensa; tem assim por si a presunção de haver cumprido as suas obrigações; compete por isso a quem o despediu todo o encargo de provar que justamente o dispensou”.

Também em uma coletânea especializada de direito de trabalho — a melhor que existe na Itália, encontramos mais exemplos favoráveis à tese que vimos defendendo ao longo deste ensaio. Trata-se de *Diritto del Lavoro — Legislazione — Dottrina — Giurisprudenza* — Milano — 1937 — págs. 294 e 295:

a) “A sociedade que despêde um empregado por justa causa é obrigada a provar os devidos motivos que determinaram tal providência”.

b) “Incumbe ao réu provar que a causa da despedida foi justificada e não ao autor que foi injusta”.

5 — Outra não é a jurisprudência seguida na Espanha, cuja legislação referente ao processo de despedida perante os tribunais de trabalho é das mais completas que existem. Ao contrário das outras leis estrangeiras, que só cuidam do processo em geral, sem descer a detalhes das diversas modalidades de demandas, diferencia a lei espanhola de 1 de setembro de 1935 sobre *Jurados Mixtos* os capítulos processuais segundo a espécie de ação intentada. Assim é que os há sobre processo especial dos conflitos de trabalho, sobre juízos de despedidas, sobre reclamação de salários e horas extraordinárias, etc.

Perante o direito do trabalho espanhol, a despedida de um operário poderá ser justificada por causas a ele imputáveis ou por motivos independentes de sua vontade. No primeiro caso, não dará direito a nenhuma indenização. No segundo (crise de trabalho, cessação da indústria ou profissão, natureza eventual ou limitada do trabalho, etc.), o operário poderá exigir os salários correspondentes ao prazo de aviso prévio normal estabelecido pelo costume ou pelas bases de trabalho adotadas pelos tribunais de trabalho.

Quando o operário é despedido, por alegar o patrão alguma das causas que justificam a dispensa ou sem indicar motivo algum, poderá o primeiro reclamar ao *Jurado Mixto*, no prazo de dez dias, a contar do dia seguinte ao da dispensa. Recebida a queixa, o Presidente do *Jurado* convocará, dentro do prazo de três dias, o patrão e o operário, e procurará conciliar os interesses em conflito. Se não se chegar a nenhum acordo, marcará o Presidente nova audiência, dentro do prazo de cinco dias, advertindo as partes que compareçam ao ato com

todas as provas que julguem necessárias à sua defesa.

O demandante pode manter a sua ação inicial ou ampliá-la, e o demandado a contestará, afirmando ou negando concretamente os fatos da demanda e alegando quantas exceções ache necessárias. Todas as provas serão admitidas. (33)

Assim não provando a patrão a existência de uma justa causa qualquer, que o isente da responsabilidade de dispensa indevida, vê-se condenado ao pagamento de perdas e danos, além do aviso prévio. Mostraremos dois exemplos; um de jurisprudência oficial do Ministério do Trabalho, outro da Sala 5.ª do Tribunal Supremo (34):

a) “Não tendo sido demonstrado pelo demandado que o contrato rescindido o foi por alguma justa causa legal ou usando de alguma faculdade com eficácia rescisória, normalmente exercida, deve a dispensa ser considerada injusta, de vez que, com relação ao disposto no art. 1. 214 do Código Civil, a prova da extinção das obrigações compete a quem a opõe (Resolução de 5 de setembro de 1932)”.

b) “A existência da justa causa, que legitime a despedida dada pelo patrão ao operário, não se presume, e, por conseguinte, se o demandado não fornece os oportunos elementos de fato que permitam ao sentenciador apreciar algumas das causas de despedida que estabelecem a lei relativa ao contrato de trabalho, não tem o Juiz, provada a despedida, termos habéis para absolver o patrão (Sentença de 31 de março de 1933)”. (35)

6 — Aqui mais próximo de nós, encontra-se idêntica jurisprudência mantida pelos tribunais do México, Chile e Argentina. No primeiro país, regula a espécie o art. 121 da Lei Federal do Trabalho, de agosto de 1931, que enumera as causas justas para a dispensa do empregado, sem que esse possa reclamar qualquer indenização. Caso não ocorra a existência de nenhuma causa legal, poderá o operário pleitear a indenização de três meses de salários ou a reintegração ao trabalho, assim como também o pagamento dos salários vencidos desde o dia em que apresentou a reclamação até que termine o prazo fixado pela Junta para ditar o laudo. Quanto ao onus da prova, esclarece Roberto Amoros — *Derecho de Clase* — México — 1940 pág. 60:

“Quando o patrão despêde o operário alegando alguma das causas que a Lei fixa para

(33) — Arts. 54, 55 e 58 da lei espanhola sobre *Jurados Mixtos*, de 1 de setembro de 1935.

(34) — José Castan Tobeñas — *La Nueva Legislación de Jurados Mixtos* — 1.ª ed. — Madrid — 1935 — págs. 199/200.

(35) — Em Portugal, determina a Lei n.º 1.952 de 10 março de 1937, art. 11 e § único: “A existência de justa causa para a rescisão ou denúncia do contrato por qualquer das partes será apreciada pelo juiz, segundo o seu prudente arbitrio, tendo sempre em atenção o caráter das relações entre dirigentes e subordinados, a condição social e o grau de educação de uns e outros, e as demais circunstâncias do caso.

Considera-se justa causa qualquer fato ou circunstância grave que torne prática e imediatamente impossível a subsistência das relações que o contrato de trabalho supõe”.

"a terminação dos contratos, e não possa pro-
"vá-la, o operario terá direito a exercer as
"ações que foram indicadas ao falar da rescisão
"sem causa justificada por parte do pa-
"trão". (36)

7 — No Chile, dispõe o Código de Trabalho, de 13 de maio de 1931, no art. 164, quais são as justas causas para dispensa do empregado, no art. 166 sobre aviso previo e nos arts. 171/177 sobre a indenização que é devida ao empregado quando despedido sem justa causa, devendo corresponder um mês de salario para cada ano completo de serviço, considerando o salario até o máximo de mil pesos.

Interpretando com justiça e exatidão o texto legal, resolveu a jurisprudencia chilena que o encargo de provar a justa causa é devido ao patrão — Armando Rojas Valenzuela e Alberto Ruiz de Gamboa — *Consultor Práctico de la Legislacion Chilena del Trabajo* — Santiago — 1933 — págs. 255/256:

a) "O empregador pode pôr termo ao contrato, sem pagamento de compensações legais, quando o empregado deu motivo legal para esta determinação; mas incumbe ao empregador provar que, realmente, existiu esse motivo".

b) "Não se tendo produzido o motivo justo no qual se funda o empregador para despedir o empregado, são devidas a este as compensações legais."

c) "Não estabelecidas as causas legais em que o empregador se fundou para despedir o empregado, deve a este as compensações legais".

E' preciso notar que estas decisões citadas são de épocas e tribunais diferentes, o que vem mostrar a segurança e a estabilidade da orientação seguida pelos juizes do Chile nesta questão.

8 — Na Argentina, encontramos numerosos julgados atribuindo ao patrão o onus da prova na rescisão do contrato de trabalho. Citaremos somente alguns, que bastem para confirmar a doutrina geral aqui sustentada. Uma boa fonte a este respeito é a obra de R. J. Vidales — *Trabajo en el Comercio* — Bahia Blanca — 1939, na qual deparamos os casos que se seguem:

a) "Em principio, a prova do fato corre sempre a cargo de quem o alega ou opõe em sua defesa, ou desencargo, ou como elemento necessario ou crédito de um direito. O devedor da obrigação tem, naturalmente, que dar as razões que justifiquem sua inexecução, se quer libertar-se das consequencias que seu inadimplemento traga consigo".

b) "A falta imputada ao empregado, cuja gravidade contribúe para fundar a resolução do contrato, deve ser provada pelo patrão, de forma terminante. (Cam. de Paz Let. de la Cap. Sala 2.^a — Maio 14 — 1937 — Rev. La Ley, t. 6, p. 866 — párr. 250 e 252)".

c) "A falta de prova por parte do patrão,

(36) — Sobre o assunto, escreve Mario de La Cueva uma excelente página, colocando bem a questão em seus justos termos e analisando a jurisprudencia mexicana, que caminhou da tese vitoriosa na Cassação francesa para a adotada modernamente pela doutrina universal, e também seguida entre nós. Leia-se: *Derecho Mexicano del Trabajo* — Mexico — 1938 — págs. 724/728.

"com respeito ao abandono do trabalho, imputado ao empregado, coloca este na situação legal de empregado despedido, com direito às indenizações consequentes. (Cam. de Paz Let. da Cap. Sala 4.^a — Fevereiro 16 — 1938 — *Jurisp. Arg. t. 61, p. 501 — párr. 193.*)" (37)

CAPÍTULO IV NO BRASIL

1 — E' muito parca e indigente a nossa bibliografia sobre o onus da prova no processo do trabalho, e ainda mais no capítulo especial da rescisão da relação de emprego. Estudo doutrinário, digno desta expressão, não conhecemos nenhum. Se existe, que nos perdoe o seu autor. O mais que pudemos reunir foram algumas decisões judiciais, principalmente de tribunais da chamada Justiça Comum, o que vem mostrar a pouca importancia ou o descaso em que vive entre nós um dos assuntos mais importantes e vastos do direito do trabalho.

2 — Limita-se o nosso presente ensaio a estudar somente o encargo da prova na dissolução do contrato. E isto por uma razão muito simples: com a promulgação do Regulamento da Justiça de Trabalho, de 12 de dezembro de 1940, viram alguns elementos apressados no art. 116 uma nova forma de burlar a aplicação da Lei 62, restringindo ou anulando os seus efeitos, com o atribuir ao empregado reclamante todo o encargo da prova, não só da existencia do contrato de trabalho, como da despedida e da ausencia da justa causa. E isso, porque aquele dispositivo de lei declara que a prova das alegações incumbe à parte que as fizer.

Nada mais erroneo. Traduz o Regulamento da Justiça, em linguagem legal, o resultado práctico a que chegou a doutrina mais usual do *onus probandi*, que compete sempre a quem diz. Mas, todo o esforço do intérprete reside justamente em esclarecer o que em realidade diz cada uma das partes. No contrato de trabalho, alega o operario que mantinha um contrato com o seu patrão, o qual foi rescindido injustamente. Tem ele a seu favor a presunção legal, de vez que a lei só permite o rompimento regular da relação de emprego quando o empregado para tanto dá motivo ou em caso de força maior devidamente comprovada. As causas de rescisão

(37) — Ainda muitos outros casos são referidos por Vidales, dentre os quais citaremos mais alguns — págs. 417, 438/449: "A prova do abandono voluntario do trabalho incumbe ao patrão que invoca essa defesa para opor-se à demanda de indenização por despedida. (Cam. de Com. de Buenos Ayres, de 7-11-36)" — "Ao principal que afirma haver despedido o dependente, por in conduta deste, incumbe-lhe a prova da causa alegada para livrar-se da obrigação de indenizá-lo. (Cam. de Paz de B. Ayres, de 16/7/37)" — "Incumbe ao principal a prova da justa causa de rescisão do contrato, que invoca para ficar isento de responsabilidade. Cam. de Paz de B. Ayres — de 16/3/38." — "A falta imputada ao empregado, cuja gravidade contribúe para fundar a resolução do contrato, deve ser provada pelo patrão de forma terminante. (Cam. de Paz de B. Ayres — de 14/5/37)".

Veja-se também no mesmo sentido, as decisões de Eduardo Angel Broquen, Juiz de Paz Letrado de Buenos Ayres — *Empleados de Comercio* — Buenos Ayres — 1936 — págs. 169/177.

são expressamente discriminadas na lei, de modo que até prova em contrário, presume-se irregular e injusta a despedida do subordinado. Compete, pois, ao empregador alegar a justa causa que o levou a resilir o contrato, e prová-la.

Certamente, não fica o operário reclamante em atitude passiva frente à prova do seu antagonista, pode contestá-la, sendo obrigado também a provar o que alega. Porque, apesar de admitir a Justiça do Trabalho o princípio inquisitorio, não é concebível que o juiz advinhe quais sejam os melhores meios de prova a favor de qualquer das partes, nem os nomes das pessoas que possam servir de testemunhas, nem, afinal de contas, os documentos que porventura existam em poder dos interessados, que sirvam para esclarecer o conhecimento exato da demanda. Representam as partes, ainda aqui, um papel proeminentemente ativo, pelo menos no indicar o material, do qual se servirá o magistrado quando julgar necessário. É obvio que o juiz do trabalho pode lançar mão de todos os expedientes instrutorios e ordenar de ofício a produção das provas que achar idoneas para a boa orientação do processo. O que não pode nunca é alegar impossibilidade de decidir por não haver nenhuma das partes provado a sua alegação, ou por não se encontrar ele convencido sobre quem está com a razão. Já se foi o tempo do juiz da anedota, que, ouvindo o autor falar, se convenceu que ele estava com a razão; mas, depois de ouvir a defesa do réu, também se convenceu que este é que estava com a razão, ficando numa dúvida cruel a quem dar ganho de causa. Na impossibilidade de vislumbrar saída para a sua situação, decidiu empatada a questão, condenando o escrivão nas custas...

Nos processos do tipo inquisitorio nunca aconteceria a ocorrência de um caso desta especie. Forma o juiz o seu livre convencimento, valorizando a seu arbitrio a prova produzida pelas partes. Ordena de ofício a produção e a realização dos meios de prova que achar idoneos e necessarios ao esclarecimento da demanda. Na ausencia de lei expressa, pode o juiz fundar-se nos principios gerais do direito ou na equidade. E isso mesmo em caso de obscuridade ou lacuna da lei, no qual não poderá nunca basear-se o juiz para eximir-se de despachar ou dar sentença. Nesses casos, age o magistrado como se fosse legislador, preenchendo as falhas e as faltas deste com todos os meios ao seu alcance, mas sem que nunca possa ele deixar de dar uma decisão nos casos em juízo.

3 — Pela nossa Carta Constitucional de 1937, tem sempre o empregado direito ao seu emprego, que só o perderá quando para isso der motivo expresso. Só em casos excepcionais e fóra do comum poderá ele ser despedido (38). Assim, o normal, o geral, o comum é a permanencia no emprego, a sua continuidade, que se presume sempre válida e eficaz até que aconteça um motivo bastante e justo que a impeça. Quem a interromper, sob a alegação de que

(38) — Art. 137, letra f: "Nas empresas de trabalho continuo, a cessação das relações de trabalho, a que o trabalhador não haja dado motivo, e quando a lei não lhe garanta a estabilidade no emprego, cria-lhe o direito a uma indenização proporcional aos anos de serviço".

existe uma causa legítima, deve prová-la devidamente, para escapar à condenação de ressarcir os danos causados á outra parte, pagando-lhe tantos meses de salarios quantos sejam os anos de trabalho efetivo.

Entre nós, não será nunca lícito a ninguem colocar em dúvida esta questão do onus da prova da justa causa na rescisão do contrato de trabalho. Só se o fizer de má fé ou ignorancia. E mesmo aqueles autores que, em França, atribuiam o encargo da prova ao empregado reclamante, mudariam inteiramente de opinião se tivessem de opinar, entre nós, sobre a mesma materia. Aqui, o que regula a especie não é um simples artigo do Código Civil, mais tarde reformado, mas ainda assim timidamente baseado na teoria do abuso de direito, é sim a propria Constituição do país, inspirada na mais objetiva das teorias do risco, ou seja, a da responsabilidade objetiva ou do risco criado. Sempre que o empregado não der motivo para a cessação da relação contratual terá direito a uma indenização. Deve, pois, o empregador provar terminantemente a existencia dessa causa, se quiser furtar-se ao pagamento da indenização.

Não se trata, perante a lei brasileira, de um simples caso de abuso de direito, no qual o empregador tem o direito normal de despedir o seu empregado, constituindo o abuso uma exceção, por isso mesmo devendo este ser provado pelo empregado, para fazer jús à indenização de perdas e danos. No sistema nacional, muito ao contrario, o abuso é a regra e o direito de despedir é que constitúe a exceção. A dispensa do empregado só é justa e legal quando baseada em motivo legítimo, expressamente consignado na lei.

4 — E assim, felizmente, têm compreendido os tribunais brasileiros, que, apesar de certa insegurança na fundamentação das suas sentenças, sem saber bem porque atribuir ao réu o encargo da prova da justa causa, vêm decidindo sempre de acordo com a boa doutrina. Até mesmo o Supremo Tribunal Federal se manifestou a respeito, embora rapidamente, mas cuja decisão não deixa nunca de trazer consigo o prestigio da sua origem (39):

"Se o empregador deixa de fazer prova de "haver o seu empregado abandonado voluntariamente o serviço, ou nele se conduzido com "inaptidão, fica obrigado a indenizá-lo pelo imprevisto desemprego".

Tambem mais de um tribunal de apelação (lavrou os seus acordãos, baseando-se na mesma doutrina. Das três decisões que conseguimos encontrar, a melhor, a mais extensa e completa, que se ajusta exatamente à opinião de

(39) — *Jurisprudencia do Supremo Tribunal Federal* — Imprensa Nacional — Rio — 1940 — referente ao ano de 1938, Vol. XXXVI 1.^a Parte — págs. 378/379. Agravo de petição n.º 7.291; Relator, Ministro Otavio Kelly; Presidente, Ministro Plinio Casado. No voto escreveu o primeiro: "O réu não fez prova de que o seu ex-empregado tivesse voluntariamente abandonado o serviço nem tampouco a de que fosse despedido por inepcia.

Essa defesa contraditoria induz a convicção de que a dispensa se deu fóra das condições legais, que libertam o locatario da obrigação de indenizar o locador pelo imprevisto desemprego".

Chiovenda, é a proferida pelo Tribunal de Apelação de S. Paulo, do seguinte teor, na parte em que nos interessa — **Revista do Trabalho** — novembro de 1937 — págs. 501/502:—

“A sentença, quanto ao mérito, merece ser reformada. Entendeu o juiz, aceitando as razões da ré, que ao autor é que incumbe provar a ausencia das causas, que justificam a despedida do empregado pelo patrão, porque o contrario seria a inversão dos principios estabelecidos pelo direito comum quanto ao onus da prova. O repudio de tais principios foi, entretanto, o que a sentença agravada consagrou.

“Difícil, sem dúvida, adverte Chiovenda, formular uma regra geral e completa a respeito do principio que governa o onus da prova, embora seja inegavel que a condição da igualdade das partes, em juízo, impõe uma repartição entre elas daquele onus.

“Em regra, o autor deve provar os fatos idoneos constitutivos do seu direito.

Feito isso, deve o juiz acolher a demanda.

“Ao réu incumbe dar a contra-prova ou demonstrar a existencia de outros fatos que ilidam os efeitos jurídicos do provado pelo autor, a saber, os fatos impeditivos. A dificuldade está em saber quais os fatos constitutivos, quais os impeditivos.

“O exame ou o estudo de cada especie jurídica é que dará a medida ao juiz para a sua conceituação e distinção prática entre uns e outros.

“O caso em apreço é de uma ação fundada na Lei n.º 62, de 5 de junho de 1935, que dá direito ao empregado de industria e commercio de haver do patrão, quando não haja prazo estipulado para terminação do respectivo contrato de trabalho, uma indenização, quando fôr despedido sem justa causa.

“Trata-se, pois, de indenização por efeito de rompimento de um contrato de locação de serviços.

“Ora, desde que o autor prove a existencia do contrato de trabalho, nas condições referidas e que fôra despedido pelo patrão, demonstrados, estarão, os fatos constitutivos de um direito a seu favor, porque, provada a sua condição de trabalhador contratado, sem prazo estipulado, assegurado estará o direito de perceber os proventos proprios ou inerentes à função, por força da lei, visto que não é livre às partes, vinculadas por um contrato, rompê-lo sem sofrer as consequencias de inadimplemento do contrato, seria isso um fato a impedir ou obstar os efeitos normais decorrentes de uma situação jurídica estabelecida a favor da outra parte.

“E, como tal, deve ser provado por quem alega e a quem favorece.

“A Lei n.º 62, no art. 5.º, enumera as causas que tem o patrão para despedir o empregado.

“A não ser a de força maior que impossibilita o empregador de manter o contrato de trabalho, as outras constituem fatos anormais, reveladores de faltas por parte do empregado e motivos para excluir a ação de indenização que pleiteou o operario contra o patrão.

“Não é possível que, para obter a indenização, por despedida do emprego, seja o opera-

rio obrigado a fazer a prova negativa de tais causas.

“Isso é materia de defesa e, como fato impeditivo que é, a prova deve incumbir a quem alega.

“A ré alegou que foi o autor despedido por embriaguês habitual ou em serviço e por ato de indisciplina e insubordinação. Desde que se limitou a acusar, sem pretender sequer produzir a prova do alegado, não é possível ao julgador admitir o fato como provado.

“As causas que justificam a dispensa do empregado pelo patrão devem ser provadas por este, desde que aquele demonstre a existencia de fatos idoneos constitutivos de um direito a seu favor, no caso, o contrato de trabalho, por prazo não estipulado e a despedida do emprego, visto que constituem fatos impeditivos dos efeitos normais de uma situação jurídica já demonstrada judicialmente”. (40)

No mesmo sentido, decidiu o Tribunal de Apelação do Distrito Federal, sendo Relator o Desembargador Raul Camargo, sob a Presidencia do Desembargador Antonio Nogueira, e com a presença dos Desembargadores Oliveira Figueiredo, Duque Estrada, Flaminio de Resende e A. Saboia Lima, este último vencido, mas não quanto à parte da prova — in **Revista Forense** — Vol. 83 — 1940 — págs. 496/501:

“A prova negativa, em regra não é exigivel e, às vezes, é mesmo impossivel. Casos há em que o onus da prova não recai sobre quem alega, mas sim sobre quem contesta” (41)

A terceira decisão prometida acima é do Tribunal de Apelação do Estado de Pernambuco, sendo Relator designado o Desembargador Cunha Barreto, sob a Presidencia do Desembargador Germano Freire, constituindo o plenário os Desembargadores João Jugmann, Roderick Galvão, Oswaldo de Souza, Neves Filho, Nestor Diogenes e Pedro Walfrido (vencido) — in **Revista Forense** — Vol. 75 — 1938 — págs. 168/169:

“Na legislação do trabalho, a teoria das provas sofre verdadeira inversão: ao patrão é que incumbe a prova dos fatos que excluem a indenização”. (42)

Em doutrina, o único autor brasileiro que tratou do assunto foi Souza Netto, e ainda assim muito sumariamente (43). Acha este autor, e

(40) — Acordão da 4.ª Camara da Corte de Apelação do Estado de S. Paulo — Agravo n.º 1.748, da Capital. Presidente, Desembargador Manuel Carlos; Relator, Meirelles dos Santos; presente ainda o Desembargador Macedo Vieira.

(41) — No mesmo sentido, aliás, em que se baseia o relator para dar o seu voto — Odilon de Andrade — *Código de Processo Civil e Com. do Distrito Federal* — Vol. 1 — Rio — 1927 — págs. 113/114.

(42) — Como exemplo de sentença cível, orientada no sentido da moderna doutrina do onus da prova, pode-se ver a do Juiz Dr. Emanuel de Almeida Sodré, desta Capital, proferida em 22 de fevereiro de 1930 — *Arquivo Judiciario* — Vol. XIII — págs. 406/407. Baseado em Coviello, escreve esse magistrado que não é facil determinar, em abstrato, a quem compete ou não o onus da prova, o qual, em certos casos, deve ser licitamente invertido.

(43) — *Da Rescisão do Contrato de Trabalho de Duração Indeterminada* — São Paulo — 1937, págs. 151/154.

com razão, que o direito à indenização e à estabilidade assegurado ao empregado pela Lei n.º 62, dependerá, em larga escala, na prática, da solução que tiver a questão relativa à prova. Deixa de lado a discussão que se processou na França, mas opina que entre nós o sistema é diferente, e, em certo momento, afirma:

“Sem entrarmos na apreciação das varias teorias relativas ao onus da prova, podemos concluir que, em face da Lei n.º 62, o onus da prova incumbe ao empregador”.

Trata ainda Souza Netto da questão do abandono de emprego, e do aviso previo por parte do empregado quando se retira do estabelecimento. Acha que neste caso deve caber a prova ao empregado, quando o empregador reclama em Justiça o pagamento de um mês de ordenado; mas, na primeira hipótese compete também ao empregador provar o abandono.

Nada mais exato, como, de resto, já o mostrámos com a jurisprudencia argentina. Aliás, não constitue o abandono de emprego nenhuma figura especial e em separado de falta grave. Encontra-se comum e simplesmente entre as outras do art. 5.º, da Lei 62. Incumbe sempre ao empregador que despede o empregado sob a alegação de occorrença de qualquer dessas causas, prová-las devidamente, inclusive a do abandono.

De resto, em mais de uma vez tentaram os empregadores iludir a applicação da lei, procurando escapar por esse expediente: despediam o empregado, e comunicavam imediatamente ao Ministerio do Trabalho que o mesmo havia abandonado o emprego. Mas tal subterfugio não logrou resultado pratico — quasi diríamos, não chegou a formar jurisprudencia... Esta comunicação prévia e antecipada do empregador às autoridades trabalhistas tem a mesma efficacia como se ele o fizera também para as demais justas causas da lei. Não importa quem chegou primeiro aos tribunais, porque, em se tratando de uma rescisão do contrato de trabalho, que só poderá ser legitima e normal de acordo com os motivos expressamente contidos na lei, incumbe sempre ao empregado provar que cessou a relação de emprego existente; e ao empregador que houve justa causa para esta cessação.

Ainda de acordo com essa orientação expressou-se mais uma vez Souza Netto em artigo ligeiro (44). Também assim entendeu Geraldo Bezerra de Menezes em sentença recente (45). E a *Revista do Trabalho*, em comentario a uma decisão erronea e injusta de um tribunal trabalhista, manifestou-se ardorosamente partidaria da tese que vimos sustentando. O seu pon-

to de vista é de um acentuado sentido humano e pratico, que se esforça por separar o encargo da prova no direito do trabalho dos principios consagrados no chamado direito comum. E' do seguinte teor o comentario em questão (46):

“Certo tribunal de trabalho apreciando uma questão de rescisão de trabalho individual, onde o empregador alegava abandono e o empregado dispensa arbitraria, julgou-a improcedente, porque, como rezava a sentença, “nenhuma das partes produziu qualquer prova”.

“Foi pouco jurídica essa decisão. Vejamos:

“O principio “*autore non probante, reus solvitur*”, de que o tribunal lançou mão para absolver o empregador da indenização por despedida injustificada, não tem cabimento nas controversias individuais de trabalho de tal natureza. Antepõe-se a êle outro principio igualmente valioso e mais adequado: “*onus probandi incumbit qui dicit et non qui negat*”.

“Realmente: se o empregador não alegou ter tido justa causa para a dispensa, cabia ao tribunal julgar procedente a ação, porque a lei exige, para que o patrão seja eximido do pagamento da indenização, uma justa causa que, justificando o ato, prove não ter havido abuso do direito de rescisão. Se o empregador alegou a justa causa, incumbia a ele — *qui dicit* — prová-la — *onus probandi* — e não ao empregado que a negava — *qui negat* — por isso que reclamou rescisão abusiva.

“O “*onus probandi*” não tem, no direito do trabalho, simplesmente o valor de um principio jurídico consagrado. Corresponde mais às exigencias da realidade social. Com efeito, o empregador é, por sua situação especial, o detentor de quasi todos os meios de prova: é reconhecido o direito de baixar regulamentos de empresa; os recibos de pagamento e quitação ficam em seu poder, como pagador que é; e, sobretudo, em caso de rescisão de sua parte, é ele quem inicialmente conhece os motivos que a determinaram, sendo incomparavelmente mais facil prová-los, tanto com uma prova momentanea e casual, como com provas constituídas especialmente para o fim a que se propõem (flagrantes, chamada de pessoas para testemunhar o ato, etc.): seriam provas positivas, enquanto que se o onus da prova da causa injusta coubesse ao empregado teriamos provas negativas, dificeis ou precarias”.

Dizem que todos os caminhos levam a Meca, e mais uma vez veiu esse adagio se confirmar pelos trechos citados acima. Chegou o seu autor à conclusão certa, embora se baseando por vezes em afirmativas não de todo exatas e isentas de criticas.

Assim é que, mesmo no campo do direito processual civil e comercial, já é cãnone pacífico a repartição do onus da prova. Nem sempre é o réu absolvido por ter deixado o autor de provar a sua demanda. Sobre isso já nos referimos anteriormente neste mesmo estudo. Veja-se também a improcedencia desta máxima romana no direito processual moderno demonstrada por Mattiolo, na obra citada, pág. 381.

(46) — *Revista do Trabalho* — dezembro de 1940 — pág. 590 — nota na redação. Veja-se um caso de jurisprudencia em Alexandre Monteiro Lopes — *Dispensa sem Justa Causa* — Rio — 1939 — págs. 10/11).

(44) — *Da Natureza Juridica da Relação de Emprego* — in “*Revista de Direito Social*” — Setembro de 1941 — págs. 111/113. “Ainda, quanto à prova do rompimento da relação e suas consequencias, não se exige que o empregado prove que o empregador deixou de cumprir as suas obrigações, sendo sufficiente a prova de que foi despedido, incumbindo ao empregador demonstrar que o fez com justa causa”.

(45) — Decisão da 2.ª Junta de Conciliação e Julgamento do Distrito Federal, in “*Revista do Trabalho*” — Agosto de 1941 — pág. 448: “Considerando que, em face da Lei n.º 62, ao empregado cumpre, como é corrente, a prova da dispensa; ao empregador, a prova do motivo justo”.

Também não descansa em bom fundamento jurídico o dizer-se que é impossível a prova de uma negativa. Já vimos, a respeito, a crítica de Chiovenda. E até em meados do século passado, demonstrára Bonnier decisivamente que se pode provar uma negativa.

Finalmente, não é verdade que não se apliquem os princípios consagrados do processo comum ao direito do trabalho. Em todas as legislações do mundo é o direito processual comum fonte subsidiária do direito processual do trabalho, naquilo em que não o contrariar. Por outro lado, sofrem os princípios clássicos da teoria da prova a mais profunda crítica por parte dos modernos doutrinadores do processo contemporâneo. Todo o direito, tanto faz ser civil, comercial, penal ou do trabalho, nasce do fato social, sofre a sua influencia direta, caminha junto com a sociedade mesma, em alguns casos, é o proprio direito do trabalho quem reage sobre a formação tradicional do direito civil, fornecendo-lhe novos elementos até então inaceitáveis.

E quanto ao onus da prova, em particular, nada há de contraditorio, nem de excepcional, na sua adoção pelo direito do trabalho. Aplicam-se aqui, como sobejamente o demonstrámos ao longo do nosso estudo, todos os princípios da moderna doutrina do direito processual civil, nas suas mais avançadas conquistas. E' preciso de uma vez por todas declarar-se que o direito do trabalho é tão objetivo e rigoroso como qualquer outro ramo da ciência jurídica. Não vivem as suas decisões oscilando desorientadas, ao sabor de um sentimentalismo banal e assucarado. Não, não se deve somente argumentar com equidade, espírito de justiça, e outras expressões mais ou menos equívocas que nada explicam, e que só servem para desacreditar a aceitação deste novo ramo do direito como um corpo rígido e definitivo — embora com características próprias e inconfundíveis — da comum ciência jurídica.

Na rescisão do contrato de trabalho, incumbe ao empregador o onus da prova, não porque o operario seja mais fraco e pobre, e sim porque a lei brasileira só permite a despedida quando existir uma justa causa para tanto. Logo, incumbe a quem rompe o contrato, até então normalmente existente, provar com precisão a existencia deste motivo, e não o operário a sua ausencia. Tem este a seu favor a absoluta presunção legal de que nada fez, de que não cometeu nenhuma falta grave, até que expressamente fique provado o contrario.

Mas, essas afirmações jogadas aqui por nós com todo o peso do dogmatismo de uma questão pacífica e definitivamente resolvida, nem sempre poderiam ser feitas com tamanha simplicidade. Tempo houve — e ainda agora continúa a haver na França — em que muito se discutiu sobre o onus da prova nos conflitos individuais do trabalho e, particularmente, na caracterização do motivo legítimo para a dispensa do empregado.

Deve o autor provar os fundamentos em que descansa a sua ação, mas não todos, e sim, tão somente, aqueles que bastem para constituir o seu direito e sejam suficientes para justificar o acolhimento da sua demanda em juízo. Em sua defesa, alega o réu um fato extintivo ou impeditivo que invalida ou torna existente o direito do autor, compete-lhe, pois, prová-lo.

E' esta a doutrina do onus da prova no processo civil, que igualmente se aplica ao processo do trabalho. Resta unicamente ao juiz adaptá-la aos casos concretos, nada mais.

E foi somente isso que nos esforçámos por realizar com algum êxito no tocante à rescisão do contrato de trabalho.

CONCLUSÃO

Nos processos de reclamação por despedida injusta, incumbe ao empregador o onus da prova de que houve justa causa para tanto, e não ao empregado de que não houve — Compete a este provar a existencia do contrato de trabalho, e àquele a superveniencia de motivo legítimo que impede a sua continuação.

As leis sociais com que o atual Governo por iniciativa própria, tem procurado amparar as classes trabalhadoras, devem constituir motivo de orgulho para os brasileiros.

Presidente GETULIO VARGAS

Banco Hipotecario LAR BRASILEIRO S. A. DE CREDITO REAL

OUVIDOR, 90 — RIO DE JANEIRO
Sucursais: — São Paulo, Santos, Baía

CARTEIRA HIPOTECARIA — Empréstimos a longo prazo para construção e compra de imóveis. Contratos liberais. Resgate em prestações mensais.

CARTEIRA COMERCIAL — Descontos de efeitos comerciais, warrants e contas correntes garantidas.

DEPOSITOS — Em contas á vista e a prazo, mediante as seguintes taxas: MOVIMENTO, 3 % ao ano; CONTA LIMITADA, 5 % ao ano; CONTA PARTICULAR, 6 % ao ano; PRAZO FIXO, 1 ano, 7 % ao ano, 2 anos ou mais, 7½ % ao ano, COM AVIZO PREVIO de 60 dias, 4 % ao ano e 90 dias, 5 % ao ano; A PRAZO COM RENDA MENSAL, 1 ano, 6½ % ao ano; 2 anos, 7 % ao ano.

SECÇÃO DE IMOVEIS — Residências, Lojas e Escritórios modernos.

Otimas construções no Flamengo, Avenida Atlantica, Esplanada do Castelo e outros bairros valorizados. Vendas a longo prazo, com pequena entrada inicial e o restante em parcelas mensais equivalentes ao aluguel.



Nossos funcionários incorporados às forças armadas — convocados ou voluntários — percebem os seus ordenados integralmente