



PROCESSO N° TST-RR-626-98.2010.5.05.0003

A C Ó R D ã O
(1ª Turma)
GMHCS/dpt

RECURSO DE REVISTA. DANOS MORAIS. AUSÊNCIA DE PROVA DO ALEGADO TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DO RECLAMANTE. INDENIZAÇÃO INDEVIDA.

1. O Tribunal de origem registrou que “a prova produzida nos autos se mostrou dividida. As duas testemunhas indicadas pelo reclamante corroboram a tese obreira de que o gerente usava de palavras de baixo calão e tratava de forma preconceituosa os funcionários baianos. Todavia, as duas testemunhas empresariais afirmaram que nunca viram o gerente destrutando seus funcionários ou fazendo qualquer tipo de brincadeira em razão da naturalidade destes”. E, nesse contexto, concluiu que, “em casos nos quais se alega a prática de atos de discriminação – dada a natural dificuldade na comprovação dos fatos -, cabe ao juiz se valer em indícios e presunções, se for o caso, ou mesmo inverter o ônus da prova” e que, “a prova dividida milita em favor de quem alega a discriminação, até porque, tais atos, em geral, são praticados na surdina”, condenando a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais).

2. Nos termos dos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito. Cabia, assim, ao reclamante, provar o fato constitutivo do direito à indenização por danos morais, qual seja, a existência de tratamento discriminatório e desrespeitoso.

3. Nesse contexto, em que, a teor do acórdão regional, a prova produzida pelo reclamante não foi suficiente a demonstrar a alegada discriminação, o Colegiado de origem, ao condenar a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais, ao fundamento de que “a prova dividida milita em favor de quem alega a discriminação”, aplicou mal os princípios disciplinadores da



PROCESSO N° TST-RR-626-98.2010.5.05.0003

repartição do ônus da prova, violando os artigos 818 da CLT e 333 do CPC.

Recurso de revista conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n° **TST-RR-626-98.2010.5.05.0003**, em que é Recorrente **CHURRASCARIA FOGO DE CHÃO BA LTDA.** e Recorrido **NAILSON DA SILVA CARDOSO.**

O Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, pelo acórdão das fls. 442-9, deu parcial provimento ao recurso ordinário do reclamante para “deferir o pagamento das horas extras àquelas que ultrapassarem o limite semanal de 44 horas e apenas o pagamento do adicional de horas extras para aquelas destinadas à compensação, apurando-se com base nos cartões de ponto, e deferir o pagamento da indenização por danos morais na quantia de R\$35.000,00 (trinta e cinco mil reais)”.

No julgamento dos Embargos de Declaração (fls. 506-10 e 526-7), a Corte Regional deu provimento ao apelo do reclamante para “acrescer à condenação o pagamento do intervalo intrajornada, acrescido de 50%, nos dias em que houve a sua concessão em tempo inferior a uma hora, bem como das diferenças decorrentes da impositiva integração salarial” e provimento parcial ao apelo da reclamada para “aumentar o valor das custas para R\$40.000,00 (quarenta mil reais), fixando em R\$800,00 (oitocentos reais) as custas processuais incidentes”.

Inconformada, a reclamada interpõe recurso de revista às fls. 532-62, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do art. 896 da CLT.

Despacho positivo de admissibilidade do recurso de revista às fls. 684-6.

Contrarrazões às fls. 690-712.

Dispensada a remessa ao Ministério Público do Trabalho (art. 83, § 2º, I, do RITST).

É o relatório.

V O T O



PROCESSO N° TST-RR-626-98.2010.5.05.0003

I - CONHECIMENTO

1. PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

Tempestivo o recurso (fls. 528 e 532-4), regular a representação (fls. 84 e 532-4) e efetuado o preparo (fls. 305-6, 584 e 596). Preenchidos, portanto, os pressupostos genéricos de admissibilidade do recurso.

2. PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

2.1. DANO MORAL. DISCRIMINAÇÃO. ÔNUS DA PROVA

O Colegiado Regional reformou a sentença e condenou a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais, no importe de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais), em razão dos alegados atos de discriminação sofridos pelo reclamante. Eis os termos do *decisum* (446-8) :

“Do Dano Moral:

Inconforma-se o reclamante com a decisão de piso que julgou improcedente o pleito de danos morais. Alega, em síntese, que o juiz de piso não valorou os depoimentos das testemunhas que comprovam as agressões, insultos e perseguições do gerente para com os funcionários nascidos na Bahia. Aduz que os testigos trazidos pela reclamada eram gaúchos e por isso não sofriam a mesma discriminação do reclamante, motivo pelo qual seus depoimentos devem ser desconsiderados.

Vejamos. No meu sentir, **a prova produzida nos autos se mostrou dividida. As duas testemunhas indicada pelo reclamante corroboraram a tese obreira de que o gerente usava de palavras de baixo calão e tratava de forma preconceituosa os funcionários baianos. Todavia, as duas testemunhas empresariais afirmaram que nunca viram o gerente destratando seus funcionários ou fazendo qualquer tipo de brincadeira em razão da naturalidade destes (fls.121/123).**

Nessa circunstância, devem ser utilizadas pelo julgador as regras que concernem à distribuição do ônus da prova, pelo que a causa deve ser decidida contra a parte que detinha o ônus de comprovar a sua alegação e dele não se desincumbiu, *in casu*, o reclamante.

Ademais, ressalte-se que o simples fato de os funcionários serem gaúchos não tem o condão de presumir que estes tenham prestado depoimento tendencioso, máxime porque o testigo prestou depoimento sob juramento, ciente de que poderia incorrer na pena de falso testemunho se faltasse com a verdade, razão pela qual não se pode desconstituir seu depoimento sem prova robusta da alegada falsidade. O interesse na causa ou o favorecimento a uma das partes são detectados no decorrer da instrução, na qual o magistrado, ao conduzir o interrogatório com maior cautela do que nos casos comuns, discernirá entre o verdadeiro e o falso, dando ao relato da



PROCESSO N° TST-RR-626-98.2010.5.05.0003

testemunha o valor que possa merecer ou mesmo descredenciá-lo. **No caso em tela, o juiz de piso, que teve contato com as partes, tendo, por consequência, melhor condição de aferir a intenção delas e a firmeza dos relatos com os fatos controvertidos narrados, decidiu considerar plenamente válidos os depoimentos das testemunhas da empresa.**

Contudo, **fiquei vencido quando do julgamento do presente recurso pela Primeira Turma Julgadora que, por maioria, acolheu o voto divergente apresentado pela Exmo. Desembargador EDILTON MEIRELES DE OLIVEIRA SANTOS**, no sentido de dar provimento ao recurso do reclamante, deferindo a condenação em danos morais, nos termos abaixo transcritos:

"Permissa venia, entendo que, em casos nos quais se alega a prática de atos de discriminação - dada a natural dificuldade na comprovação dos fatos -, cabe ao juiz se valer em indícios e presunções, se for o caso, ou mesmo inverter o ônus da prova.

E no caso dos autos, o eminente Relator, assim como o Juiz de Primeiro Grau, valeram-se do argumento da prova dividida para concluir que não se convenceram da alegada discriminação. Contudo, a mim me parece que, em casos tais, a prova dividida milita em favor de quem alega a discriminação, até porque, tais atos, em geral, são praticados na surdina.

Assim, voto por prover o recurso neste ponto, condenando a empresa no pagamento da indenização por danos morais na quantia de R\$ 35.000,00." (grifamos)

Quando do exame dos embargos de declaração opostos pela reclamada, o Colegiado Regional consignou que (fls. 509-10):

“EMBARGOS DECLARATÓRIOS DA RECLAMADA:

Sustenta a embargante, sob o fito de prequestionar a matéria, que ocorreu violação às disposições do artigo 818 da CLT e 333 do CPC, na medida em que é vedado ao magistrado inverter a distribuição do ônus da prova. Alega que negou o assédio moral pleiteado pelo embargado, razão porque a ele incumbia a prova das suas alegações, consoante se pode verificar na farta jurisprudência acostada aos autos. Alega, ainda, que houve omissão no tocante à fixação do quantum indenizatório, uma vez que, malgrado tenha reformado a sentença para condenar a embargante numa indenização excessiva de R\$35.000,00 (trinta e cinco mil reais), não houve a correta especificação dos critérios ensejadores de tal montante, violando o artigo 5º, inciso V, da CF/88.

Não se vislumbram os vícios apontados. Primeiramente, cumpre destacar que os embargos de declaração não servem para reapreciar a matéria fática trazida aos autos, como propõe o embargante. Segundo o art.897-A da CLT, para o cabimento dos embargos declaratórios, necessário se faz que padeça o aresto de omissão, contradição ou manifesto equívoco exame dos pressupostos extrínsecos do recurso, o que não ocorreu *in casu*.

Assim, não cabe mais questionar por esta via horizontal as razões de decidir do acórdão de fls.219/222-v, no qual esta 1ª Turma decidiu, por maioria, vencido este Relator, pela condenação da empresa em danos morais no importe de R\$35.000,00 (trinta e cinco mil reais). Foi dito que a prova dividida militaria em



PROCESSO N° TST-RR-626-98.2010.5.05.0003

favor de quem alega a discriminação em razão de tais atos, em geral, serem praticados na surdina.

Demais disso, cumpre esclarecer que não há se cogitar violação aos artigos legais e constitucionais supracitados, já que embora não esteja expresso no voto divergente, acolhido por maioria, é latente que este *ad quem* se valeu do bom senso, procurando não se distanciar dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para fixar o quantum indenizatório. Foi considerado todo o conjunto probatório dos autos, bem como os aspectos objetivamente aferíveis, como a remuneração e o tempo de serviço do acionante, a capacidade financeira do empregador, a extensão de sua culpa e a repercussão psicológica do dano causado ao obreiro.

Desse modo, não existem vícios no julgado, bem como não há na decisão afronta a quaisquer dos dispositivos legais ou constitucionais invocados. Outrossim, todos os esclarecimentos sobre a matéria foram realizados, motivo pelo qual a prestação jurisdicional se encontra completa nesta instância. Se, mesmo assim, a parte entende que o posicionamento exarado no voto se encontra equivocado, deve fazer uso do remédio jurídico próprio, já que os embargos declaratórios não se prestam a tal finalidade.”

Nas razões do recurso de revista, a reclamada alega que “ao reconhecer a existência da “prova dividida”, o E. Tribunal Regional deveria ter julgado de acordo com a regra de distribuição do ônus da prova”, o que não ocorreu na hipótese haja vista que, diante da negativa do assédio moral pelo recorrente, cabia ao recorrido o ônus da prova, do qual não se desincumbiu, como registrado na decisão regional. Requer, portanto, a exclusão da condenação da indenização por danos morais porquanto não restou comprovado o suposto assédio moral. Indica ofensa aos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC e colaciona arestos para dissenso de teses.

Ao exame.

O Tribunal de origem registrou que “a prova produzida nos autos se mostrou dividida. As duas testemunhas indicadas pelo reclamante corroboram a tese obreira de que o gerente usava de palavras de baixo calão e tratava de forma preconceituosa os funcionários baianos. Todavia, as duas testemunhas empresariais afirmaram que nunca viram o gerente destratando seus funcionários ou fazendo qualquer tipo de brincadeira em razão da naturalidade destes”.

E, nesse contexto, concluiu que, “em casos nos quais se alega a prática de atos de discriminação – dada a natural dificuldade na comprovação dos fatos -, cabe ao juiz se valer em indícios e presunções, se for o caso, ou mesmo inverter o ônus da prova” e que, “a prova dividida milita em favor de quem alega a discriminação, até porque, tais atos, em geral, são praticados



PROCESSO Nº TST-RR-626-98.2010.5.05.0003

na surdina”, condenando a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais).

Nos termos dos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito. Cabia, assim, ao reclamante, provar o fato constitutivo do direito à indenização por danos morais, qual seja, a existência de tratamento discriminatório e desrespeitoso.

Nesse contexto, em que, a teor do acórdão regional, a prova produzida pelo reclamante não foi suficiente a demonstrar a alegada discriminação, o Colegiado de origem, ao condenar a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais, ao fundamento de que “a prova dividida milita em favor de quem alega a discriminação”, aplicou mal os princípios disciplinadores da repartição do ônus da prova, violando os artigos 818 da CLT e 333 do CPC.

A respeito da matéria, transcrevo precedentes deste Tribunal:

“INTERVALO INTRAJORNADA. CARTÕES DE PONTO VÁLIDOS. OBSERVÂNCIA ÀS REGRAS DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. O Regional consignou que a prova oral produzida se encontra dividida, pois existe um depoimento que afirma que o reclamante somente gozava de 15 a 20 minutos de intervalo intrajornada, e outra testemunha que confirmou que os empregados, inclusive o reclamante, descansavam 1 hora e 30 minutos a título de intervalo intrajornada. Como foi registrado pela Corte a quo que os cartões de ponto apresentados pelo primeiro demandado eram válidos, não há falar em ofensa ao artigo 74, § 2º, da CLT ou mesmo contrariedade à Súmula nº 338, item I, do TST, pois a ora agravante se desincumbiu a contento de seu ônus probatório. Dessa forma, superada a questão da inversão do ônus da prova para as empresas com mais de 10 empregados em estabelecimento, deve-se observar o que dispõe o artigo 818 da CLT, que determina que a regra geral é que o ônus da prova compete a quem alega o direito, ou seja, cabe à parte demonstrar os fatos constitutivos do direito que persegue em juízo, de tal modo que, estando a prova dividida, não há como considerar que o reclamante usufruía parcialmente do intervalo intrajornada, não fazendo jus ao pagamento de horas extras. Agravo de instrumento desprovido” (AIRR - 20-92.2013.5.15.0001 Data de Julgamento: 08/04/2015, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/04/2015).



PROCESSO N° TST-RR-626-98.2010.5.05.0003

"RECURSO DE REVISTA. 1. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. ÔNUS PROBATÓRIO. PROVA DIVIDIDA. Constatada a equivalência de provas quanto ao fato constitutivo do direito à equiparação salarial - identidade de funções -, a causa deve ser decidida em prejuízo de quem detinha o ônus de provar, no caso, o autor. Recurso de revista não conhecido. 2. (...). Recurso de revista conhecido e desprovido" (RR - 383-64.2011.5.09.0018, Relator: Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 25/2/2015, 3.ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/2/2015.)

"RECURSO DE REVISTA. APELO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 13.015/2014. ÔNUS DA PROVA. PEDIDO DE CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE DIFERENÇAS SALARIAIS. PROVA DIVIDIDA. JULGAMENTO EM DESFAVOR DA PARTE A QUEM INCUMBE O ÔNUS PROBATÓRIO. Nos termos dos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC, o ônus de fato constitutivo cabe ao Autor. A tese do Reclamante expressa na decisão recorrida é a de que foi contratado para trabalhar na função de servente e, no entanto, passou a trabalhar como motorista de máquinas. Outra peculiaridade é que diante da prova dividida, prevaleceu a tese declinada na exordial em observação ao princípio do in dubio pro operario, ou ao princípio de proteção ao hipossuficiente. Ocorre que, no caso dos autos, verificou-se ainda a existência da prova dividida, porquanto empregado e empregador, por meio de suas respectivas testemunhas, ratificaram a tese autoral e confirmaram a tese defensiva. Diante do referido quadro fático, em que a prova produzida encontra-se dividida, doutrina e jurisprudência entendem que a lide deve ser decidida em prejuízo de quem detinha o ônus de provar, no caso, o Autor. Assim, ao contrário da decisão recorrida, o ônus da provado fato constitutivo é do Autor, do qual não se desincumbiu. Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido" (RR - 621-68.2013.5.05.0101 Data de Julgamento: 11/11/2015, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/11/2015).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMANTE. (...). EQUIPARAÇÃO SALARIAL. ÔNUS DA PROVA. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 818 DA CLT E 333 DO CPC. INOCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. O egrégio Colegiado Regional consignou que a prova oral mostrou-se dividida quanto à equiparação salarial. Assim, ante a ausência de prova cabal da identidade de funções entre o Reclamante e os paradigmas, ônus que era do autor, manteve a sentença que indeferiu o pedido de diferenças salariais. Dessa forma, verifica-se que o egrégio Colegiado Regional distribuiu corretamente o ônus da prova, uma vez que julgou contra quem tinha o ônus do provar. Intactos, pois, os artigos 818 da CLT e 333 do CPC. Recurso de revista de que não se conhece" (RR - 217300-86.2009.5.15.0113, Relator: Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 13/5/2015, 5.ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/5/2015).



PROCESSO Nº TST-RR-626-98.2010.5.05.0003

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. VÍNCULO DE EMPREGO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PELAS RECLAMADAS. PROVA DIVIDIDA. ÔNUS DA PROVA. As normas legais concernentes à distribuição do ônus da prova são "regras de julgamento" (arts. 818 da CLT e 333 do CPC), as quais dispõem ser do autor o ônus de comprovar os fatos constitutivos do seu direito e, do réu, os fatos capazes de impedir, modificar ou extinguir o direito invocado pelo autor. Na hipótese, o Regional consignou que a prova testemunhal apresentada por ambas as partes era diametralmente oposta, constatando-se a denominada "prova dividida", sendo a controvérsia dirimida à luz do critério da distribuição do ônus da prova. Assim, a base fática da controvérsia não pode ser revolvida por este Tribunal (Súmula 126/TST). Cabe tão-somente a esta Corte a conclusão jurídica dela resultante, ou seja, examinar se os fatos lançados no acórdão impugnado tiveram o correto enquadramento jurídico a partir da premissa fática constante no acórdão, qual seja, a existência de "prova dividida" e o critério utilizado para o julgamento de distribuição do ônus da prova. Persiste a conclusão regional de que caberia ao obreiro o ônus da provado fato constitutivo de seu direito, em face da negativa de prestação de serviços pelas Reclamadas. Agravo de instrumento desprovido” (AIRR - 71440-04.2003.5.18.0009 Data de Julgamento: 03/02/2010, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/02/2010).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. PROVA DIVIDIDA. ÔNUS DA PROVA. Os artigos 818 da CLT e 333 do CPC disciplinam a distribuição do encargo probatório entre as partes do processo. O ônus da prova é uma regra de julgamento utilizada nos casos em que a prova não foi produzida ou revelou-se insuficiente ou inconclusiva para o convencimento do juiz. Assim, a violação dos mencionados dispositivos legais somente ocorre na hipótese em que magistrado decide mediante atribuição equivocada desse ônus. No caso, o reclamante alegou o trabalho em sobrejornada não quitado, fato constitutivo do seu direito, e detinha o ônus de comprová-lo. O Tribunal Regional registrou que a prova se revelou dividida, uma vez que -os depoimentos prestados pelas testemunhas ouvidas foram contraditórios entre si-, e reconheceu que o autor não se desvencilhou do ônus de provar o fato constitutivo de seu direito. Logo, não se há de falar em afronta ao artigo 818 da CLT. Agravo de instrumento a que se nega provimento” (AIRR - 2286-84.2011.5.02.0421 Data de Julgamento: 06/08/2014, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/08/2014).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMANTE. ACÚMULO DE FUNÇÕES. ÔNUS DA PROVA. PROVA DIVIDIDA. O Regional registrou a ocorrência de prova dividida. Isso porque concluiu, amparado no princípio do livre convencimento motivado (artigo 131 do CPC), que as provas produzidas - depoimento das testemunhas da reclamante e da reclamada - se equivalem, não podendo, a partir do conjunto probatório, decidir pela prova mais robusta. Por esse motivo, assentou que a



PROCESSO N° TST-RR-626-98.2010.5.05.0003

reclamante não conseguiu se desincumbir do ônus da provado fato constitutivo do seu direito, não tendo comprovado o alegado acúmulo de função. Nesse contexto, a decisão regional não viola os arts. 818 da CLT e 333 do CPC. Agravo de instrumento conhecido e não provido” (AIRR - 1029-84.2012.5.05.0007 Data de Julgamento: 04/03/2015, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/03/2015).

Conheço, pois, do recurso por violação dos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC.

II - MÉRITO

DANO MORAL. DISCRIMINAÇÃO. ÔNUS DA PROVA

Corolário do conhecimento do recurso de revista, por violação dos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC, é, ao exame do mérito, o seu **provimento** para restabelecer a sentença quanto à improcedência do pedido de indenização por danos morais. Prejudicado o exame do tema remanescente, referente ao valor da indenização por danos morais.

Recurso de revista provido.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista quanto ao tema “dano moral - discriminação - ônus da prova”, por violação dos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC, e, no mérito, dar-lhe provimento para restabelecer a sentença quanto à improcedência do pedido de indenização por danos morais. Prejudicado o exame do tema remanescente.

Brasília, 02 de dezembro de 2015.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

HUGO CARLOS SCHEUERMANN

Ministro Relator