

A DIFICULDADE PROBATÓRIA DE PRÁTICAS DISCRIMINATÓRIAS E A SUA AMEAÇA AO EFETIVO E ADEQUADO ACESSO À JUSTIÇA

THE HARD PROOF OF DISCRIMINATORY PRACTICES AND THE RISK TO EFFECTIVE AND ADEQUATE ACCESS TO JUSTICE

Gustavo Carvalho Chehab¹

RESUMO

O presente estudo procura investigar a dificuldade de acesso adequado e efetivo à Justiça para a proteção contra práticas discriminatórias. A questão é saber se o Judiciário brasileiro atua de maneira eficaz no combate à discriminação, considerando a peculiaridade do caso concreto e a dificuldade probatória inerente a certas espécies de discriminação. Para isso, busca-se compreender o direito da antidiscriminação e as espécies existentes de sua violação e os tipos, técnicas e teorias de prova e de encargo probatório disponíveis. Após essa revisão bibliográfica, propõe-se uma breve pesquisa qualitativa e quantitativa de jurisprudência e a análise dos resultados para compreender a atuação de tribunais na análise de litígios sobre essa temática. Espera-se, ao final, obter dados sobre o acesso substancial à Justiça e seu papel na efetivação do direito da antidiscriminação.

PALAVRAS-CHAVE:

Direito da antidiscriminação. Prova Judicial. Ônus da prova. Acesso efetivo à Justiça.

ABSTRACT

The present study seeks to investigate the difficulty of the adequate and effective access to Justice for the protection against discriminatory practices. The question is whether the Brazilian Judiciary operates effectively to combat discrimination, considering the peculiarity of the case and the evidentiary difficulties inherent in certain species of discrimination. For this, it's important to understand the anti-discrimination law and its species of violations, and the types, techniques and theories of proof and evidential burden available. After this literature review, a brief qualitative and quantitative research of jurisprudence and the analysis of the results is proposed to understand the role of judicial decisions in this topic. It is expected, in the end, to obtain data on substantial access to justice and its role in the enforcement of anti-discrimination law.

KEYWORDS:

Anti-discrimination right. Judicial Evidence. Burden of proof. Effective access to Justice.

¹ O autor é Doutor em Direito (Uniceub/DF), Mestre em Direito Constitucional (IDP/DF), Juiz do Trabalho substituto (TRT da 10ª Região) e Professor substituto (Unb/DF) e visitante (Uniceub/DF).

INTRODUÇÃO

Desde a Revolução Francesa, a igualdade foi se consolidando como um dos pilares do Estado Democrático de Direito em detrimento da nobreza, da riqueza, da patente, do ofício desempenhado e da proximidade com o soberano. Uma verdadeira democracia e uma sociedade justa pressupõem a igualdade de direitos de seus cidadãos, ainda que presente a pluralidade e a diversidade no seu corpo social. A discriminação, o tratamento desigual, diferenciado e injustificado, constitui grave negação dos direitos fundamentais e da ordem constitucional de uma nação democrática. Ao Estado incumbe defender a igualdade contra toda forma de discriminação, cabendo ao Poder Judiciário, de modo particular, cumprir e fazer cumprir a Constituição e as leis do país.

O presente estudo procura investigar o acesso adequado e efetivo à Justiça para a proteção substancial contra práticas discriminatórias a partir do tratamento probatório adotado em litígios que envolvam a comprovação dessas condutas. A questão é saber se o Judiciário brasileiro atua de maneira eficaz no combate à discriminação, considerando a peculiaridade do caso concreto e a dificuldade probatória inerente a certas espécies de discriminação. Parte-se de uma revisão da literatura sobre o direito da antidiscriminação, as espécies de discriminação, os tipos, técnicas e teorias de prova e de encargo probatório. Após, uma pesquisa de jurisprudência e a análise do conteúdo dos resultados serão úteis para a compreensão da atuação de tribunais em litígios cíveis e criminais sobre essa temática.

A pesquisa é pertinente não apenas em razão do ordenamento constitucional e legal vigente e dos Tratados internacionais promulgados pelo país, mas também para avaliar se a técnica probatória utilizada em decisões judiciais é adequada para essas demandas ou se as dificuldades probatórias encontradas pelas potenciais vítimas inviabilizam, na prática, a proteção judicial de seus direitos fundamentais, colocam o acusado em vantagem processual, chancelam a discriminação ou, pior ainda, se o Estado-Juiz, na prática, nega o acesso substancial à Justiça, isto é, adequado e efetivo, em demandas judiciais que tratam de discriminação.

Espera-se que a investigação possa ser útil para a reflexão, para a efetivação dos princípios da igualdade e do direito da antidiscriminação, tão caras e importantes para o Estado Democrático de Direito e para o aprimoramento da práxis processual.

1. DIREITO DA ANTIDISCRIMINAÇÃO

O princípio universal que proíbe qualquer prática discriminatória constitui direito fundamental da pessoa humana e é um dos objetivos fundamentais da República do Brasil. Ele está presente em diversos dispositivos da Constituição Federal, em especial os art. 3º, IV, 5º, *caput*, XLI e XLII, e 7º, XX, XXX, XXXI e XXXII, e em diversos tratados internacionais e leis brasileiras. A igualdade das pessoas perante a lei, sem qualquer discriminação, está assegurada pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 7º) e pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de São José (art. 24), que veda a prática de discriminação.

Tratados internacionais como os Pactos Internacionais sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e sobre Direitos Cívicos e Políticos, promulgados pelos Decretos nºs 591 e 592/1992, as Convenções Internacionais sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação racial e contra mulher, promulgadas pelos Decretos nºs 65.810/1969 e 89.460/1984, trazem diversas disposições sobre a discriminação, entre as quais: o compromisso do exercício dos direitos sociais previstos sem discriminação; o direito de acesso, sem qualquer forma de discriminação e em condições de igualdade, às funções públicas do país; o tratamento igual perante tribunais e órgãos de Justiça; o direito de pedir em tribunais uma “satisfação ou repartição justa e adequada” de qualquer dano, com recursos efetivos; promoção da proteção jurídica dos direitos da mulher, garantindo a “proteção efetiva” contra todo ato de discriminação; adotar medidas adequadas para modificar, derrogar usos e práticas que constituam discriminação à mulher. Há, ainda, a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho, incorporada pelo Decreto nº 62.150/1968, sobre a discriminação em face do emprego e da profissão e que há o compromisso do país em reprimir práticas discriminatórias.

O Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010) determina a promoção de ajustes normativos para aperfeiçoar o combate à discriminação étnica em todas as manifestações institucionais e institucionais, com a eliminação de obstáculos institucionais (art. 4º, IV e V) e assegura às vítimas da discriminação racial o acesso ao Poder Judiciário para garantir o cumprimento de seus direitos (art. 52). O Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) tem diversos dispositivos para coibir a discriminação contra a pessoa idosa (arts. 4º, 15, § 3º, e 27), inclusive com a tipificação de condutas (art. 96). O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) coíbe à discriminação em razão da deficiência (arts. 4º a 8ª, 23, 27, parágrafo único, 34, § 3º, 76, § 2º, 83, parágrafo único, e 88). A Lei nº 9.029/1995 dispõe sobre proibição da discriminação nas relações de trabalho e no acesso ao emprego.

De vários desses diplomas nacionais e internacionais, é possível seguinte o conceito jurídico de discriminação: qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência sob qualquer forma e que tenha o objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública e privada. Trata-se de uma violação ao princípio da igualdade (da isonomia). “É a conduta pela qual se nega à pessoa, em face de critério injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ele vivenciada” (DELGADO, 2003, p. 767).

Por carecer de justificativa razoável, a discriminação é arbitrária, é contrária ao Direito, e tem muitas causas e se apresenta sob diversas formas e práticas. A origem mais comum está no preconceito, em um juízo desqualificador de alguém sobre uma característica externa ou identificada de uma pessoa, seguimento ou grupo; uma percepção mental negativa em face de indivíduos ou grupos socialmente inferiorizados ou uma representação social conectadas a tal percepção (RIOS, 2008, p. 15).

Para Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2009, pp. 23-26), a igualdade, como todo o princípio, é uma norma aberta, passível de uma pluralidade de concretizações diante de cada caso concreto, que pode ser vista sobre uma perspectiva formal (procedimental) ou substancial. A visão procedimental tem entre seus principais expoentes John Hart Ely (1980) e acentua a necessidade de comprovação de hostilidade, de antipatias e de preconceitos que caracterizem uma prática discriminatória deliberada e, por isso, peca ao ignorar que a discriminação pode ser

não intencional e até institucional e ao ser insuficiente diante das distorções existentes no mundo real. Na concepção substancial, adotada pelo modelo constitucional brasileiro (arts. 3º, 5º, I e XLII, da Constituição), o foco é o combate às situações de desigualdades injustificadas e ilícitas sob o enfoque da existência de estigma ou das desvantagens (privação) experimentadas pelos discriminados, não importando a intenção, sendo mais apropriada para propiciar uma igualdade concreta e não meramente formal.

A discriminação pode atingir indivíduos, grupamentos minoritários de uma comunidade ou sociedades e nações inteiras. São múltiplos os fatores de discriminação, como a origem étnica ou racial, cor, idade, sexo, religião, nacionalidade/naturalidade, enfermidades, estética, condição social ou econômica, grau de instrução, etc. que qualificam a discriminação como racial, sexual, religiosa, etc. As práticas discriminatórias, omissivas ou comissivas, podem ser intencionais e deliberadas ou institucionais e inconscientes, oriundas de condutas isoladas, reiteradas ou sistemáticas.

A discriminação pode ser, ainda, direta, indireta ou oculta (OLIVEIRA NETO, 2006):

Na forma direta, a discriminação é explícita, pois plenamente verificada a partir da análise do conteúdo do ato discriminatório. A discriminação indireta, por sua vez, é criação do direito norte-americano, baseada na teoria do impacto desproporcional [...]. Esta modalidade se dá através de medidas legislativas, administrativas ou empresariais, cujo conteúdo, pressupondo uma situação preexistente de desigualdade, acentua ou mantém tal quadro de injustiça, ao passo que o efeito discriminatório da aplicação da medida prejudica de maneira desproporcional determinados grupos ou pessoas. Finalmente, a discriminação oculta, oriunda do direito francês, caracteriza-se pela intencionalidade (não encontrada na discriminação indireta). A discriminação oculta, outrossim, é disfarçada pelo emprego de instrumentos aparentemente neutros, ocultando real intenção efetivamente discriminatória.

Roger Raupp Rios (2008, p. 21), com base no direito norte-americano, entende que a discriminação pode ser direta (*disparate treatment*), quando é intencional e consciente, ou indireta ou estrutural (*disparate impact*), que inclui a oculta, quando existem “realidades permanentes que se reproduzem e se reforçam ao longo do tempo por meio da manutenção de medidas aparentemente neutras mas efetivamente discriminatórias”.

A discriminação direta e explícita é mais fácil de ser provada em juízo, pois passível de verificação. Segundo Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2009, p. 30), na discriminação direta é fácil deprender o *animus* discriminatório de uma conduta, isto é, o dolo de violar o direito de outrem, o que permite à vítima desincumbir-se do ônus probatório quando recorre ao Poder Judiciário.

A discriminação oculta e a indireta são mais difíceis de serem demonstradas.

Por outro lado, decisões judiciais, medidas administrativas e leis e normas podem reproduzir ou reforçar comportamentos e procedimentos efetivamente discriminatórios apesar de sua aparência neutra constituindo, assim, práticas de discriminação indireta (ou estruturais). Para Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2009, p. 31), caracteriza discriminação uma política de neutralidade e de indiferença do aparato judicial para com as vítimas de discriminação.

2. ACESSO ADEQUADO À JUSTIÇA E A PROVA DA DISCRIMINAÇÃO

O direito fundamental de acesso à Justiça está consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Trata-se do princípio da proteção judiciária a uma tutela adequada, em que se assegura a inafastabilidade do controle jurisdicional, e que é, “em verdade, a principal garantia dos direitos subjetivos” (SILVA, 2008, p. 430).

O acesso à Justiça é “pilar fundamental do Estado de direito” (CANOTILHO, 1993, p. 385), sobre o qual se assentam todos os demais princípios e garantias processuais, é “o mais básico dos direitos humanos” (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 11). O direito de ação é “o mais fundamental de todos os direitos, já que imprescindível à efetiva concreção de todos eles” (MARINONI, 2008, p. 205).

Ao falar sobre a garantia de proteção jurídica do cidadão, José Joaquim G. Canotilho (1993, p. 387) sustenta que verdadeiramente fundamental no acesso à Justiça “é a sua conexão com a defesa dos direitos”, pois é, por meio da tutela judicial, que se opera a efetividade dos direitos fundamentais, proíbe-se sua inexecutabilidade e reprime-se a perda de sua eficácia por

ausência de meios judiciais. Nesse aspecto, o acesso à Justiça não pode ser apenas formal, mas principalmente substancial. Deve o cidadão não apenas ter um direito de ir ao Judiciário, mas de dispor dos meios processuais adequados para uma prestação judicial efetiva.

O acesso à Justiça deve ser adequado, permitindo que cada um dos litigantes tenha igualdade de condições para obter e/ou para defender o bem da vida objeto da querela judicial. Ele pressupõe que o processo judicial tenha meios eficazes, imparciais, igualitários e justos para a solução da lide e para a satisfação do direito material discutido. Para isso, o Direito Processual procura assegurar a ampla defesa, com os meios de prova a ela inerentes.

O Direito Processual é, no campo probatório, uma ciência que se utiliza de métodos de reconstrução das coisas, dos fatos ou dos seres objetos de uma controvérsia judicial mediante procedimentos lógicos variados. Referida construção, de caráter complexo, parte da observação de traços, vestígios e efeitos deixados pelos fatos que se quer reconstruir, passa pela descrição, reprodução e consignação de seus rastros e documentos, e chega, em raras ocasiões, pela observação direta desses fatos (ECHANDIA, 1972, p. 12). A investigação da existência do fato pode compreender vestígios e traços, elementos e indícios, descrições e reproduções, e a observação direta do fato. Ela compreende diversos processos lógicos, como dedução, indução, presunção, dialética, reconstrução, valoração, etc. e depende dos meios que são utilizados para armazenar e/ou reproduzir o fato (como memória/gravação, apreensão/registro, vestígios/lembranças, etc.).

A comprovação dos fatos controvertidos em um processo judicial depende, em regra, de prova. Para Humberto Theodoro Júnior (2009, p. 411), a prova, sob o ponto de vista objetivo, é o meio hábil para demonstrar a ocorrência de um fato e, em uma dimensão subjetiva, é a certeza, a convicção formada em torno de um fato. Hernando Echandia (1972, p. 15, tradução nossa) traz um conceito mais amplo de que a prova judicial é o “conjunto de regras que regulamentam a admissão, produção, aquisição e valoração dos diversos meios que podem ser empregados para levar o juiz à convicção sobre os fatos que interessam ao processo”.

A prova serve para, de algum modo, mostrar a certeza de um fato ou a verdade de uma afirmação e é o meio apto e lícito para firmar o convencimento do Juiz (COUTURE, 1993, p. 215; SANTOS, 2001, p. 198). É o Juiz o destinatário final da prova e as partes os destinatários secundários; seu objeto é a coisa, o fato, o acontecimento a ser conhecido e valorado pelo Juiz

(RANGEL, 2008, p. 419). A prova, em seu sentido estrito, permite conhecer a existência material de um fato que o Juiz tem que valorá-lo juridicamente (CARNELUTTI, 1950, p. 258).

A prova de um fato é de fundamental importância para o Direito, sem ela os direitos subjetivos de uma pessoa perante terceiros seriam simples aparência, sem solidez nem eficácia; a administração da Justiça não existiria sem a prova; sem ela não há ordem jurídica alguma (ECHANDIA, 1972, p. 12). Um sistema jurídico-legal que, na prática, inviabilize a prova da discriminação, torna o direito da antidiscriminação mera aparência, sem substância ou eficácia e conduz a inexistência da própria ideia de Justiça e nega o direito fundamental de acesso à Justiça.

A prova pode ser classificada de diversos modos.

Quanto à sua forma a prova pode ser oral (compreendendo a testemunhal e o interrogatório), documental (produzida por documentos, inclusive imagens, fotos, perícias) ou materiais (baseadas nos vestígios do fato). No que diz respeito à origem, a prova pode ser pessoal (advinda de uma afirmação de alguém) ou real (originada por vestígios deixados pelo fato ocorrido), e, quanto ao momento de sua produção, pode ser pré-constituída (p. ex. documentos), isto é produzida antes do processo judicial, ou circunstanciais (confissão, depoimento das partes, testemunhos, etc.), constituída no curso do processo (PALACIO, 2013, p. 396).

A prova, pelo seu conteúdo, pode ser representativa do fato a ser comprovado, se permite a reconstrução de um acontecimento, ou não, quando decorrem de fatos autônomos que possibilitam inferir o fato, mas não reconstruí-lo (PALACIO, 2013, p. 396). No primeiro caso, a prova é histórica, pois representa um fato passado (como no caso de um testemunho ou de uma fotografia) e no segundo, a prova é crítica, pois são argumentos de prova (como presunções e vestígios).

Relativamente ao objeto a prova pode ser direta (prova o fato) ou indireta (decorre de outros fatos comprovados). Essa última classificação tem particular interesse ao presente estudo.

2.1 Prova direta

A prova direta é aquela capaz de demonstrar, por si mesma, o fato. Não é necessário qualquer raciocínio lógico para provar o fato. Há uma conformidade entre o fato e a sua prova.

Paulo Rangel (2008, p. 422) assinala que a prova direta pode advir do relato da testemunha que presenciou o fato, de um laudo pericial (como o de corpo de delito) que atesta a existência do fato ou da confissão do fato pela parte, enquanto que Hernando Echandia (1972, p. 520) considera que a prova direta somente acontece na inspeção judicial, quando o fato é diretamente percebido pelo juiz. Nicola Malatesta (1927, pp. 150-151) destaca que não existe uma prova direta que contemple toda a matéria objeto da prova e ressalta que há muitos entendimentos que situam como prova direta o depoimento, a confissão e o documento.

De qualquer sorte, seria viável exigir prova direta da conduta discriminatória alegada por uma das partes do processo judicial cível, penal ou trabalhista?

A prova direta é particularmente útil nas práticas públicas ou explícitas de discriminação, onde o ofensor não esconde o tratamento diferenciado e, algumas vezes, exprime a motivação ilícita de sua conduta sob a forma de comentários, piadas, “brincadeiras”, gestos, etc. Nesse caso, testemunhos, imagens, documentos, confissões podem ser utilizadas para se concluir pela discriminação (ou pela justificação do tratamento diferenciado).

Todavia, em grande parte das vezes não haverá prova direta da discriminação.

Em março de 1997, em São Paulo, Simone André Diniz disse que, quando procurava um emprego de doméstica nos classificados de um grande jornal, encontrou um anúncio com a informação “Pref. Branca” e que, após ligar para o número indicado, não conseguiu o emprego por ser negra. Iniciada a apuração criminal, o juiz, atendendo a requerimento do Ministério Público, arquivou a apuração por falta de provas (ARANTES, 2007, pp. 128-129). Acionada, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (2006) condenou o Brasil justamente por exigir, em matéria penal, a prova direta da discriminação:

79. Racusen examinou sistematicamente várias denúncias de racismo e discriminação racial no Brasil e, segundo ele, os juízes brasileiros requerem evidência direta do tratamento desigual no qual o ato discriminatório não somente ofende alguém com base em sua raça mas também demonstra a motivação discriminatória. Por conseguinte, numa eventual ação penal, a maioria dos juízes requeriam a

comprovação de três elementos (1) evidência direta do ato discriminatório (2) evidência direta da discriminação do ofensor para o ofendido e (3) evidência da relação de causalidade entre aqueles.

80. Para o autor, a exigência de todos aqueles elementos para a comprovação do ato racista, representa um *standard* “evidenciário” muito alto, difícil de alcançar. Conseqüentemente, um ofensor poderia replicar qualquer desses três elementos refutando não ser uma pessoa preconceituosa, não possuir uma visão preconceituosa do ofendido ou que essa visão não constituiu motivação. Ao invés de inferir causalidade da ordem cronológica em que ocorreram os fatos ou a lógica, os juízes brasileiros geralmente examinam o comentário discriminatório do ofensor de maneira estreita e requer evidência direta de causalidade.

A exigência de prova direta da discriminação pela Justiça brasileira, para a Corte Interamericana de Direitos Humanos (2006), constitui discriminação indireta (estrutural), ao impedir o efetivo acesso à Justiça, pois, na prática, inviabiliza o exercício do direito e de sua reparação.

Se não seria exigível a prova direta da discriminação nem mesmo na jurisdição criminal, em que a busca da verdade real é acentuada inclusive com a produção de exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios (art. 189 do CPP), com muito mais razão ainda não se poderia exigir da vítima da alegada discriminação a prova direta desse fato em todas as situações vivenciadas em demandas cíveis e trabalhistas.

2.2 Prova indireta

A prova indireta é quando, comprovado outro fato, é possível concluir o fato controvertido em face da correlação entre eles (MIRABETE, 2006, p. 251). Nesse caso, o fato objeto da prova é diverso daquele que é controvertido e que se busca comprovar, mas a existência daquele leva o juiz a perceber esse. O exemplo típico dos penalistas é o *álibi*, que, por demonstrar que o acusado encontrava-se em lugar diverso de onde praticado o ilícito, afasta sua autoria do crime.

A doutrina mais aceita, derivada de lições como a de Nicola Malatesta (1927, pp. 151, 179-277), considera a prova indireta como as decorrentes de indícios e de presunções. Para Fernando Capez (2007, p. 310), na prova indireta o fato controvertido é demonstrado por meio de um raciocínio lógico-dedutivo que leva em conta outros fatos secundários que se relacionam com o primeiro. Paulo Rangel (2008, p. 422) assevera que uma construção lógica, que se chegue

ao fato e à circunstância a ser provada, como indícios e presunções, caracteriza a prova indireta, seja por raciocínio dedutivo como por indutivo.

O raciocínio é um tipo “especial de pensamento no qual se realizam inferências ou se derivam conclusões a partir de premissas” (COPI, 1981, p. 21), que enunciam as evidências e corroboram a conclusão (SALMON, 1978, pp. 15-16). As provas indiretas constituem as premissas que, por meio de fatos particulares ou gerais, evidenciam e corroboram a conclusão acerca do fato controvertido, de caráter geral ou particular (respectivamente, processos dedutivos e indutivos). Em suma, a prova indireta permite ao juiz e às partes concluir sobre a ocorrência ou não de um fato, a partir de outros fatos correlacionados, por meio de um raciocínio lógico. Obviamente que a quantidade, qualidade e a veracidade das premissas (isto é, dos fatos secundários comprovados) e o encadeamento lógico do raciocínio pode levar a conclusões verdadeiras, parcialmente verdadeiras ou falsas.

A legislação processual civil disciplina os fatos que não dependem de prova, quais sejam os fatos: notórios, admitidos por uma parte e confessados pela outra, incontroversos e os que militam uma presunção legal de existência ou de veracidade (art. 374 do NCPC). Não foi adotado no país um sistema de taxaço ou de hierarquização das espécies de prova. Ao contrário, adotou-se a livre persuasão racional e fundamentada da prova (arts. 155 do CPP, 371 do NCPC e 832 da CLT) que prestigia o exame e a valoração das provas do fato controvertido.

As práticas discriminatórias ocultas são de difícil comprovação por meio de provas diretas. Neste caso, o ato discriminatório é velado ou é escamoteado por meio de estratégias utilizadas pelo ofensor, que age arditosamente na prática e na ocultação de sua atitude antijurídica.

Na discriminação oculta: i) é possível haver indícios, dados, elementos ou presunções que permitam ao juiz inferi-la em um processo dedutivo ou indutivo; ii) os elementos são insuficientes para, mesmo por indução, comprovar a sua existência ou veracidade; iii) não existem elementos que revelem sua existência, mas é possível demonstrar sua não ocorrência; iv) não há como demonstrar sua ocorrência, nem sua não ocorrência.

Para cada uma dessas situações há técnicas probatórias que podem ser utilizadas pelo julgador, até se chegar a teoria dinâmica do ônus da prova.

2.2.1 Indícios e provas indicarias e estatística

Indício (do latim: indicar, apontar) “é todo e qualquer fato ou circunstância, certo e provado, que tenha conexão com o fato, mais ou menos incerto, que se procura provar” (RANGEL, 2008, p. 449). O indício é um fato indicativo, é “todo rastro, vestígio, pegada, circunstância e, em geral, todo fato conhecido [...], devidamente comprovado, suscetível de levar-nos, por via de inferência, ao conhecimento de outros fatos desconhecidos” (DELLEPIANE apud PITT, 2008, p. 31).

O mero indício como tal não tem qualquer valor probatório, mas precisa relacionar-se com outro fato, mediante raciocínio lógico para extrair alguma significação (SANTOS, 1955, p. 355). O indício pode constituir um início de prova do fato controvertido, respaldar a inversão do ônus da prova ou, pela sua conjugação com outros elementos de prova, através de inferências, pode constituir em uma prova indiciária do fato. Nesse caso, os indícios geram, quando devidamente concatenados, um juízo de probabilidade acerca da existência do fato que se quer provar.

Para o Código de Processo Penal Militar indício é “a circunstância ou fato conhecido e provado, de que se induz a existência de outra circunstância ou fato, de que não se tem prova” (art. 382) e para constituir prova indiciária é necessário que haja relação de causalidade, direta ou indireta, entre o indício e o fato a ser comprovado ou que o fato a ser comprovado coincida com a prova resultante de outro(s) indício(s) ou com as provas colhidas diretamente no processo (art. 383, “a” e “b”).

O indício difere-se da suspeita, na qual há mera crença da existência de algo sem qualquer fato que a apóie, e do palpite, que é simples posição subjetiva do que investigar (PITT, 2008, p. 32) e pode ser um elemento importante para a comprovação de práticas discriminatórias, especialmente quando presente a referida relação de causalidade ou ancorada em outras provas e/ou indícios.

Dentre os indícios, há a prova estatística ou, para alguns, dados estatísticos.

Prova estatística exprime, pela frequência, “os dados científicos considerados relevantes ou idôneos para revelar a probabilidade da aplicação de um enunciado relativo a fatos específicos que precisam ser provados” (CAMBI, 2009, p. 349).

Maurício de Mello (2008, p. 64) destaca que a estatística pode ser usada como meio de prova, especialmente as produzidas pelos órgãos oficiais, que são idôneas. Há uma tendência no Brasil de considerar a prova estatística, no máximo, como mero indício de uma situação existente (BRASIL, TRT da 10ª Região, 2008), como uma “mera probabilidade de ser verdadeiro o fato” (TEIXEIRA FILHO, 2009, p. 1.162). Para uns, a força probatória do indício em face de um dado estatístico depende, em grande parte, do suporte científico que lhe embasa, da amostragem feita, da metodologia empregada e, logicamente, da correlação entre os dados e o fato a ser provado no o caso concreto (BOUCINHAS FILHO, 2009, p. 190).

Eduardo Cambi (2009, p. 365) assinala que dados estatísticos podem ser importantes para a implantação de técnicas de inversão do ônus da prova. José Fernando Arochena (2005) sustenta que os dados estatísticos podem ser um ponto de partida na flexibilização do ônus da prova em demandas de discriminação indireta, quando a casuística, a existência de outras provas ou o conhecimento judicial (máximas de experiências) permitirem configurar um panorama indiciário determinante para a inversão do ônus da prova.

No direito norteamericano, a partir do caso *Griggs vs. Duke Power Co.*, a estatística passou a ser de fundamental importância na comprovação da discriminação. Nesse litígio, a Suprema Corte americana (1971), diante dos dados estatísticos, concluiu que o teste de inteligência usado na seleção ao emprego resultava em contratação de negros em postos de trabalho inferiores aos obtidos por brancos, reforçando discurso racista de superioridade de uma raça sobre a outra.

Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2009, pp. 34-35) sublinha que os dados estatísticos tornaram-se prova fundamental e amplamente aceita pela Suprema Corte norte-americana em demandas que envolvam discussão sobre igualdade (14º Emenda) pela adoção da teoria do impacto desproporcional da medida, de modo que “se os dados estatísticos demonstrarem haver um visível prejuízo para as minorias, tornar-se-ão elementos probatórios da ilegitimidade da discriminação”. A teoria do impacto desproporcional, incorporada ao *Civil Rights Act* de 1964, transfere o ônus da prova, em face de um indício *prima facie* de discriminação, para aquele que aplica teste ou utiliza critérios como títulos acadêmicos e registros criminais (SOWELL, 2016, p. 170).

María Laura Vallejo e Camila Soto Mourraille (2009, p. 14) citam que Canadá, Argentina, Colômbia, Reino Unido e África do Sul adotaram regras semelhantes a essa técnica.

Dessa forma, dados estatísticos do quantitativo de pessoas de determinada orientação sexual, raça, origem, idade, etc., em determinado estabelecimento, lugar, instituição podem ser indícios de prática discriminatória, ou, em uma visão mais moderna fundada na teoria do impacto desproporcional, a prova fundamental para a demonstração de práticas discriminatórias.

2.2.2 Presunções e prova por verossimilhança

A presunção, do latim *preasumptinone*, “significa opinião ou juízo baseado nas aparências; suposição ou suspeitas” (RANGEL, 2008, p. 449). Na presunção, há um raciocínio que procura chegar em um fato que é incerto, que se deseja conhecer.

Humberto Theodoro Júnior (2009, p. 426) entende que a presunção não é um meio de prova, mas um raciocínio, ou melhor, uma ilação que se faz a partir de um fato conhecido e provado para, por dedução, chegar-se a existência de outro, não conhecido, mas que se pretende provar.

Nicola Malatesta (1927, p. 132) sustenta que quem alega algo que está no curso normal dos acontecimentos não tem a obrigação de prová-lo, mas quem aduz fato que está fora desse curso normal tem contra si tem a obrigação de prová-lo:

O ordinário presume-se: eis a presunção mãe, eis a arvore genealógica das presunções. [...] Se o ordinário se presume, o extraordinário prova-se; eis o princípio supremo para o ônus da prova; princípio supremo [...] *ontológico*, porquanto encontra o seu fundamento no modo de ser natural das coisas.

As presunções podem ser legais, disciplinadas em lei e que afasta a necessidade da prova, conforme destacado anteriormente, ou comuns (ou simples), baseadas na experiência de vida. Dentre as presunções comuns, merece destaque a prova por verossimilhança ou prova *prima facie*.

A verossimilhança advém de uma regra ou máxima de experiência, isto é, “decorre do que normalmente acontece, fazendo parte da cultura normal do juiz” (MARTINS, 2003, p. 316)

e que é capaz de gerar uma “presunção natural que tem por fonte uma norma da experiência” (DAMASCENO, 1974, p. 35).

O art. 375 do NCPC disciplina as chamadas máximas de experiência, quando, na falta de norma específica, “o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece”.

As máximas da experiência, ideias que “prevalecem no seio da sociedade a propósito do que costuma suceder em determinadas situações” (TOSTES MALTA, 1999, pp. 480-481), têm, dentre outras, a função de: a) apuração dos fatos, a partir dos indícios; b) valorização da prova, confrontando as provas produzidas; c) limite ao livre convencimento motivado, não podendo o juiz apreciar as provas em desconformidade com as regras da experiência (DIDIER JR, BRAGA e OLIVEIRA, 2007, pp. 41 e 50):

As regras de experiência geram a chamada prova *prima facie*. [...] A prova *prima facie*, também chamada de prova de primeira aparência ou prova por verossimilhança, é o resultado de uma presunção judicial (atividade mental) que se constrói a partir da experiência da vida, à luz do que normalmente acontece. É aquela que se constrói a partir de um raciocínio judicial arrimado em regras de experiência.

Para Moacyr Amaral Santos (1955, p. 441), a aparência da verdade apresenta-se ao juiz quando submete os fatos aduzidos em cotejo com as máximas de experiência, produzindo prova *prima facie*. O julgador infere das máximas de experiência a verossimilhança dos fatos de tal modo “que os considera *prima facie* provados” (SANTOS, 1955, p. 441).

Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2009, p. 34) destaca a técnica interpretativa criada pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1989, no caso *Price Waterhouse vs. Hopkins*, denominada de teoria dos motivos mistos (*mixed motive theory*). Nesta ação, Anne Hopkins teve negada sua participação na Price Waterhouse em razão de sua condição de mulher. A Suprema Corte entendeu que a empresa não conseguiu provar que essa negativa decorreu de outros fatores que não a discriminação sexual e concluiu, com base em “preponderância das provas” e em detrimento da comprovação clara e direta da discriminação, de que o gênero foi um dos fatores que concorreu para o tratamento diferenciado (ESTADOS UNIDOS, 1989). Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2009, p. 34) destaca que, com a aprovação do *Civil Rights Act* em 1991 (ESTADOS UNIDOS, 1991), “mesmo que na conduta concorram causas legítimas ao lado de uma discriminatória, o discriminador não escapará mais de sua responsabilidade. Basta,

portanto, provar-se que há motivo discriminatório para que se produza o ato gerador de direitos indenizatórios”.

Na mesma linha, o Tribunal Superior do Trabalho – TST (BRASIL, 2016), através da Orientação Jurisprudencial nº 142 da Subseção 2 de Dissídios Individuais, pacificou o entendimento de que não há direito líquido e certo a amparar Mandado de Segurança contra decisão que determina a reintegração ao emprego de empregado portador do vírus HIV. Referida tese parte de uma presunção de que, ordinariamente, a demissão sem justa causa empregado acometido dessa enfermidade é discriminatória.

As presunções e as máximas da experiência também podem ser úteis em diversas outras situações de discriminação oculta e/ou indireta.

3. ÔNUS DA PROVA EM PRÁTICAS DISCRIMINATÓRIAS

A dogmática processual desenvolveu técnicas, regras de encargo probatório, que se destinam a iluminar o juiz que não está convencido de como os fatos ocorreram (MARINONI, 2009, p. 325; PALACIO, 2013, p. 398). O ônus da prova é um encargo atribuído às partes para que apresentem em juízo as provas que alicerçam os fatos expostos, uma faculdade de realizarem atos probatórios em interesse próprio e não uma obrigação imposta a elas (CARNELUTTI, 1950, p. 344 e ECHANDIA, 1972, p. 427).

O ônus da prova pode ser subjetivo, que é o encargo atribuído à parte, e objetivo, que constitui a regra de julgamento quando faltam provas para se julgar a lide.

Há várias teorias sobre o ônus da prova e a melhor técnica para solução da controvérsia acerca do fato litigioso. Dentre elas, destacam-se a teoria estática, a aptidão para a prova e a teoria dinâmica.

3.1 Teoria estática do ônus da prova

O Brasil, como regra geral, adotou no seu sistema processual a chamada teoria estática do ônus da prova (ou teoria clássica), inspirada na doutrina italiana de Chiovenda, Carnelutti e Betti (PACÍFICO, 2001, p. 167), distribuindo-o de acordo com as alegações das partes e com a natureza dos fatos deduzidos em juízo (arts. 373 do NCPC, 818 da CLT, 156 do Código de Processo Penal, 296 do Código de Processo Penal Militar e no antigo art. 333 do CPC/1973).

Por essa regra, “aquele que alega possuir um direito deve, antes de mais nada, demonstrar a existência dos fatos em que tal direito se alicerça” (SILVA, 2003, p. 342). Ou seja, incumbe ao autor comprovar os fatos constitutivos do seu direito que sejam suficientes para produzir um efeito jurídico (CHIOVENDA, 1965, p. 257) e que originaram a relação jurídica deduzida em juízo (*res in iudicium deducta*) (CÂMARA, 2005, p. 378) e ao réu demonstrar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito que revelem que das alegações do autor “não decorrem os efeitos por ele pretendidos” (DINIZ, 1998, p. 443).

Em complemento à doutrina italiana (PACÍFICO, 2001, pp. 168-169), Leo Rosenberg (2002, p. 131) afirma que o autor deve comprovar a ocorrência dos fatos, os pressupostos do direito em que se funda seu pedido, e o réu os requisitos da norma apta a repelir a demanda, os pressupostos de uma norma destrutiva, impeditiva ou excludente do pleito.

Fundamentam a teoria estática do ônus da prova, os princípios do dispositivo, que atribui a sorte dos rumos do processo à diligência e ao interesse da parte, e da justiça distributiva, isto é, da igualdade das partes (CHIOVENDA, 1965, pp. 252-253). Essa teoria tem como premissa que “ambos os litigantes estão em paridade de armas e, por isto, têm iguais condições de produzir a prova”, mas não leva em conta “o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva” (art., 5º, XXXV, CF) (CAMBI, 2009, p. 353). Sua aplicação inflexível pode atrofiar o sistema processual, comprometer o acesso adequado à Justiça e conduzir a julgamentos injustos: “não se nega a validade da teoria clássica como regra geral, mas não se pode admitir tal regra como inflexível e em condições de solucionar todos os casos que a vida apresenta” (DIDIER JR, BRAGA e OLIVEIRA, 2007, p. 62).

Em litígios em que há discriminação direta e explícita a regra geral estática do ônus da prova pode mostrar-se particularmente adequada à solução do litígio quando ambas as partes

tenham, efetivamente, condições de produzir as provas de suas alegações fáticas. Nesse caso, há não apenas uma igualdade formal entre elas, mas uma igualdade substancial, que legitima a própria teoria clássica do encargo probatório.

Todavia, nos casos em que se debate discriminação indireta (estrutural) ou mesmo oculta, haverá dificuldade probatória por parte da vítima da conduta antijurídica. Para José Fernando Arochena (2005, tradução nossa), as “as regras gerais de distribuição do ônus da prova, ainda que temperadas, mostram-se insuficientes quando se trata de creditar uma discriminação ou lesão a direitos fundamentais”, que é mascarada e tem aparência de legitimidade.

O sistema jurídico oferece outras soluções para a distribuição do encargo probatório em situações como de discriminação, especialmente a realizada de forma oculta ou indireta.

3.2 Prova impossível ou diabólica e aptidão para a prova

Há muito a doutrina identificou a existência da chamada prova impossível ou diabólica, que é “aquela que é impossível, senão muito difícil de ser produzida” (DIDIER JR, BRAGA e OLIVEIRA, 2007, p. 60). A parte, diante de uma prova impossível ou quase impossível de ser produzida, estará, concretamente, em pé de desigualdade com a parte adversa que, ao contrário, tem mais condições de produzir prova sobre o fato controvertido.

A ordem jurídica constitucional e processual não impõe às partes o dever ou o encargo de produzir provas impossíveis. Ao contrário, o acesso adequado à Justiça e o devido processo legal pressupõem o livre exercício da ampla defesa e do contraditório.

Ensina Eduardo Cambi (2009, pp. 364-366, grifos do original) que:

O juiz não pode ser *mero expectador do drama processual*, mas [deve] assegurar concretamente os direitos dos cidadãos, os quais não podem ficar entregues à sua própria sorte e risco. O magistrado não se pode contentar com uma *igualdade puramente formal* entre os litigantes, tendo o dever de, ao dirigir o processo, assegurar às partes igualdade de tratamento e prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça [...]. Não se pode exigir de alguém provas além do que esteja ao seu alcance demonstrar, porque isso gera um *ônus probatório diabólico*. [...] Os direitos fundamentais, especialmente os de caráter social (art. 6º da CF), não podem ficar desprotegidos pela aplicação desmedida do art. 333 do Código de Processo Civil

[atual art. 373 do NCPC], a ponto de criar um ônus tão rigoroso ao demandante que torne impossível a tutela dos direitos materiais.

Muitas vezes nas práticas discriminatórias a vítima está diante de um encargo probatório impossível. Diante da chamada prova impossível ou diabólica, o Juiz poderá aplicar o princípio da aptidão da prova e inverter o ônus da prova.

O princípio da aptidão para a prova reza que o ônus *probandi* pertence ao litigante que tem melhor condição para fazê-lo. Seu principal fundamento legal está no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), que adotou referido princípio ao facilitar a defesa do consumidor, “inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

Por esse diploma, aplica-se o princípio da aptidão para a prova quando houver a prova por verossimilhança, decorrente das máximas de experiências, ou quando uma das partes tem melhores condições para produzir a prova do que a outra (hipossuficiência probatória).

Doutrinadores, como Fredie Didier Jr. e outros (2007, p. 58), defendem que essa inversão do ônus da prova é técnica que prestigia o princípio da igualdade e não pode ter sua utilização limitada às causas de consumo, mas às diversas demandas cíveis e trabalhistas, especialmente após a edição do Novo CPC (em face do seu art. 7º).

O princípio da aptidão da prova é a base, o alicerce sobre o qual foi construída a teoria dinâmica do ônus da prova.

3.3 Teoria dinâmica do ônus da prova

Originada na Argentina, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova (teoria dinâmica do ônus probatório ou da carga dinâmica da prova) para seu principal precursor, Jorge W. Peyrano (1992, p. 263, tradução nossa), é “aquela segundo a qual cabe o ônus probatório para quem - pelas circunstâncias do caso e independentemente de agirem como demandante ou demandado - está em melhor posição para produzir a respectiva prova”. Em outras palavras, “prova quem pode” (DIDIER JR, BRAGA e OLIVEIRA, 2007, p. 62).

Essa teoria difundiu-se e foi adotada por diversos países, normalmente, de forma supletiva ou complementar a outras teorias, como a estática.

Da definição, percebe-se que há uma distribuição do encargo probatório, de acordo com as circunstâncias do caso concreto em face da dificuldade concreta na produção de uma prova por uma das partes, e que recai sobre a outra parte, que é quem tem maiores condições em produzir a prova do fato controvertido. Não se trata de uma nova oportunidade a quem não provou um fato. É apenas uma medida excepcional e suplementar, incidente quando o sistema tradicional e estático do encargo probatório, diante da prova diabólica, é insuficiente para permitir que uma das partes comprove o fato alegado (CÂMARA, 2005, p. 15).

A teoria dinâmica não obriga uma parte a fazer prova contra si, mas ela é chamada a colaborar na produção da prova da qual se mostra mais apta ou que tem melhores condições de realizá-la. Sua negativa de contribuir com a instrução processual não é ilícita, mas atrai as consequências do ônus da prova recair sobre si.

A igualdade de oportunidades para a prova é um dos princípios da prova (ECHANDIA, 1972, p. 124) e a teoria dinâmica tem a finalidade precípua de garanti-lo, concretamente, proporcionando, no caso sob exame, a efetiva paridade de armas. Dessa forma, ela atende ao disposto no art. 7º do NCPC. Eduardo Cambi (2009, p. 361) sustenta que, constatada a desigualdade real entre as partes e que uma delas tem melhores condições para produzir a prova do fato controvertido, o juiz “tem o *dever* de inverter o ônus da prova, sob pena de sua omissão ser *inconstitucional*, por deixar de tutelar o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e célere prevista no art. 5º, XXXV e LXXVIII, da CF”.

Prevista no art. 373, § 1º, do NCPC e art. 818, § 1º, da CLT, com redação da Lei nº 13.467/2017, a teoria dinâmica do encargo probatório há muito é aplicável no direito processual brasileiro (BRASIL, STJ, 2012; BRASIL, STJ, 2013), em face da incidência dos seguintes princípios constitucionais e/ou dispositivos do antigo CPC de 1973: i) igualdade (arts. 5º, *caput*, da Constituição e 125, I, CPC/1973), uma vez que deve haver uma paridade real de armas, e não meramente formal, com a promoção do equilíbrio entre as partes com a atribuição do ônus da prova a quem tem meios para satisfazê-lo; ii) lealdade, boa-fé e veracidade (arts. 14, 16 a 18, e 125, III, CPC/1973), segundo a qual a parte não pode agir ou se omitir de forma ardilosa para prejudicar o outro litigante; iii) colaboração com a Justiça (arts. 339, 340, 342, 345 e 355,

CPC/1973), pois todos têm o dever de ajudar o juiz a descobrir a verdade dos fatos; iv) devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição), na qual o processo devido é o que produz resultados justos e equânimes; v) acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, Constituição), porque a distribuição do ônus da prova não pode ser impossível a uma das partes, sob pena de negar-lhe o acesso a tutela efetiva do Estado (DIDIER JR, BRAGA e OLIVEIRA, 2007, p. 64).

Na prática, a teoria dinâmica enseja a inversão do ônus probatório, não por mero arbítrio do juiz, nem para “compensar a inércia ou a inatividade processual do litigante inicialmente onerado” (KNIJNIK, 2006, p. 947), mas em respeito aos princípios ora destacados.

São características da distribuição dinâmica do ônus probatório: a) não ser atribuído prévia e abstratamente, como ocorre na teoria estática, mas sim, casuisticamente, em decorrência das peculiaridades do caso concreto e/ou de quem tem aptidão para a prova; b) a distribuição não é rígida e estática, mas dinâmica; c) é irrelevante a posição processual das partes, se estão no polo ativo ou passivo da demanda; e d) não importa a natureza ou a origem do fato controvertido, mas quem tem maiores condições de prová-lo, isto é, não interessa se o fato é constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito (DIDIER JR, BRAGA e OLIVEIRA, 2007, p. 62).

Com a aplicação dessa teoria dinâmica, o réu pode, por exemplo, ser chamado a fazer prova negativa do fato constitutivo do direito do autor e este ter que demonstrar a ausência do fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito, ou, ainda, a prova a ser produzida pode recair sobre fato positivo ou sobre fato negativo. É verdade que a doutrina alerta para a dificuldade da prova do fato negativo. Não é crível exigir prova impossível do fato negativo, como no caso das negativas absolutas, de negativas de fatos indefinidos (LOPES, 2002, p. 34) ou diabólica reversa (KNIJNIK, 2006, p. 948). Isso inverte a lógica que justifica e embasa a teoria dinâmica e encontra expressa restrição nos art. 373, § 2º, do NCPC e art. 818, § 3º, da CLT. Somente será possível impelir a produção da prova do fato negativo ou do fato positivo quando for ela muito mais fácil de ser obtida por quem se mostra apto do que a mera resolução da questão pela teoria estática.

Guilherme Feliciano (2008, p. 111) defende a aplicação da teoria dinâmica em ações que se discutem práticas discriminatórias. Tal teoria ganha relevância quando se trata da

discussão acerca da existência ou da configuração da discriminação indireta (estrutural) e oculta.

A aplicação da teoria dinâmica em litígios envolvendo discriminação conduz, em grande parte das situações, a impelir a parte acusada da prática discriminatória de comprovar fato negativo. Isso não trará maiores dificuldades em situações como processos seletivos, contratações comerciais, ingressos em cursos e escolas, etc., quando o dito ofensor tem condições de demonstrar que sua escolha decorreu, por exemplo, de critérios técnicos (titulação, maior experiência, etc.) ou econômicos (melhor preço, corte de verbas, crise financeira), ou quando ele registrou o fato controvertido por documento, por fotografia ou por gravação de áudio e/ou imagem.

O art. 23 do Código do Trabalho de Portugal (2003), instituído pela Lei nº 99/2003, dispõe que o empregado deve apenas fundamentar a alegação de discriminação e indicar o paradigma do tratamento diferenciado, cabendo ao empregador demonstrar o tratamento não-distintivo. Segundo José Fernando Arochena (2005), o Tribunal Constitucional Espanhol desde a Sentença nº38, de 23/11/1981, tem flexibilizado o ônus da prova em casos de discriminação.

A União Europeia (1998, tradução nossa) adotou a Diretiva nº 97/80/CE que, no seu art. 4º, sobre ao ônus da prova nos casos de discriminação por sexo, estabelece:

Artigo 4º. Ônus da Prova. 1. Os Estados-membros deverão tomar as medidas necessárias, de acordo com os respectivos sistemas judiciais, para assegurar que quando uma pessoa que se considere lesada pela não-aplicação, no que lhe diz respeito, do princípio da igualdade de tratamento, apresentar, perante um tribunal ou outra instância competente, elementos dos fatos constitutivos da presunção de discriminação direta ou indireta, incumba à parte demandada provar que não houve violação do princípio da igualdade de tratamento.

Se a vítima em potencial não tem condições de produzir qualquer prova, mas o acusado da discriminação pode trazer provas indiretas, ainda sim seria possível a aplicação da teoria dinâmica. Nesse caso, a aptidão para a prova é do acusado. Obviamente que quando a prova é impossível para ambos os lados, não há como aplicar essa técnica de distribuição do encargo probatório.

4. TRATAMENTO PROBATÓRIO À DISCRIMINAÇÃO POR TRIBUNAIS BRASILEIROS

O efetivo combate à discriminação em todas as suas formas depende da repressão, em concreto, dessas práticas pelo aparelho judicial, encarregado de aplicação da lei. Para isso, foi feito uma breve pesquisa, quantitativa e qualitativa, de jurisprudência no STF, no STJ, no TST, em 10 (dez) Tribunais de Justiça, em 3 (três) TRTs e em 2 (dois) TRFs, nas áreas, criminal, cível e trabalhista, nos sítios eletrônicos disponibilizados na Internet por esses tribunais em 16/2/2018. O critério de busca utilizado foi a presença simultânea de 4 palavras: “discriminação”, “ônus”, “prova” e “racial”². A análise dos dados foi limitada a um máximo de 50 resultados por tribunal, ordenados em ordem decrescente de data, para evitar distorções oriundas de correntes eventualmente existentes.

Atendendo a tais parâmetros, foram encontrados 125 resultados no TJSP (e considerados apenas os 50 mais novos julgados); 20 no TJRS; 4 no TJMG; 2 no TJPA; 1 no TJDF, no TJBA, no TJCE e no TRT 10; e nenhum no STF, no STJ, no TST, no TJGO, no TJPE, no TJAM, no TRF 3, no TRF 5, no TRT 5 e no TRT 9. As ementas dos acórdãos do TJPA, do TJBA e do TJCE nada tratam acerca da temática pesquisada, em que pese o critério de pesquisa, e nada contribuem para análise ora proposta e a do TRT 10 não se conseguiu acessar.

Considerando apenas as ementas dos resultados positivos da pesquisa, isto é, do TJSP (50 resultados mais novos), do TJRS, do TJMG e do TJDF, foram encontrados os seguintes números:

Tabela: acórdãos sobre prova e ônus probatório de discriminação do TJSP, do TJDF, do TJRS e do TJMG pesquisados em 18 fev. 2018 com o parâmetro “discriminação e ônus e prova e racial”

² Focou-se na discriminação racial, mas foram encontrados resultados por outras formas de discriminação. Tais resultados foram considerados, pois dentro dos parâmetros propostos para a pesquisa.

Resultado encontrado	TJSP		TJDFT		TJRS		TJMG		Total	
	Qtd	(%)	Qtd	(%)	Qtd	(%)	Qtd	(%)	Qtd	(%)
Não tratou do tema	8	16%							8	10,67%
Houve prova direta da discriminação	8	16%			4	20%	2	50%	14	18,67%
Aceitou a prova por indícios	8	16%							8	10,67%
Não é discriminação ou não há dolo em discriminar	3	6%			3	15%			6	8%
Não houve comprovação de fato impeditivo	1	2%			1	5%			2	2,67%
Sem prova da discriminação e/ou aplicou a teoria estática	19	38%	1	100%	12	60%	1	25%	33	44%
Oportunizada a coleta de prova (cerceamento de defesa)	3	6%							3	4%
Dano presumido (<i>in re ipsa</i>)							1	25%	1	1,33%
Inverteu o ônus da prova									0	0%
Utilizou a teoria dinâmica do ônus da prova									0	0%
Total pesquisado	50	100%	1	100%	20		4	100%	75	100%

Fonte: pesquisa de jurisprudência dos sítios eletrônicos do TJSP, do TJDFT, do TJRS e do TJMG (fev. 2018)

Concentrando apenas os resultados que tratam da temática desde artigo e desprezando as 8 ementas que não trataram do tema, chega-se a 67 decisões. Em 20,90% delas houve a prova direta da discriminação, em 49,25% dos resultados não foi demonstrada a discriminação e/ou foi aplicada a teoria estática do ônus da prova, em 13,43% foi aceita a prova por indireta, seja por indícios (8 casos), seja por presunção (dano presumido) (1 caso) e em 8,96% a demanda foi improcedente por não ser discriminatória a conduta do acusado ou por falta de dolo. Em nenhum caso houve a inversão do ônus da prova ou aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova, apesar de precedentes do STJ anteriores ao Novo CPC e da doutrina pretérita de índole constitucional/processual. O resultado ficou assim distribuído:

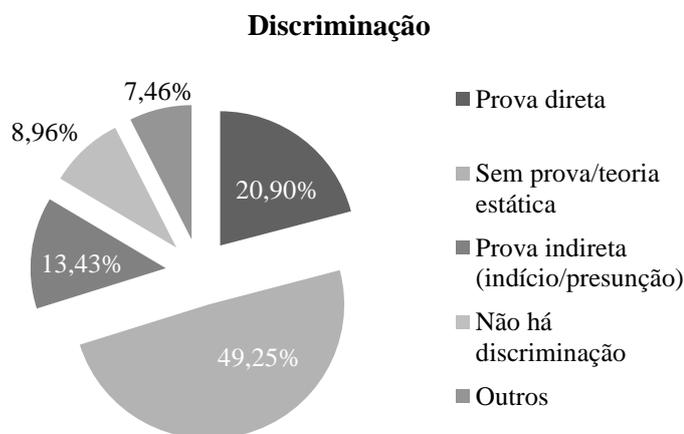


Gráfico 1: distribuição percentual das soluções sobre prova e ônus probatório em litígios envolvendo discriminação (TJSP, TJDFT, TJRS e TJMG, conforme pesquisa realizada em 18 fev. 2018)

Apesar de ser uma pequena amostra e compreender poucos tribunais em que foram encontrados precedentes, os dados apontam que, em média, para cada 10 (dez) ações cíveis e criminais ajuizadas para discutir atos ilícitos sobre discriminação, em especial de origem racial, em apenas 3 (três) a discriminação foi reconhecida (sendo em duas por prova direta e uma por prova indireta) e em 6 (seis) ela não foi demonstrada (em cinco por ausência de prova e/ou por aplicação da teoria estática do ônus da prova e em uma porque a prática não é considerada discriminatória).

Tais dados apontam que a chance de êxito de uma vítima de discriminação prová-la em juízo é de 1/3 e da ação ser julgada improcedente por falta de prova, pela aplicação da teoria estática ou por não ser a conduta considerada discriminatória (inclusive por falta de dolo, elemento subjetivo presente na discriminação direta) é de quase 60%.

Além disso, dos 4 (quatro) Tribunais com pesquisas positivas, apenas um (o TJSP) considerou a prova indireta da discriminação e os demais resolveram o litígio pela comprovação da prova direta, pela falta de sua comprovação e/ou aplicação da teoria estática do ônus da prova ou por não considerar a conduta discriminatória. Não considerar a prova indireta da discriminação, diminui a chance de êxito da demanda para quase 1/4 das ações ajuizadas e aumenta a possibilidade de improcedência para quase 70% de todos os litígios.

O gráfico a seguir resume os intervalos das chances de êxito (procedência) e de insucesso (improcedência) na demonstração da discriminação, segundo os resultados encontrados:

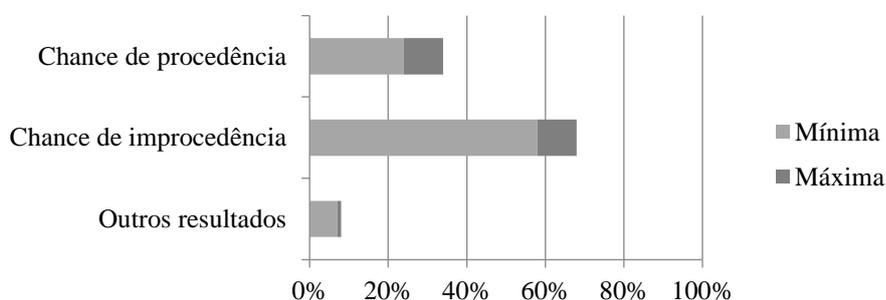


Gráfico 2: distribuição percentual das chances de êxito ou de insucesso de demandas envolvendo discriminação (TJSP, TJDFT, TJRS e TJMG, conforme pesquisa realizada em 18 fev. 2018)

A dificuldade probatória de vítimas de discriminação ficou evidente pelos dados coletados.

Pelos números dos 4 (quatro) tribunais, a ausência de prova e a aplicação da teoria estática da carga probatória supera em cerca de 1,5 vezes o total de litígios em que a vítima obteve sucesso probatório (por provas diretas e/ou indiretas). Se o tribunal não se apóia sequer em provas indiretas, essa proporção sobe para quase 3 vezes! Isso indica que quanto mais rígida a exigência probatória de um tribunal, menor a chance de êxito daquele que se diz vítima de discriminação.

Diversamente do que aconteceu nos Estados Unidos, em que o próprio sistema de Justiça, formulou teorias para facilitar a comprovação da discriminação e que foram incorporadas à legislação daquele país³, a pequena amostra acima aponta decisões judiciais no Brasil seguem na direção oposta e que o efetivo e adequado acesso à Justiça, em casos de discriminação, tem um caminho a ser percorrido.

Os dados colhidos apontam na direção de que, mesmo após uma década da condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, ainda há decisões judiciais que continuam a exigir, em quase metade das demandas cíveis e criminais pesquisadas, a prova direta da discriminação e a aplicarem a teoria estática do ônus probatório. Em poucos casos são consideradas provas indiretas e em nenhum houve registro de aplicação de técnicas modernas de comprovação/distribuição probatória para litígios envolvendo discriminação.

Permanece válida a conclusão feita por Elaine Machado Vasconcelos (2005, p. 102) de que o magistrado (no caso citado por ela, o trabalhista) tem dificuldade de lidar satisfatoriamente com a questão da discriminação em face de sua adstrição à dogmática de distribuição do ônus probatório tão-somente à luz da teoria estática.

É verdade que os dados apurados não permitem aferir a origem do problema, se é por apego ao sistema tradicional de prova e de seu ônus em uma perspectiva estática, por excesso de trabalho, por desconhecimento, por erro ou falta de técnica, por livre opção, por entendimento contrário, por considerar inconstitucional/ilegal tais técnicas, etc.

Todavia, decisões judiciais que simplesmente exigem a prova direta da discriminação aplicando a teoria estática do ônus da prova, conforme dados pesquisados, exercem papel na

³ Talvez isso decorra do histórico de conflitos, de distúrbios e de embates que tem como pano de fundo a questão racial, especialmente em face da Guerra de Secessão (de 1861 a 1865) e do fim da doutrina de segregação “separados mas iguais”.

perpetuação de práticas discriminatórias. Mais ainda, ao aplicarem a igualdade e o acesso à Justiça apenas sob o ponto de vista formal, sem levar em conta, as dificuldades probatórias inerentes à discriminação, que pode ser indireta e oculta, tais decisões, em quase metade dos litígios, podem, eventualmente, estar incorrendo em discriminação indireta (estrutural) em desfavor da parte menos favorecida do litígio (MALLET, 1999, p. 157), reforçando e validando práticas que, por exigência constitucional, deveria combater.

CONCLUSÃO

A igualdade e a antidiscriminação são direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal, por Tratados e convenções internacionais promulgadas no país e por diversas leis ordinárias. O Estado brasileiro adotou, em seu arcabouço constitucional, o modelo que prioriza a igualdade substancial (e real) e que impõe o dever de combater e de eliminar todas as formas de discriminação e assumiu o compromisso internacional de remover obstáculos ao efetivo e adequado acesso à Justiça com condições de igualdade entre os litigantes.

A discriminação pode ser direta e explícita, em que há facilidade de comprovação, pois passível de verificação, ou indireta e oculta, quando haverá dificuldade de sua demonstração. Dentre as práticas discriminatórias indiretas, existem as decorrentes de decisões judiciais, medidas administrativas e leis e normas que podem reproduzir ou reforçar comportamentos, políticas e procedimentos efetivamente discriminatórios, ainda que aparentemente neutros ou indiferentes.

No processo judicial, a prova direta, que é capaz de demonstrar por si mesmo a prática discriminatória, é útil em situações de discriminação direta e explícita quando a vítima possui meios para comprová-la, mas será pouco eficaz na discriminação indireta e oculta em que o ofendido não tem condições para revelá-la ao juiz. Nessa espécie, a prova indireta, decorrente de um raciocínio dedutivo ou indutivo a partir de indícios e de presunções, pode ser um caminho a ser adotado.

A prova indiciária ganha relevância, em face de um juízo de probabilidade da ocorrência do fato, e a prova estatística, em teorias como a do impacto desproporcional, cunhada pela Suprema Corte dos Estados Unidos, incorporada à legislação daquele país e adotada por diversas outras nações, podem ser suficientes para constituir prova *prima facie* da discriminação. A prova por verossimilhança, decorrente da aplicação de presunções ou de máximas de experiência, também levam a prova *prima facie* da ocorrência da conduta discriminatória. Merece destaque a teoria dos motivos mistos, também cunhada pela Suprema Corte norte-americana e incorporada à legislação daquele país, segundo a qual, havendo vários motivos para a prática de certa conduta e sendo uma delas discriminatória, presume-se a discriminação. O TST parece ter seguido essa linha em sua Orientação Jurisprudencial nº 142 da Subseção 2 de Dissídios Individuais.

O Brasil adotou, como regra geral, a teoria estática do ônus da prova segundo as alegações das partes e a natureza dos fatos controvertidos (prova aquele que alega), que pode ser eficaz nas discriminações diretas e explícitas, mas é inapropriada para as discriminações indiretas (estruturais) e ocultas, especialmente quando se está diante de uma prova diabólica, que é quase impossível ou impossível de ser produzida. Nesse caso, por ser inútil e inadequada a teoria estática, abre-se espaço para aplicação do princípio da aptidão para a prova, segundo a qual incumbe provar a parte que tem mais condições em fazê-lo (prova quem pode), prevista no CDC, e para a inversão do ônus da prova.

A aptidão para a prova e a dificuldade probatória extrema são fundamentos para a adoção da teoria dinâmica do ônus da prova, que impõe esse encargo a quem tem condições de comprovar ou de elidir a prática discriminatória. Sua aplicação decorre de princípios, especialmente, como a igualdade real (paridade de armas), devido processo legal e acesso efetivo à Justiça.

Pesquisa de jurisprudência realizada em 18 tribunais brasileiros em fevereiro de 2018 permitiu identificar e analisar 67 demandas, cíveis e criminais, sobre discriminação (racial), prova e ônus probatório em 4 tribunais de justiça. Os dados revelaram que em pouco mais de 20% das demandas houve a prova direta da discriminação, em quase 49% não houve prova de discriminação e/ou foi aplicada a teoria estática do ônus da prova, em 13% dos casos foi aceita, por um único tribunal, a prova por indireta (por indícios ou por presunção) e em nenhuma demanda foi aplicada a teoria dinâmica do ônus da prova ou invertido esse encargo probatório.

Os dados apontaram que, dependendo da exigência probatória dada pelos tribunais, a chance de ser demonstrada a discriminação varia de 24 a 34% e de insucesso da vítima é da ordem 58 a 68% dos litígios, evidenciando que o acusado desta prática tem cerca de 1,5 a 3 vezes mais chances de ter êxito nessas demandas do que aquele que se apresenta como vítima de discriminação.

Tais resultados revelam que o Brasil, após mais de uma década de condenação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, continua a ter decisões judiciais que exigem, em quase metade das demandas cíveis e criminais pesquisadas, a prova direta da discriminação e que aplicam a teoria estática do ônus probatório, ao arrepio do modelo constitucional que adotou a concepção da igualdade real, de compromissos internacionais, em direitos humanos, assumidos pelo país, e em desprezo de técnicas e de teorias probatórias mais eficazes, adotadas por outras nações.

A presente investigação parece apontar que decisões judiciais, em face do tratamento probatório utilizado em quase metade dos litígios pesquisados, podem incorrer em discriminação indireta (estrutural), por, na prática, terem dificuldades para identificar e repelir práticas discriminatórias, que, por exigência constitucional, deveriam combater.

Há, portanto, um longo caminho a ser percorrido pelo sistema de justiça brasileiro em garantir o efetivo e adequado acesso à Justiça para as vítimas de práticas discriminatórias, notadamente quando ocultas ou estruturais (indireta).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANTES, Paulo de Tarso Lugon. O caso Simone André Diniz e a luta contra o racismo estrutural no Brasil. *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro, n. 31, jul.-dez. 2007.

AROSHENA, José Fernando Lousada. *La prueba de la discriminación y del acoso sexual y moral en el proceso laboral*. 2005. Disponível em <<http://www.ccoo.es/5ca3e826c96c3b2dd1c36c52bd79c94c000001.pdf>>, Acesso em: 18 fev. 2018.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. O princípio da aptidão para a prova e a inversão do ônus da prova a requerimento do Ministério Público do Trabalho. *Revista LTr*. São Paulo: v. 73, nº 2, fev. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 216.315/RS*. Segunda Turma. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Diário de Justiça eletrônico de 6 nov. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.286.704/SP*. Terceira Turma. Relatora Ministra Nancy Andrichi. Diário de Justiça eletrônico de 28 out. 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. 2ª Turma. Recurso Ordinário 943-2005-015-10-00-0. Relator Desembargador Alexandre Nery de Oliveira. Diário de Justiça da União de 4 mar. 2008.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmulas, orientações jurisprudenciais, precedentes normativos*. Brasília: Coordenação de Serviços Gráficos, 2016.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar; et al. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, nº 31, 2005.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim G.. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. 4ª ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950, v. I.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1965.

COPI, Irving M. *Introdução à Lógica*. 3ª ed. São Paulo: Mestre Jou, 1981.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe n. 66/2006. Caso n. 12.001. Simone André Diniz vs. Brasil. San José, 21 out. 2006. Disponível em <<http://www.cidh.org/annualrep/2006port/brasil.12001port.htm>>, Acessado em 18 fev. 2018.

COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 3ª ed.*. Buenos Aires: Depalma, 1993.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. 3ª Ed.* Belo Horizonte: Arraes Editores, 2009.

DAMASCENO, Fernando Américo Veiga. A prova pela verossimilhança e o direito do trabalho. In: *Revista do TRT da 3ª Região*. Belo Horizonte: TRT da 3ª Região, nº 22, 1974.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho. 2ª Ed.* São Paulo: LTr, 2003.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno & OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2007, v. 2.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 3.

ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria General de la prueba judicial. 2ª ed.* Buenos Aires: Victor P. Zavalía, 1972, t. I.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust*. Cambridge: Harvard Press University, 1980.

ESTADOS UNIDOS. *Griggs vs. Duke Co.* Washington, dez. 1971. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20070905035907/http://www.finduslaw.com/griggs_v_duke_power_co_1971_401_us_424_91_s_ct_849>. Acesso em: 18 fev. 2018.

_____. Equal Employment Opportunity Commission. *Civil Rights Act of 1991*. Washington, sc. 103, 1991. Disponível em: <https://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/thelaw/cra_1991.html>. Acesso em: 17 fev. 2018.

_____. US Supreme Court. *Price Waterhouse vs. Hopkins*. Washington: maio 1989. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/490/228/>>. Acesso em 17 fev. 2018.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Distribuição dinâmica do ônus da prova no Processo do Trabalho. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*. Campinas: nº 32, 2008.

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à Justiça e superar a propatio diabólica. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil. 2ª Ed.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal. 2ª ed.* Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927.

MALLET, Estêvão. Discriminação e processo do trabalho. *Revista do TST*. Brasília, v. 65, nº 1, out.-dez. 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Curso de Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, v. I.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MELLO, Maurício Correia de. A prova da discriminação por meio da estatística. *Revista do Ministério Público do Trabalho*. Brasília: ANPT e LTr, a. XVIII, nº 36, set. 2008.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova do Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PALACIO, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. 17ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013.

PITT, Gioconda Fianco. *Prova indiciária e convencimento judicial no Processo Civil*. Dissertação de Mestrado em Direito. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/15503/000686005.pdf?sequence=1>>. Acesso em 11 fev. 2018.

OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano de. O princípio da não-discriminação e sua aplicação às relações de trabalho. *Revista Jus Navegandi*. Teresina, a. 11, n. 1176, set. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8950/>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

PEYRANO, Jorge W. Aspectos procesales de la responsabilidad profesional. In: MORELLO, Augusto M. (coord) e outros. *Lãs Responsabilidades Profesionales: Libro al Dr. Luis O. Andorno*. La Plata: LEP, 1992.

PORTUGAL. Lei nº 99, de 27 de agosto de 2003. *Diário da República*. Seção I, série A, nº 197, 27 de agosto de 2003. Disponível em : <<https://www.sns.gov.pt/wp-content/uploads/2016/10/Lei-n.º-99-2003..pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. 2ª ed. Montevideu-Buenos Aires: Editorial IbdeF, 2002.

SALMON, Wesley C. *Lógica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1955.

SANTOS, Washington dos. *Dicionário jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de Processo Civil*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. I.

SOWELL, Thomas. *Ação afirmativa ao redor do mundo: um estudo empírico sobre cotas e grupos preferenciais*. São Paulo: É Realizações, 2016.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2009, v. 2.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 50ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. I.

TOSTES MALTA, Christovão Piragibe. *Prática do Processo Trabalhista*. 29ª ed. São Paulo: LTr, 1999.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho da União Européia. Diretiva 97/80/CE de 15/12/1997. In: *Official Journal of the European Communities*. 20 jan. 1998, v. 41, p. 8. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:014:0006:0008:EN:PDF>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

VASCONCELOS, Elaine Machado. A discriminação nas relações de trabalho: a possibilidade de inversão do ônus da prova como meio eficaz de atingimento dos princípios constitucionais. *Revista do TST*. Brasília, v. 71, nº 2, maio-ago. 2005.

VALLEJO, María Laura Rojas; MOURRAILLE, Camila Soto. *La carga de la prueba en casos de discriminación*. Bogotá-Colômbia: Universidad de Los Andes, 2009.

Data de Submissão: 21/07/2021

Data de Aceite: 15/12/2021