

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA - UFJF

FACULDADE DE DIREITO

MARINA MURUCCI MONTEIRO

**A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO NO CAMPO
PROBATÓRIO TRABALHISTA**

**Juiz de Fora
2013**

MARINA MURUCCI MONTEIRO

**A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO NO CAMPO
PROBATÓRIO TRABALHISTA**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF, pela acadêmica Marina Murucci Monteiro, sob orientação do Professor FLÁVIO BELLINI DE OLIVEIRA SALLES, na área de concentração Direito Processual do Trabalho.

**Juiz de Fora
2013**

FOLHA DE APROVAÇÃO

MARINA MURUCCI MONTEIRO

A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO NO CAMPO PROBATÓRIO TRABALHISTA

Monografia apresentada na área de concentração Direito Processual do Trabalho, à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como pré-requisito para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sendo a banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Orientador: Prof. Dr. Flávio Bellini de Oliveira Salles
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Dorival Cirne de Almeida Martins
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Fernando Guilhon de Castro
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, 28 de Agosto de 2013.

Dedico este trabalho, bem como todas as minhas demais conquistas, aos meus pais Elmo da Silva Monteiro e Maria Aparecida Muruci Monteiro, que sempre me auxiliaram nos momentos mais difíceis da minha vida, à minha irmã Daniela Murucci Monteiro, que sempre esteve ao meu lado e nunca mediu esforços para me amparar, e aos meus amigos, pelo incentivo e apoio constantes.

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, que iluminou o meu caminho durante esta caminhada. Agradeço também aos meus pais, à minha irmã, aos meus amigos e à minha família, que, com muito amor e carinho, não mediram esforços para que eu chegasse até aqui. E, por fim, agradeço ao Professor Flávio Salles, pela paciência e incentivo na orientação, que tornaram possível a conclusão desta monografia.

“Posso não concordar com nenhuma das palavras que você diz, mas defenderei até a morte seu direito de dizê-las.”

Autor: François-Marie Arouet (Voltaire)

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar de forma crítica as posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca da possibilidade da aplicação do princípio da proteção ao processo do trabalho, especialmente na apreciação e valoração das provas, utilizando, para tanto, o método indutivo e a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial sobre o tema. Salienta-se que a grande divergência existente na jurisprudência e na doutrina quanto ao Princípio da Proteção refere-se a uma de suas vertentes, a qual estabelece que, em casos de dúvida na interpretação de uma norma, deve-se, sempre, decidir a favor do empregador. Parte da doutrina defende a aplicabilidade do referido princípio ao processo trabalhista, sob o argumento de que o Princípio da Proteção, do qual se desdobra o princípio *in dubio pro operario*, é diretriz básica da criação do Direito do Trabalho. No entanto, a corrente majoritária defende a inaplicabilidade deste princípio à esfera processual trabalhista, vez que esta aplicação ofende o Princípio da Isonomia, devendo a questão ser analisada sob o prisma da teoria do ônus da prova.

Palavras-chave: Princípio da Proteção; Ônus da Prova; Princípio *In Dubio Pro Operario*; Princípio da Isonomia; Processo do Trabalho.

ABSTRACT

This study aims to analyze critically the doctrinal and jurisprudential positions on the possibility of applying the principle of protection in the labor process, especially in the examination and assessment of the evidence, using for this purpose, the inductive method and literature and jurisprudence on the subject. It is noted that the vast divergence in the jurisprudence and doctrine regarding the Principle of Protection refers to one of its sides, which states that in cases of doubt in the interpretation of a rule should always decide in favor of the employer. Part of the doctrine defends the applicability of this principle to the labor process under the argument that the principle of the protection which unfolds the principle *in dubio pro operario* basic guideline is the creation of the Labour Law. However, the current majority, and for us, the right one, argues the inapplicability of this principle to the sphere procedural labor, since this application offends the Principle of Equality, the question must be analyzed through the prism of the theory of the burden of proof.

Keywords: Principle of Protection; Burden of Proof; Principle *In Dubio Pro Operario*; Principle of Equality; Labour Procedure.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO.....	13
1.1 Princípio da Norma Mais Favorável.....	18
1.2 Princípio da Condição Mais Benéfica.....	21
1.3 Princípio <i>In Dubio Pro Operario</i>	23
CAPÍTULO 2 PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO.....	25
CAPÍTULO 3 DISCUSSÃO ACERCA DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO PROCESSO DO TRABALHO.....	30
CONCLUSÃO.....	37
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	39

INTRODUÇÃO

Os princípios jurídicos trabalhistas devem ser entendidos como proposições gerais, que são retiradas da cultura e da construção jurídica de uma comunidade, tendo como funções precípuas informarem a criação, compreensão, aplicação e interpretação das regras do ordenamento jurídico, além de atuarem, também, como a própria norma jurídica aplicável às relações empregatícias.

Um dos princípios basilares do Direito do Trabalho é o chamado Princípio da Proteção. De acordo com os ensinamentos de Maurício Godinho Delgado, referido princípio consiste na “teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia¹”, criando, assim, uma vantagem jurídica que visa atenuar as desigualdades existentes no plano fático, entre empregador e empregado. Dessa forma, diferentemente do que ocorre no Direito Comum, no qual a situação de igualdade das partes leva a um tratamento jurídico igualitário, no Direito do Trabalho pode-se verificar um maior amparo jurídico concedido ao obreiro, vez que é notória a desigualdade existente entre as partes contratantes na relação de emprego.

Verifica-se uma grande divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade de aplicação do princípio em comento ao processo trabalhista, fato este que justifica o presente trabalho monográfico.

Alguns doutrinadores admitem referida aplicação, sob a argumentação de que a desigualdade existente na relação empregatícia repercute também na esfera processual trabalhista. Porém, outra parte da doutrina a rechaça, argumentando, para tanto, que as desigualdades existentes entre empregador e empregado devem ser sanadas pelo Direito Material do Trabalho, sob pena de, ao aplicar o Princípio da Proteção ao Processo do Trabalho, o magistrado abandonar sua imparcialidade.

O capítulo 1 do presente trabalho tratará precipuamente do mencionado princípio e dos seus desdobramentos. Américo Plá Rodriguez salienta que o Princípio da Proteção subdivide-se em três dimensões distintas: norma mais favorável, condição mais benéfica e *in dubio pro operario*.

O Princípio da Norma Mais Favorável determina que, havendo mais de uma norma aplicável ao mesmo caso concreto, o julgador deve optar pela norma mais favorável ao obreiro, independentemente de sua hierarquia. Dessa forma, no Direito do Trabalho a

¹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 10ª ed. São Paulo: LTR, 2011.

pirâmide hierárquica clássica do Direito Comum é relativizada, já que no topo desta sempre se encontra a norma mais favorável ao trabalhador.

A dimensão chamada de Princípio da Condição Mais Benéfica estabelece, por sua vez, que, ocorrendo um conflito entre as cláusulas ou condições estipuladas entre o obreiro e o empregador, sempre deverão prevalecer aquelas mais benéficas ao empregado.

Já a dimensão denominada *in dubio pro operario* tem a função primordial de determinar que, quando uma mesma norma admitir várias interpretações, deverá prevalecer a mais favorável ao obreiro. Observa o ilustre jurista uruguaio Américo Plá Rodriguez que, para aplicação do referido princípio, são necessários dois requisitos: “a) somente quando exista dúvida sobre o alcance da norma legal; b) sempre que não esteja em desacordo com a vontade do legislador²”.

Em um segundo momento, este trabalho exporá a Teoria do Ônus da Prova e a possibilidade de aplicação analógica, ao processo trabalhista, da inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor, como uma forma de evitar a aplicação da regra *In Dubio Pro Operario* na apreciação e valoração das provas.

O Capítulo 3, por sua vez, tratará da possibilidade de aplicação do Princípio da Proteção ao Processo do Trabalho, haja vista a grande divergência jurisprudencial e doutrinária existente em torno da aplicação ou não de uma das emanações deste princípio, qual seja a regra *In Dubio pro Operario*, ao campo probatório trabalhista, isso porque não há consenso sobre se tratar ou não de um preceito de natureza exclusivamente hermenêutica.

Alguns doutrinadores sustentam que, assim como no processo comum, no processo do trabalho deve ser aplicada a regra da distribuição do ônus da prova, ou seja, o ônus probatório deve recair sempre sobre aquele que formula a alegação, de modo que a aplicação do princípio *in dubio pro operario*, que resulta em atribuição de maior valor ou peso às provas produzidas pelo obreiro, em detrimento das provas apresentadas pelo empregador, violaria o princípio do ônus da prova, previsto no artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e no artigo 333 do Código de Processo Civil, este aplicável ao processo trabalhista em razão da permissão contida no artigo 769 da CLT. Além disso, referido princípio seria de natureza exclusivamente hermenêutica, razão pela qual, sempre que um dispositivo legal comportar várias interpretações, o aplicador da lei deve adotar a interpretação mais favorável ao trabalhador. Já a interpretação do arsenal probatório, por se tratar de atividade de natureza processual, não comportaria a proteção ao trabalhador, mas, sim, a aplicação da regra da

² RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. 3ª ed. São Paulo: LTR, 2000.

distribuição do ônus da prova. Ressaltam, ainda, que um dos princípios básicos da relação processual é o Princípio da Isonomia, de sorte que a concessão de benefícios a uma das partes, no processo, certamente feriria tal princípio.

Porém, outra corrente, esta minoritária, defende a aplicação do princípio *in dubio pro operario* na valoração das provas, argumentando, para tanto, que a classe obreira apresenta maior dificuldade para comprovar suas alegações no processo, já que conta com recursos bem mais escassos para a produção probatória do que os empregadores. Além disso, tal corrente doutrinária utiliza-se do argumento de que o direito processual é instrumento do direito material, ou seja, qualquer que seja o ramo jurídico, o direito processual e o direito material jamais podem se distanciar a ponto de o primeiro não mais atender às finalidades do segundo, isso porque, como dito, o direito processual é um instrumento para efetivação do direito material e sem este não se justifica.

No entanto, faz-se necessário mencionar que o próprio ordenamento jurídico trabalhista brasileiro já concede vantagens ao empregado para compensar a desigualdade fática existente entre empregador e obreiro. Como exemplos de tais vantagens, podem ser citadas as presunções que militam em favor do empregado, como a prevista na Súmula 212 do TST, segundo a qual cabe ao empregador comprovar que o término do contrato de trabalho se deu por iniciativa do obreiro, visto que o Princípio da Continuidade da Relação de Emprego constitui presunção favorável ao empregado, e a prevista na Súmula 338 do TST, segundo a qual constitui ônus do empregador que possui mais de dez empregados a apresentação dos registros das jornadas de trabalho. Caso o empregador não apresente, injustificadamente, os controles de frequência em uma eventual reclamação trabalhista, haverá uma presunção relativa de veracidade das jornadas de trabalho alegadas pelo empregado.

A corrente positiva ressalta, ainda, que o direito material do trabalho possui peculiaridades, não se resumindo, dessa forma, a regular a realidade. Sendo assim, possui uma finalidade social mais marcante que os demais ramos jurídicos, já que sempre deve buscar uma transformação social, de modo a garantir uma igualdade substancial entre obreiro e empregador. Por esta razão, o direito processual trabalhista deve adequar-se a tais finalidades do direito material do trabalho, instrumentalizando essa busca, com o fim de sanar as desigualdades fáticas e jurídicas existentes entre as partes do contrato de trabalho.

Destarte, o presente trabalho tem como escopo principal discutir a possibilidade de aplicação do Princípio da Proteção ao processo trabalhista, bem como a possibilidade de aplicação da dimensão *in dubio pro operario* na apreciação das provas, tendo em vista o

caráter protecionista do Direito do Trabalho, de um lado, e a exigência de tratamento igualitário nas relações processuais, de outro.

Importante ressaltar que a pesquisa que antecedeu a elaboração deste trabalho apresenta caráter multidisciplinar, vez que necessários se fizeram a busca por elementos constantes do processo como um todo, em especial do Processo Civil e do Processo do Trabalho, estudos referentes ao Direito Material do Trabalho e, ainda, aos princípios constitucionais.

No que tange ao tipo de procedimento adotado para a coleta de dados, utilizou-se, preponderantemente, o método teórico (aspectos conceituais da doutrina e jurisprudência sobre o tema), com fundamentações jurídicas. Dessa forma, pela própria finalidade da pesquisa e ainda em razão da grande divergência existente sobre o tema, utilizou-se a técnica da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, especialmente nos livros da doutrina especializada, julgados e artigos sobre o tema.

Ademais, o método utilizado foi o indutivo, ou seja, partiu-se das peculiaridades dos casos concretos que envolvem as relações de emprego sujeitas à Justiça do Trabalho, para se chegar a uma conclusão mais abrangente.

CAPÍTULO 1 – PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

Importante destacar, inicialmente, que os princípios são as fontes basilares do Direito, ou seja, são regramentos básicos que fundamentam todo o ordenamento jurídico. Devido à sua enorme importância, possuem uma tripla função, qual seja: informativa, inspirando e informando o legislador na elaboração da norma; normativa, sendo utilizados como método de integração do ordenamento jurídico, com a função de suprir lacunas; e interpretativa, a partir da qual são usados como parâmetro de interpretação de normas jurídicas.

A título de ilustração, expõe-se o comentário feito por Américo Plá Rodriguez acerca dos princípios:

são linhas diretrizes que informam algumas normas e inspiram direta ou indiretamente uma série de soluções, pelo que, podem servir para promover e embasar a aprovação de novas normas, orientar a interpretação das existentes e resolver os casos não previstos.³

³ RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de direito do trabalho. São Paulo. LTR, 1993.

O Direito do Trabalho, como ramo jurídico autônomo que é, possui princípios próprios que funcionam como diretrizes ou postulados, inspirando o sentido das normas trabalhistas e repercutindo nas relações de emprego. Pode-se apontar alguns princípios peculiares ao Direito do Trabalho, como o princípio da proteção, o princípio da primazia da realidade, o princípio da irrenunciabilidade, o princípio da continuidade, entre outros apontados pela doutrina.

No processo do trabalho, por sua vez, não há uma unanimidade da doutrina acerca da existência de princípios peculiares. Alguns entendem que os princípios do Direito Processual do Trabalho são os mesmos do Direito Processual Civil, ao passo que outros defendem a existência de apenas dois ou três princípios próprios do processo trabalhista. Considerar-se-á, aqui, a existência de princípios peculiares ao processo do trabalho, entre os quais podem ser citados o princípio da finalidade social do processo, o princípio da busca da verdade real, o princípio da indisponibilidade, o princípio da conciliação, o princípio da normatização coletiva, o princípio da celeridade e, ainda, o princípio da proteção, em que pese no tocante a este haja grande divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade de sua aplicação ao processo trabalhista.

O princípio da proteção tem como marco inicial a Revolução Industrial, ocorrida no século XVIII, a partir da qual surge a relação entre empregado e empregador. Com a Revolução Industrial e a chegada das máquinas, a relação de trabalho alterou-se drasticamente, de forma que a habilidade dos trabalhadores perdeu importância, visto que as máquinas podiam fazer o mesmo trabalho em menor tempo.

O contrato de trabalho, nesta época, era regido pelos ideais de liberdade da Revolução Francesa, exaltando-se o princípio da autonomia da vontade aplicável aos contratos, fato este que levou à exploração do trabalho infantil, a jornadas exageradas, à não concessão de descansos minimamente razoáveis, a salários irrisórios e a ambientes de trabalho totalmente insalubres. Por não haver qualquer intervenção estatal com vistas a propiciar melhores condições de trabalho aos obreiros, ficavam estes sujeitos aos abusos dos patrões, já que necessitavam do emprego para o sustento próprio e o de suas famílias.

Com o tempo, os trabalhadores, revoltados com a situação em que viviam, começaram a se unir e a lutar por seus direitos. Por várias vezes os obreiros quebraram máquinas das fábricas em que trabalhavam, além do que deflagraram greves, com o intuito de obter melhores condições de trabalho.

Diante do caos ocasionado por esses movimentos, o Estado começa a intervir nas relações de trabalho, criando normas com o intuito de proteger os empregados e,

consequentemente, diminuir as desigualdades existentes entre eles e os empregadores, haja vista que os primeiros são a parte mais frágil da relação, como demonstrado alhures. Foi nessas circunstâncias que surgiu o chamado princípio da proteção, com a finalidade de igualar os desiguais.

O princípio da proteção, também conhecido como princípio protetivo, protetor ou tuitivo, é o mais importante dos princípios trabalhistas, porque sintetiza a essência e a razão de ser do Direito do Trabalho, possibilitando a efetivação de seus fundamentos e finalidades, de modo que todos os demais princípios da disciplina derivam deste princípio maior.

Com efeito, no plano dos fatos existe uma clara desigualdade entre os sujeitos da relação jurídica trabalhista, na qual o empregado é a parte hipossuficiente. O princípio da proteção visa a solucionar esta desigualdade fática, criando uma superioridade jurídica a favor do trabalhador.

Como ensina Maurício Godinho Delgado:

informa este princípio que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro –, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.⁴

Alguns autores, como Hermainz Márquez e Alonso Garcia (apud Rodriguez, 2000), defendem que este princípio somente se aplica às etapas iniciais do Direito Trabalhista, visto que nessa época a legislação ainda apresentava muitas lacunas, as quais eram preenchidas mediante a aplicação do princípio da proteção. De acordo com esses doutrinadores, a evolução da legislação trabalhista tornou tais lacunas cada vez mais escassas, levando à crise do princípio em comentário.

Todavia, o princípio da proteção vem sendo aplicado em todas as etapas de evolução do Direito do Trabalho, porque não traduz um instrumento de integração de lacunas, mas sim uma orientação para as atividades do legislador e do intérprete das normas jurídicas trabalhistas. Dessa forma, a evolução das normas trabalhistas e a conseqüente diminuição das lacunas não constitui fundamento para afastar a aplicabilidade do princípio da proteção, já que o fundamento de tal princípio é a desigualdade fática existente entre empregado e empregador, fato este verificado constantemente, mesmo no mundo atual.

Outros doutrinadores, por sua vez, negam totalmente a aplicação do princípio da proteção ao Direito do Trabalho. Como bem salienta Américo Plá Rodriguez, apesar de

⁴ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 10ª Ed. São Paulo. LTR, 2011.

tratarem especificamente da regra *in dubio pro operario*, o que estão questionando, na verdade, é a validade do princípio da proteção como um todo.

Como exemplo desses doutrinadores, pode ser citado o autor brasileiro José Pinto Antunes (apud Rodriguez, 2000). De acordo com este jurista, o princípio *in dubio pro operario* seria inconstitucional, por contrariar as bases fundamentais do regime capitalista de produção. Neste regime, o trabalho está subordinado à iniciativa, direção e organização do capital, de modo que a decisão, em caso de dúvida, a favor do trabalhador, contraria o espírito do regime e a própria vontade do Estado, tendo em vista que há na empresa um interesse público por excelência. Dessa forma, nos casos em que houvesse dúvidas quanto à interpretação de uma norma, o aplicador da lei deveria optar pela interpretação que protegesse e conservasse a vida empresarial.

Contudo, foi o próprio sistema capitalista de produção que proporcionou o avanço tecnológico e empresarial, os quais tiveram como consequência a exploração cada vez maior da mão de obra dos trabalhadores, necessária ao avanço do capitalismo. Ora, foi a intensa exploração dos trabalhadores e a evidente dependência destes em relação a seus empregadores que ensejaram a intervenção estatal, com vistas a conter a referida exploração e a tentar sanar a grande desigualdade entre trabalhadores e empregadores.

Tal desigualdade mostra-se claramente contrária aos interesses da sociedade em geral e ao bem comum, fato este que justifica a aplicação do princípio da proteção ao Direito do Trabalho, objetivando ao estabelecimento de uma igualdade substancial entre as partes integrantes da relação de emprego.

Importante mencionar, ainda, que a proteção concedida pelo Direito do Trabalho ao obreiro não exclui a importância da estabilidade e do desenvolvimento empresarial, que também devem ser considerados pelo aplicador do direito em sua atividade hermenêutica.

No mesmo sentido de José Pinto Antunes, apresentam-se as lições de Alípio Silveira (apud Rodriguez, 2000). De acordo com este doutrinador, o princípio da proteção é inconstitucional, pois não se coaduna com a atual finalidade do Direito do Trabalho, qual seja, equilibrar os interesses das partes contratantes, sem se limitar à concessão de uma proteção exclusiva e absoluta ao obreiro. Argumenta o referido autor, ainda, que, para a interpretação da legislação trabalhista, devem ser analisados os interesses da empresa, o bem comum e a equidade. Dessa forma, o legislador e o intérprete do Direito Trabalhista não podem sacrificar os interesses da empresa, e muito menos o bem comum, em nome da proteção do empregado. Como afirma o autor, o artigo 8º da CLT é claro ao dispor que não se deve sacrificar o interesse público em nome de qualquer interesse de classe ou particular. Por fim, esclarece

que, nos casos em que a dúvida não puder ser resolvida pelas regras gerais de hermenêutica, só poderá ser utilizada a interpretação favorável ao trabalhador se isto não ocasionar algum prejuízo à empresa, considerada em seu conjunto, ou ao bem comum.

Contudo, como bem salienta o autor Américo Plá Rodriguez, mesmo que a finalidade do Direito do Trabalho se resumisse a equilibrar os interesses entre empregado e empregador, a efetivação deste equilíbrio ensejaria uma real proteção ao trabalhador, visto que este se encontra em inequívoca condição de inferioridade em relação ao empregador. Dessa forma, para que se estabeleça uma igualdade substancial entre as partes contratantes de uma relação de emprego, necessária se faz uma maior tutela jurídica ao obreiro.

Além disso, importante mencionar que a aplicação do princípio da proteção não é irrestrita ou incondicional, encontrando limites no interesse público e no bem comum, razão pela qual não deve prosperar a justificativa simplista para a inaplicabilidade do princípio em questão, baseada na interpretação consoante o bem comum e o interesse público.

Carlos Henrique Bezerra Leite defende que o princípio da proteção também é aplicado à esfera processual trabalhista, visto que o processo do trabalho foi criado para efetivar o Direito do Trabalho, o qual visa a compensar ou reduzir a desigualdade real existente entre obreiro e empregador.

Além do autor por último citado, Wagner D. Giglio defende ser o princípio da proteção peculiar ao processo do trabalho:

Embora muitas outras fossem necessárias, algumas normas processuais de proteção ao trabalhador já existem, a comprovar o princípio protecionista. Assim, a gratuidade do processo, com isenção de pagamento de custas e despesas, aproveita aos trabalhadores, mas não aos patrões; a assistência judiciária gratuita é fornecida ao empregado, mas não ao empregador; a inversão do ônus da prova por meio de presunções favorece o trabalhador, nunca ou raramente o empregador; o impulso processual *ex officio* beneficia o empregado, já que o empregador, salvo raras exceções, é o réu, demandado, e não aufere proveito da decisão: na melhor das hipóteses, deixa de perder⁵ (GIGLIO, 2000, p. 67, apud LEITE, 2013, p. 81).

Outros doutrinadores, por sua vez, defendem a inaplicabilidade do princípio da proteção ao processo do trabalho, sob a argumentação de que no processo trabalhista, assim como no processo comum, deve ser respeitado o princípio da isonomia. Sendo assim, a desigualdade existente entre obreiro e empregador já teria sido sanada pelo Direito Material do Trabalho, não havendo necessidade da aplicação do princípio protetor ao processo do trabalho. Argumentam, ainda, que referida aplicação poderia levar o magistrado, para proteger o trabalhador, a abandonar sua imparcialidade. Neste sentido é o entendimento de Ronald

⁵ GIGLIO, 2000, P.67 apud LEITE, 2013, P.81

Amorim e Souza: “Por se prestar à instrumentalização do Direito do Trabalho, este sim, protecionista, há quem, mesmo entre os doutrinadores, confunda as posições e vislumbre, no Direito Processual do Trabalho, algo de protetor”⁶.

Entretanto, é notória a maior dificuldade do trabalhador em acessar a justiça, mesmo com as proteções concedidas pelo Direito Material do Trabalho. Dessa forma, torna-se necessária a aplicação do princípio da proteção ao processo trabalhista, a fim de facilitar o acesso do trabalhador à justiça. Porém, tal aplicação não terá a mesma intensidade da aplicação do direito material do trabalho, pois deverá observar os princípios aplicáveis ao processo como um todo, a exemplo do princípio da isonomia e da imparcialidade do juiz. Pode-se apresentar como exemplos desta aplicação as previsões contidas nos artigos 844, 791 e 840 da CLT.

Verificado o conceito e o fundamento do princípio protecionista, qual seja, a busca pela efetiva igualdade das partes, ainda que para isso seja necessária a criação de normas protetivas à parte hipossuficiente, importante se faz examinar a forma de aplicação prática de tal princípio. Como ensina Américo Plá Rodriguez, o princípio da proteção desdobra-se em três dimensões distintas: o princípio da norma mais favorável, o princípio da condição mais benéfica e o princípio *in dubio pro operario*.

1.1 Princípio da Norma Mais Favorável

Como já mencionado, o princípio da norma mais favorável constitui uma das vertentes do princípio da proteção, estabelecendo que, havendo mais de uma norma trabalhista aplicável ao caso concreto, deverá ser aplicada a que for mais favorável ao trabalhador, independentemente de sua posição na escala hierárquica.

Maurício Godinho Delgado discorre sobre a aplicação do referido princípio:

o presente princípio dispõe que o operador do Direito do Trabalho deve optar pela regra mais favorável ao obreiro em três situações ou dimensões distintas: No instante de elaboração da regra (princípio orientador da ação legislativa, portanto) ou no contexto de confronto entre regras concorrentes (princípio orientador do processo de hierarquização de normas trabalhistas) ou, por fim, no contexto de interpretação das regras jurídicas (princípio orientador do processo de revelação do sentido da regra trabalhista). A visão mais ampla do princípio entende que atua, desse modo, em tríplice dimensão no Direito do Trabalho: informadora, interpretativa/normativa e hierarquizante.⁷

⁶ AMORIM E SOUZA, Ronald. Apontamentos de Processo do Trabalho. 2ª Edição. Belo Horizonte, 1997.

⁷ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 10ª Ed. São Paulo. LTR, 2011.

Destarte, pode-se perceber uma substancial diferença, no tocante à hierarquia das normas jurídicas do Direito do Trabalho, em comparação com o Direito Comum, já que neste é adotado o princípio do racionalismo dogmático ou normativismo de Hans Kelsen, também denominado de supremacia da Constituição ou princípio da compatibilidade vertical, ao passo que naquele é adotado o princípio da norma mais favorável. Enquanto o normativismo de Hans Kelsen apresenta-se como um critério rígido e inflexível, em que a Constituição Federal encontra-se no ápice da pirâmide hierárquica e toda norma de escalão inferior deverá respeitar, ser compatível e encontrar fundamento de validade na norma de escalão superior, o critério adotado pelo Direito do Trabalho é mais flexível e variável, visto que no ápice da pirâmide tem-se a norma mais favorável ao obreiro, independentemente de sua posição hierárquica.

Para que seja melhor visualizada a aplicação do referido princípio, podem ser citados como exemplo os artigos 7º, XVI, da CF/88, e 20, § 2º, da Lei 8.906/94 (Estatuto da OAB). O primeiro estabelece que o adicional de hora extra deve ser de, no mínimo, 50% sobre o valor da hora normal, enquanto que o segundo estipula o adicional de hora extra para o advogado empregado de, no mínimo, 100%. Sendo assim, fica claro que a CF estipulou apenas um patamar civilizatório mínimo, nada impedindo que uma categoria de empregados tenha direito a um valor maior, como é o caso dos advogados. Conclui-se, então, que, no caso de empregado advogado, deverá ser aplicada a norma estabelecida pelo Estatuto da OAB, vez que é mais favorável ao obreiro.

Amauri Mascaro Nascimento ratifica a ideia acima:

ao contrário do direito comum, em nosso direito entre várias normas sobre a mesma matéria, a pirâmide que entre elas se constitui terá no vértice, não a Constituição Federal, ou a lei federal, ou as convenções coletivas, ou o regulamento de empresa, de modo invariável e fixo. O vértice da pirâmide da hierarquia das normas trabalhistas será ocupado pela norma mais favorável ao trabalhador dentre as diferentes em vigor.⁸

Vale destacar, também, que alguns doutrinadores defendem a existência de alguns limites à aplicação deste princípio, já que o intérprete ou aplicador da lei deve ter em mente a coletividade como um todo e não somente o empregado considerado isoladamente. Dessa forma, a norma mais favorável ao trabalhador, considerado isoladamente, não poderá ser desfavorável à sua categoria profissional. Além disso, o princípio da norma mais favorável também encontra limitações nas normas proibitivas governamentais de política econômica e salarial, como a descrita no artigo 623 da CLT.

⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTR, 1993.

Todavia, há uma grande dificuldade em se identificar qual, entre as normas aplicáveis ao caso concreto, é mais favorável. Com o objetivo de solucionar tal dificuldade, Paul Durand estabeleceu algumas diretrizes a serem seguidas, quais sejam: primeiramente, deve-se analisar o conteúdo das normas, sem levar em consideração as consequências econômicas que poderão advir posteriormente. Após esta análise, a busca pela norma mais favorável deverá levar em consideração a coletividade de trabalhadores, e não somente o trabalhador considerado isoladamente. Dessa forma, a cláusula constante de uma convenção coletiva de trabalho que é prejudicial à coletividade será nula, mesmo que traga benefícios a um trabalhador isoladamente considerado. Como um terceiro passo, o autor aponta que a apreciação da norma mais favorável não pode depender de avaliações subjetivas dos interessados, e sim de avaliações objetivas, de acordo com as razões que inspiraram as normas. Além disso, a comparação entre as normas deverá ser feita de forma concreta, verificando-se se a regra inferior é, no caso, mais ou menos favorável aos trabalhadores. E, por fim, como a possibilidade de melhorar a condição dos trabalhadores constitui uma exceção ao princípio da intangibilidade da regra imperativa, hierarquicamente superior, não se pode admitir a eficácia de uma disposição hierarquicamente inferior, embora se possa duvidar de que seja, efetivamente, mais favorável aos trabalhadores.

Por fim, cabe salientar outra situação de difícil resolução: em certos momentos, depara-se com alguns diplomas aplicáveis ao mesmo caso concreto, sendo que cada um deles apresenta normas mais ou menos favoráveis ao trabalhador. Assim, resta saber como será feita a comparação entre os referidos diplomas, isto é, se a comparação será em seu conjunto ou se será tomada, de cada diploma, a parte mais favorável ao trabalhador. Para resolver este impasse, doutrina e jurisprudência trabalhistas apresentam três teorias: teoria da acumulação ou atomização, teoria do conglobamento e teoria do conglobamento mitigado.

Os doutrinadores adeptos da teoria da acumulação defendem a aplicação de ambos os diplomas normativos, levando em conta os benefícios isolados contidos em cada norma. Sendo assim, ocorre a criação de um novo instrumento normativo, constituído pelo conjunto de normas mais favoráveis dos diplomas comparados. No entanto, apesar de estabelecer um instrumento superprotetor ao obreiro, a aplicação desta teoria é muito criticada, visto que desrespeita regras básicas da hermenêutica jurídica, como o princípio da unidade.

Já para aqueles que defendem a aplicação da teoria do conglobamento, o diploma a ser aplicado deverá ser o mais favorável ao trabalhador, analisado em seu conjunto.

Por fim, a teoria do conglobamento mitigado, orgânico ou por instituto, defendida pela doutrina e jurisprudência modernas, prega que deve haver, sim, a criação de um novo diploma

normativo, constituído pelas regras mais favoráveis ao trabalhador, desde que haja respeito à unidade do instituto ou matéria.

Nesse sentido, acolhendo a teoria do conglobamento mitigado, o TRT da 13ª Região proferiu a seguinte decisão:

HORAS IN ITINERE. LIMITAÇÃO OU SUPRESSÃO. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. VANTAGENS. RECIPROCIDADE. INOBSERVÂNCIA. INVALIDADE.

Em atenção à aplicação da teoria do conglobamento mitigado, na negociação coletiva deve existir um traço sinalagmático, de modo que, a cada parcela suprimida deverá se contrapor uma vantagem recíproca, sob pena do ajuste normativo servir de instrumento para uma mera renúncia de direitos. Deste modo, verificada a ausência de vantagens concedidas à categoria profissional em contrapartida à supressão do direito às horas in itinere, tem-se por inválida negociação coletiva quanto a tal aspecto. INTERVALO INTRAJORNADA. SUPRESSÃO. TRABALHADOR RURAL. INDENIZAÇÃO. ART. 71, 4º DA CLT. APLICABILIDADE. Verificando-se que não era concedido aos empregados o intervalo mínimo de uma hora para descanso, é cabível a imposição da multa prevista no 4º do art. 71 da CLT, aplicável aos rurícolas, nos termos do art. 1º da Lei nº 5.889/73, segundo o qual é admissível a utilização das normas consolidadas que com ela não colidirem (TRT-13 - Recurso Ordinário: RO 106521 PB 00760.2008.026.13.00-4).

1.2 Princípio da Condição Mais Benéfica

Assim como o princípio da norma mais favorável, o princípio da condição mais benéfica é uma vertente do princípio da proteção. No entanto, diferentemente do que ocorre com o primeiro, o princípio da condição mais benéfica não pressupõe um conflito entre duas ou mais normas vigentes. Este princípio tem por objetivo solucionar situações em que foram criadas novas normas para o direito trabalhista.

Sendo assim, o princípio da condição mais benéfica, também conhecido como princípio da cláusula mais vantajosa, traduz a determinação de que as condições mais vantajosas ao obreiro, previstas no contrato de trabalho, na lei e até mesmo no regulamento da empresa, devem prevalecer, ainda que sobrevenha norma jurídica imperativa que prescreva menor nível de proteção ao trabalhador. Dessa forma, as condições mais benéficas serão incorporadas ao contrato de trabalho, não podendo ser suprimidas ou reduzidas no curso deste, ou seja, as alterações prejudiciais ao trabalhador não atingirão os contratos de trabalho já existentes, mas tão somente os novos contratos.

Nesse contexto, o referido princípio consubstancia a chamada teoria do direito adquirido, para a qual o direito adquirido é aquele já incorporado definitivamente ao patrimônio jurídico de alguém, como previsto nos artigos 5º, XXXVI, da CF e 6º da LINDB.

Para Vólia Bonfim Cassar, a aplicação do princípio da condição mais benéfica depende do preenchimento de quatro requisitos, a seguir descritos: 1) condição mais favorável que a antiga (legal ou contratual); 2) habitualidade na concessão da benesse, salvo quando o benefício tenha sido concedido de forma expressa (oral ou escrita); 3) concessão voluntária e incondicional, e 4) inexistência de lei que impeça a incorporação da benesse ou que não contrarie norma de ordem pública.

Destarte, o intérprete, ao aplicar o princípio supracitado, deve levar em conta o bem do empregado, mas de acordo com as normas de direito, não segundo as preferências pessoais do trabalhador. Além disso, deve-se analisar se o benefício foi concedido de forma habitual, voluntária e incondicional, assim como se não há alguma lei que excepcione a possibilidade de incorporação do benefício, entendendo como lícita a sua supressão. Quanto às características de voluntariedade e incondicionalidade, fica claro que o limite de atuação desse princípio encontra-se na concessão do benefício sob condição resolutiva (evento futuro e incerto) ou quando concedido de forma temporária. Sendo assim, implementada a condição ou passado o prazo de concessão, o benefício poderá ser suprimido.

Por fim, importante salientar a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da aplicação do princípio da condição mais benéfica quando as condições estão previstas em sentenças normativas, acordos ou convenções coletivas. Sobre este tema, doutrina e jurisprudência dividem-se em três correntes distintas: teoria da aderência ilimitada, teoria da aderência limitada pelo prazo e teoria da aderência limitada por revogação.

Para os doutrinadores que defendem a teoria da aderência ilimitada, as condições mais benéficas previstas nas sentenças normativas, acordos ou convenções coletivas de trabalho devem ser incorporadas definitivamente aos contratos de trabalho.

Para os defensores da teoria da aderência limitada ao prazo, as condições mais vantajosas adquiridas através de sentenças normativas, acordos ou convenções coletivas vigoram apenas no prazo assinado. Dessa forma, não se incorporam, de forma definitiva, aos contratos individuais de trabalho.

Já para a teoria da aderência limitada por revogação, as vantagens previstas nos instrumentos coletivos aderem aos contratos individuais de trabalho até que um novo diploma coletivo venha a disciplinar a sua concessão, podendo mantê-las ou revogá-las, de forma expressa ou tácita. Nesse sentido, apresenta-se a nova redação da Súmula 277 e o Precedente Normativo 120, ambos do Tribunal Superior do Trabalho:

Convenção Coletiva de Trabalho ou Acordo Coletivo de Trabalho – Eficácia – Ultratividade - Súmula nº 277 do TST: “As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho”.

Sentença Normativa - Precedente Normativo nº 120 do TST: “A sentença normativa vigora, desde seu termo inicial até que sentença normativa, convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho superveniente produza sua revogação, expressa ou tácita, respeitado, porém, o prazo máximo legal de quatro anos de vigência”.

1.3 Princípio *In dubio Pro Operario*

Como última dimensão do princípio da proteção, temos o princípio *in dubio pro operario*, também conhecido como *in dubio pro misero*. De acordo com este princípio, quando a norma trabalhista é dúbia, o hermenêuta deve optar pela interpretação mais favorável ao trabalhador. Sendo assim, este princípio tem como objetivo primordial proteger a parte hipossuficiente da relação jurídica, qual seja, o trabalhador.

A regra *in dubio pro operario* foi importada das regras *in dubio pro reo* e *favor debitoris*, do Direito Penal e do Direito Civil, respectivamente. No entanto, as regras do Direito Penal e do Direito Civil favorecem o réu, enquanto no Direito Trabalhista a regra tem como objetivo proteger o trabalhador, que, em regra, é o autor da ação.

Como explicita Amauri Mascaro Nascimento, “... diante de um texto jurídico que possa oferecer dúvidas a respeito do seu verdadeiro sentido e alcance, o intérprete deverá pender (...) para a mais benéfica para o trabalhador”.⁹

Américo Plá Rodriguez, fazendo referência aos ensinamentos de Deveali, estabelece duas condições que devem ser atendidas para aplicação da regra *in dubio pro operario*, quais sejam: somente quando exista real dúvida sobre o alcance da norma e sempre que a interpretação mais favorável não esteja em desacordo com a vontade do legislador.

Dessa forma, aplicar a regra *in dubio pro operario* não significa que se possa corrigir, complementar ou inovar uma norma. O aplicador do direito não pode interpretar a norma trabalhista em desconformidade com seu verdadeiro sentido. A aplicação do princípio em tela significa tão somente adotar a interpretação mais favorável ao trabalhador, desde que esta interpretação represente o verdadeiro sentido da norma, que não foi enunciada com a devida

⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTR, 1993

clareza. Assim, o intérprete deverá seguir a mesma orientação do legislador trabalhista, qual seja, a concessão de vantagens aos trabalhadores, com o fim de sanar as desigualdades fáticas e jurídicas existentes entre as partes contratantes na relação de emprego.

Ainda na obra *Princípios de Direito do Trabalho*, Américo Plá Rodriguez explicita a posição de Cessari sobre a justificação desta regra hermenêutica. Cessari questiona a existência e a necessidade de um critério especial para interpretação das normas trabalhistas, com o fim de decidir sempre a favor do obreiro, visto que, para o autor, a utilização das regras gerais de hermenêutica quase sempre conduzem ao mesmo resultado. Com o fim de demonstrar a veracidade de seus questionamentos, o autor utiliza como exemplo os casos de interpretação das cláusulas de um contrato individual de trabalho que, por se tratar de um contrato de adesão, deve ser interpretado, sempre, a favor da parte que não participou da elaboração do texto respectivo, nos termos do artigo 1304 do CC.

Em um primeiro momento, não se pode negar o fato de que as normas trabalhistas realmente se submetem aos procedimentos gerais interpretativos, visto que as peculiaridades existentes no Direito Material do Trabalho não são suficientes para excluí-lo das regras delineadas pela Hermenêutica Jurídica.

Entretanto, apesar de as normas trabalhistas submeterem-se às regras gerais de interpretação, os valores e princípios próprios do Direito do Trabalho acabam exercendo grande influência nos processos de interpretação de tais normas.

Destarte, a principal característica do Direito do Trabalho, qual seja, seu caráter protetivo, acaba por influenciar as regras de hermenêutica deste ramo jurídico, permitindo, assim, a aplicação do princípio *in dubio pro operario*. Conclui-se, então, que tal regra hermenêutica permite ao magistrado decidir em prol do empregado, nos casos de dúvida sobre o real significado de determinada norma.

A despeito de se defender, aqui, a existência desta regra peculiar de hermenêutica do Direito do Trabalho, necessário se faz ressaltar que ela não pode ser aplicada de forma absoluta ou ilimitada, sob pena de ocasionar interpretações sem qualquer base jurídica ou até mesmo que violem o interesse público e o bem comum.

Como já assinalado anteriormente, tal regra possui condições que devem ser atendidas para a sua efetiva aplicação, vez que só poderá ser aplicada quando existir uma dúvida real acerca do alcance da norma analisada e sempre que a interpretação dada à norma não esteja em desacordo com a vontade do legislador. Dessa forma, como bem afirma o citado autor Plá Rodriguez, esta última condição obriga o intérprete a levar em conta que, em grande parte das vezes, a norma não tem a finalidade pura e simples de proteger o trabalhador, mas também de

harmonizar os interesses dos trabalhadores e empregadores com os interesses da sociedade em geral.

Por fim, cabe salientar que a doutrina apresenta algumas limitações à aplicação da regra *in dubio pro operario*.

Tais limitações não são reconhecidas de forma unânime, mas podem ser divididas em três: a primeira foi proposta pelo autor mexicano Cavazos Flores, segundo o qual, nos casos em que houver dúvidas acerca da forma de gerir, administrar uma empresa, tais dúvidas devem ser solucionadas em prol do empregador. No entanto, como bem assinala Américo Plá Rodriguez, as razões sobre as quais fundamenta-se a regra *in dubio pro operario* são válidas para justificar sua aplicação em todo o Direito do Trabalho, já que a hipossuficiência do trabalhador está presente em todas as situações.

A segunda limitação refere-se às leis de previdência social, às quais não se deve aplicar a regra *in dubio pro operario*. Plá Rodriguez compartilha deste entendimento, afirmando que, quando se cogita do princípio *in dubio pro operario*, está-se referindo à disciplina Direito do Trabalho, sendo que a matéria concernente à Previdência Social, embora intimamente ligada ao Direito Trabalhista, pertence a ramo distinto e autônomo.

A terceira limitação diz respeito à grande divergência doutrinária e jurisprudencial existente acerca da possibilidade de aplicação deste princípio ao processo do trabalho, especialmente no que tange à valoração da prova. A doutrina e a jurisprudência dividem-se, basicamente, em duas correntes, que serão analisadas ao longo do presente trabalho: a corrente que defende a aplicação do princípio em comentário à valoração da prova e a corrente que sustenta que tal princípio não deve ser aplicado na valoração das provas.

CAPÍTULO 2 – PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO:

Importante destacar, inicialmente, que a CLT traz uma regulamentação muito simples sobre a matéria probatória trabalhista, visto que o processo do trabalho é orientado, fundamentalmente, pelos princípios da celeridade e da simplicidade. Por esta razão, grande parte da doutrina e da jurisprudência entende que o magistrado deve utilizar a lei processual civil como fonte subsidiária, desde que atendidos os requisitos presentes no artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho.

A palavra “prova” pode ser utilizada com vários sentidos, tais como o sentido filosófico, matemático, esportivo, entre outros. No âmbito da ciência processual, “prova” é o meio considerado pelo Direito como idôneo para demonstrar a existência ou inexistência de um fato, com o objetivo primordial de formar o convencimento do magistrado. Dessa forma, “provar” significa formar a convicção do juiz acerca da veracidade ou não de determinado fato relevante para o processo.

Carlos Henrique Bezerra Leite explicita com maestria os vários sentidos que podem ser extraídos da palavra “prova” no âmbito processual:

nos domínios da ciência jurídica processual, a palavra “prova” também pode ser empregada com diversas acepções. Às vezes, concerne à atuação das partes no processo com o objetivo de evidenciar a existência do fato que pretendem demonstrar em juízo. Nesse sentido, utiliza-se a expressão “produzir prova”. O vocábulo “prova” também pode ser empregado no sentido de “meio de prova”, ou seja, o modo pelo qual a parte intenta evidenciar os fatos que deseja demonstrar em juízo. A prova documental, por exemplo, é o meio pelo qual a parte pretende demonstrar documentalmente a existência de um fato. Finalmente, prova também pode ser utilizada como “convencimento do juiz”, de acordo com os elementos constantes dos autos do processo. Nesse sentido, fala-se, por exemplo, que determinado fato restou provado em função do convencimento do juiz sobre a sua existência ou inexistência.¹⁰

O juiz, ao sentenciar, emitirá juízos de fato e juízos de direito. A prova será produzida em relação aos juízos de fato, e não em relação os juízos de direito, já que, regra geral, há uma presunção quanto ao conhecimento do direito. Conclui-se, então, que, em regra, somente os fatos devem ser provados, sendo que objeto de prova, no processo, são os fatos relevantes, pertinentes e controvertidos. Entretanto, alguns fatos não necessitam ser provados, tais como os fatos notórios, os fatos presumidos pela lei, os fatos admitidos por uma parte e confessados pela parte contrária e os admitidos no processo como incontroversos.

Continuando o estudo das provas, importante se faz perquirir a quem incube o ônus de provar. Existem várias teorias sobre o assunto, mas o Direito Brasileiro adotou a teoria apresentada por Chiovenda. Segundo este doutrinador,

o autor deve provar os fatos constitutivos, isto é, os fatos que normalmente produzem determinados efeitos jurídicos; o réu deve provar os fatos impeditivos, isto é, a falta daqueles fatos que normalmente concorrem com os fatos constitutivos, falta que impede a estes produzir o efeito que lhes é natural (CHIOVENDA. 1965. P.379 APUD PAULA. 2001. P. 105).¹¹

¹⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. São Paulo. 11ª ed. LTR: 2013.

¹¹ PAULA, Carlos Alberto Reis de. A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho. São Paulo. 2ª tiragem. LTr. 2001.

Esta teoria acerca da distribuição do ônus da prova está consubstanciada nos artigos 818 da CLT e 333 do CPC. O artigo 818 da CLT prevê expressamente que “o ônus de provar as alegações incumbe à parte que as fizer”. Em razão da simplicidade deste preceptivo, a doutrina e a jurisprudência majoritárias entendem que o artigo 333 do CPC deve ser aplicado subsidiariamente, apesar de não haver omissão da CLT quanto ao tema. O referido artigo do Código de Processo Civil estabelece que incumbe ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito e, ao réu, o ônus de provar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos. Os fatos constitutivos são aqueles que, uma vez ocorridos, fazem surgir uma relação jurídica. Os fatos impeditivos obstaculizam a produção normal dos efeitos de uma relação. Os fatos modificativos, por sua vez, têm o condão de alterar os efeitos da relação jurídica, sem, no entanto, excluir ou impedir esta relação. Já os fatos extintivos são aqueles que possuem a eficácia de fazer cessar a relação jurídica.

De acordo com os ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, o magistrado só deverá invocar a regra da distribuição do ônus da prova em situações excepcionais, quais sejam, quando as provas trazidas aos autos forem insuficientes para demonstrar a existência ou inexistência do fato alegado. Neste caso, os juízes devem, então, aplicar os artigos 818 da CLT e 333 do CPC, em razão do princípio da indeclinabilidade das decisões, segundo o qual o Estado-juiz não pode declinar da decisão por qualquer motivo, nem mesmo por ausência, obscuridade ou omissão da lei. A seguir, os ensinamentos dos referidos doutrinadores:

uma vez que o juiz não pode deixar de decidir, aplicando um *non liquet*, importa determinar critérios que permitam resolver a controvérsia quando não resulte provada a existência dos fatos principais. Tais critérios são constituídos pelas regras que disciplinam o ônus da prova. Estes entram em jogo quando um fato principal resultar destituído de prova. Sua função é a de estabelecer a parte que deveria provar o fato e determinar as consequências de não tê-lo provado.¹²

Ainda no que tange ao ônus da prova, faz-se necessário destacar que este pode ser subdividido em ônus subjetivo e ônus objetivo. O primeiro é caracterizado por ser uma regra de conduta estabelecida para as partes, na medida em que cada uma delas demonstra os fatos que deve provar, para obter êxito em suas respectivas pretensões. Já o segundo refere-se ao julgador, ou seja, a regra do ônus da prova, para este, é uma regra de julgamento, que indica como deve julgar o caso quando não encontrar a prova dos fatos.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, SérgioCruz. Manual do Processo do Conhecimento. 2 ed. São Paulo: RT, 2003.

Ocorre que os critérios de distribuição do ônus da prova previstos na legislação processual civil e trabalhista são muito rígidos, estáticos, vez que refletem a situação de igualdade entre as partes, presente na relação civil. Como na relação de emprego é clara a situação de desigualdade econômica e jurídica entre empregador e empregado, a simples aplicação de tais normas, em alguns casos, acabaria gerando decisões injustas. Temos como exemplo as situações em que os elementos necessários para provar o direito constitutivo do autor encontram-se em poder exclusivo do réu. Nessas situações, exigir a simples aplicação da rígida regra de distribuição do ônus da prova acabaria por prejudicar o acesso à justiça, inviabilizando o direito daqueles que buscam o Judiciário.

Dessa forma, diante da situação de desequilíbrio entre as partes do vínculo empregatício, torna-se necessário um tratamento anti-igualitário em favor do empregado, com vistas a proporcionar uma igualdade substancial entre os contratantes, fato este que leva à mitigação das regras de distribuição do ônus da prova.

Por esta razão, vem ganhando força o chamado princípio da aptidão para a prova, segundo o qual o ônus de provar deve ser atribuído a quem tem os meios para produzir a prova, independentemente de se tratar de fato constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito.

Como corolário deste princípio, tem-se o princípio da inversão do ônus da prova. Este princípio está previsto expressamente no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, VIII: “São direitos básicos do consumidor: VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, 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 experiência”.

Um dos requisitos apresentados pelo CDC para a aplicação da inversão do ônus da prova é a hipossuficiência do consumidor e, sendo o trabalhador a parte mais frágil da relação de emprego, doutrina e jurisprudência têm admitido a aplicação analógica deste princípio ao processo trabalhista.

Carlos Henrique Bezerra Leite apresenta, ainda, o artigo 852-D da CLT como argumento suplementar à defesa da aplicação da inversão do ônus da prova no processo do trabalho. Referido artigo estabelece que “o juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica”. Segundo o autor, apesar de o artigo tratar especificamente do procedimento sumaríssimo,

nada impede que seja aplicado subsidiariamente aos demais procedimentos trabalhistas, possibilitando, assim, que o juiz possa buscar a verdade real dos fatos.

Entretanto, tal inversão só poderá ser aplicada quando o magistrado, valendo-se das regras de experiência, verificar a ocorrência dos dois requisitos descritos no artigo retro transcrito (verossimilhança e hipossuficiência) e quando não houver nos autos provas suficientes para formar a convicção do juiz acerca dos fatos alegados pelas partes.

Nesse contexto, importante observar que a legislação processual e a jurisprudência trabalhista também preveem presunções em favor dos empregados, dispensando-os do encargo de produzir a prova, de modo a transferir tal ônus ao empregador.

Como exemplos de tais presunções podem ser citados os entendimentos fixados nas Súmulas 12, 212 e 338 do TST.

A primeira estabelece que as anotações feitas pelo empregador na carteira profissional do empregado gozam de presunção relativa de veracidade. Dessa forma, a ausência de anotações gera presunção favorável ao empregado, transferindo o ônus da prova ao empregador.

A Súmula 212 do TST estabelece que, em razão de o princípio da continuidade da relação de emprego consubstanciar presunção favorável ao obreiro, o encargo de produzir a prova do término do contrato de trabalho, quando negados a prestação dos serviços ou o despedimento, é do empregador. Dessa forma, como o contrato de trabalho é de trato sucessivo, presumindo-se a sua continuidade, sempre será do empregador o ônus de provar alegações como o pedido de demissão, o abandono de emprego, o término do contrato de trabalho por prazo determinado ou qualquer outra causa que justifique a resolução do contrato.

Além disso, como deflui do entendimento fixado na Súmula 338 do TST, o empregador que conte com mais de dez empregados e, portanto, que esteja obrigado a fazer os registros de controle da jornada de trabalho, deverá apresentar os controles de frequência em uma eventual reclamação trabalhista, sob pena de, não o fazendo, isto gerar presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho alegada pelo reclamante.

Destarte, tais presunções relativas favoráveis ao obreiro acabam mitigando, também, as regras de distribuição do ônus probatório previstas no Código de Processo Civil e na Consolidação das Leis do Trabalho, visto que eximem o empregado da obrigação de comprovar determinados fatos, transferindo tal obrigação ao empregador.

Importante observar que a inversão do ônus probatório não pode ser feita indiscriminadamente, sob o argumento de que o empregado é parte hipossuficiente na relação

e, portanto, que deve ser concedido a ele um tratamento jurídico diferenciado. Deve-se verificar, no caso concreto, a maior dificuldade do empregado em produzir as provas, além da necessidade de serem atendidos os requisitos previstos no artigo 6º, VIII, do CDC.

Diante do exposto, nos casos em que houver insuficiência de provas ou quando as provas apresentadas no processo mostrarem-se divididas, ou seja, incapazes de formar o convencimento do juiz, cabe ao próprio magistrado aplicar as regras de distribuição do ônus da prova. Verificando a dificuldade do empregado em produzir as provas e a verossimilhança de suas alegações, o julgador poderá inverter o ônus da prova, devido ao princípio do *non liquet*, ou seja, o julgador não pode se eximir de julgar uma causa sob o argumento de lacuna ou obscuridade da lei.

CAPÍTULO 3 – DISCUSÃO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO NO CAMPO PROBATÓRIO TRABALHISTA

Como já exposto, o princípio da proteção busca compensar as desigualdades fáticas existentes entre empregado e empregador, proporcionando ao primeiro certa superioridade jurídica. Trata-se de um princípio próprio do Direito Material do Trabalho, o que leva a uma grande discussão acerca da possibilidade ou não de sua aplicação ao processo trabalhista.

Carlos Henrique Bezerra Leite expõe que o princípio da proteção também é peculiar ao Direito Processual do Trabalho, visto que este é instrumento do Direito Material Trabalhista, o qual busca estabelecer uma igualdade na relação de emprego. Neste sentido, também, os ensinamentos de Renato Saraiva:

pelo princípio da proteção, o caráter tutelar, protecionista, tão evidenciado no direito material do trabalho, também é aplicável no âmbito do processo do trabalho, o qual é permeado de normas, que, em verdade, objetivam proteger o trabalhador, parte hipossuficiente da relação jurídica laboral. Portanto, considerando a hipossuficiência do obreiro também no plano processual, a própria legislação processual trabalhista contém normas que objetivam proteger o contratante mais fraco (empregado).¹³

¹³ SARAIVA, Renato. Curso de Direito Processual do Trabalho. 4ª ed. São Paulo. Método. 2007

A jurisprudência trabalhista brasileira tem corroborado tal entendimento, ou seja, tem reconhecido quase que pacificamente a possibilidade de aplicação do princípio da proteção ao processo trabalhista. A seguir, alguns julgados neste sentido:

“RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. DIFERENÇAS DE HORAS EXTRAS. ADICIONAL NORMATIVO. Hipótese na qual os adicionais normativos devem ser aplicados quando da apuração das diferenças de horas extras, porquanto decorrem de norma mais favorável ao trabalhador. **Desdobramento do princípio da proteção, basilar no Direito do Trabalho.** Recurso provido (...)” (460004120095040023 RS 0046000-41.2009.5.04.0023, Relator: DENIS MARCELO DE LIMA MOLARINHO, Data de Julgamento: 16/06/2011, 23ª Vara do Trabalho de Porto Alegre).

“ Da aplicação do Princípio da Proteção, que vigora no processo do trabalho, tem-se que toda prestação de serviço traz, em si, a presunção (relativa) da subordinação, salvo demonstração cabal em contrário, a cargo do empregador” (TRT 6ª R., RO 00027.2003.006.06.00-9, 1ª T., Rel. Juíza Valéria Gondim Sampaio, j. 23.09.2003, unânime, DOE 25.10.2003).

“REMESSA OFICIAL, DECRETO-LEI N. 779/69. LEI N. 10.352/2001. ART. 475, § 2º, DO CPC. LIMITAÇÃO A 60 (SESSENTA) SALÁRIOS MÍNIMOS. APLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. Aplica-se ao processo do trabalho as disposições constante do § 2º do art. 475 do CPC, inseridas pela Lei n. 10.352/2001, que dispensa a remessa oficial nas condenações de valor não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, tendo em vista a omissão existente na legislação processual trabalhista, que não contém limitação relacionada ao valor da condenação e, também, em face da compatibilidade com o processo laboral. Registre-se, ainda, que tal inaplicabilidade **vem ao encontro dos princípios que influenciam ou orientam o processo do trabalho, principalmente os princípios da proteção ao hipossuficiente**, da razoabilidade, da celeridade e da economia processual. Remessa oficial não conhecida” (grifo nosso) (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. **AI e Recurso Ordinário de Ofício 01284.2002.003.23.00-5**. Relatora: Juíza Maria Berenice. Publicado em 27.01.2004).

Alguns doutrinadores, contudo, defendem a inaplicabilidade do princípio da proteção ao processo do trabalho, utilizando como argumento o fato de que tal aplicação levaria o magistrado a abandonar sua imparcialidade, visto que estaria obrigado a decidir a favor da parte mais frágil na relação processual. Além disso, assevera esta corrente doutrinária que tal aplicação feriria um princípio básico do direito processual, qual seja, o princípio da isonomia, segundo o qual todos os litigantes devem ser tratados de forma igualitária.

Ocorre que o Direito Trabalhista tem como função primordial proteger o trabalhador, diminuindo, assim, as desigualdades fáticas existentes entre obreiro e empregador. É notório que tais desigualdades também se apresentam no processo do trabalho, sendo necessária, dessa forma, a proteção do trabalhador também neste âmbito.

Sendo assim, parece claro que o princípio da proteção deve ser aplicado na elaboração do processo do trabalho e não segundo o critério pessoal do juiz, ao decidir a questão ou valorar as provas. Com efeito, tal aplicação deve ser feita de forma mitigada, ou seja, o

processo deve ter normas que beneficiem o trabalhador, mas essas normas devem estar previstas em lei e não depender do subjetivismo do juiz, para que este não abandone sua imparcialidade. Além disso, as previsões em favor do trabalhador devem ser feitas de modo que não estabeleçam um novo desequilíbrio, violando, assim, o princípio da igualdade das partes.

Nesse sentido é o entendimento de Amauri Mascaro Nascimento:

O processo pode e deve ter leis que atendam ao princípio do tratamento mais benéfico para o trabalhador, e critérios de produção e interpretação de provas que o favoreçam, porque é evidente a disparidade econômica entre as partes. Porém deve ser instituído, regulamentado e estabelecido pela lei na proporção que julgar correto, para restabelecer o equilíbrio entre as partes no processo, como já o faz em alguns casos (arquivamento do processo, quando o empregado não comparece à audiência, com direito a renovação do processo, e revelia com decisão de mérito quando o empregador está ausente, competência territorial fixada não pela sede do empregador, mas pelo local da prestação de serviços para favorecer o empregado, ônus da prova distribuído com a finalidade de beneficiar o empregado diante da maior facilidade do empregador em aparelhar a prova, maior intervenção do juiz para verificar a verdade etc). Se a fonte da favorabilidade não for a lei e sim o critério pessoal do juiz, pode-se consumir, em um caso concreto, uma desproporcionalidade excessiva a título de promoção da igualdade que não se coaduna com os fins do processo. E encontra resistência em princípios processuais que rigorosamente devem ser assegurados igualmente a ambas as partes e do mesmo modo (ex.: o devido processo legal, o direito ao contraditório, o direito de recorrer, a litigância de má-fé etc.).¹⁴

Pode-se verificar que o protecionismo manifesta-se no âmbito processual trabalhista através de vários artigos da CLT, tais como os artigos 844, 899, §4º, e 878. De acordo com o primeiro artigo, a ausência do autor (geralmente o trabalhador) à audiência trabalhista implicará tão somente o arquivamento dos autos, enquanto que a ausência do réu (em regra, o empregador) gera consequências muito mais graves, quais sejam, a aplicação da revelia e confissão ficta quanto à matéria de fato. O artigo 899, § 4º, da CLT, por sua vez, estabelece a obrigatoriedade de depósito recursal, o qual é exigido somente do empregador, e nunca do empregado. Por fim, o artigo 878 da CLT prevê o impulso oficial do juiz na execução, o que beneficia o trabalhador, já que este, regra geral, é o reclamante da ação trabalhista, ou seja, exequente na fase de execução.

Mister esclarecer, ainda, a existência de outra importante discussão doutrinária e jurisprudencial em torno do princípio da proteção, qual seja, a possibilidade de aplicação específica do princípio *in dubio pro operario* na apreciação e valoração das provas.

A doutrina minoritária, representada principalmente por Américo Plá Rodriguez, Carlos Henrique Bezerra Leite e Wagner D. Giglio, defende a aplicação do princípio *in dubio*

¹⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito Processual do Trabalho. 24ª ed. São Paulo. Saraiva. 2009

pro operario na apreciação e valoração das provas, sob a argumentação de que o processo do trabalho não é um fim em si mesmo, e sim um instrumento para efetivação do Direito Material do Trabalho. Como este último tem como função primordial proteger o trabalhador, parte hipossuficiente da relação empregatícia, o processo trabalhista deve adequar-se a esta função, de modo a também garantir um tratamento especial ao obreiro.

De acordo com Carlos Henrique Bezerra Leite, o princípio *in dubio pro operario*, no processo do trabalho, “consiste na possibilidade de o juiz, em caso de dúvida razoável, interpretar a prova em benefício do empregado, geralmente autor da ação trabalhista. Afinal o caráter instrumental do processo não se confunde com sua forma”.¹⁵ Além disso, Bezerra Leite transcreve a lição de Francisco Rossal de Araújo, *in verbis*:

O direito processual não é a forma do direito material. A verdadeira antítese não é direito material/direito formal, mas direito material/direito instrumental. Como instrumento, o processo possui formas próprias e matéria própria, independentes da matéria e da forma da realidade jurídica (material), sobre a qual opera. O requisito fundamental para que o instrumento possa atingir e realizar seu objetivo é a adequação. Essa adequação assume três aspectos: subjetiva, objetiva e teleológica. Deve adaptar-se ao sujeito que a maneja (adequação subjetiva), deve adaptar-se ao objeto ao qual se destina (adequação objetiva) e deve considerar o fim a que visa. O processo deve se adaptar ao direito material sobre o qual opera. O Processo Penal ao Direito Penal, o Processo Civil ao Direito Civil e o processo do trabalho ao Direito do Trabalho. Se o Direito do Trabalho possui características e princípios próprios, por decorrência o Processo do Trabalho também os terá, realizando a adaptação teleológica mencionada no parágrafo anterior. Se no Direito do Trabalho opera o princípio da proteção, também no Processo do Trabalho ele operará, realizando-se as necessárias adaptações e adequações aos outros princípios do processo. A boa regra de prudência aconselha que não é a lide que deve adaptar-se ao processo, mas a estrutura do processo que deve adaptar-se à natureza da lide. É certo que não podem ser abandonadas no Processo do Trabalho as conquistas fundamentais do processo, como o Juiz natural, o direito de defesa, o contraditório, a simetria ou igualdade da oportunidade às partes. Mas essas garantias deverão ter um novo enfoque, não mais puramente individualista, mas sim de garantias sociais¹⁶.

Entretanto, apesar de ser verdadeira a afirmação de que o Direito Processual do Trabalho tem como objetivo primordial efetivar os direitos previstos na legislação trabalhista, sendo, portanto, instrumento do Direito Material do Trabalho, tal assertiva não gera como consequência a permissão para aplicação da regra *in dubio pro operario* na apreciação e valoração da prova. Isso porque o processo trabalhista tem outros meios de proteger o trabalhador e, conseqüentemente, diminuir as desigualdades fáticas existentes na relação empregatícia, sem que, para tanto, se utilize do subjetivismo do magistrado, o que poderia

¹⁵ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 11ª Ed. São Paulo: LTR, 2013.

¹⁶ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 11ª Ed. São Paulo: LTR, 2013.

gerar uma nova situação de desigualdade, em virtude de uma superproteção conferida ao obreiro.

Mas a referida corrente doutrinária apresenta mais dois argumentos na defesa de tal aplicação. O primeiro refere-se ao fato de o trabalhador, por estar em condição de desigualdade econômica frente ao empregador, ter dificuldades de produzir provas no processo. O segundo diz respeito ao princípio da igualdade, garantido constitucionalmente pelo artigo 5º da CF. A igualdade perante a lei prevista neste artigo deve ser entendida, também, como a igualdade processual, a ser garantida a todos os indivíduos. No entanto, a igualdade não pode ser entendida apenas no seu aspecto formal, devendo ser garantida, também, em seu aspecto substancial, o que implica em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. Dessa forma, a concessão de vantagens ao empregado, mediante a aplicação do princípio *in dubio pro operario* na valoração da prova, não implicaria em violação da isonomia, mas sim na efetiva aplicação do seu aspecto substancial. Carlos Henrique Bezerra Leite elenca, além desses, outros motivos favoráveis a tal aplicação: “a desigualdade econômica, o desequilíbrio para produção de provas, a ausência de proteção contra a despedida imotivada, o desemprego estrutural, e o desnível cultural entre empregado e empregador¹⁷”.

Como afirmado anteriormente, a desigualdade fática existente entre empregado e empregador também está presente na esfera processual, já que o trabalhador, em regra, enfrenta maiores dificuldades, por vezes intransponíveis, de produzir a prova e de suportar a demora de um processo. Todavia, tal desigualdade deve ser solucionada mediante a aplicação das regras processuais previstas na legislação trabalhista, como as presunções quase sempre favoráveis ao obreiro, as máximas de experiência, as regras do ônus da prova e a possibilidade de inversão do encargo probatório. Com a aplicação de tais benefícios, a hipossuficiência do trabalhador, indubitavelmente existente no plano fático, será solucionada mediante um tratamento desigual dispensado aos desiguais, na medida de sua desigualdade, sem que se faça necessária a aplicação da regra *in dubio pro operario* na apreciação e valoração das provas. Tal aplicação, como dito anteriormente, além de ferir a imparcialidade do magistrado, pode gerar uma superproteção ao trabalhador, o que, por certo, violará o princípio da isonomia.

Nesse passo, apresenta-se outra posição doutrinária, esta majoritária, representada principalmente por Manoel Antônio Teixeira Filho, Benedito Pérez e César Bebbber, sustentando a impossibilidade de aplicação do princípio *in dubio pro operario* no campo probatório trabalhista, sob a argumentação de que este princípio tem natureza exclusivamente

¹⁷ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 11ª Ed. São Paulo: LTR, 2013.

hermenêutica, ou seja, somente deve ser aplicado quando o julgador se deparar com uma norma trabalhista de sentido dúbio, caso em que o julgador deve adotar a interpretação mais benéfica ao trabalhador.

De acordo com esta corrente, a valoração das provas deve se dar sob o prisma da teoria do ônus da prova, e não mediante a aplicação do princípio *in dubio pro operario*. Destarte, quando houver insuficiência de provas no processo, impossibilitando a formação da convicção do magistrado, caberá a este observar quem não se desvencilhou do ônus de produzir as provas e, a partir deste juízo, decidir a questão, seja contra o empregador, seja contra o obreiro.

Da mesma forma, nos casos em que o julgador verificar tal insuficiência e, além disso, constatar a hipossuficiência do trabalhador no caso concreto, em razão de sua manifesta dificuldade em trazer as provas para o processo, deverá aplicar analogicamente a regra do artigo 6º, VIII, do CDC. Sendo assim, o magistrado deverá inverter o ônus da prova, inicialmente imputado ao trabalhador, atribuindo-o ao empregador, que, regra geral, tem maior facilidade para produzir as provas. Consequentemente, a decisão proferida só será a favor do trabalhador se o empregador não se desvencilhar do encargo probatório que lhe for atribuído.

Para Benedito Pérez, a dimensão do princípio da proteção denominada *in dubio pro operario* deve ser aplicada na interpretação da norma jurídica, e não em matéria probatória, já que o juiz deve decidir a questão de acordo com os fatos que realmente aconteceram, sendo inadmissível a utilização deste princípio nos casos de insuficiência de provas.

No mesmo sentido, os ensinamentos de Manoel Antônio Teixeira Filho, para quem a regra *in dubio pro operario* não poderá ser aplicada ao campo probatório trabalhista, visto que ou a prova existe ou não se prova. Dessa forma, quando houver insuficiência de provas, a questão deverá ser analisada sob o ângulo da teoria do ônus da prova, decidindo-se em desfavor daquele que detinha o encargo probatório e deste não conseguiu desvencilhar-se. Por outro lado, se ambas as partes trouxerem provas e a prova ficar dividida, o julgador deverá utilizar-se do princípio da persuasão racional, decidindo a questão em favor daquele que trouxe a prova que mais lhe convenceu. Como bem salienta o ilustre doutrinador supracitado, decidir em favor do empregado, pelo simples fato de ser empregado, torna a decisão uma simples atitude piedosa, de favor, sem qualquer lastro de juridicidade. Nesses casos, a sentença será frágil e consequentemente, suscetível de reforma pelo grau de jurisdição superior.

Corroborando ainda este entendimento, Júlio César Bebbber:

(...) a aplicação do princípio em matéria de valoração de prova torna a decisão classista e possibilita a existência de pré julgamento. O empregador saberá que, no confronto igual entre as suas provas e as do empregado, prevalecerão sempre as deste.¹⁸

Nesta linha, a jurisprudência, como se pode verificar a seguir:

“PRINCÍPIO IN DUBIO PRO OPERARIO. ÔNUS DA PROVA. O princípio in dubio pro operario se traduz em critério de interpretação da norma trabalhista, quando comportar mais de uma interpretação viável. Não se presta a subverter o ônus da prova no processo do trabalho. Assim, não tendo a reclamante se desincumbido satisfatoriamente de seu ônus probatório quanto ao recebimento de prêmios "por fora" dos recibos mensais, impõe-se a manutenção do julgado de origem” (TRT-2 - RECURSO ORDINÁRIO: RECORD 925200501702004 SP 00925-2005-017-02-00-4, Relator: ADALBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 26/03/2009, 12ª TURMA, Data de Publicação: 03/04/2009).

“PROVA DIVIDIDA OU INCONCLUSIVA. NAO INCIDÊNCIA DA REGRA DO "IN DUBIO PRO OPERARIO" EM MATÉRIA PROBATÓRIA. A regra geral (CLT, art. 818) é no sentido de que o ônus da prova compete a quem alega. Se o trabalhador alegou trabalhar em determinada função, é dele o ônus da prova relativo a esta circunstância, já que a prova testemunhal se demonstra contraditória e inconclusiva. Não incidência da regra "in dubio pro operario", pois ineficaz em matéria probatória. Insuficiência de prova que gera manutenção pela improcedência do pedido. CLT 818” (435200703002000 SP 00435-2007-030-02-00-0, Relator: DAVI FURTADO MEIRELLES, Data de Julgamento: 13/09/2007, 9ª TURMA, Data de Publicação: 05/10/2007).

“Acórdão do processo 0111700-64.2009.5.04.0701 (RO)
Redator: MILTON VARELA DUTRA
Participam: DENISE PACHECO, FERNANDO LUIZ DE MOURA CASSAL
Data: 14/07/2011 Origem: 1ª Vara do Trabalho de Santa Maria.
[...]

1. PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO OPERARIO.

Conforme relatado, o recorrente postula, sob o título “Do princípio do in dubio pro operario” (fls. 230/231), que a prova dos autos seja examinada em seu benefício, com a reforma da sentença quanto ao acúmulo de funções, vale-alimentação e auxílio-transporte, pedidos que foram indeferidos ao fundamento de que o recorrente não se desincumbiu do ônus de demonstrar o fato constitutivo do direito alegado. [...] De toda sorte, o princípio do in dubio pro operario não possui a amplitude defendida no recurso. Segundo concepção assente na doutrina e na jurisprudência, dito princípio tem espaço quando há dúvida entre uma ou mais normas aplicáveis ao caso concreto, caso em que, por força do citado princípio, deve o julgador optar por aquela que mais beneficia o empregado. [...]

¹⁸ BEBBER, Julio Cesar. Processo do trabalho – Temas Atuais. São Paulo: LTr, 2004

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, conclui-se que o princípio da proteção pode e deve ser aplicado ao processo do trabalho. Porém, tal aplicação deve restringir-se à proteção prevista na própria legislação processual trabalhista, não abrangendo o momento de valoração da prova. Como consequência de tal afirmação, verifica-se que a dimensão *in dubio pro operario* não deve ser aplicada ao campo probatório trabalhista, visto que referida aplicação violaria não só o princípio da isonomia das partes, como também o princípio da imparcialidade do magistrado.

Parte da doutrina e da jurisprudência defende a inaplicabilidade do princípio da proteção, alegando que referida aplicação violaria o princípio da isonomia, garantido constitucionalmente, além de fazer com que o julgador abandonasse sua imparcialidade, para decidir sempre a favor da parte hipossuficiente da relação. Outra corrente defende a total aplicação do princípio da proteção ao processo trabalhista, inclusive na valoração da prova, sob a argumentação de que a inferioridade econômica do trabalhador repercute no Direito Processual do Trabalho, já que o obreiro possui maior dificuldade de produzir as provas e suportar a demora de um processo. Afirmam os adeptos deste entendimento, outrossim, que, por ser o Direito Processual do Trabalho instrumento do Direito Material do Trabalho, deve efetivar os direitos previstos neste. Sendo assim, o processo do trabalho deve adequar-se ao Direito Material do Trabalho, com o fim de buscar melhores condições para os trabalhadores, ou seja, com o fim de diminuir as desigualdades fáticas existentes na relação de emprego.

Nesse sentido, não se pode negar que a hipossuficiência do trabalhador realmente está presente na esfera processual. Ocorre que a aplicação do princípio da proteção no campo probatório trabalhista, feita de acordo com o subjetivismo do julgador, pelo simples fato de o empregado ter maiores dificuldades na relação processual, ao invés de conceder uma proteção ao hipossuficiente, com o objetivo de diminuir as desigualdades existentes entre empregador e empregado, pode levar a uma decisão injusta, acarretando uma desigualdade ainda maior.

Destarte, o princípio da proteção deve ser aplicado ao processo do trabalho com o fim de proporcionar uma igualdade material entre as partes. Entretanto, para que tal aplicação não viole a imparcialidade do juiz e a garantia do tratamento igualitário concedido às partes da relação processual, deve restringir-se às previsões contidas na legislação processual trabalhista.

Com efeito, os benefícios concedidos ao trabalhador pelas normas trabalhistas, a exemplo das presunções contidas nas Súmulas 212 e 338 do TST e do tratamento diferenciado concedido ao obreiro pelos artigos 844, 899, §4º, e 878 da CLT, têm o condão de sanar a desigualdade fática existente entre obreiro e empregador, não submetendo esta tarefa ao livre arbítrio do julgador.

Dessa forma, mostra-se desnecessária a aplicação do princípio *in dubio pro operario* no campo probatório, com o objetivo de proteger o trabalhador, já que esta proteção já é conferida pelo ordenamento jurídico. Aliás, vislumbra-se não só a desnecessidade da referida aplicação, como também a sua impossibilidade, sob pena de se chegar a uma decisão injusta, que, com o fito de proporcionar uma igualdade substancial entre as partes, ocasionará uma nova desigualdade, em virtude da superproteção conferida ao trabalhador.

A impossibilidade de tal aplicação se dá, ainda, porque teria o condão de violar os princípios da isonomia processual e da imparcialidade do magistrado.

Nos casos em que as provas trazidas aos autos forem insuficientes para a formação da convicção do magistrado, deve este socorrer-se das regras de distribuição do ônus da prova. Sendo assim, o julgador deverá decidir a questão em desfavor daquele que detinha o ônus da prova e não conseguiu se desvencilhar deste encargo.

Todavia, essas regras de distribuição do ônus probatório são muito rígidas, podendo levar, em certos casos, a soluções injustas, já que, como visto anteriormente, a inferioridade econômica do trabalhador também está presente na esfera processual trabalhista. Tais regras, como estão previstas no CPC, baseiam-se na ideia de que as partes estão em condição de igualdade e, por isso, devem ser tratadas igualmente na relação processual. No entanto, o processo do trabalho é um ramo autônomo, dotado de várias peculiaridades, entre as quais está a desigualdade existente entre as partes que compõem a relação de emprego.

Sendo assim, doutrina e jurisprudência atuais vêm mitigando a rigidez dos artigos 818 da CLT e 333 do CPC, admitindo a aplicação analógica do artigo 6º, VIII, do CDC ao processo trabalhista, como uma forma de conceder uma proteção a mais ao trabalhador, evitando, assim, soluções injustas.

Conclui-se, então, que a utilização das regras de distribuição do ônus da prova, a possibilidade de inversão deste encargo, além da utilização das presunções favoráveis ao empregado geram como consequência a reunião de um maior acervo probatório, evitando, assim, que o julgador, diante de suas incertezas, profira decisão injusta e destituída de fundamentos jurídicos. A decisão baseada, simplesmente, no princípio *in dubio pro operario*, é frágil e suscetível de recurso, uma vez que não se aproxima da verdade real dos fatos. Já a

decisão baseada na teoria do ônus da prova, na inversão do encargo probatório e nas presunções favoráveis ao empregado concedidas pelo ordenamento jurídico, possibilita a aproximação entre as verdades formal e real, sendo melhor fundamentada e revestindo-se de maior justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALMEIDA, André Luiz Paes. **Direito do Trabalho: Material, Processual e Legislação Especial**. 12ª ed. Ed. Rideel: 2013.

AMORIM E SOUZA, Ronald. **Apontamentos de Processo do Trabalho**. 2ª Edição. Belo Horizonte: 1997.

BEBBER, Julio Cesar. **Processo do trabalho – Temas Atuais**. São Paulo: LTr, 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 21ª ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris: 2011

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26ª ed. São Paulo. Malheiros editores: 2010.

COSTA, Coqueijo. **Direito Processual do Trabalho**. Rio de janeiro. Ed Forense: 1996.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10ª ed. São Paulo: LTR, 2011.

FILHO, Manoel Antônio Teixeira. **A prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

GIGLIO, Wagner D. **Direito Processual do Trabalho**. São Paulo. Saraiva: 2005

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. 1ª ed. Rio de Janeiro. Editora Forense: 2010.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 11 ed. São Paulo: LTR: 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo do Conhecimento**. 2 ed. São Paulo: RT, 2003.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho: doutrina e prática forense, modelos de petição, recursos, sentença e outros**. São Paulo: Atlas, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTR, 1993.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo. 2ª tiragem. LTr: 2001

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTR: 2000.

SARAIVA, Renato. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 4ª ed. São Paulo. Método: 2007