

# A Apreciação do Ônus da Prova no Processo do Trabalho e o Princípio *In Dubio, Pro Operario*

**Thiago Linhares Paim Costa**

Advogado da CAIXA no Rio de Janeiro  
Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho

**RESUMO:** Às partes litigantes cabe demonstrar que suas alegações são verdadeiras e se sobrepõem aos argumentos lançados pelo contendente, produzindo as provas que sustentarão suas assertivas. Neste ponto, surge, no Direito do Trabalho, questão que suscita dúvida na doutrina e jurisprudência. Trata-se da aplicação, ou não, na apreciação do ônus da prova, do princípio *in dubio, pro operario*.

**Palavras-chave:** ônus, prova, trabalho, princípio

## 1 Introdução

Na relação processual trabalhista observa-se a disputa entre a pretensão da parte reclamante, que normalmente é o trabalhador, e a resistência da parte reclamada, que geralmente é o empregador.

Assim, como forma de se alcançar a correta aplicação da legislação positivada, almejando a realização da justiça, é notável a busca efetivada pelo Poder Judiciário de maneira a se obter a verdade dos fatos.

Como forma de disciplinar esta busca pela verdade e justiça, o processo é instruído por regras que visam dar continuidade e andamento aos atos praticados, de maneira a possibilitar que, ao final, seja possível a elaboração de uma conclusão pelo juízo que decidirá a lide.

Às partes litigantes cabe demonstrar que suas alegações são verdadeiras e se sobrepõem aos argumentos lançados pelo contendente, produzindo as provas que sustentarão suas assertivas.

Neste ponto, surge, no Direito do Trabalho, questão que suscita dúvida na doutrina e jurisprudência. Trata-se da aplicação, ou não, na apreciação do ônus da prova, do princípio *in dubio, pro operario*.

## 2 Conceituação

### 2.1 A Prova e o Ônus de Provar

A palavra "prova" vem do latim *proba*, de *probare*, possuindo significado equivalente a demonstrar.

AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA define a prova como "*aquilo que atesta a veracidade ou a autenticidade de alguma coisa.*"<sup>1</sup>

Trazendo a análise para o sentido estritamente jurídico, verifica-se que nas Ordenações Filipinas (Livro III, Título 63) é conferido notável conceito de prova, definida no aludido diploma como "*o farol que deve guiar o juiz nas suas decisões.*"

Filiado à este sentido é que RUSSOMANO afirma que a prova é "o pedestal da sentença."<sup>2</sup>

Igualmente, o grande mestre COQUEIJO COSTA declara ser a prova "o complexo de elementos de que um juízo dispõe para o conhecimento dos fatos relevantes para a solução de uma demanda."<sup>3</sup>

De outro lado, o festejado Professor MANOEL ANTÔNIO TEIXEIRA FILHO, indica que prova "*é a demonstração da verdade dos fatos relevantes, pertinentes e controvertidos, em que se funda a ação ou a resposta*"<sup>4</sup>

Por sua vez, o mestre uruguaio EDUARDO COUTURE nos diz que:

*"En su acepción común, la prueba es la acción y el efecto de probar; y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación"*<sup>5</sup>

Neste passo, será através da prova que as partes buscarão demonstrar o quanto alegado em sua inicial e defesa.

HUMBERTO THEODORO JUNIOR entende haver sentido dúplice na conceituação da prova, apontando possuir a mesma dois sentidos: "(a) um objetivo, isto é, como o instrumento ou meio hábil, para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia, etc.); (b) e outro subjetivo, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado".<sup>6</sup>

Outrossim, certo é que o fato poderá ser revelado diretamente, mas, também, poderá ser evidenciado pelo indício e pela presunção.

Porém, na sentença, o juiz deverá exarar decisão fundamentada, a teor do exposto no art. 832 da CLT, *in verbis*:

*"Da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, A APRECIÇÃO DAS PROVAS, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão" (destaque nosso).*

Corroborando o quanto acima estipulado, encontramos, no art. 458, II, do CPC, entre os requisitos essenciais da sentença, *"os fundamentos, em que o juiz analisar as questões de fato e de direito"*, estabelecendo o art. 335 do CPC que:

*"em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial."*

Assim, compete ao juiz dizer do direito, promovendo o julgamento motivado das questões que lhe são apresentadas, mas sempre se atendo ao que provado (ou não provado) nos autos.

Tanto assim é que, no art. 131 do CPC, o legislador definiu que:

*"O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento."*

Ainda, vale ser destacado que a prova *"deve ser admissível, isto é, não proibida por lei e tendo valor jurídico para o caso em questão"*, consoante lição do ilustre jurislaborista ISIS DE ALMEIDA<sup>7</sup>.

Nesse sentido posiciona-se o art. 332 do CPC:

*"Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa"*.

Assim, restam espancadas quaisquer dúvidas de que serão objeto de prova os fatos controversos, os pertinentes à causa (articulados no pedido e na defesa), além do direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, quando alegados expressamente (art. 337 do CPC), até

porque o juiz deve se ater aos limites da lide, conforme art. 128 da lei adjetiva civil.

Por outro lado, vale ser ressaltado que não dependem de prova os fatos (art. 334 do CPC) notórios, afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, admitidos no processo como incontroversos e em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Ainda, não dependem de prova os fatos quando o réu deixa de contestar a ação, à luz do que estabelecido no art. 319 do CPC.

Neste particular, ISIS DE ALMEIDA, esclarece que:

*"Há, evidentemente, uma distinção entre o fato verossímil e o fato notório, ainda que o efeito possa ser o mesmo em ambas as espécies de fato. O primeiro é verdadeiro por si mesmo; suas características, seus atributos se afirmam porque estão de acordo com o juízo comum. O segundo depende de um consenso geral; de que seja do conhecimento de todos; deve ser indubitoso, enfim, e a opinião pública admite-o a priori".*<sup>8</sup>

Quanto ao inciso IV do art. 334 do CPC, diz o mestre CAMPOS BATALHA, em sua obra *Tratado de Direito Judiciário do Trabalho*:

*"Distinguem-se, tradicionalmente, três espécies de presunções: a) presunções juris et de jure, presunções legais absolutas, que não admitem prova contrária; b) presunções juris tantum, presunções legais condicionais, a serem admitidas até prova contrária; c) presunções hominis vel judicis, presunções comuns, não estabelecidas pela lei, fundadas sobre aquilo que ordinariamente acontece".*<sup>9</sup>

É certo, ainda, serem diversas as espécies de prova. Consoante lição do insigne DE PLÁCIDO E SILVA:

*"documento é uma representação material destinada a reproduzir, com idoneidade, uma certa manifestação do pensamento, como se fora uma voz fixada permanentemente no papel escrito, que o indica.*

*Na técnica jurídica, entende-se o papel escrito, em que se mostra ou se indica a existência de um ato, de um fato, ou de um negócio ". Moacir Amaral Santos o conceitua como "a coisa representativa de um fato e destinada a fixá-lo de modo permanente e idôneo, reproduzindo-o em Juízo".<sup>10</sup>*

Segundo Malatesta, documento "é a atestação pessoal feita com conhecimento de causa, escrita e irreproduzível oralmente, e que serve para comprovar a verdade dos fatos asseverados por meio dela".<sup>11</sup>

Ensina ISIS DE ALMEIDA que:

*"O documento tanto pode reproduzir (ou formalizar) uma declaração como um acontecimento natural, ou uma característica de determinada coisa. São sempre 'fatos' a evidenciar".<sup>12</sup>*

Assim sendo, uma foto, um filme cinematográfico, um vídeo tape, um desenho, são, efetivamente, documentos.

Ainda, diz WAGNER GIGLIO:

*"A prova testemunhal consiste na narração ao juiz, por terceiros estranhos à lide, de fatos a ela pertinentes. É, sem sombra de dúvida, o mais inseguro meio de prova, e também o mais comum, principalmente no processo trabalhista".<sup>13</sup>*

A testemunha é pessoa alheia ao processo, que comparece a juízo para declarar sobre fato de que tem conhecimento próprio, referente ao litígio. Para tanto, deve se reportar a fatos controvertidos, relevantes e pertinentes, não merecendo credibilidade o seu conhecimento através de terceiros.

Todas as pessoas são obrigadas a testemunhar a respeito de fatos que são do seu conhecimento e que interessam à causa, exceto se forem incapazes, impedidas ou suspeitas (art. 405 do CPC), ressalvando-se, ainda, a hipótese prevista no art. 406, *in verbis*:

*"A testemunha não é obrigada a depor de fatos: I - que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge e aos seus parentes consangüíneos ou afins, em linha reta, ou na colateral em segundo grau; II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo"*

O art. 829 da CLT estatui:

*"A testemunha que for parente até o terceiro grau civil, amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes não prestará compromisso, e seu depoimento valerá como simples informação"*

Conforme WAGNER GIGLIO:

*"Convém advertir que o termo amigo, na linguagem vulgar, é de uso muito comum e, por isso, desvalorizado. Juridicamente, só a amizade íntima impede o testemunho. Ora, numa empresa, onde o contato entre o pessoal é diário e estável, durante longo tempo, todos se dizem amigos, no sentido de conhecidos. Na prática, a amizade íntima só se revela pelo compadrio, pelo hábito de um freqüentar a casa do outro, pelo costume de saírem juntos para se divertir, por terem empregado dinheiro um ao outro, etc."<sup>14</sup>*

Por outro lado, a inimizade deve ser figadal, ou seja, um sentimento hostil muito entranhado, capaz de turvar o equilíbrio emocional necessário à isenção de ânimo no depor.

Ainda segundo o notável Professor WAGNER GIGLIO:

*"O grau de instrução da testemunha, a segurança com que depõe (desde que não excessiva...), os pormenores aparentemente sem importância com os quais reveste os fatos são fatores que valorizam o depoimento. Inversamente, o titubeio, a insegurança (desde que não resultantes de nervosismo natural...), a falta de pormenores e até a atitude da testemunha (olhos baixos, ruborização, etc.) desvalorizam essa prova. E é óbvio que as condições flagrantes dentro do mesmo depoimento praticamente o anulam como prova".<sup>15</sup>*

Dispõe o art. 420 do CPC:

*"A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação".*

Portanto, trata-se de tipo de prova que depende de um conhecimento técnico que, via de regra, o juiz não possui.

A CLT é omissa quanto à prova pericial, contudo o art. 3º da Lei 5584/70 dispõe que:

*"Os exames periciais serão realizados por perito único designado pelo Juiz, que fixará o prazo para a entrega do laudo. Parágrafo Único: Permitir-se-á a cada parte a indicação de um assistente, cujo laudo terá que ser apresentado no mesmo prazo assinado para o perito, sob pena de ser desentranhado dos autos."*

No mais, aplicar-se-á a regra contida no diploma civil, naquilo que não for incompatível com o processo do trabalho (arts. 145 a 147 e 420 usque 439 do CPC). Salientamos a necessidade de depósito de honorários provisionais do perito, indicando a sentença aquele definitivo.

Além disso, *"O juiz poderá determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida"* (art. 437 do CPC), muito embora a segunda não venha a substituir a primeira, cabendo ao juiz valorar livremente uma e outra.

Por outro lado, *"O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos"*, conforme art. 436 do CPC.

A inspeção judicial é aquela em que o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, inspeciona pessoas ou coisas, em qualquer fase do processo, a fim de esclarecer fato que interesse ao deslinde da causa.

Para tanto, se entender necessário, poderá o Juiz ser assistido de um ou mais peritos, ou, até mesmo, os advogados das partes. Aplica-se à espécie o preceito contido nos artigos 440 a 443 do CPC, em virtude da omissão celetista.

Ônus é palavra que vem do latim *onus* que tem significado de carga, fardo, peso.

O "ônus de provar" (*onus probandi*), corresponde ao o dever processual que as partes detêm de demonstrar a existência, ou inexistência, do direito em discussão, provando em juízo suas alegações de maneira a formar a convicção do magistrado.

Seguindo os ensinamentos do mestre MANOEL ANTÔNIO TEIXEIRA FILHO<sup>16</sup>, nota-se que não se verifica qualquer obrigação legalmente imposta de se provar.

O que se dá, em verdade, é justamente um ônus, valendo neste ponto trazer à luz as palavras do eminente Professor CARNELUTTI<sup>17</sup>, segundo o qual:

*"A diferença entre ônus e obrigação se funda na sanção diversa a quem não cumpre determinado ato; existe obrigação quando a inatividade dá lugar a uma sanção jurídica (execução ou pena); se, ao contrário, a abstenção, em relação ao ato determinado, faz perder somente os efeitos últimos desse mesmo ato, nos encontramos frente à figura do ônus".*

Assim, o ônus de provar resta vinculado ao interesse da parte de ver demonstradas suas alegações, a fim de obter o reconhecimento do direito que postula.

MANOEL ANTÔNIO TEIXEIRA FILHO<sup>18</sup> disseca a questão, esclarecendo que:

*"tanto é verdadeiro que o ônus da prova não constitui uma obrigação que, em certos casos, mesmo que a parte dele não tenha se desincumbido, poderá ter acolhida a sua pretensão, que tinha como pressuposto o fato que deixou de provar: isso poderia ocorrer, por exemplo, na hipótese de a parte contrária, inadvertidamente, produzir, em benefício da outra, a prova que a esta competia".*

Já PONTES DE MIRANDA<sup>19</sup>, indicando via diversa, ensina que também não há que se falar em dever de provar, confirmando tratar-se apenas de um ônus, esclarecendo:

*"(a) o dever é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade; há relação jurídica entre dois sujeitos, um dos quais é o que deve: a satisfação é do interesse do sujeito ativo; ao passo que (b) o ônus é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos: satisfazer é do interesse do próprio onerado. Não há sujeição do onerado; ele escolhe entre satisfazer, ou não Ter a tutela do próprio interesse. Por onde se vê como a teoria do ônus da*



*prova diz respeito, de perto, à pretensão à tutela jurídica."*

Assim, HUMBERTO THEODORO JUNIOR aponta:

*esse ônus consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz. (...) Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados (...)"<sup>20</sup>*

Contudo, tal posicionamento não é unânime na doutrina, valendo salientar o entendimento de Eduardo Couture, segundo o qual o ônus da prova estaria relacionado com espécie de sanção, ainda que processual, pois que não se desincumbindo a parte de produzir a prova que lhe competia, obrigatoriamente se aperfeiçoaria a penalizante consequência de não ser reconhecido o direito que alegava possuir.<sup>21</sup>

## **2.2 Princípio *In Dubio, Pro Operario***

Dentre os princípios fundamentais orientadores do Direito do Trabalho, encontra-se o Princípio da Proteção que, diferindo da igualdade buscada noutros ramos do direito, orienta-se por amparar e beneficiar o trabalhador, apenas uma das partes que compõem a relação jurídica.

O fundamento basilar deste princípio está no fato, reconhecido pelo Estado, de que na relação de trabalho há evidente diferença entre as partes contratantes, sendo o empregador, de um lado, detentor de capacidade econômica e poder social tais que permitiam subjugar a outra parte, o trabalhador, gerando, assim, as mais variadas formas de exploração.

Nas relações jurídicas adstritas ao direito civil ou ao comercial é constante a busca pela igualdade formal entre as partes, vigendo o princípio do *in dubio, pro reo*.

Tal característica é explicável pelo fato de que, geralmente, o devedor é o mais fraco e necessitado, quem não foi capaz de reunir condições econômicas para cumprir o que havia pactuado.

No Direito do Trabalho a situação se inverte, sendo o réu, empregador, a parte mais forte na relação jurídica, detendo os meios de produção e o capital.

Assim, com costumeiro brilhantismo, EDUARDO COUTURE afirma que *"o procedimento lógico de corrigir desigualdades é o dever de criar outras desigualdades."*<sup>22</sup>

Como forma de aplicação do princípio de proteção, surge a regra *in dubio, pro operario*, que, nas palavras do mestre AMÉRICO PLÁ RODRIGUES, significa:

*"o critério segundo o qual, no caso de que uma norma seja suscetível de entender-se de vários modos, deve-se preferir a interpretação mais favorável ao trabalhador."*<sup>23</sup>

MARIO DEVEALI ainda ensina que:

*"...si el derecho privado acepta el principio del favor pro reo, es porque, en la generalidad de las relaciones civiles o comerciales, el deudor es el más débil y necesitado. Pero en las relaciones laborales ocurre exactamente lo contrario, puesto que en la generalidad de los casos el trabajador, cuya situación de debilidad frente el empleador constituye el supuesto básico del derecho laboral, se presenta como acreedor frente a su empleador (deudor)."*

Completando a seguir:

*"En el derecho del trabajo corresponde, pues, no sólo rechazar el principio del derecho privado, sino que, en virtud, del mismo processo lógico que justifica tal principio, debe admitirse el outro principio, que frecuentemente resultará antagônico, del in dubio pro operario."*<sup>24</sup>

### 3 Evolução Histórica

#### 3.1 Ônus da Prova

Primitivamente, a solução de qualquer lide era alcançada através da provação de divindades, que através de manifestação sua, indicariam o vencedor e o perdedor.<sup>25</sup>

Lembra CAMPOS BATALHA<sup>26</sup>, inspirando-se em seu mestre, o filósofo Favorinus (apoiado nos ensinamentos de Catão), afirmava que se as

provas produzidas não convencessem, dever-se-ia decidir a favor do litigante mias probó; na hipótese de ambos possuírem a mesma reputação, a decisão deveria propender em favor do réu. Tratava-se, como se vê, de um critério de natureza complementar (somente incidiria se a prova não fosse suasória), que se assentava na honorabilidade das partes. O subjetivismo de que era provido, contudo, revela a falibilidade desse critério.

Foi no Direito Romano, que se concebeu a regra "*semper onus probandi ei incumbit Qui dicit*" ou "*semper necessitas probandi incumbit illi Qui agit*" (o ônus da prova incumbe a quem afirma ou age). Assim, o ônus da prova sempre recaía sobre o autor, pois que inicialmente alegava algo em juízo.

Contudo, posteriormente, se verificou que tal regra não detinha condições de prosperar por completo, eis que por vezes o réu emitia alegações envolvendo um fato capaz de modificar, impedir ou extinguir o direito do autor; reconheceu-se, então, que a resposta do réu continha (ou poderia conter) também um afirmação; daí por que a ele se atribuiu o ônus da prova sempre que isto ocorresse.

O Direito Medieval, inspirado em grande parte pelas conclusões elencadas pelos glosadores, firmou então entendimento de que deveria ser provada qualquer alegação positiva, permanecendo, contudo, o entendimento de que não haveria que se falar em prova negativa.

Daí se abstrai a regra contida do próprio Código de Processo Civil brasileiro de 1939, em cujo art. 209, §1º, se estatuiu: "Se o réu, na contestação, negar o fato alegado pelo autor, a este incumbirá o ônus da prova."

Partindo de análise mais detida, a doutrina passou a notar que nem toda negativa impossibilitava a prova. Notou-se que, geralmente, ao negar a situação jurídica narrada pelo autor, a ele o réu opunha uma outra.

Seguindo tal conclusão, no dizer de MOACYR AMARAL SANTOS, se edificou a teoria clássica do encargo da prova, segundo a qual:

*"incumbe o ônus da prova àquela das partes que alega a existência ou inexistência de um fato do qual pretenda induzir uma relação de direito."*<sup>27</sup>

Modernamente, a doutrina se firma nos ensinamentos de CHIOVENDA, que estabeleceu:

*"o ônus de afirmar e provar se reparte entre os litigantes no sentido de que é deixado à iniciativa de cada um deles provar os fatos que deseja sejam"*

*considerados pelo Juiz, isto é, os fatos que tenham interesse sejam por este tidos como verdadeiros.*"<sup>28</sup>

É certo que o festejado jurista indica ser do autor o encargo de provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu os fatos capazes de modificar, impedir ou extinguir o direito daquele.

Assim, com referência ao ônus da prova, o art. 818 da CLT estatui:

*"A prova das alegações incumbe à parte que as fizer".*

*Repete, assim, literalmente, a regra emanada do antigo Direito Romano.*

Por sua vez, prevê o art. 333 do Código de Processo Civil em vigor determina:

*"O ônus da prova incumbe:*

*I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;*

*II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor."*

### **3.2 Princípio *In Dubio, Pro Operario***

De acordo com os postulados da Revolução Francesa de 1789, certo é que a burguesia pretendia se aproveitar da total liberdade de negociação, se valendo da vontade de contratar autônoma, a fim de assegurar verdadeira exploração do trabalhador.

Se objetivava o crescimento e desenvolvimento industrial, seguindo-se as diretrizes que outra revolução, a Industrial, estabelecera.

Neste contexto, surgem as normas trabalhistas, estabelecidas pelo Estado, que passa a intervir nas relações contratuais de emprego, como forma de se garantir a paz social.

Assim, rapidamente se verificou o que o grande mestre Ripert bem trouxe à baila:

*"a experiência demonstrou que a liberdade não basta para assegurar a igualdade, pois os mais fortes depressa se tornam opressores."*<sup>29</sup>

Neste passo, verifica-se o surgimento de normas imperativas, de ordem pública, sempre visando à proteção do trabalhador, parte re-

conhecidamente mais frágil na relação negocial capital x força de trabalho.

Tal normatização visa, como ensina o Ministro ARNALDO SÜSSEKIND:

*"opor obstáculos à autonomia da vontade."*

E continua o grande mestre:

*"Essas regras cogentes formam a base do contrato de trabalho - uma linha divisória entre a vontade do Estado, manifestada pelos poderes competentes, e a dos contratantes. Estes podem complementar ou suplementar o mínimo de proteção legal." 30*

Assim, se delinea o princípio fundamental do Direito do Trabalho: o princípio da proteção, ou princípio protetivo.

Tal princípio da proteção tem como sua principal forma de aplicação o brocado *in dubio, pro operario*, que, sendo outro princípio do Direito Trabalhista, é daquele decorrente.

## **4 Aplicação ou não do Princípio *In Dubio, Pro Operario* Quanto ao Ônus da Prova no Processo do Trabalho**

### **4.1 Corrente Afirmativista**

Partindo da igualdade formal inerente ao processo civil, é de se invocar o que estabelece o art. 333 do Código de Processo Civil:

*"Art. 333 - O ônus da prova incumbe:*

*I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;*

*II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor."*

À luz do que expõe MANOEL ANTÔNIO TEIXEIRA FILHO, considerando a tão propalada igualdade entre as partes existente no direito civil, não poderia ser de outra forma a distribuição do ônus da prova naquele ramo do direito.

Ao autor cabe demonstrar os fatos que ensejaram o lançamento de suas alegações em juízo, postulando determinado direito ou satisfação de pretensão, de acordo com os dispositivos legais que embasam seu pleito.

De outro lado, ao réu caberá produzir qualquer prova, apenas, quando alegar algo que modifique, impeça ou extinga o direito pretendido pelo autor.

Ainda de acordo com o pensamento do notável Professor MANOEL ANTÔNIO TEIXEIRA FILHO, se verifica que:

*"em virtude da disposição didática do art. 333, do CPC, que ao intérprete trabalhista desavisado pode impressionar, erigiu-se no âmbito da Justiça do Trabalho, a praxe de adotar-se o mesmo critério estampado naquele dispositivo para resolver o problema relacionado à distribuição da carga de prova entre os litigantes."*<sup>31</sup>

Contudo, certo é que a CLT possui disposição própria sobre a questão, estabelecendo em seu art. 818:

*"A prova das alegações incumbe à parte que as fizer."*

Assim, considerando o que determina o art. 769 da Consolidação, não haveria outra regra legal a se aplicar no que tange ao ônus da prova, porquanto há determinação expressa da CLT (art. 818).

Entende-se que apenas seria aplicável norma alienígena ao Direito do Trabalho em virtude de *omissão* do texto consolidado, o que não ocorre *in casu*, já que existente expressa previsão.

Repudiando a aplicação do que estatuído no art. 333 do CPC ao processo trabalhista, Manoel Antonio Teixeira Filho aduz que "a colisão, porém, do dispositivo pertencente ao processo civil com o art. 818 da CLT, é frontal."

Em apoio a tal pensamento, é apresentada questão concreta e comumente verificada nos Tribunais do Trabalho:

*"Alegando o autor (empregado) que realizava trabalho em jornada extraordinária (cujo fato, contudo, é contestado pelo réu), mas não produzindo prova quanto a isso, o seu pedido relativo às horas extras, em consequência, será rejeitado."*

De acordo com o festejado mestre, tal rejeição do pleito autoral representa nítida aplicação do que estabelece o art. 333 do CPC. No entanto, não haveria que se aplicar tal dispositivo legal, mas sim o art. 818 da CLT.

Assim, certo é que ao contestar o trabalho extra do empregado, o réu está, igualmente, afirmando que ele jamais trabalhou em jornada extraordinária, pelo que, incumbindo a parte provar o que alega, deveria, também, comprovar tal assertiva.

Note-se que não estaria sendo exigida produção de prova negativa. A prova na hipótese concreta em exame seria, em verdade, positiva, pois que caberia ao réu demonstrar que a jornada do autor sempre foi a ordinária.

Esta argumentação encontra respaldo na desigualdade real existente entre trabalhador e empregador, que é contrária à igualdade formal existente no direito civil.

Assim, MANOEL ANTÔNIO TEIXEIRA FILHO explica a adoção de tal interpretação dada aos artigos 818 e 769 da CLT, apontando que:

*"temos para conosco que o mesmo caráter anti-igualitário do direito material (...) deverá presidir tanto a interpretação das normas processuais quanto o seu processo de elaboração legislativa: é o que recomendam a lógica e a consciência jurídica."*<sup>32</sup>

Neste passo, SANTIAGO RUBINSTEIN sustenta que:

*"a dúvida do julgador pode resultar da interpretação de um texto legal ou da aplicação de uma norma a um caso concreto e também da valoração das provas trazidas pelas partes ao processo, sendo aplicável dito princípio a todas essas hipóteses."*

O ilustre jurislaborista cordobês JOSÉ ISIDRO SOMARÉ ensina que:

*"se a prova não foi suficiente para levar ao espírito do juiz a certeza de como ocorreu um incidente, de modo tal que haja dúvida, pode, então, optar pela solução de favor e acolher o pedido do trabalhador."*<sup>33</sup>

WAGNER GIGLIO ainda leciona:

*"Ora, além das causas já apontadas, de diversidade de situação econômica e de desigualdade resultante da subordinação empregado ao empregador, lembremos outros substratos de fato a repelir adoção dessa doutrina no processo trabalhista: enquanto os contratantes, na esfera civilista, têm possibilidades iguais de produzir prova, no ramo trabalhista é notória a inferioridade do trabalhador, senão vejamos. Além das dificuldades de assessoramento jurídico e da realização de perícias, já apontadas, a prova testemunhal do trabalhador deve ser colhida de outros empregados, que por definição se encontram subordinados ao empregador, coibindo-lhes a liberdade dos depoimentos: não ignoram as testemunhas que, se suas declarações prejudicarem o patrão, correm risco de perder o emprego. Não fora suficiente, a prova documental, mais segura, raramente pode ser apresentada pelo trabalhador: subordinado às determinações de seus superiores, não tem meios de exigir comprovantes, enquanto a empresa conta com departamento de pessoal, toda uma organização contábil que mantém farta documentação. A prática evidencia que o trabalhador desconhece, regra geral, os dados mais elementares atinentes às condições em que presta serviços: cálculo do salário, montante dos descontos, número de horas extras, etc."*<sup>34</sup>

Por fim, coincidindo com essa linha de pensamento, o IV Congresso Ibero-Americano de Direito do trabalho, realizado em São Paulo, em 1972, votou, entre outras, a seguinte conclusão sobre esta matéria:

*"O princípio in dubio, pro operario incide nos processos trabalhistas, quando no espírito do julgador não exista uma convicção absoluta derivada da análise das provas produzidas."*<sup>35</sup>

Já se pronunciou também o C. Tribunal Superior do Trabalho sobre a questão;



*"Não provada a rescisão, por nenhuma das partes contratantes, aplica-se o princípio "in dubio pro operario".<sup>36</sup>*

*"Abandono de emprego - ônus da prova. Alegado o abandono de emprego, cabe ao empregador prová-lo. Não o fazendo, presume-se verdadeira a dispensa imotivada, em face da inversão do onus "probandi" e porque milita a favor do obreiro o princípio do "in dubio pro operario". A colocação do emprego à disposição do empregado não exime o empregador da reparação devida, nem a recusa de aceitação constitui fato abonador de sua responsabilidade, pois a verdade presumida favorece a pretensão do obreiro. Revista não provida.<sup>37</sup>*

Da mesma forma, Tribunais Regionais já se manifestaram sobre a questão:

*"A testemunha do reclamante afirma que ele passou a líder de turma, mas continuou, entretanto, a exercer atividades de lanterneiro. A testemunha da empresa nega que o reclamante tenha utilizado maçarico ou solda elétrica após ter sido promovido para líder de lanterneiro. Feita a acareação as testemunhas mantiveram seus depoimentos. Restou, assim, a dúvida, aplicando-se, com acerto, na hipótese, o princípio in dubio pro misero, decidindo-se o feito em favor do hiposuficiente (...)"<sup>38</sup>*

## 4.2 Corrente Negativista

BENITO PÉREZ indica entendimento no sentido de que o princípio *in dubio, pro operario* seria aplicável para interpretação da norma jurídica, tão somente.

Não haveria que se falar na sua aplicação à apreciação do ônus da prova, porquanto "Uma coisa é a interpretação da norma para valorar seu alcance e outra muito diferente é a apreciação de um meio de prova para decidir a *litis*",<sup>39</sup> demonstrando entendimento de que o princípio em questão não serve para suprir a falta de prova.

ISIS DE ALMEIDA, por sua vez, esclarece que, "*No direito trabalhista, se o ônus da prova está em uma curtíssima disposição, suscetível, desde logo, de apelo ao CPC...*".

E acrescenta:

*"Se entendo que tenho um direito, deve haver um fato que o constitui. Esse fato é que tenho de expor à luz da verdade. Tenho o ônus de prová-lo. É o meu 'risco'. Desobrigando-me do encargo, pelo desempenho da incumbência, ganho. Se não o fizer, perco. Aí se instala a primeira regra do ônus da prova: inciso I do art. 333 do CPC(supra)".<sup>40</sup>*

Convém esclarecer que o fato *constitutivo* tem como efeito jurídico o nascimento do direito, constituindo uma relação jurídica. Assim, quando negado o vínculo empregatício pelo réu, competiria ao autor demonstrar a personalidade, não-eventualidade, subordinação e remuneração.

Em contrapartida, o fato *impeditivo* visa a impedir que decorra de um fato o seu efeito normal. Assim, quando o réu alega a existência de falta grave, teria por meta apresentar um fato impeditivo, em oposição ao fato constitutivo do autor, que foi a despedida. Já o fato *modificativo*, não exclui e nem impede a relação jurídica, mas a modifica com o intuito de tornar improcedente o pedido, parcialmente. Nesse sentido, ao contrariar o reclamado a data de ingresso do reclamante, não a comprovando, seria eliminado parte do pedido formulado com a inicial.

Por fim, o fato *extintivo* seria aquele que faz cessar o liame jurídico, a exemplo de se juntar nos autos termo rescisório demonstrando o pagamento de aviso prévio, férias proporcionais com acréscimo de 1/3, gratificação natalina proporcional, etc.

A jurisprudência emanada dos Tribunais Trabalhistas adota majoritariamente a distribuição do ônus da prova indicada no art. 333 do CPC, valendo para tanto transcrever aqui o Enunciado no. 68 do Colendo TST, *in verbis*:

*"É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial".*

Ainda, é de se acrescentar o que leciona o eminente Professor JOSÉ AUGUSTO RODRIGUES PINTO, aduzindo que:

*"não há lugar para aplicar-se o princípio da proteção do economicamente fraco no Processo. Quer dizer, ele não é um princípio destinado ao Direito Processual porque se ele fosse aplicado no Processo, ele violaria um princípio que lhe é oposto, o da igualdade de tratamento processual das partes."<sup>41</sup>*

Da mesma forma entendendo o Prof. RONALD AMORIM E SOUZA que proferiu a seguinte lição:

*"Consideremos que há prova nos autos mas ela nos deixa com uma razoável dúvida. Aquele ônus subjetivo, onde vamos examinar, como Órgão do Estado, se efetivamente foi feito aquilo que a parte alegou como defesa, se foi feita a prova correspondente. Sempre há uma armadilha, principalmente na interpretação segundo aquela regra que diz in dubio pro operario. Nesse momento, há uma vontade enorme de decidir em favor do empregado, imaginando que, se a prova não foi suficiente ou se me deixou alguma dúvida, em alguma coisa, a regra deveria ser dessa natureza. Já que me pus em dúvida, já que o processo me causou a dúvida, que decida em favor do empregado. Ora, se nós consideramos o Direito do Trabalho como um direito privado - e efetivamente o é - nós teríamos que ver que um princípio das obrigações no direito privado é beneficiar o devedor, isto porque consideramos que o devedor é a parte mais débil, mais fraca, na relação jurídica. Quando nós nos pomos diante de uma relação trabalhista, o credor é o empregado, o devedor seria o empregador. Então, aquela máxima, aquela regra in dubio pro misero, que poderia nos auxiliar em alguma coisa, pode aumentar a perplexidade. Por que aumenta a perplexidade? Porque, efetivamente, este regramento - esta forma de interpretar - não foi feito para que se desse aplicação em decisão judicial. O princípio in dubio pro misero ou in dubio pro operario é regra de interpretação nas relações*

*que se estabeleçam entre empregados e empregadores, seja na dúvida quanto à aplicação de uma dada regra, seja na dúvida sobre a escolha de qual das regras aplicar, seja na hipótese de propiciar a condição mais favorável para o trabalhador.*"<sup>42</sup>

Aqui também há pronunciamentos judiciais, como se vê do trecho abaixo transcrito, retirado de decisão proferida no julgamento do RO 1559/1998.<sup>43</sup>

*"Entendo, aferrada na doutrina predominante, que ante a inexistência ou insuficiência de prova, ou mesmo, quando ambas as partes logram provar os fatos que alegaram, não está autorizado o julgador a decidir em face do princípio supra referido. Em tais situações, ao inverso, devemos nos render à regra processual que distribui o onus probandi. Convém frisar: ou se prova ou não se prova. Se em determinado caso, entretanto, as provas forem insuficientes (de ambos os lados), o resultado do provimento jurisdicional deve ser desfavorável a quem incumbia o onus probandi."*

## 5 Conclusão

É inegável a evidente evolução das normas processuais que regulam o ônus de provar, culminada com o que estabelece o art. 333 do Código de Processo Civil.

A previsão do art. 818 da CLT não conflita com o estabelecido no CPC, sendo certo que a norma processual civil representa apenas um avanço do que estabelecido na CLT.

No entanto, considerando as especificidades inerentes ao Processo do Trabalho e às relações trabalhistas, não deve ser ignorado pelas partes litigantes e pelo magistrado, ainda que se tratando de matéria processual, que o princípio do *in dubio, pro operario* estará em vigor.

É nesse sentido a conclusão exarada no IV Congresso Ibero-Americano de Direito do trabalho, realizado em São Paulo, em 1972:

*"O princípio in dubio, pro operario incide nos processos trabalhistas, quando no espírito do julgador não exista uma convicção absoluta derivada da análise das provas produzidas."*

Assim, respeitada a moderna e evoluída distribuição do ônus da prova e, ainda assim, havendo dúvida no espírito do julgador, devem os litigantes estar atentos que, na Justiça do Trabalho, é em favor do empregado que será resolvida a lide.

## Notas

- 1 **Novo Dicionário Aurélio.**
- 2 **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho.** Rio de Janeiro, , Ed. José Konfino, 1977, p. 1.196.
- 3 **Direito Judiciário do Trabalho.** Rio de Janeiro : Forense, 1978, p. 284.
- 4 **A Prova no Processo do Trabalho.** 4ª ed., Editora LTr, p. 108.
- 5 COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil.** 3ª ed., Depalma, p. 215.
- 6 **Curso de Direito Processual Civil.** V. I, Rio de Janeiro : Forense, 2000, p. 367..
- 7 ALMEIDA, Isis de. **Manual de Direito Processual do Trabalho.** vol. 2, 8ª ed., LTr, p. 112.
- 8 *Op. cit.*, (nota 7), p.116.
- 9 CAMPOS BATALHA, Wilson de Souza. **Tratado de Direito Judiciário do Trabalho.** Vol. II, 3ª ed., LTr, p. 137.
- 10 SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil.** Sarai-va, p. 338.
- 11 **Apud Curso de Direito Processual do Trabalho,** NASCIMENTO, Amauri Mascaro. p. 213.
- 12 *Op. cit.*, (nota 7), p. 177.
- 13 *Id. Ibid.* 254.
- 14 *Op. cit.*, (nota 7), p. 257.
- 15 *Id. Ibid.*, p. 263.
- 16 A Prova no Processo do Trabalho. Ltr, 7ª ed., São Paulo, 1997, p. 108.
- 17 **Sistema.** pp. 94-95.
- 18 *Id. Ibid.*, p. 109.
- 19 *Op. cit.*, (nota 17), p. 322.
- 20 *Id. Ibid.*, p. 373.
- 21 *Op. cit.*, (nota 5), 1951.
- 22 **Algunas Nociones fundamentales del Derecho Procesal del trabajo.** Tomo Tribunales de trabajo, publicado pelo Instituto de Direito do Trabalho da Universidade Nacional do Litoral, Santa Fé, 1944, p. 115.
- 23 GIGLIO, Wagner D. **Princípios de Direito do trabalho.** In: Traduzido. 3ª Ed. São Paulo : LTr, 2000 p. 107.
- 24 DEVEALI, Mario L. **Lineamientos de Derecho del Trabajo.** 2ª ed. Ed. Argentina : Buenos Aires, 1953, p. 152.
- 25 CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** Traduzido Apud CAPITANIO, Paolo. 1ª ed. BookSeller: Campinas, 1998, p. 444.
- 26 CAMPOS BATALHA, Wilson de Souza. **Tratado de Direito Judiciário do Trabalho.** São Paulo: LTr, 1977, p. 488, que na antigüidade, GELLIUS, Aulus. *Apud "Noctes Atticae"*, Livro XIV, Cap. II.
- 27 *Op. cit.*, (nota 10), p. 305.
- 28 *Id. Ibid.*, p. 306.
- 29 **O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno.** São Paulo, trd. Bras. 1937, p. 133.

- 30 **Instituições...** . 18ª Ed. São Paulo: Ltr, 1999, p. 153.
- 31 *Op. cit.*, (nota 16), p.109.
- 32 *Op. cit.*, (nota 16), p. 114.
- 33 **La carga de la prueba en el proceso laboral.** IV Congreso Ibero-Americano de Direito do Trabalho e Previdência Social. São Paulo, Tomo II, 1972, p. 479.
- 34 **Fundamentos para uma redistribuição do ônus da prova.** Anais do IV Congresso Ibero-Americano do Direito do Trabalho e Previdência Social. São Paulo, 1972, p. 591.
- 35 *Op. cit.*, (nota 33). *Apud In Princípios de Direito do Trabalho.* Americo Plá Rodrigues...p. 117.
- 36 TST - RR 2396/1979 - Fonte: DJ 27/06/1980 - Relator: MINISTRO REZENDEPUECH.
- 37 TST - RR 168261/1995 - Fonte: DJ 21/06/1996 p. 22573 - Relator: MINISTRO MANNA, Roberto Della.
- 38 TRT 17ª Região - RO 1879/1999 - Publicado no D.O. em: 19/07/1999 - Relator: Juiz DÓREA, Miguel Brotto.
- 39 **O princípio in dúbio, pro operarioi é inaplicável em matéria de prova.** Revista Trabajo y Seguridad Social. Buenos Aires, nov/73, p. 56 e seguintes.
- 40 *Op. cit.*, (nota 7), p. 116.
- 41 **A Prova No Processo Do Trabalho.** Anais dos Seminários da Escola Judicial do TRT 3ª Região - 1995/1997 - ([http://www.solar.com.br/~amatra/trt03\\_4.html](http://www.solar.com.br/~amatra/trt03_4.html)).
- 42 **A Distribuição Do Ônus Na Prática Da Prova.** Anais dos Seminários da Escola Judicial do TRT 3ª Região - 1995/1997 - ([http://www.solar.com.br/~amatra/trt03\\_1.html](http://www.solar.com.br/~amatra/trt03_1.html)).
- 43 TRT 17ª Região - Relatora: Juíza SANTOS LACERDA, Maria Francisca dos. Fonte: D.O. de 11/12/1998.

## Referências

- ALMEIDA, Isis de. **Manual de Direito Processual do Trabalho.** v. 2, 8ª ed., LTr.
- CAMPOS BATALHA, Wilson de Souza. **Tratado de Direito Judiciário do Trabalho.** Vol. II, 3ª ed., LTr.
- CLT - Saraiva.
- COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil.** 3a. Depalma.
- DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado.** 2ª ed., Renovar.
- FILHO, Manoel Antonio Teixeira. **A Prova no Processo do Trabalho.** 7ª ed. São Paulo : Ltr, 1997.
- GIGLIO, Wagner D. **Direito Processual do Trabalho.** 7ª ed., LTr.
- JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Código de Processo Civil Anotado.** 2ª ed., Forense.
- PINTO, José Augusto Rodrigues. **Processo Trabalhista de Conhecimento.** LTr.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil.** Saraiva.
- SILVA, de Plácido E. **Vocabulário Jurídico.** 10ª ed., Forense.
- SOUZA, Ronald Amorim E. **Apontamentos de Processo do Trabalho,** Contraste Gráfica.