

**UnB – UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**MATEO SCUDELER**

**A VALORAÇÃO DA PROVA E A APLICAÇÃO INDIRETA DO**  
**PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO OPERARIO* AO**  
**PROCESSO DO TRABALHO**

BRASÍLIA

2015

**MATEO SCUDELER**

**A VALORAÇÃO DA PROVA E A APLICAÇÃO INDIRETA DO  
PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO OPERARIO* AO  
PROCESSO DO TRABALHO**

Monografia apresentada à Faculdade de  
Direito da Universidade de Brasília [UnB]  
como requisito parcial para obtenção do grau  
de Bacharel em Direito.

**ORIENTADOR:** Prof. Dr. Wilson Roberto Theodoro Filho

BRASÍLIA

2015

**Mateo Scudeler**

**A valoração da prova e a aplicação indireta do princípio *in dubio pro operario* ao Processo do Trabalho**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília [UnB] como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, aprovada com conceito [    ].

**Brasília, DF, 6 de outubro de 2015.**

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Wilson Roberto Theodoro Filho  
**Orientador**

---

Prof. Dr. Marthius Sávio Cavalcante Lobato  
**Membro da Banca**

---

Prof. Msc. Henrique Haruki Arake Cavalcante  
**Membro da Banca**

*“Só há um país no mundo em que o juiz é mais forte que os poderosos: é a Inglaterra. O juiz sobreleva à família real, à aristocracia, ao dinheiro, e, o que é mais do que tudo, aos partidos, à imprensa, à opinião; não tem o primeiro lugar no Estado, mas tem-no na sociedade. O cocheiro e o groom sabem que são criados de servir, mas não receiam abusos nem violência da parte de quem os emprega. Apesar de seus séculos de nobreza, das suas residências históricas, da sua riqueza e posição social, o marquês de Salisbury e o duque de Westminster estão certos de que diante do juiz são iguais ao mais humilde de sua criadagem. Esta é, a meu ver, a maior impressão de liberdade que fica da Inglaterra. O sentimento de igualdade de direitos, ou de pessoa, na mais extrema desigualdade de fortuna e condição, é o fundo da dignidade anglo-saxônica.”*

**Joaquim Nabuco**, in *Minha formação* [p. 28]

## RESUMO

O Tribunal Superior do Trabalho pacificou sua jurisprudência no que concerne à resolução de controvérsias galgadas em prova dividida, orientando-se no sentido da aplicação do deslinde técnico nessas hipóteses: ou seja, decidiu pela aplicabilidade da distribuição do *onus probandi*, arcando com a sucumbência a parte a quem incumbia o dever de produzir a prova. Nesse contexto, ganha relevo a ocorrência do fenômeno jurisdicional da aplicação indireta do princípio do *in dubio pro operario* à seara da valoração da prova testemunhal produzida na instrução de processos trabalhistas. Isso porque essa prática consubstancia-se em intervenção *favor laboratis* na apreciação de depoimentos em momento ainda anterior ao da verificação da ocorrência ou não de prova dividida. Destinar-se-á o presente estudo, portanto, a realizar revisão doutrinária e jurisprudencial acerca dos meandros que permeiam e precedem essa questão, com o fito de poder melhor entendê-la e compreender suas implicações práticas.

**PALAVRAS-CHAVE:** ônus da prova; valoração; prova testemunhal; prova dividida; persuasão racional; isonomia; devido processo legal

## ABSTRACT

The Superior Labour Court – the highest Brazilian appellate court for labour law issues – pacified its jurisprudence regarding the resolution of disputes founded in divided proof, concluding towards the supremacy of the technical resolution of these matters: meaning that they should be decided by the application of the distribution of the burden of proof, according to which the losing party will be the one who had the obligation to prove the claim. In this context, it is remarkable the occurrence of the judicial phenomenon of indirect application of the principle of *in dubio pro operario* in the evaluation of testimonial evidence presented in the statement of labour claims. That is because this practice embodies a type of intervention *favour laboratis* in the scope of the appreciation of testimonial evidence in a previous moment to the one destined for the verification of the occurrence or not of the divided proof. The present study shall present, therefore, a doctrinal and jurisprudential review about the intricacies that underlie and precede this issue, with the aim to allow a better understanding and comprehension of its practical implications.

**KEYWORDS:** burden of proof; valuation; testimonial evidence; divided proof; rational persuasion; equity; due process of law

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>1. CONSIDERAÇÕES SOBRE A ISONOMIA, O DEVIDO PROCESSO LEGAL E AS PARTICULARIDADES DO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO .....</b>	<b>10</b>
1.1. O PRINCÍPIO DA ISONOMIA .....	10
1.2. O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL .....	12
1.3. DEVIDO PROCESSO LEGAL E LEGALIDADE: A NECESSIDADE DE CONDUÇÃO DO PROCESSO NOS LIMITES DA LEI .....	15
1.4. A INTERSECÇÃO ENTRE DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL, DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO.....	17
1.5. AS PECULIARIDADES DO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO E SUA DIMENSÃO TUITIVA .....	18
<b>2. O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO .....</b>	<b>22</b>
2.1. A CARGA PROBATÓRIA CELETISTA.....	22
2.2. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E AS PRESUNÇÕES EM FAVOR DO OBREIRO .....	24
2.3. A IMPORTÂNCIA DA PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO DO TRABALHO .....	30
2.4. A PROVA DIVIDIDA E SUAS IMPLICAÇÕES PARA O <i>ONUS PROBANDI</i> .....	30
2.4.1. <i>A regra do in dubio pro operario</i> .....	32
2.4.2. <i>A questão acerca da aplicabilidade do in dubio pro operario ao processo trabalhista</i> ....	33
2.4.3. <i>O entendimento do Tribunal Superior do Trabalho acerca da utilização processual do in dubio pro operario</i> .....	38
2.4.4. <i>Conclusões preliminares</i> .....	40
<b>3. A VALORAÇÃO DA PROVA E A APLICAÇÃO INDIRETA DO PRINCÍPIO <i>IN DUBIO PRO OPERARIO</i> .....</b>	<b>41</b>
3.1. DISTINÇÕES ENTRE PROVA E PROVA DIVIDIDA .....	42
3.2. O PARADOXO POR TRÁS DA VALORAÇÃO DA PROVA DIVIDIDA.....	43
3.3. A APLICAÇÃO DO <i>IN DUBIO PRO OPERARIO</i> POR MEIO DA VALORAÇÃO DA PROVA.....	45
3.3.1. <i>Análise dos fundamentos dos autos de nº 106400-92.2007.5.04.0022</i> .....	46
3.3.2. <i>A crítica à prevalência incondicionada do livre convencimento do julgador</i> .....	53
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>58</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>59</b>

## INTRODUÇÃO

É observável na seara da processualística juslaboral moderna a expansão da utilização da ordem principiológica tradicional do direito material do trabalho, sobretudo em relação ao clássico comando hermenêutico do *in dubio pro operario*, que se constitui em manifestação direta e específica da ampla diretriz de proteção do trabalhador.

Em amparo a essa lógica milita a doutrina que apregoa a impossibilidade de dissociação entre o que seria principiológica material – principal – e processual – acessória –, reforçando o entendimento de que o processo não é fim em si mesmo e, justamente por isso, não se poderia dissociar do direito material que tão somente instrumentaliza.

Não obstante, tem relevo a corrente de pensamento que, ao revés, entende pela correteza do afastamento principiológico entre Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho, haja vista que, embora inegavelmente muitos ditames da esfera material reflitam no campo processualístico, os predicados constitucionais gerais aplicáveis ao processo – tais quais a isonomia, a imparcialidade e a própria segurança jurídica – invariavelmente afastam a possibilidade da mesma intensidade de protecionismo, verificada no âmbito dos direitos substantivos do trabalhador, à relação processual que se deve dar na Justiça do Trabalho, a fim de assegurar, sobretudo, a própria efetividade de uma ordem jurídica justa.

O objetivo desta monografia, nessa perspectiva, consiste em analisar, no campo do processo justrabalhista brasileiro contemporâneo, o fenômeno da aplicação indireta do comando principiológico do *in dubio pro operario* – egresso do direito material do trabalho –, por parte dos magistrados trabalhistas, na valoração das provas – sobretudo as orais – produzidas no processo, preocupando-se, mormente, em verificar a compatibilidade dessa prática com o *onus probandi* positivado, a aptidão da prova e a jurisprudência acerca da matéria firmada pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Nesse contexto, quanto ao método de abordagem científica, esclarece-se de antemão que a pesquisa realizada para o atingimento das conclusões aqui propostas desenvolver-se-á com espeque nos métodos dialético (i) – porquanto serão estabelecidos contrapontos entre doutrinas diversas acerca da interpretação da legislação pertinente – e

indutivo (ii) – na medida em que se estudará a jurisprudência de Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho atinentes à problemática.

Já no que concerne às técnicas de pesquisa utilizadas, tem-se a prevalência da revisão bibliográfica de variadas doutrinas processuais cíveis e justralhistas pátrias – com o fito do levantamento dos argumentos teóricos esposados pelas diferentes correntes de entendimento da questão – e da análise de julgados de Cortes Regionais e Nacional Uniformizadora do Direito do Trabalho.

Tudo com o propósito de, conforme indicado, perquirir-se o nível de eficácia jurídico-legal, em face das normas juslaborais consolidadas, da posição atual do Tribunal Superior do Trabalho e da práxis decisória em geral da Justiça do Trabalho, da aplicação da diretriz principiológica do *in dubio pro operario* ao campo da valoração da prova no processo do trabalho.

## **1. CONSIDERAÇÕES SOBRE A ISONOMIA, O DEVIDO PROCESSO LEGAL E AS PARTICULARIDADES DO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO**

Os direitos fundamentais, oriundos da construção jurídico-filosófica moderna no arcabouço da História do Direito, figuram hodiernamente como os grandes paradigmas de interpretação e aplicação das normas jurídicas, consolidando-se cada vez mais enquanto âncoras e elementos precípuos da integração e padronização dos sistemas jurídicos nacionais (SARLET, 2009).

Com a disseminação de suas institucionalizações e, pode-se dizer, ampliação de suas abrangências<sup>1</sup>, os direitos fundamentais espriam-se por todo o ordenamento e, inevitavelmente, transformam-se cada dia mais em elementos comuns e essenciais da argumentação jurídica.

Assim, em razão de tal alargamento, é imprescindível, no primeiro momento desse trabalho monográfico, a consignação de algumas considerações acerca das garantias essenciais insertas em nossa Constituição Federal de 1988 que se aplicam ao processo jurisdicional, bem como, em sequência, das peculiaridades principiológicas que permeiam o Processo do Trabalho.

### **1.1. O princípio da isonomia**

Apregoadado pelo *caput* do art. 5º da Carta Magna Republicana, subsume-se da redação dispositiva segundo a qual “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*”.

Conforme leciona Inocêncio Mártires Coelho,

[...] o princípio da isonomia, significa em resumo tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade. Como, por

---

<sup>1</sup> Conforme ressalta SARLET (2009), na medida em que Constituição conforma-se em fundamento primeiro de legitimidade de todo o ordenamento e instrumento efetivo de implementação de garantias fundamentais – seja por sua principiologia direita, seja por sua interpretação teleológica –, cada vez mais tem sido tendência a ‘constitucionalização’ dos diferentes ramos do direito.

outro lado, no texto da nossa Constituição, esse princípio é enunciado com referência à lei — todos são iguais perante a lei —, alguns juristas construíram uma diferença, porque a consideraram importante, entre a igualdade na lei e a igualdade diante da lei, a primeira tendo por destinatário precípua o legislador, a quem seria vedado valer-se da lei para fazer discriminações entre pessoas que mereçam idêntico tratamento; a segunda, dirigida principalmente aos intérpretes/aplicadores da lei, impedir-lhes-ia de concretizar enunciados jurídicos dando tratamento distinto a quem a lei encarou como iguais. Essa diferença, tem-na por desnecessária, ao menos entre nós, José Afonso da Silva, *“porque a doutrina como a jurisprudência já firmaram há muito a orientação de que a igualdade perante a lei tem o sentido que, no exterior, se dá à expressão igualdade na lei, ou seja: o princípio tem como destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei”*. (MENDES, 2009. p. 179)

Logo, depreende-se do conceito supramencionado que a isonomia em face da lei é, *a priori*, tanto a regra legislativa quanto hermenêutica, cabendo nas hipóteses de necessidade real compensatória – advindas de desigualdades endêmicas – o trato normativo desbalanceado na medida do desequilíbrio, que deverá sempre justificar-se.

Na seara processual, por sua vez, a isonomia aplica-se sob a forma da igualdade processual, também dita ‘paridade de armas’, que, segundo a doutrina de Fredie Didier,

[...] significa dar as mesmas oportunidades e os mesmos instrumentos processuais para que possam fazer valer os seus direitos e pretensões, ajuizando ação, deduzindo resposta, etc. *“Como explica Chiavario, essa paridade de armas entre as partes não implica uma identidade absoluta entre os poderes reconhecidos às partes de um mesmo processo e nem, necessariamente, uma simetria perfeita de direitos e obrigações. O que consta é que as diferenças eventuais de tratamento sejam justificáveis racionalmente, à luz de critérios de reciprocidade, e de modo a evitar, seja como for, que haja um desequilíbrio global em prejuízo de uma das partes”*. (DIDIER JUNIOR, 2012. pp. 69-70)

Vê-se, portanto, que a máxima do tratamento desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdades, também é aplicável ao processo. Todavia, em razão da própria natureza instrumental da processualística – que se conforma no conjunto de práticas e procedimentos destinados à garantia da autoridade do ordenamento jurídico (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2012) –, a intervenção na paridade natural esperada entre as partes litigantes deve ser ainda mais cautelosa e moderada quando comparada àquela realizada no âmbito dos direitos materiais, porquanto, para além de desequilibrar a substancialidade do próprio direito, estar-se-á a deferir vantagem a uma das partes – eleita como hipossuficiente – no próprio rito

jurisdicional para consecução desse mesmo direito.

Por isso sobressai-se a necessidade ainda mais premente de que essas intervenções desigualadoras das partes sejam adotadas *cum grano salis* na processualística, pois, conforme referido no trecho supracitado de Didier Jr., não se pode cair no equívoco de gerar-se um desequilíbrio global em prejuízo da parte supostamente hipersuficiente a ponto de penalizar-se excessivamente sua ampla defesa, sob pena de violar-se o próprio devido processo legal.

E justamente por a premência da igualdade de partes – isonomia aplicada ao processo jurisdicional – derivar, *ultima ratio*, do próprio devido processo legal substancial (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2012), é que se passará, a seguir, a discorrer-se também sobre esse importante princípio constitucional.

## 1.2. O princípio do devido processo legal

O processo nada mais é do que a fórmula jurisdicional que se propõe, idealmente, a permitir que as partes propiciem ao julgador resolver determinada pretensão resistida com o máximo possível de eficácia, fazendo prevalecer, com isso, a ordem jurídica justa. É essa a lição de Carnelutti, para quem:

[...] a litis é uma situação perigosa para a ordem social. A litis não é ainda um delito, mas o contém em germe. Entre litis e delito existe a mesma diferença que há entre perigo e dano. Por isso litigiosidade e delinquência são dois índices correlativos de não-civilidade: quando mais civil ou civilizado for um povo, menos delitos serão cometidos e menos litígios surgirão em seu seio.

Na litis vem sempre implícita uma injustiça. Com efeito, não é possível que os dois litigantes tenham razão, isto é, que tanta pretensão quanto à oposição correspondam à justiça: ou uma é justa ou a outra é justa, ou uma e outra apenas são justas em parte. Assim sendo, a injustiça perturba a ordem e a paz social. Por isso é necessário nem tanto que os litigantes se coloquem de acordo, quanto o acordo seja justo; tampouco na música um acorde que desafinar será acorde. Não se deve acreditar, pois, socialmente útil que um dos dois se renda à vontade do outro, se for injusta; em tais casos, não existe mais que uma aparência de paz, já que a paz sem justiça não é paz. A moral não aconselha nunca a vilania: resistir ao comportamento injusto do adversário não é contrário mas conforme a moral. Daí que, para eliminar o litígio, não sirva tanto um meio que impeça a litis degenerar em luta aberta, quanto um meio, que, encontrando a senda da justiça, faça a composição dos litigantes em paz. Este meio é o processo civil. (CARNELUTTI, 2000. pp. 48-49)

Nesse escopo, por sua vez, parece ser unânime na doutrina o entendimento de que o devido processo legal – ou ainda, na nomenclatura da primeira tradição anglo-saxônica: *due process of law* –, princípio assegurado em nossa Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LIV<sup>2</sup>, é a garantia maior – consubstanciada, por sua vez, em diversos subprincípios dele decorrentes e dependentes, tal qual a própria igualdade de partes – da segurança jurídica das partes e do correto exercício da jurisdição estatal. É o ensinamento doutrinário de Cintra, Grinover e Dinamarco:

Entende-se, com essa fórmula [devido processo legal], o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição.

[...]

O conteúdo da fórmula vem a seguir desdobrado em um rico leque de garantias específicas, a saber:

- a) antes de mais nada, na dúplice garantia do juiz natural, não mais restrito à proibição de *bills of attainder* e juízos ou tribunais de exceção, mas abrangendo a dimensão do juiz competente (art. 5º, incs. XXXVII e LIII); e
- b) ainda em uma série de garantias, estendidas agora expressamente ao processo civil, ou até mesmo novas para o ordenamento constitucional.

[...]

Procura-se, ainda, dar concretude à igualdade processual que decorre do princípio da isonomia, inscrito no inc. I do art. 5º - transformando-a no princípio dinâmico da *par conditio* ou da igualdade de armas, mediante o equilíbrio dos litigantes no processo civil, e da acusação e defesa, no processo penal.

[...]

Hoje, mais do que nunca, a justiça penal e a civil são informadas pelos grandes princípios constitucionais: o acesso à justiça e o devido processo legal. Destes decorrem todos os demais postulados necessários para assegurar o direito à ordem jurídica justa. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2012. pp. 91-93)

O devido processo legal, portanto, extrai sua importância justamente de sua generalidade, na medida em que assegura indiscriminadamente, a todo jurisdicionado e sujeito de direitos, o jugo de um processo justo e equitativo que, por isso mesmo, repudia qualquer tipo de abuso de poder (DIDIER JUNIOR, 2012). É o pensar de Gilmar Mendes:

<sup>2</sup> Com a seguinte redação: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O devido processo legal é também um tipo de garantia com caráter subsidiário e geral (*Auffanggrundrecht*) em relação às demais garantias. Assim, em muitos casos, tem-se limitado o Tribunal a referir-se diretamente ao devido processo legal em lugar de fazer referências às garantias específicas ou decorrentes. Há outras situações em que o devido processo legal assume características autônomas ou complementares.

[...]

Nesse sentido, o princípio do devido processo legal possui um âmbito de proteção alargado, que exige o *fair trial* não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas, constitucionalmente, como essenciais à Justiça. (MENDES, 2009. p. 686)

E, justamente em decorrência do extenso processo histórico que permeia a sua consolidação, ao longo da Modernidade, acrescentando-lhe constantemente novas leituras e conteúdos, é que se conforma seu alto grau de complexidade (DIDIER JUNIOR, 2012). Essa complexidade, por sua vez, consubstancia-se no corolário ritualístico de etapas que consolidam a segurança dos jurisdicionados e a certeza de justiça na jurisdição, pelo que é complexa a sua vulneração. Nessa senda, importantíssima a lição de que:

Devido processo constitucional jurisdicional, cumpre esclarecer, para evitar sofismas e distorções maliciosas, não é sinônimo de formalismo, nem culto da forma pela forma, do rito pelo rito, sim um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm poder de decidir. Exige-se, sem que seja admissível qualquer exceção, a prévia instituição e definição da competência daquela a quem se atribua o poder de decidir o caso concreto (juiz natural), a bilateralidade da audiência (ninguém pode sofrer restrição de seu patrimônio ou em sua liberdade sem previamente ser ouvido e ter o direito de oferecer suas razões), a publicidade (eliminação de todo procedimento secreto e da inacessibilidade ao público interessado de todos os atos praticados no processo), a fundamentação das decisões (para se permitir a avaliação objetiva e crítica da atuação do decisor) e o controle dessa decisão (possibilitando-se, sempre, a correção da ilegalidade praticada pelo decisor e sua responsabilização pelos erros inescusáveis que cometer).

Dispensar ou restringir qualquer dessas garantias não é simplificar, desformalizar, agilizar o procedimento privilegiando a efetividade da tutela, sim favorecer o arbítrio em benefício do desafogo de juízos e tribunais. Favorecendo-se o poder, não os cidadãos, dilata-se o espaço dos governantes e restringe-se o dos governados. E isso se me afigura a mais escancarada anti-democracia que se pode imaginar. (PASSOS, 2000. pp. 69-70)

Portanto, repise-se, nos termos já espreitados no subtópico anterior, que quaisquer flexibilizações no devido processo legal – mais especificamente, para o estudo em tela,

naquelas concernentes à igualdade de partes – devem ser levadas a cabo com parcimônia e apenas na medida imprescindível, tão somente caso haja efetiva e justificada necessidade, porquanto se constituem em portas destrancadas e encostadas, passíveis de escancaramento pela arbitrariedade a qualquer momento.

Ademais, não se pode olvidar que referidos desequilíbrios corretivos na seara isonômica, ou da igualdade de partes, que dizem respeito ao próprio devido processo legal, de *per si*, devem necessariamente estar atentos, sem exceção, ao também constitucional princípio da legalidade. É sobre o que versará o ponto seguinte.

### **1.3. Devido processo legal e legalidade: a necessidade de condução do processo nos limites da lei**

É interessante – e, ademais, imprescindível à conclusão que se pretende alcançar no presente trabalho – ater-se, rapidamente, à interface existente entre o devido processo legal e o próprio princípio constitucional geral e maior da legalidade, inserto no inciso II do art. 5º da CF/88<sup>3</sup>.

Conforme ensina Calmon de PASSOS (2000. p. 74), o processo “*não é algo que opera como mero instrumento, sim algo que integra o próprio ser do Direito*” e, por isso mesmo, está também submetido à principiologia jurídica geral. Destarte, aplicável também à seara processual referida diretriz constitucional da legalidade, que se efetiva no processo em razão não apenas da Lei Maior, mas também da previsão específica<sup>4</sup> para tanto trazida pelo art. 1º do Código de Processo Civil pátrio, que assegura que “*a jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece*”.

Quando o juiz decide em contrariedade ao procedimento apregoado pelo diploma que regula a processualística pátria, portanto, comete o que a doutrina convencionou

<sup>3</sup> Assim redigido: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

<sup>4</sup> E tantas outras esparsas pelo CPC, tais quais, por exemplo, os comandos dos artigos 128 (“o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”) e 460 (“é defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”).

denominar *error in procedendo*, expondo sua decisão, por ilegalidade em razão de vício de atividade, à possibilidade de invalidação (BARBOSA MOREIRA, 2005)<sup>5</sup>. Ao diferenciá-lo do *error in iudicando*, assim asseverou Pontes de Miranda:

[...] os erros de processo podem ser cometidos pelo juiz e por outras pessoas; o *error in iudicando*, somente pelo juiz. Esse argumento é de Piero Calamandrei (Studi, 1, 220 s.), a quem não lembraram os outros. *No error in iudicando*, o juiz interpreta mal a lei, ou a considera derogada, ou revogada, ou a ignora, ou não a tem como lei incidente quanto ao lugar (limites espaciais da lei); no *error in procedendo*, procede mal, ou deixa de proceder. Ali, há julgamento; aqui, atividade ou não-atividade. Mesmo na sentença constitutiva, ou na executiva, ou na mandamental, em que há o ato do juiz, incluso, prévio ou imediato, não se podem confundir o ato-eficácia e a atividade continuativa (processual). (MIRANDA, 2000. p. 1.330)

Destarte, exsurge das passagens comentadas que tanto as partes quanto o julgador acham-se submetidos ao império da lei processual, o que, em última instância, é plenamente justificável e compreensível sob o próprio ponto de vista do princípio do devido processo legal.

Ora, sem legalidade no campo processual, *stricto sensu*, não se há falar em devido processo legal, na medida em que estaria o jurisdicionado submetido ao livre alvitre do magistrado que, não obstante analisasse a materialidade de sua demanda atento à lei, fá-lo-ia da forma como bem o quisesse, vulnerando igualmente sua segurança jurídica.

Por isso que se mostra imperativa a restrição da condução do processo às marcas definidas pela norma processual validamente promulgada pelo legislador. Nesse sentido, resta patente o pressuposto invariável de que qualquer tratamento desigual às partes de um processo, com o fito de implementação da isonomia com o trato desigual na medida da desigualdade, deve guardar espeque em expressa previsão legal para tanto. Ao contrário, estar-se-á a vulnerar, frise-se, a segurança jurídica da prestação jurisdicional, porquanto se poderão ver os indivíduos submetidos a diferenças procedimentais no processamento jurisdicional de situações fático-jurídicas idênticas, o que seria inadmissível.

---

<sup>5</sup> Trecho in verbis: “O *error in procedendo* implica em vício de atividade (v.g., defeitos de estrutura formal da decisão, julgamento que se distancia do que foi pedido pela parte, impedimento do juiz, incompetência absoluta) e por isso se pleiteia neste caso a invalidação da decisão, averbada de ilegal, e o objeto do juízo de mérito no recurso é o próprio julgamento proferido no grau inferior.” (op. cit. p. 267)

#### **1.4. A intersecção entre direito processual constitucional, direito processual civil e direito processual do trabalho**

O direito processual do trabalho, apesar de constituir-se em ramo jurídico autônomo, integra a pirâmide normativa pátria que, em qualquer instância, retira seu fundamento primeiro de validade da norma fundamental constitucional.

[...] em palavras do próprio Kelsen, considera-se norma fundamental aquela que constitui a unidade de uma pluralidade de normas, enquanto representa o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa; aquela norma que, pelo fato mesmo de situar-se na base do ordenamento jurídico, há de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por nenhuma autoridade, a qual, se existisse e tivesse competência para editá-la, só disporia dessa prerrogativa em razão de uma outra norma de hierarquia ainda mais elevada, e assim sucessivamente; aquela norma, enfim, cuja validade não pode ser derivada de outra e cujo fundamento não pode ser posto em questão. (MENDES, 2009. p. 2)

É a Constituição, portanto, o fundamento e a própria razão de ser de todo o ordenamento jurídico, prevalecendo, não apenas hierarquicamente, mas ideologicamente, portanto, sobre todas as camadas legais que nela se enraízem. Não por outro motivo que, logicamente, o processo do trabalho curva-se ao processo jurisdicional constitucional e, ainda mais, bebe de sua fonte principiológica, que se lhe aplica inteiramente.

Assim sendo, é despiciendo maior esclarecimento doutrinário acerca da internalização dogmática e inquestionável de todos os ditames constitucionais relativos a garantias e princípios processuais na especificidade do processo juslaboral. Tão seria, sistematicamente – do ponto de vista de toda a tradição jurídica –, absurdo pensar o contrário que, não por outro motivo, os manuais de MARTINS FILHO (2002), SCHIAVI (2009), SARAIVA (2008), NASCIMENTO (2013) e tantos outros expoentes da literatura justrabalhista, ao exporem a principiologia do direito processual do trabalho, elencam de antemão, e *a priori*, justamente as diretrizes constitucionais da jurisdição, com ênfase nas próprias garantias de ampla defesa e devido processo legal – princípio esse, do qual e *ultima ratio*, como visto, derivam-se basicamente todas as garantias processuais modernas, inclusive a paridade de armas.

Um pouco menos óbvia, mas não menos pacífica, é a intersecção entre os direitos

processuais trabalhista e civil. Relação essa, inclusive, alçada ao *status* de também um princípio do processo juslaboral pelo doutrinador Amauri Mascaro Nascimento, referido por subsidiariedade. *Ad litteram*:

As normas processuais trabalhistas são aplicadas com base num princípio fundamental, o princípio da subsidiariedade. O direito processual comum é aplicável, subsidiariamente, no direito processual do trabalho. Assim, subsidiariedade é a técnica de aplicação de leis que permite levar para o âmbito trabalhista normas do direito comum. (NASCIMENTO, 2013. p. 70)

A subsidiariedade do processo comum ao trabalhista – que decorre, inclusive, de previsão legal específica, inserta no art. 769 da CLT<sup>6</sup> – justifica-se, por sua vez, em razão da própria relação de dependência entre os universos do Direito do Trabalho e do direito civil (DELGADO, 2012) e, conforme lição de Mauro Schiavi, assim se apresenta:

Os princípios constitucionais do processo se aplicam a todos os ramos do Direito Processual. Não obstante, há princípios do processo civil previstos na lei infraconstitucional, preponderantemente, no Código Civil que norteiam o chamado processo não penal, ou seja, o processo destinado ao julgamento de matérias de natureza civil, que são aplicáveis integralmente ao Direito Processual do Trabalho, por força do art. 769, da CLT. (SCHIAVI, 2009. p. 78)

Dessa forma, incontroverso que o arcabouço principiológico jurisdicional constitucional e processual civil aplica-se ao processo do trabalho. Todavia, também é incontroverso que, por conformar-se em ramo autônomo do Direito, há na processualística trabalhista a presença de princípios próprios, muitas das vezes derivados diretamente da diretriz tuitiva geral que norteia o próprio direito material do trabalho. E é a uma breve contextualização dessas especificidades que se destinará o subtópico seguinte.

### **1.5. As peculiaridades do direito processual do trabalho e sua dimensão tuitiva**

O direito processual do trabalho é instrumental que contém o propósito prático e finalístico de propiciar, de forma real e efetiva, a implementação da substancialidade do Direito do Trabalho que, em razão da especificidade de suas controvérsias, tem nesse

---

<sup>6</sup> Assim redigido: “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”.

ferramental atento a adequação às suas naturezas e características (SCHIAVI, 2009).

Na aclamada conceituação de Mascaro Nascimento,

Direito processual do trabalho é o ramo do direito processual destinado à solução judicial dos conflitos trabalhistas.

As normas jurídicas nem sempre são cumpridas espontaneamente, daí a necessidade de se pretender, perante os tribunais, o seu cumprimento, sem o que a ordem jurídica tornar-se-ia um caos. A atuação dos tribunais tem por base leis coordenadas num sistema, destinadas a determinar a estrutura e o funcionamento dos órgãos do Estado, aos quais é conferida a função de resolver os litígios ocorridos na sociedade, bem como os atos que podem ser praticados não só por esses órgãos mas também pelas partes do litígio.

O direito processual tem por finalidade principal evitar, portanto, a desordem e garantir aos litigantes um pronunciamento do Estado para resolver a pendência e impor a decisão. Do seu desenvolvimento resultaram ramos, entre os quais o direito processual civil, o direito processual penal e o direito processual do trabalho, relacionados, respectivamente, com o direito civil e o comercial, o direito penal e o direito do trabalho, porém não se confundindo com eles, porque são considerados setores autônomos e desvinculados.

O direito processual do trabalho tem uma presença permanente e seu dinamismo constitui importante espaço experimental para novas construções jurídicas aproveitadas pelo direito processual civil, como a citação por via postal, o alargamento da conciliação como fase obrigatória processual, o procedimento sumário, a penhora on-line e a irrecorribilidade das decisões interlocutórias. (NASCIMENTO, 2013. pp. 57-58)

A distinção da processualística laboral reafirma-se, ademais, não apenas em razão das particularidades do direito material que se propõe a efetivar, como também em razão do tipo básico de contrato que interpreta: o vínculo de trabalho. A inafastabilidade entre trabalho e trabalhador difere immanentemente essa relação dos contratos de natureza civil, na medida em que se envolve seu objeto com a pessoa que labora, seus direitos de personalidade e o poder de direção empregatício, em uma via de troca de serviço por salário, caracterizada essencialmente pela subordinação de empregados a empregadores (NASCIMENTO, 2013).

Nesse contexto, e na visão de Mauro SCHIAVI (2009), são os seguintes os princípios inerentes ao Direito Processual do Trabalho: i) protecionismo temperado do trabalhador; ii) informalidade; iii) conciliação; iv) celeridade; v) simplicidade; vi) oralidade; vii) majoração dos poderes do Juiz do Trabalho na direção do processo; viii) subsidiariedade; ix) função social do processo do trabalho. Dentre esses nove postulados, aquele que mais

interessa ao presente trabalho monográfico<sup>7</sup> é justamente o primeiro da relação: qual seja, o ‘protecionismo temperado do trabalhador’.

A expansão do princípio protecionista do direito material do trabalho à sua processualística, em geral, é vista com bons olhos pela doutrina juslaboral (NASCIMENTO, 2013). Todavia, sobressai-se o entendimento de que maiores poderes instrutórios do magistrado trabalhista não autorizam concluir que, no campo do processo, há continuação do princípio tuitivo substancial, pois o *favor laboratoris* conforma-se em princípio de direito material que nele limita-se a cumprir seu papel de disciplina substancial da relação de trabalho, não encontrando abrigo nas disposições de natureza estritamente processual, porquanto essa relação jurídica – processual – não autoriza o julgador a abrir mão de sua imparcialidade ou valer-se de seu poder em benefício de uma das partes (TESORIERE *apud* NASCIMENTO, 2013).

Nesse contexto, parece acertada a posição intermediária encampada por SCHIAVI (2009), segundo a qual o proteção ao trabalhador, no campo processual, assemelha-se, em natureza, àquela garantida ao consumidor na seara do processo civil, sobretudo com o fito de favorecer a parte hipossuficiente e vulnerável da relação jurídica, além de norma substantiva mais benéfica, facilidade à efetivação da prestação jurisdicional, sobretudo no que concerne à produção de provas.

Esse pensar é reforçado, sem dúvidas, pelas próprias garantias processuais mais favoráveis outorgadas ao laborista pela CLT que, em diversos momentos<sup>8</sup>, prevê tratamentos diversos e consequências jurídicas distintas às partes – conforme sejam empregador ou empregado – no curso do processo.

Todavia, como bem destaca:

Não se trata do mesmo princípio da proteção do Direito Material do Trabalho, e sim uma intensidade protetiva, vista sob o aspecto instrumental, ao trabalhador a fim de lhe assegurar algumas prerrogativas processuais para compensar eventuais entraves que enfrenta ao procurar a Justiça do

<sup>7</sup> E que, por isso, será aquele recebedor, neste momento, de atenção especial e descrição conceitual integral.

<sup>8</sup> Dentre os quais, por exemplo, os diferentes efeitos da revelia – mais brandos ao obreiro – (art. 844/CLT), o impulso oficial na fase de execução (art. 878/CLT) e a própria exigência de depósito recursal para o patrão que deseje impugnar uma decisão de mérito (art. 899/CLT), além de outros mais.

Trabalho, devido à sua hipossuficiência econômica e, muitas vezes, da dificuldade em provar suas alegações, pois, via de regra, os documentos da relação de emprego ficam na posse do empregador. (SCHIAVI, 2009. p. 91)

É dizer: o intuito tuitivo não deve, na esfera processual, ter a mesma amplitude que encontra na seara material substancial, porque se presta tão somente a suprir eventuais diferenças de acesso à devida prestação jurisdicional e efetivação do devido processo legal que eventualmente a hipossuficiência possa causar. Do contrário, estar-se-ia a violar a já vista ‘paridade de armas’, que, enquanto pressuposto geral da processualística moderna, impera também, por certo, no processo do trabalho. É idêntico o pensar de Amauri Mascaro:

A tutela ao trabalhador cabe, basicamente, ao direito material do trabalho (proibição da discriminação, princípio da igualdade, questão da dignidade, do dano moral, do meio ambiente do trabalho, direito de sindicalização, direito de greve etc.).

O processo pode e deve ter leis que atendam à desigualdade das partes na relação jurídica processual tais como distribuição do ônus da prova, acesso à Justiça, desoneração de pagamento de custas e outros gastos processuais porque é evidente a disparidade econômica entre os seus sujeitos. (NASCIMENTO, 2013. p. 85)

Chega-se à conclusão, portanto, de que a linha doutrinária que se pretende mais ponderada é a que preceitua e admite o desequilíbrio, com finalidade isonômica, da paridade plena de armas entre os litigantes do processo trabalhista de forma cirúrgica e sempre *cum grano salis*, a fim de evitar-se a subversão do devido processo legal e o perdimento no arbítrio jurisdicional.

Feitos esses esclarecimentos conceituais preliminares, e uma vez delimitada a fronteira que se entende justa no que concerne protecionismo do trabalhador no âmbito processual juslaboral, passar-se-á, no capítulo subsequente, à análise das especificidades do ônus da prova no processo trabalhista, sob as perspectivas legal e jurisdicional, a fim de que se possa prosseguir na preparação do terreno para as conclusões que se pretendem atingir.

## 2. O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

A prova, cuja imprescindibilidade decorre do próprio princípio constitucional do devido processo legal (SCHIAVI, 2009), é o elemento processual capaz de formar a convicção do magistrado acerca das verdades relevantes ao processo (CHIOVENDA, 1925). Destina-se, portanto, a “transportar, para o processo judicial, a realidade externa dos fatos que geraram a demanda, traduzindo-os, para que possam ser conhecidos pelo juiz e para que sirvam de base para os debates entre as partes” (NASCIMENTO, 2013. p. 387).

A distribuição do encargo de produzi-la, por sua vez, é objeto de estudo jurídico atento desde a Roma Antiga, de cuja jurisprudência pretoriana herdaram-se as bases do *onus probandi* que, em regra – e consideradas variáveis culturais germânicas introduzidas com a queda do Império –, perpetuaram-se no direito canônico e, conseqüentemente, nos ordenamentos jurídicos continentais (CHIOVENDA, 1925). Ainda conforme CHIOVENDA (1925), são esses princípios romanísticos resumidos aos seguintes brocardos: i) *necessitas probandi incambit ei qui agit*; ii) *reus in excipiendo fit actor*; iii) *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*; e iv) *per rerum naturam factum negantis probatio nulla est*<sup>9</sup>.

É dessa tradição jurídica continental romano-germânica europeia que deriva o Direito Ibérico, Português e, como não poderia deixar de ser o Brasileiro e, portanto, configura-se como o pressuposto para o que se desenvolverá neste capítulo.

### 2.1. A carga probatória celetista

O *onus probandi*, ou encargo de provar, é comportamento exigido da parte para consecução de um fim jurídico pretendido, consistindo em responsabilidade que se lhe atribui e que, uma vez não cumprida adequadamente, importa no não reconhecimento, pelo órgão jurisdicional, da veracidade ou existência do fato alegado (NASCIMENTO, 2013).

Conforme ressalta Manoel Antônio TEIXEIRA FILHO (1997. p. 111), por sua

---

<sup>9</sup> Em livre tradução, respectivamente: i) a necessidade de provar incumbe àquele que age; ii) o réu que opõe exceção assume o ônus em posição de agente; iii) a prova incumbe a quem diz, não a quem nega; e iv) por sua própria natureza, não pode a negativa ser provada.

vez, “a necessidade de provar, pois, não emerge de uma obrigação ou de um dever processual das partes, senão que se vincula, diretamente, ao seu interesse em ver admitidos como verdadeiros, pela sentença, os fatos que constituem o pressuposto da pretensão in iudicio deducta”.

É dizer, a prova não é encargo absoluto que pesa sobre quaisquer das partes – inclusive porque seria absurdo sê-lo, na medida em que ninguém pode estar vinculado, sob pena, a provar um determinado fato. Trata-se apenas de uma obrigação que se relaciona ao atingimento do resultado que deseja ver prevalecer na lide. Não o fazendo, portanto, será penalizado com a consideração da versão exarada pela parte adversa. Não é impossível, porém, que da própria prova produzida pelo *ex adverso*, resulte a comprovação do que lhe incumbia, a priori e em razão do *onus probandi*, esclarecer, haja vista a comunhão da prova<sup>10</sup>.

No que concerne ao processo trabalhista brasileiro, o art. 818 da CLT – único dispositivo consolidado a versar acerca do ônus da prova – assevera que “a prova das alegações incumbe à parte que as fizer”<sup>11</sup> (PAULA, 2010).

No sentir da majoritária doutrina juslaboral, referido artigo consolidado não é completo e, enquanto figura isolada, apresenta difícil interpretação e restrita aplicabilidade, pois, lido ao pé da letra, implicaria dizer que ambas as partes têm encargo probatório geral e amplo de tudo quanto digam no processo, seja na exordial, seja na contestação (SCHIAVI, 2009). Daí prevalecer o entendimento de que, ante referida incompletude, aplica-se subsidiariamente ao processo do trabalho – em razão da permissividade para tanto inserta no art. 769 da CLT – as disposições do art. 333 do CPC<sup>12</sup> – mormente de seus incisos I e II:

---

<sup>10</sup> Nas palavras de GRECO FILHO (2013), o princípio da comunhão da prova importa que “a prova vale para ambas as partes independentemente de quem a tenha produzido” (p. 203).

<sup>11</sup> Disposição com redação muito próxima àquela do princípio romano *necessitas probandi incumbit ei qui agit*, e literalmente equivalente ao dispositivo do Código de Direito Canônico de 25 de janeiro de 1983: “*onus probandi incumbit ei qui asserit*” (PAULA, 2010. p. 109).

<sup>12</sup> Sobre essa questão, destaque-se a lição de PAULA (2010), que apresenta a divergência doutrinária quanto ao ponto: “a CLT ‘possui dicção expressa e específica sobre a matéria, desautorizando, desta maneira, que o intérprete – a pretexto de que o art. 769, do mesmo texto, o permite – incursione pelos domínios do processo civil’. [...] A conclusão a que se chega é que há uma colisão frontal do dispositivo pertencente ao processo civil com o art. 818 da CLT” (p. 110). Em mesmo sentido, TEIXEIRA FILHO (1997): “concluimos, portanto, que o artigo 818 da CLT, desde que o intérprete saiba captar, com fidelidade, o seu verdadeiro conteúdo ontológico, deve ser o único dispositivo legal a ser invocado para resolver os problemas relacionados ao ônus da prova no processo do trabalho, vedando-se, desta forma, qualquer invocação supletiva do art.333, do

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.  
 Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:  
 I - recair sobre direito indisponível da parte;  
 II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

E o próprio Tribunal Superior do Trabalho, por meio do item VIII<sup>13</sup> de sua Súmula 6, corroborou esse entendimento, chancelando a aplicabilidade subsidiária do art. 333 do CPC ao processo do trabalho (SCHIAVI, 2009).

Assim, com espeque tanto na doutrina quanto na jurisprudência trabalhista uniformizada, tem-se que o art. 818 da CLT, porquanto não exaustivo, complementa-se das disposições civis quanto ao encargo probatório, chegando-se à conclusão de que

[...] o art. 333 não colide com o disposto no art. 818 da CLT. De outra sorte, não está contido obrigatoriamente no dispositivo consolidado, podendo ser aplicado subsidiariamente. Essa aplicação subsidiária está condicionada ao ajuste às especificidades do direito processual do trabalho. (PAULA, 2010. p. 112)

## 2.2. A inversão do ônus da prova e as presunções em favor do obreiro

A inversão do ônus da prova no processo jurisdicional consiste na alteração da regra geral legal de distribuição que se lhe aplica, podendo ser determinada pelo juiz, quando houver amparo normativo para tanto (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2012).

O texto consolidado não prevê expressamente essa possibilidade. Como visto, o único artigo que versa sobre o tema – 818 da CLT – não o faz de forma detalhada. Não obstante, é considerada pertinente a inversão do *onus probandi* na seara processual justrabalhista, sobretudo porque, muitas das vezes, o estado hipossuficiente do empregado reclamante ou impossibilita-lhe de provar o que alega em juízo ou torna-lhe referido encargo deveras oneroso (SCHIAVI, 2009).

---

CPC, seja porque a CLT não é omissa, no particular, seja porque há manifesta incompatibilidade com o processo do trabalho” (p. 117).

<sup>13</sup> Com a seguinte redação: “é do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial”.

Daí o entendimento de que, em razão da plena compatibilidade com processo do trabalho, nos termos do art. 769 da CLT, aplica-se nas lides trabalhistas a regra autorizadora da inversão judicial do ônus da prova inserta no Código de Defesa do Consumidor (SCHIAVI, 2009). Consignará o art. 6º, VIII, de referido dispositivo consumerista<sup>14</sup>, por sua vez, os seguintes requisitos para tanto:

Art. 6º 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 experiências;

Destarte, quando estiver convencido o magistrado trabalhista da necessidade da inversão da carga probatória e atendidos, alternativamente, os requisitos da verossimilhança da alegação ou da hipossuficiência<sup>15</sup> da parte, poderá inverter a regra geral de sua distribuição.

A inversão do ônus da prova está consagrada, sendo explicitado o critério para sua aplicação. O interesse para o direito processual do trabalho está em que tem-se uma previsão legal, que pode ser invocada em subsidiariedade pelo juiz, valendo a orientação seguida pelo legislador como uma referência relevante, a indicar critério para sua invocação, o que é perfeitamente factível se considerarmos, como sublinhado, a situação próxima entre o consumidor e o trabalhador. (PAULA, 2010. p. 130)

Contudo, é imperioso destacar-se que, em respeito ao devido processo legal e à ampla defesa<sup>16</sup>, essa inversão, quando adotada, deve ser levada a cabo pelo julgador necessariamente antes do início da audiência de instrução e sempre por meio de decisão interlocutória devidamente fundamentada nos autos, a fim de que a parte contra a qual se inverta o ônus não seja surpreendida com a medida e possa preparar-se para produzir a prova esperada no momento processual oportuno, bem como a insurgir-se, eventualmente, contra essa decisão. É esse o pensar da doutrina de Mauro SCHIAVI (2009), que parece ser a mais

<sup>14</sup> Código de Defesa do Consumidor: Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

<sup>15</sup> Conforme destaca SCHIAVI (2009), “a hipossuficiência não é necessariamente a econômica, mas a dificuldade excessiva de se produzir a prova”. (p. 524)

<sup>16</sup> Insculpida no art. 5º, LV, da CF/88: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

ponderada e adequada às garantias constitucionais<sup>17</sup>:

Discute-se na doutrina e jurisprudência qual o momento em que o ônus da prova deva ser invertido pelo juiz. A lei não disciplina essa questão. Entretanto, acreditamos, a fim de resguardar o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, da CF), que a inversão do ônus da prova deve ser levada a efeito pelo Juiz do Trabalho antes do início da audiência de instrução, em decisão fundamentada (art. 93, IX, da CF), a fim de que a parte contra a qual o ônus da prova foi invertido não seja pega [sic] de surpresa e produza as provas que entende pertinentes, durante o momento processual oportuno. (SCHIAVI, 2009. p. 525)

Referida tese doutrinária parece também reverberar na atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, que entende ser a audiência inaugural o momento oportuno para a inversão do *onus probandi*, a fim de seja oportunizada a ampla defesa. *In verbis*:

[...] 2. DOENÇA OCUPACIONAL. HÉRNIA DISCAL LOMBAR. RESPONSABILIDADE CIVIL. **INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM AUDIÊNCIA INAUGURAL**. RECONHECIMENTO DA INEXISTÊNCIA DA DOENÇA OCUPACIONAL. O egrégio Tribunal Regional, com fundamento nos fatos e provas colhidas, em especial a prova pericial, entendeu não configurada a doença ocupacional, ante a inexistência de nexo causal entre a lesão e as atividades do reclamante desenvolvidas na reclamada. Acrescentou, ainda, que a concausa sequer foi alegada na inicial ou discutida, especificamente, nos autos, ou seja, não foi objeto de prova. Não obstante tenha havido a inversão do ônus da prova, em audiência inaugural, por ter o juiz de origem constatado a verossimilhança das alegações do reclamante, no que se refere à existência da doença ocupacional (presunção *iuris tantum*), ocasião em que impôs ao empregador o encargo da prova contrária, ou seja, da inexistência da doença ocupacional, a questão restou resolvida pela análise da prova efetivamente produzida nos autos, em especial, o laudo pericial, segundo o livre convencimento motivado do julgador (artigo 131 do CPC), não havendo mais que se discutir a quem incumbia o encargo probatório. Ademais, **não se há falar que o reconhecimento da inexistência da doença ocupacional pelo Tribunal Regional teria causado prejuízo ao reclamante, na medida em que a inversão do ônus da prova se deu em audiência inaugural, ocasião em que também foi oportunizado ao autor a apresentação de quesitos e indicação de assistente técnico. Assim, considerando o ônus subjetivo do autor, deveria se comportar no sentido de buscar demonstrar os fatos que alega, impedindo que prevalecesse a demonstração da prova contrária pela reclamada, como ocorreu no caso. Violação dos artigos 6º, VIII, do CDC e 5º, LV, da Constituição Federal não demonstrados**. Recurso de revista não conhecido. [...]

<sup>17</sup> Ressalte-se que há também entendimento diverso, para o qual a inversão do ônus da prova, ainda que em sede sentencial, não representa ofensa ao devido processo legal e à ampla defesa, desde que fundamentada. É o pensamento que encampa, por exemplo, Carlos A. R. de PAULA (2010).

(Grifei. TST. RR - 107600-40.2008.5.09.0094. Relator: Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos. Data de Julgamento: 17/12/2014. 5ª Turma. Data de Publicação: DEJT 19/12/2014. Retirado de www.tst.jus.br)

Para além da possibilidade de inversão judicial do encargo probatório – que, conforme asseverado, acredita-se deva ocorrer de forma prévia à instrução, com vistas a oportunizar a ampla defesa do jurisdicionado –, militam ainda em favor do obreiro, parte hipossuficiente da relação de trabalho, diversas presunções<sup>18</sup> no campo processual, que visam justamente a equilibrar eventuais disparidades de partes e que também influem na própria distribuição legal do *onus probandi*. Para Amauri Mascaro,

[...] assim como no processo civil existem presunções de fato e de direito que fazem com que o ônus da prova pese sobre o demandado, no processo trabalhista, com maior realce e abundância, existem tais presunções, entre as quais o fato da prestação de um serviço e o pagamento de uma remuneração pressupondo a existência do contrato de trabalho e, em consequência, as responsabilidades do empregador pelos benefícios sociais derivados desse contrato. [...] conforme a lei os salários são intangíveis, o que justifica que o pagamento deve ser completo e que o salário não pode ser retido. Compete ao demandado provar que pagou integralmente e que não reteve o salário. Para isso, está obrigado a fazer os pagamentos por meio de documentos que são firmados pelo empregado. A existência de uma fonte de trabalho implica risco, aplicando-se integralmente, em toda a sua extensão, a teoria do risco. Em consequência, diante de um acidente, existe de fato a responsabilidade do empresário, que, se quiser diminuir a sua responsabilidade, deve desincumbir-se do ônus da prova. (NASCIMENTO, 2013. p. 390)

E segue, consignando que:

Com base na experiência dos tribunais surgiram algumas diretrizes, daí poder falar em princípios de distribuição e presunções.

A STST n. 6, sobre equiparação salarial, é ampla e quanto à prova dispõe:

‘VIII — É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial’.

Seguidas essas regras, o empregado tem o ônus da prova da prestação de trabalho de igual valor ao do paradigma, para a mesma empresa, na mesma localidade, e ao empregador cabe demonstrar que paga igual salário ou, no caso de diferença salarial entre o reclamante e o paradigma, a justificação por meio da prova da diferença de tempo de função superior a dois anos, da diversidade de perfeição técnica ou da diferente produtividade entre os dois empregados.

<sup>18</sup> Na definição de Carlos A. R de PAULA (2010), “a presunção é um processo lógico-dedutivo pelo qual vai-se do fato conhecido ao fato desconhecido. Presumem-se os fatos que se apresentam como condições específicas da relação jurídica. Com este raciocínio, caímos no princípio genérico de que o ordinário se presume, ao passo que o extraordinário se prova. Têm-se como elementos básicos os fatos, quer o conhecido e o desconhecido, e o nexo causal, que se estabelece entre ambos”. (p.165)

A STST n. 338, sobre jornada de trabalho, estabelece:

I — É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário.

II — A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário.

III — Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir’.

Quanto a presunções decidem os tribunais (STST n. 212) que o ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviços e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

A STST n. 16, sobre notificação, declara:

‘Presume-se recebida a notificação 48 (quarenta e oito) horas depois de sua postagem. O seu não recebimento ou a entrega após o decurso desse prazo constituem ônus de prova do destinatário’.

As anotações apostas pelo empregador na Carteira de Trabalho e Previdência Social do empregado não geram presunção juris et de jure, mas apenas juris tantum (STST n. 12). Presume-se abusiva a transferência do empregado de que trata o § 1º do art. 469 da CLT, sem comprovação da necessidade de serviço (STST n. 43). A omissão injustificada da empresa de cumprir determinação judicial de apresentação dos registros de horário (CLT, art. 74, § 2º) importa em presunção de veracidade da jornada de trabalho alegada na inicial, a qual pode ser elidida por prova em contrário (STST n. 338).

A prova da existência da relação de emprego é do empregado, porém, quando o reclamado nega o vínculo de emprego e afirma que o trabalho foi prestado a outro título, por se tratar de prestação de serviços autônomos, de empreitada, de arrendamento, de parceria ou meação etc., ao reclamado cabe o ônus da prova. A justa causa é demonstrada pelo empregador; desse modo, quando alega abandono de emprego, incluído em nossa lei (CLT, art. 482) entre as justas causas, cabe ao empregador a prova do abandono. (NASCIMENTO, 2013. pp. 391-392)

Certamente não se poderia olvidar, ademais, da presunção de confissão ficta aplicável diante do silêncio ou da ignorância do preposto patronal que depuser em audiência<sup>19</sup>, bem como do efeito da revelia do empregador, que importa na confissão dos termos da reclamação trabalhista e na impossibilidade de produzir provas pertinentes ao momento

<sup>19</sup> Subsumida da disposição constante do §1º do art. 843 da CLT, assim redigido: “é facultado ao empregador fazer-se substituir pelo gerente, ou qualquer outro preposto que tenha conhecimento do fato, e cujas declarações obrigarão o proponente”.

oportuno que já se tenha exaurido quando de seu comparecimento ao feito (SCHIAVI, 2009).

Portanto, vê-se que a jurisprudência pacífica do Tribunal Superior do Trabalho, cristalizada em diversos de seus verbetes sumulares, conformou um plexo de presunções pró-obreiro, para um sem-fim de situações específicas, que, por si só, traduz em conjunto de previsões normativas acerca da distribuição do ônus probatório a ser observado no deslinde processual da controvérsia. Essa sistemática igualmente contribui para a efetivação do princípio tuitivo na seara processual juslaboral, implicando em verdadeira consecução da máxima do trato desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdades.

Importa notar, por fim, o destaque que parte da doutrina faz, ainda, para o chamado ‘princípio da aptidão da prova’. Para PAULA (2010), “*significa esse princípio que a prova deverá ser produzida por aquela parte que a detém ou que tem acesso à mesma, sendo inacessível à parte contrária. Conseqüentemente, é a que se apresenta como apta a produzi-la judicialmente*” (op. cit. p. 120).

O princípio da aptidão da prova, como se percebe, portanto, coaduna-se com o aferimento da hipossuficiência da parte na comprovação de suas alegações – verificado como requisito à inversão do ônus da prova na legislação consumerista – e, por isso mesmo, pode ser encarado também como fundamento para a interversão do encargo probatório por parte do magistrado (PAULA, 2010).

Nesse sentido, inclusive, ressalte-se a encampação expressa de referido princípio no novo Código de Processo Civil<sup>20</sup>, que no §1º de seu art. 373 assim preconizou:

Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Concluída a demonstração da forma como a lei celetista e a jurisprudência trabalhista tratam a distribuição do *onus probandi* no campo das lides juslaborais, convém, a seguir, explanar-se o fenômeno da prova dividida no processo do trabalho.

<sup>20</sup> Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, ainda não vigente.

### 2.3. A importância da prova testemunhal no processo do trabalho

O testemunho constitui-se, muito provavelmente, no mais antigo, conhecido e comum meio de prova que permeia a humanidade. Conforme ressalta COUTURE (*apud* NASCIMENTO, 2013), uma vez que a observação direta dos acontecimentos por detrás de uma lide não é possível para juiz, a reconstrução do cenário suplantado pelo tempo é apenas plausível por documentos ou pela recordação daqueles que dele tomaram parte. Diante da impossibilidade da documentação plena e onipresente da realidade, advém a importância da prova testemunhal.

No âmbito do processo do trabalho, por sua vez, a prova testemunhal ganha importante relevo por dois grandes motivos. A um, há que se destacar que, na seara das relações de trabalho, a prova documental torna-se bastante fragilizada, uma vez que praticamente todos os documentos pertinentes ao contrato laboral são produzidos de forma unilateral (NASCIMENTO, 2013). A dois, porque não vigora na processualística juslaboral o princípio da hierarquia das provas (MARTINS FILHO, 2002).

Destarte, não obstante as inconveniências que permeiam a prova testemunhal<sup>21</sup>, conforma-se como um dos mais utilizados meios de prova na Justiça do Trabalho, haja ser, muitas vezes, o único possível para o saneamento da questão ou invocável em favor do reclamante.

### 2.4. A prova dividida e suas implicações para o *onus probandi*

Tal como verificado anteriormente, o ônus da prova é encargo do qual a parte deve desvencilhar-se para que possa, seguramente, ver triunfar como verdade suas alegações nos autos. Assim, a parte que não prova o que lhe incumbia – seja por lei, seja por inversão

---

<sup>21</sup> Segundo aponta a doutrina, “deve o juiz estar atento a todas as vicissitudes da prova testemunhal, pois as testemunhas depõem sobre fatos pretéritos que muitas vezes já se passaram há alguns anos e ainda a interpretação dos fatos varia de pessoa para pessoa. [...] a testemunha não é uma câmera fotográfica que fornece a imagem do fato observado. Ela o vê sob certo ângulo e, mesmo descrevendo-o o mais objetivamente possível, vai fixando pontos de sua preferência, abandonando outro involuntariamente, sob o comando de seu subconsciente. ‘Esquece’ detalhes de um acontecimento ou omite atributos de uma coisa, porque há uma ‘resistência’ a revê-los. E, apesar de tudo isso, pode, como se vê, constituir a base de uma decisão”. (SCHIAVI, 2009. pp. 579-580)

judicial – verá, via de regra<sup>22</sup>, esvair-se sua pretensão tão logo impugne sua afirmação seu *ex adverso* na lide. Isso porque “*ou a prova existe ou não se prova. A insuficiência de prova gera a improcedência do pedido e, portanto, o resultado será desfavorável àquele que detinha o ônus da prova, seja ele o empregado seja ele o empregador.*” (TEIXEIRA FILHO, 1997. p. 102)

Quando se trata da produção de prova testemunhal, assiste a ambas as partes o direito de trazer à instrução testigos para que sustentem suas afirmações. Isso se deve, logicamente, à aplicação dos princípios probantes da ‘contradição’ e da ‘igualdade de oportunidade de prova’, assim definidos:

- d) princípio da contradição [...] a parte contra a qual é apresentada uma prova deve gozar da oportunidade processual de conhecê-la e discuti-la, inclusive impugná-la, pelos meios processuais adequados; daí por que não há prova secreta;
- e) princípio da igualdade de oportunidade de prova [...] garant[e]-se às partes idêntica oportunidade para pedir a realização de uma prova ou de exercitá-la; (NASCIMENTO, 2013. p. 388)

Nesse cenário, pode ocorrer situação na qual a testemunha chamada pela parte reclamante apresente depoimento que corrobore a tese exordial e, na contramão, o testigo da parte reclamada infirme a demanda, consignando cenário totalmente diverso e favorável à improcedência do pedido. Trata-se da típica hipótese de prova dividida:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. NÃO CONFIGURADO. 1. Na espécie, após detida análise do conjunto fático-probatório, em especial a prova testemunhal, o Tribunal Regional do Trabalho concluiu que “Observando-se os depoimentos da segunda testemunha patronal e da testemunha de indicação obreira, **verifica-se a hipótese de prova dividida, pois cada testemunha afirmou no sentido das teses defendidas por Autor e Ré, respectivamente. Nesse caso, decide-se a lide desfavoravelmente àquele sobre quem recai o ônus probatório comprovar suas alegações, no caso, ao Autor**”. 2. Nesse contexto, o acolhimento da pretensão do autor, no sentido de ser devido o pagamento de indenização por danos morais, demandaria o revolvimento de fatos e provas, procedimento obstado pela Súmula 126/TST. Divergência jurisprudencial válida e específica não demonstrada (Súmulas 337, “a”, e 296, ambas do

<sup>22</sup> Ressalva inserta aqui, pois, conforme observado – e em razão do princípio da comunhão da prova –, comprovado um determinado fato nos autos pela parte que não detinha o encargo de fazê-lo, ou a quem a situação não aproveita – a até mesmo prejudica –, será ainda assim tido como verdadeiro, porquanto não se pode desconsiderar a prova mesmo que prejudicial à parte que a produziu unilateralmente (GRECO FILHO, 2013).

TST e art. 896, "a", da CLT). Agravo de instrumento conhecido e não provido.

(Grifei. TST. AIRR - 1591-90.2011.5.09.0242. Relator: Ministro Hugo Carlos Scheuermann. Data de Julgamento: 26/08/2015, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/08/2015. Retirado de [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br))

Destarte, quedando dividida a prova testemunhal acerca de determinado fato, deverá esse ser tido como não provado, restando prejudicado, por isso, o interesse da parte que o alegou e que pretendia vê-lo prevalecer como verdade nos autos. Isso porque a prova perfeitamente dividida<sup>23</sup> não pode ser considerada prova, porquanto não esclarece nenhum fato, não militando nem em favor, nem em desfavor de quaisquer das partes.

Todavia, agigantou-se na doutrina, e em parte da jurisprudência, entendimento segundo o qual, restando dividida a prova testemunhal, deverá ser julgada a questão em favor do empregado, haja vista a aplicação da regra principiológica do *in dubio pro operario*. Para nos aprofundarmos nessa questão, que já se afigura como o introito da problemática central desta monografia, serão necessárias algumas prévias considerações.

#### **2.4.1. A regra do *in dubio pro operario***

Consiste a máxima '*in dubio pro operario*' em subprincípio, ao lado da 'prevalência da norma mais benéfica' e da 'preservação da condição mais benéfica', derivado da grande regra cardeal e fundante do Direito do Trabalho: o princípio da proteção (RODRIGUEZ, 1978).

Conforme leciona Maurício Godinho,

uma das mais antigas referências doutrinárias a princípios justralhistas está na diretriz *in dubio pro misero*. Trata-se de transposição adaptada ao ramo justralhista do princípio jurídico penal *in dubio pro reo*. Como o empregador é que se constitui em devedor na relação de emprego (o réu na relação processual trabalhista), adaptou-se o princípio à diretriz *in dubio pro misero* (ou *pro operario*). (DELGADO, 2012. p. 206)

Já segundo Amauri Mascaro,

<sup>23</sup> A expressão 'perfeitamente dividida' é aqui empregada pelo autor para referir-se à hipótese em que ambas as testemunhas, devidamente compromissadas e idôneas, tenham prestado depoimentos totalmente divergentes, com igual nível de certeza e precisão, à luz da apreciação judicial.

*in dubio pro operario*, é princípio de interpretação do direito do trabalho, significando que, diante de um texto jurídico que possa oferecer dúvidas a respeito do seu verdadeiro sentido e alcance, o intérprete deverá pender, entre as hipóteses interpretativas cabíveis, para a mais benéfica ao trabalhador. (NASCIMENTO, 2011. p. 455)

Dessa feita, portanto, tem-se que a regra do *in dubio pro operario* é desdobramento do princípio tuitivo tutelar do direito material do trabalho, que visa a orientar o julgador, no caso de dúvida hermenêutica efetiva em face de determinada norma jurídica, a optar pela interpretação da letra da lei que seja mais benéfica ao obreiro.

#### **2.4.2. A questão acerca da aplicabilidade do *in dubio pro operario* ao processo trabalhista**

Ao revés da pacífica e consolidada utilização do *in dubio pro operario* no que concerne à interpretação das normas materiais do Direito do Trabalho, é ainda grande a controvérsia doutrinária acerca da aplicabilidade ou não de referido princípio à seara processual juslaboral. Na exposição da matéria realizada por Mauro Schiavi, tem-se que:

[...] o Juiz do Trabalho é livre para apreciar a prova, segundo o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional (arts. 765, da CLT e 131 do CPC). Diante deste princípio, o juiz pode firmar o seu convencimento tomando em consideração qualquer elemento de prova que exista no processo, mas deve sempre mencionar qual prova ou provas que o levaram a tal convicção.

Situações existem em que o Juiz se depara com a chamada prova dividida, ou ‘empatada’, que não possibilita ao julgador saber qual versão está realmente verossímil.

Alguns autores asseveram que o Juiz nunca se encontrará na referida situação de dúvida, pois sempre terá subsídios para firmar o convencimento e poderá distinguir qual prova foi superior, tanto no aspecto qualitativo e quantitativo.

Efetivamente, acreditamos, inclusive, por experiência própria, que há situações em que o juiz se encontra diante da chamada prova dividida e em dúvida sobre qual prova é melhor, necessitando adotar critérios de ‘desempate’, uma vez que, por dever de ofício, deve proferir a decisão.

A doutrina costuma apontar alguns critérios para a decisão do juiz quando ele se encontra em dúvida sobre a matéria probatória produzida nos autos.

Podemos elencar, segundo a melhor doutrina, os seguintes critérios que nortearão o Juiz na situação de dúvida sobre a valoração da prova ou diante da chamada prova dividida:

- a) aplicação do princípio *in dubio pro operario* ao Processo do Trabalho;
- b) impossibilidade de aplicação do princípio *in dubio pro operario* ao Processo do Trabalho, devendo o juiz decidir contra quem detinha o ônus da prova;
- c) Aplicação pura e simples do Princípio da Persuasão Racional (art. 131 do

CPC). (SCHIAVI, 2009. pp. 531-532)

Nesse sentido, cinge-se a literatura jurídica trabalhista em três correntes principais: a que considera viável sua utilização na apreciação probatória processual (i); aquela que entende impossível a implementação da regra principiológica no processo (ii); e, por último, outra que julga que a questão deve-se deslindar com base no livre convencimento motivado do julgador<sup>24</sup> (iii).

Em socorro ao primeiro entendimento, apregoam as doutrinas de RODRIGUEZ (1978) e PAULA (2010)<sup>25</sup> que a aplicabilidade do *in dubio pro operario* à análise do arcabouço fático probatório pelo juiz justifica-se diante da hipossuficiência da classe obreira, que seria prejudicada na tarefa de comprovar suas alegações no âmbito processual, porquanto não apenas é economicamente inferior à categoria empregadora como também não conta com a mesma facilidade do dominante da relação de trabalho para satisfazer a instrução. Esse posicionamento, portanto, concretizaria a tutela desenhada para o direito material também na dimensão processual, logrando, com isso, concretizá-lo de forma mais eficiente.

É, portanto, pensamento segundo o qual a prova dividida não deve ser resolvida pela regra geral da distribuição do ônus da prova, mas sim em atenção ao *in dubio pro operario*. Em última análise, afirma essa corrente que sempre que uma prova restar dividida – ou seja, sempre que não for possível ao magistrado dela extrair conclusão que suporte quaisquer dos lados da alegação, deverá resolver a questão em favor do operário, independentemente de maiores apreciações acerca do *onus probandi* envolvido.

Em rebate a essa tese, tem-se por paradigmática a lição de Maurício Godinho, que assim preceitua:

[...] nesse antigo princípio [do *in dubio pro operario*] estaria englobada não somente a dimensão de interpretação normativa (hoje referenciada pelo princípio da norma mais favorável), como também uma dimensão de aferição e valoração dos fatos trazidos a exame do intérprete e aplicador do Direito. À luz dessa segunda e combinada dimensão do princípio *in dubio pro misero* (exame de fatos e provas), propunha-se que a decisão da autoridade judicial deveria se dirigir em benefício do trabalhador, em caso

<sup>24</sup> Ou ainda denominada ‘persuasão racional’, preconizada pelos já observados artigos 131/CPC e 765/CLT.

<sup>25</sup> Além de diversos outros, que não serão aqui referenciados por brevidade, na medida em que não esposam teses substancialmente diversas daquelas já aqui colocadas.

de dúvida no exame de situações, fáticas concretas. O argumento era no sentido de que “... as mesmas razões de desigualdade compensatória que deram origem à aplicação deste princípio, justificam que se estenda à análise dos fatos já que, em geral, o trabalhador tem muito maior dificuldade do que o empregador para provar certos fatos ou trazer certos dados ou obter certas informações ou documentos”.

Trata-se, pois, de uma dimensão processual do princípio *in dubio pro misero*. Contudo, essa diretriz propositora de um desequilíbrio atávico ao processo de exame e valoração dos fatos trazidos à análise do intérprete e aplicador do Direito não passa pelo crivo de cientificidade que se considera hoje próprio ao fenômeno jurídico. Na verdade, tal diretriz correspondia a uma fase rudimentar do Direito do Trabalho, em que esse ramo jurídico especializado ainda não havia conseguido incorporar um arsenal técnico-científico sofisticado no conjunto de suas normas, categorias e teorizações. Hoje, a teoria do ônus da prova, sedimentada no Direito Processual do Trabalho, e o largo espectro de presunções que caracteriza esse ramo especializado do Direito já franqueam [sic], pelo desequilíbrio de ônus probatório imposto às partes (em benefício do prestador de serviços), possibilidades mais eficazes de reprodução, no processo, da verdade real. Em consequência, havendo dúvida do juiz em face do conjunto probatório existente e das presunções aplicáveis, ele deverá decidir em desfavor da parte que tenha o ônus da prova naquele tópico duvidoso, e não segundo a diretriz genérica *in dubio pro operario*. É que o caráter democrático e igualitário do Direito do Trabalho conduz ao desequilíbrio inerente às suas normas jurídicas e à compatível sincronia que esse desequilíbrio tem com a teoria processual do ônus da prova e com as presunções sedimentadas características desse ramo jurídico. Não se estende, contudo, o mesmo desequilíbrio à figura do juiz e à função judicante – sob pena de se comprometer a essência da própria noção de justiça. O que há de positivo, portanto, na velha diretriz (*in dubio pro operario*) – sua referência a um critério de interpretação de normas jurídicas – já se manteve preservado no Direito do Trabalho (através do princípio da norma mais favorável), abandonando-se, contudo, a referência superada que o mais antigo aforismo fazia à função judicante de avaliação e valoração de fatos.

Por tais razões, nem sequer é necessário, sob a ótica estritamente protecionista, insistir-se nessa dimensão da velha diretriz censurada. (DELGADO, 2012. pp. 207-208)

Em igual sentido, Alice Monteiro:

Outro desdobramento do princípio da proteção consiste na aplicação do *in dubio pro operario*. Já sustentamos que só se deve decidir em favor do empregado quando houver fundada dúvida a respeito do alcance da lei e nunca para suprir deficiência da prova, cujo ônus lhe competia, tampouco quando implicar sacrifício do interesse público em função do interesse particular. (BARROS, 2011. p. 146)

Crê-se, pelo exposto, que essa linha de posicionamento soa como a mais razoável e atenta não apenas às normas trabalhistas como a todo o sistema legal pátrio e suas próprias

bases constitucionais.

Caso contrário, em prevalecendo a aplicabilidade do *in dubio pro misero*, em desprestígio do *onus probandi*, perde sentido, na prática, a regra da distribuição do ônus da prova. Isso porque, uma vez que o empregado venha aos autos com ao menos um testigo<sup>26</sup> que suporte sua versão, de nada adiantará ao empregador produzir contraprova absoluta do alegado, porque, nesse empate testemunhal, prevalecerá sempre o dito pela testemunha obreira<sup>27</sup>.

As aplicações práticas de tal providência seriam bastante temerárias. Tal qual constatado no primeiro capítulo deste trabalho monográfico, a isonomia formal – refletida no processo como a máxima da paridade de partes – apenas pode ser flexibilizada a ponto de justificar a plena efetivação do tratamento desigual na medida da desigualdade caso conte, para tanto, com espedaque legal.

Considerando-se que a composição legislativa trabalhista, aliada às construções jurisprudências realizadas pelo Tribunal Superior do Trabalho, conforme explanado no capítulo dois retro desenvolvido, já se ocupou de delimitar um robusto complexo de presunções e tratamentos especiais aos obreiro em face de seu empregador quando da demanda juslaboral, mostra-se bastante exagerada, no sentir do autor, a posição que defende – para além de todo esse arcabouço jurisdicional protetivo, conformado e bem delimitado –, a aplicação indiscriminada de um princípio nascido na seara material para que, ao bel prazer do

<sup>26</sup> Nesse ponto, importante frisar-se que se está a considerar situação ideal na qual todas as testemunhas trazidas pelas partes são idôneas. Por testemunha idônea, por sua vez, têm-se aquelas que, estando devidamente compromissadas, manifestam-se com convicção e segurança acerca dos fatos e não se enquadram em quaisquer requisitos legais objetivos para serem contraditadas. Na lição de CHIOVENDA (1925), são idôneas as testemunhas que preencham os seguintes requisitos: “*Los testigos deben responder espontáneamente sin que puedan leer respuestas preparadas por escrito; el Juez puede permitir que acudan a notas o memorias cuando lo exijan la calidad del testigo o la naturaleza del pleito [...]. La ley excluye de la prueba testifical a algunas personas incluso porque la atendibilidad de sus declaraciones podría ser dudosa; tales son los parientes y afines en línea recta de una de las partes, el cónyuge, aún estando separado, salvo en las cuestiones de estado y separación personal entre cónyuges. Los menores de 14 años pueden ser oídos sin juramento y simplemente para esclarecer [...]. Puede buscarse la atendibilidad concreta de cada testigo, y las partes pueden proponer y deducir en prueba de un modo específico los motivos que pueden hacer sospechosa la declaración del testigo. Esta alegación no impide que se siga al testigo aún no excluido. La prueba de-los motivos de sospecha no puede darse mediante testigos, si no concurre una prueba escrita o circunstancias graves, precisas y concordantes [...]. El testigo jurará decir verdad, nada que no sea la verdad, y declarará si tiene interés en el pleito, además de si es pariente o afín de una de las partes, y en qué grado o si se halla al servicio de ella*”. (pp. 312-313)

<sup>27</sup> Seria, *ultima ratio*, a institucionalização da supremacia da prova testemunhal produzida pelo empregado, que teria o condão de superar a prova oral patronal que a contrariasse.

juiz, possa-se sempre resolver o arcabouço fático-probatório dividido do processo em prol do laborista, simplesmente em vistas de sua condição presumidamente hipossuficiente (DELGADO, 2012).

Ora, a implementação da diferenciação para manutenção da isonomia deve ser cautelosa e muito bem avaliada, sob pena de, ao revés de balancear a relação, inverter o jogo, transformando oprimido em opressor, e, com isso, violar efetivamente as garantias constitucionais de devido processo legal e ampla-defesa (DELGADO, 2012). Isso porque:

a tutela ao trabalhador cabe, basicamente, ao direito material do trabalho (proibição da discriminação, princípio da igualdade, questão da dignidade, do dano moral, do meio ambiente do trabalho, direito de sindicalização, direito de greve etc.).

O processo pode e deve ter leis que atendam à desigualdade das partes na relação jurídica processual tais como distribuição do ônus da prova, acesso à Justiça, desoneração de pagamento de custas e outros gastos processuais porque é evidente a disparidade econômica entre os seus sujeitos. (NASCIMENTO, 2013. p. 85)

Do contrário,

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.).

A decisão sempre deve ser imparcial independentemente da disparidade entre as partes. Fazer justiça, para o juiz, é ser imparcial. (NASCIMENTO, 2013. p. 85)

Delimitados os termos da controvérsia doutrinária entre as correntes positiva e negativa da aplicabilidade do *in dubio pro operario* como regra de apreciação das provas divididas produzidas, será exposto a seguir o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho acerca da questão. De antemão, ademais, esclarece-se que não se olvidou da terceira corrente, que supera o mérito da aplicabilidade ou não da regra principiológica ao processo e encara a questão sob a óptica do livre convencimento motivado. Será ela objeto de estudo atento do último capítulo desse trabalho, justamente por constituir-se em seu foco primordial.

### 2.4.3. O entendimento do Tribunal Superior do Trabalho acerca da utilização processual do *in dubio pro operario*

Saindo-se da esfera doutrinária e passando-se ao campo da jurisprudência, observa-se que o variado enfrentamento da questão pelos mais diversos Tribunais Regionais do Trabalho do país ensejou o alçamento da controvérsia à apreciação por parte da Corte Uniformizadora Trabalhista.

Depois de debruçar-se sobre a questão, não obstante ainda não tenha cristalizado o entendimento na forma de verbete sumular, o Tribunal Superior do Trabalho adotou a posição encampada pela segunda corrente doutrinária apresentada – qual seja, a negativista da utilização do *in dubio pro operario* à lógica processual, encampada por Godinho Delgado. Confira-se, a seguir, um apanhado de julgados da Corte Uniformizadora Trabalhista a esse respeito, que demonstram, por suas datas de publicação, a consolidação do entendimento<sup>28</sup> que espelham:

[...] 4. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. ÔNUS DA PROVA. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 818 DA CLT E 333 DO CPC. INOCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. **O egrégio Colegiado Regional consignou que a prova oral mostrou-se dividida quanto à equiparação salarial. Assim, ante a ausência de prova cabal da identidade de funções entre o reclamante e os paradigmas, ônus que era do autor, manteve a sentença que indeferiu o pedido de diferenças salariais.** Dessa forma, **verifica-se que o egrégio Colegiado Regional distribuiu corretamente o ônus da prova, uma vez que julgou contra quem tinha o ônus do provar.** Intactos, pois, os artigos 818 da CLT e 333 do CPC. Recurso de revista de que não se conhece.

(Grifei. TST. RR - 217300-86.2009.5.15.0113. Relator: Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos. Data de Julgamento: 13/05/2015. **5ª Turma**. Data de Publicação: **DEJT 22/05/2015**. Retirado de www.tst.jus.br)

[...] 2. RECURSO DE REVISTA. HORAS IN ITINERE. **PROVA DIVIDIDA. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO OPERARIO. INAPLICABILIDADE. O princípio in dubio pro operario indica que, se**

<sup>28</sup> Corroborado, ainda, pelos seguintes precedentes: i) TST. RR - **1685-44.2012.5.15.0110**. Relator: Ministro Renato de Lacerda Paiva. Data de Julgamento: 16/09/2015. **2ª Turma**. Data de Publicação: **DEJT 02/10/2015**; ii) TST. AIRR - **1001772-02.2013.5.02.0468**. Relator: Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Data de Julgamento: 23/09/2015. **3ª Turma**. Data de Publicação: **DEJT 25/09/2015**; iii) TST. AIRR - **203-73.2013.5.06.0014**. Relator: Desembargador Convocado Américo Bedê Freire. Data de Julgamento: 30/09/2015. **6ª Turma**. Data de Publicação: **DEJT 02/10/2015**; iv) TST. AIRR - **2453-88.2012.5.03.0017**. Relator: Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão. Data de Julgamento: 23/09/2015. **7ª Turma**. Data de Publicação: **DEJT 02/10/2015**.

**na norma jurídica há sentido dúbio, o julgador deverá adotar a interpretação mais benéfica ao operário, em observância ao princípio da proteção legal do hipossuficiente; sendo, pois, de todo inaplicável quando há a inconsistência da prova (prova dividida).** [...]

(Grifei. TST. RR - 141-42.2010.5.08.0124. Relator: Ministro João Batista Brito Pereira. Data de Julgamento: 07/08/2013. **5ª Turma**. Data de Publicação: **DEJT 16/08/2013**. Retirado de [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br))

RECURSO DE REVISTA. **PROVA EMPATADA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO OPERÁRIO NA SEARA PROCESSUAL. POSSIBILIDADE. Na seara processual trabalhista, não se aplica o princípio de direito material -in dubio pro operário-. Tal princípio é de aplicação restrita aos casos de dúvida quanto ao sentido das normas plurissignificativas no âmbito do direito material do trabalho. Em matéria de prova, vigem os mesmos princípios advindos do processo civil, dentre eles o da igualdade das partes, o que impede ao juiz decidir em caso de dúvida gerada por ausência de prova.** Na prova dividida, em que ambas se equivalem em contradição, deve o juiz apreender a que for mais idônea segundo o seu livre convencimento motivado, com amparo no artigo 131, do CPC. De outro lado, se o juiz que colhe a prova não for o mesmo que julga, o empate na prova se manifesta e a causa deve ser decidida em desfavor da parte a quem a lei processual atribuir o encargo probatório. Conhecido e provido.

(Grifei. TST. RR - 55200-07.2006.5.05.0005. Relator: Ministro Emmanoel Pereira. Data de Julgamento: 06/10/2010. **5ª Turma**. Data de Publicação: **DEJT 15/10/2010**. Retirado de [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br))

Veja-se, ainda, o seguinte trecho de voto:

**[...] consoante decidido pelo Regional, o princípio in dubio pro operario se aplica às hipóteses em que há dúvida na interpretação da norma de direito material trabalhista, e não aos casos relacionados ao ônus da prova ou à valoração desta, os quais devem ser solucionados à luz dos artigos 818 da CLT e 131 e 333, I, do CPC, sob pena de afronta à igualdade entre os litigantes.**

(Grifei. TST. ARR - 682-42.2012.5.04.0019. Relatora: Ministra Dora Maria da Costa. Data de Julgamento: 11/03/2015. **8ª Turma**. Data de Publicação: **DEJT 13/03/2015**. Trecho de voto<sup>29</sup>. Retirado de [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br))

Reforçando a notoriedade da orientação jurisprudencial, ademais, acha-se a observação de SCHIAVI (2009) quanto ao ponto, que reconhece ser “*predominante na doutrina e jurisprudência, que não se aplica a regra do in dubio pro operario no campo*”

<sup>29</sup> Inteiro teor disponível em:

<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=ARR%20-%20682-42.2012.5.04.0019&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAGqZAAA&dataPublicacao=13/03/2015&localPublicacao=DEJT&query>. Acessado em 29.08.2015, 16h00.

*provatório, devendo o juiz do trabalho, em caso de prova dividida, decidir o caso contra quem detinha o ônus da prova” (op. cit. p. 532).*

#### **2.4.4. Conclusões preliminares**

Pelo exposto, resta extrema de dúvidas que o Tribunal Superior do Trabalho, em clara adesão à doutrina juslaboral majoritária, filiou-se ao entendimento de que o *in dubio pro operario* não deve ser utilizado enquanto critério de desempate na hipótese de prova dividida, na medida em que se configuraria, com a adoção de referida prática, efetiva extrapolação do princípio tuitivo, ofendendo-se os preceitos constitucionais da igualdade de partes, do devido processo legal e da ampla defesa.

A posição parece ao autor, conforme já argumentado, a mais razoável e adequada às garantias fundamentais do texto constitucional, além de prestigiar, também, a técnica da distribuição do ônus da prova. Não se trata, de forma alguma, ademais, de desprestígio à hipossuficiência do obreiro, conforme já esclareceu DELGADO (2012), no sistema contemporâneo processual justrabalhista, as inúmeras presunções estabelecidas *favor laboratis*, bem como os privilégios expressamente previstos no texto celetista, já configuram tratamento suficientemente diferenciado apto a permitir ao trabalhador, em juízo, suplantar a posição beneficiada de seu empregador.

Todavia, a observação dos critérios de decisão da Justiça do Trabalho, sobretudo de seus Tribunais Regionais, faz perceber que tem crescido o apego à tese da terceira corrente doutrinária indicada por SCHIAVI (2009), para a qual, ao revés de perquirir-se acerca da resolução ou não da prova dividida pelas ópticas do *onus probandi* ou do *in dubio pro operario*, deve o julgador simplesmente valorá-la, extraindo-se-lhe as impressões que o permitirão resolver a lide.

É essa ‘terceira via’ de apreciação da questão e suas consequências que serão objeto de estudo do último capítulo deste trabalho.

### 3. A VALORAÇÃO DA PROVA E A APLICAÇÃO INDIRETA DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO OPERARIO*

Para a doutrina que considera necessária a valoração da prova dividida, cuida-se a questão de mera circunstância de convencimento do julgador – e não de distribuição do *onus probandi*. Isso decorre do entendimento de que a prova foi efetivamente produzida, não se havendo falar de imputação de consequência pela não comprovação das alegações, mas tão somente de valoração de tudo o que se acha posto nos autos.

A essa posição filia-se o próprio Mauro Schiavi, que assim conclui:

No nosso sentir, o critério para a valoração da prova deve ser discricionariamente avaliado pelo Juiz, não podendo a doutrina ou a jurisprudência tarifá-lo para o Juiz se nortear quando estiver diante de dúvida.

A própria existência da dúvida já se torna um elemento de valoração da prova, que é pessoal do Juiz. Por isso, mesmo em caso de dúvida, deve o Juiz aplicar o critério de valoração que entenda correto, segundo as circunstâncias do caso concreto.

Não obstante, em caso de dúvida, o Juiz do Trabalho deve procurar a melhor prova, inclusive se baseando pelas regras de experiência do que ordinariamente acontece, intuição, indícios e presunções. Somente se esgotados todos os meios de se avaliar qual foi a melhor prova, aí sim poderá optar pelo critério de aplicabilidade ou não do princípio do *in dubio pro operario* como razão de decidir.

Como destaca com propriedade Estêvão Mallet: “A possibilidade da livre apreciação da prova, um dos cânones do vigente sistema processual brasileiro, constitui máxima antiga e bem conhecida, mencionada no art. 131 do CPC, e largamente proclamada pela jurisprudência trabalhista, tendo em vista, sobretudo, o princípio da primazia da realidade, que impõe particular cautela na atribuição de valor a documentos e atos formais”. (SCHIAVI, 2009. p. 531-532)

Também afiliado a essa proposta valorativa é Manoel A. Teixeira Filho, que assim milita em sua lição:

Se os litigantes, ao contrário, fizerem prova satisfatória dos fatos narrados, de modo a que se possa admitir que a prova ficou dividida, deverá o julgador, autorizado pelo princípio da persuasão racional, apreciar qual a melhor prova, tendo em vista a natureza dos fatos, as circunstâncias dos autos e outros elementos de que possa se valer para indicar como motivos formadores de seu convencimento. Certamente que não nos abalançamos a tarifá-los doutrinários que deverão ser observados pelo julgador quando tiver diante de si uma prova dividida. Está perdida no tempo,

felizmente, a ‘prova legal’. Deste modo, a sua apreciação ficará reservada ao discernimento de cada Juiz. O que nos parece imprescindível é que ele, com maior ou menor intensidade, ‘forme a sua convicção’, evitando de decidir, piedosamente, em prol do empregado, como se o princípio (?) ‘in dubio pro operario’ possuísse qualquer eficácia nesse campo. (TEIXEIRA FILHO, 1997. pp. 102-103)

Todavia, tanto Schiavi quanto Teixeira Filho já prenunciam, ao exporem suas opiniões, os pontos de tensão e sensibilidade dessa forma de pensar. Senão vejamos.

### 3.1. Distinções entre prova e prova dividida

Para SCHIAVI (2009. p. 532), “*somente se esgotados todos os meios de se avaliar qual foi a melhor prova, aí sim poderá optar pelo critério de aplicabilidade ou não do princípio do in dubio pro operario como razão de decidir*”. Ora, ao assim ensinar, o próprio autor reconhece que uma prova passível de valoração não é uma prova dividida. Essa se caracteriza justamente por não dispor de forma efetiva de ser valorada, restando plenamente inconclusiva.

Assim sendo, ao sugerir que o juiz deve insistir em valorar cuidadosamente a prova antes de reconhecê-la dividida – hipótese na qual, aí então, para Schiavi, deverá o magistrado optar por aplicar a regra da distribuição do ônus ou a máxima do *in dubio pro operario* – o autor não está, em absoluto, dizendo que a prova dividida deve ser valorada, mas tão somente expondo uma preocupação com a banalização de sua taxaçoão como inconclusiva.

É dizer: no sentir deste autor, Schiavi não propõem que a prova dividida deva ser valorada. Em verdade, entende que o julgador deve ter muita certeza de sua dúvida<sup>30</sup> antes de tomá-la por dividida e, portanto, passar a aplicar as posições negativa ou positiva da adoção do *in dubio pro misero* para resolução da controvérsia em torno do fato inconclusivo a partir dos meios de prova.

Assim, sob a perspectiva da lição de SCHIAVI (2009), não se crê, em absoluto, estar-se diante de uma terceira via doutrinária para a apreciação da questão da resolução da prova dividida, mas tão somente diante de um alerta de cautela para o próprio reconhecimento

da prova dividida. Logo, continuar-se-ia a prevalecer, nos termos já expostos por DELGADO (2012) e em consonância ao entendimento pacificado pelo Tribunal Superior do Trabalho<sup>31</sup>, a necessidade de, em havendo constatação de divisão da prova, distribuir-se a sucumbência na matéria à parte que deveria haver provado a demanda, nos termos da teoria do ônus da prova.

### 3.2. O paradoxo por trás da valoração da prova dividida

Deveras mais temerário, contudo, parece ser o pressuposto do entendimento de TEIXEIRA FILHO (1997. p. 102), para o qual, caso “*se possa admitir que a prova ficou dividida, deverá o julgador, autorizado pelo princípio da persuasão racional, apreciar qual a melhor prova*”.

Conforme bem colocado por CHIOVENDA (1925), em homenagem à ampla defesa, sempre que uma parte for instada a provar o que alega por meio de prova testemunhal, deverá ser igualmente oportunizado, ao *ex adverso*, arrolar testigo que, igualmente, tenha propriedade para narrar versão sobre o mesmo fato.

Nesse contexto, havendo a testemunha do reclamante corroborado a tese demandante e, em oposição, tendo o depoente chamado aos autos pelo reclamado logrado infirmar, com igual idoneidade e certeza, aquilo asseverado pela parte pleiteante<sup>32</sup>, estará efetivamente dividida a prova oral. Essa prova, por sua vez, só se pode dizer dividida justamente porque, *a priori*, é una, na medida em que se trata da instrução processual – obtida pelo meio oral – que visa a provar o fato constitutivo do demandante.

Explica-se: a hipótese de prova dividida, segundo a linha teórico-doutrinária processual de CHIOVENDA<sup>33</sup> (1925), não corresponde a duas provas contraditórias das

<sup>30</sup> A construção aqui adotada, apesar de parecer paradoxal ou teratológica, detém apenas o intuito de enfatizar a noção de plena convicção do estado de dúvida em relação ao fato que a prova pretende provar.

<sup>31</sup> Conforme arestos citados no segundo capítulo: RR - 217300-86.2009.5.15.0113; RR - 141-42.2010.5.08.0124 RR - 55200-07.2006.5.05.0005; e ARR - 682-42.2012.5.04.0019.

<sup>32</sup> Considerando-se, aqui – repise-se uma vez mais –, em plano ideal, como absolutamente válidos, precisos, idôneos e opostos os depoimentos colhidos.

<sup>33</sup> Vide trecho original: “La. prueba contraria tiene lugar de derecho, en el sentido de que cuando se admite la prueba testifical pedida por una de las partes, queda admitida, por esto solo, a la otra parte la presentación de otros testigos por su cuenta, en el mismo procedimiento, para declarar acerca de los mismos hechos articulados por el adversario; para que pueda valerse de los testigos que pueden declarar acerca de la inexistencia de los hechos afirmados. Pero puede también demostrar aquella la inexistencia o inconcluencia de tales hechos,

partes adversas, mas sim a uma única prova que, produzida em conjunto por ambas as partes, no intento de prestar-se a provar o alegado pelo reclamante, não permitiu atingir-se conclusão efetiva sobre os fatos ocorridos – ou, em outras palavras, a alcançar a verdade real dos fatos.

Feito esse esclarecimento, soa implausível a lógica de TEIXEIRA FILHO (1997) segundo a qual prova efetivamente dividida deve ser valorada. Ora, se a prova é inconclusiva – e o é apenas depois da devida valoração interna quando de sua produção pelo magistrado, que certamente, tal qual apregoado por SCHIAVI (2009), ateve-se em cotejar ambos os depoimentos para deles subsumir um resultado uno – tem-se que, efetivamente, nada prova. Dessa feita, não há como ser valorada na instrução do processo, justamente porque o juízo, ao apreciá-la de forma interna, quando dos meandros de sua produção, tomou-lhe já por inconclusiva e, por isso mesmo, inservível.

Assim, é no mínimo temerária – para não dizer teratológica – a diretriz para seja valorada uma prova que, justamente por ser inconclusiva em razão do seu processo de produção, não pode sê-la. E perceba-se que isso contrariaria, inclusive, a lei.

Os artigos 131 do CPC e 765 da CLT, que prestigiam o livre convencimento motivado do julgador, assim dispõem:

Art. 131. 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.

Art. 765 - Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

Da exegese que se faz de referidos dispositivos, denota-se que o julgador, de fato, é livre para convencer-se com base em quaisquer dos elementos de prova trazidos aos autos para sentenciar o feito. Isso, inclusive, sem a necessidade de vincular-se a taxonomias hierarquizadas de meios de prova (MARTINS FILHO, 2002).

Contudo, para atingir seu convencimento, o juiz deve-se ater em apreciar as

---

probando con testigos la existencia de otros hechos incompatibles con los hechos afirmados por el adversario o de tal naturaleza que eliminen su importancia como motivos de prueba”. (op. cit. pp. 315-316)

provas. Como visto, uma prova dividida, porquanto advinda justamente de depoimentos de igual valor e contraditórios entre si – que, por isso mesmo, tal qual vetores matemáticos, anulam-se no mesmo ponto de partida –, não pode sequer ser dita prova, pois nada esclarece, em benefício de nenhuma das partes. Trata-se de um retorno ao ponto de partida, no qual só existe a alegação, que é parcial e desprovida de verdade quando negada.

Por isso mesmo torna-se aqui, uma vez mais, a reafirmar-se a filiação deste autor ao entendimento esposado pelo TST<sup>34</sup>, segundo o qual, na hipótese de prova dividida, a questão deve ser resolvida com espeque na distribuição do ônus da prova, justamente porque se considera como não provada – haja vista a inconclusividade acerca dos fatos – a alegação, implicando atribuir-se a sucumbência a quem a fez.

### **3.3. A aplicação do *in dubio pro operario* por meio da valoração da prova**

Chega-se, pois, à questão fulcral do presente trabalho. Não obstante a explanação supra expendida, é a lógica de Manoel A. Teixeira Filho que parece ter-se expandido na Justiça do Trabalho e, ironicamente, com o propósito justamente inverso ao que ele pretendia. Apesar de referido autor haver apregoado ser “*imprescindível [...] que ele [o juiz], com maior ou menor intensidade, ‘forme a sua convicção’, evitando de decidir, piedosamente, em prol do empregado, como se o princípio (?) ‘in dubio pro operario’ possuisse qualquer eficácia nesse campo*”, observa-se que sua teoria, segundo a qual o juiz deve sempre decidir com espeque no livre convencimento, mesmo diante da prova dividida, tem justamente se prestado a servir de suporte para que os tribunais apliquem o princípio do *in dubio pro operario* diante de situações inclusivas, acobertando tal prática sob o manto do livre convencimento. Nesse sentido, cabe perquirir como se tem posicionado o TST diante dessa situação.

Para tanto, propõe-se o estudo de um caso no qual se verificou a adoção dessa forma de decidir, apreciando-se os termos do acórdão prolatado pelo TRT em sede de recurso ordinário e, em sequência, o *decisum* exarado pelo TST em face do recurso de revista aviado.

---

<sup>34</sup> Vide acórdãos citados no segundo capítulo: RR - 217300-86.2009.5.15.0113; RR - 141-42.2010.5.08.0124 RR - 55200-07.2006.5.05.0005; e ARR - 682-42.2012.5.04.0019

### 3.3.1. Análise dos fundamentos dos autos de nº 106400-92.2007.5.04.0022

*In casu*, a controvérsia em face da qual se discutiu o *onus probandi* e a valoração da prova diz respeito à jornada efetivamente laborada pelo obreiro, que demandou, dentre outros pedidos, o pagamento de diferenças de horas extras em razão da inidoneidade dos controles de ponto, por supostamente não poder anotar toda a jornada extraordinária em que se ativava ante determinação nesse sentido da empresa empregadora.

Confira-se, *a priori*, os termos pertinentes destacados do acórdão de Recurso Ordinário<sup>35</sup> – que manteve a sentença –, especificamente quanto a essa matéria:

[...] 1. HORAS EXTRAS.

**Volta-se o reclamado contra a condenação** ao pagamento de horas extras. **Sustenta que o reclamante não comprovou o fato constitutivo do direito vindicado e que a prova dos autos não ampara o arbitramento dos horários deferidos.** [...]

O controle da jornada de trabalho do reclamante era feito por meio de **ponto eletrônico**, os quais **se encontram acostados nas fls. 85/132**. Os **referidos documentos foram impugnados pelo reclamante, ao argumento de não revelarem a real jornada praticada**. Com efeito, no item 1.4 da petição inicial o reclamante **alegou que o banco não permitia a correta anotação das horas extras prestadas**, nem através de FIPs e nem pelo ponto eletrônico, sendo registrado somente o horário por ele permitido e determinado (fl. 04).

Em seu **depoimento pessoal** o **reclamante** assegurou que **trabalhava das 08h30min às 17h30min ou das 09h às 18h**. Como o horário era insuficiente pelo volume de trabalho, **tinha de permanecer em média mais 02 horas trabalhando, as quais eram realizadas um pouco antes do horário de trabalho, um pouco depois e durante o intervalo**. Referiu que **o intervalo era de aproximadamente 40 minutos**. Que **não registrava o seu ponto eletrônico no final da jornada, o qual ficava em aberto**. Disse que **o cartão-ponto não reflete a jornada efetivamente realizada** e que em alguns casos eram anotadas as horas-extras. Também afirmou que **o banco tinha uma limitação de horas-extras**, de no máximo uma hora por dia (fl. 730).

**O preposto do reclamado afirmou** que normalmente **o reclamante não fazia horas extras e quando fazia, registrava** (fls. 730/731).

**A testemunha indicada pelo reclamante**, Claudio Luis Carvalho Duarte, **afirmou**: que **trabalhou junto com o reclamante**, de 2000 ou **2001 a 2006**, na **mesma agência**, no **mesmo setor**; que pode ter ocorrido de uma época de o reclamante ter sido gerente de contas pessoa física, mas **trabalharam a**

<sup>35</sup> Inteiro teor disponível em:

[http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta\\_lista/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&nroprocesso=0106400-92.2007.5.04.0022&operation=doProcesso&action=2&intervalo=90](http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta_lista/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&nroprocesso=0106400-92.2007.5.04.0022&operation=doProcesso&action=2&intervalo=90). Acessado em 29.08.2015, 16h00.

maior parte do tempo como gerente de contas pessoa jurídica; ... que o depoente não fazia horas extras e registrava toda a jornada realizada no cartão-ponto; que o ponto eletrônico impedia o registro de horas extras; que sabe que o reclamante trabalhava em horas extras, porque via que o reclamante trabalhava mais que o depoente; que sabe que este não registrava o horário trabalhado com relação as horas extras porque isso não era permitido; que o horário do depoente variava das 08:30h ou 09h às 17:30h ou 18h; que quando o depoente chegava o reclamante já estava trabalhando, que quando saía permanecia trabalhando, e na hora do intervalo o reclamante permanecia trabalhando; ... que o registro de horário é consignado através de senha do empregado num sistema, como se fosse a intranet; que não se pode trabalhar no sistema sem estar logado, mas existem outras atividades que podem ser feitas que não no sistema; que essas atividades, por exemplo, são vendas de produtos, que são feitas via telefone, contatos com clientes; que as vendas, para os produtos, não tem horário determinado; que não verificava o ponto eletrônico do autor; ... que não sabe de quanto tempo o reclamante fazia intervalo; que sabe dizer que era inferior ao do depoente que era de uma hora; que desconhece que algum gerente de contas tenha recebido hora-extra (fls. 731/732).

A testemunha do reclamado, Luciano Moraes Jacobi, afirmou: ... que quando o reclamante era escriturário trabalhava apenas 06 horas; que quando passou a gerente de contas trabalhava das 09h às 18h, com 01 hora, no mínimo, de intervalo; que o ponto era eletrônico; que poderia ser registrada toda a jornada no ponto eletrônico; que em casos excepcionais, quando feitas horas-extras, poderiam ser consignadas; que as horas-extras deveriam ser autorizadas pelo gerente geral; que todas as horas-extras eram registradas e que não havia um limite de horas-extras a serem registradas quando realizadas, em casos excepcionais de acordo com a demanda de trabalho; ... que sabe dizer que o reclamante iniciava a jornada e terminava com o depoente; que não sabe dizer o que o reclamante fazia depois que saía do reclamado; que as visitas eram feitas dentro da jornada de trabalho, até pelo perfil dos clientes (fl. 732).

Como visto, os depoimentos são divergentes, pois enquanto o reclamante e a testemunha por ele indicada afirmam que não era possível o registro de horas extras no ponto, o preposto e a testemunha indicada pelo banco afirmam o contrário.

Em se tratando de prova dividida, é pertinente citar a lição de Manoel Antônio Teixeira Filho, quanto ao princípio in dubio pro operario, no seguinte sentido: [...]

Ao contrário do órgão julgador de primeiro grau, entende-se que a prova produzida nos autos não permite o acolhimento da jornada na inicial e, conseqüentemente, o deferimento de horas extras. A Turma considera que a prova testemunhal, no caso, não é segura o bastante para ter-se por demonstrada a inidoneidade do ponto eletrônico.

Disse a testemunha indicada pelo reclamante que o ponto eletrônico impedia o registro de horas extras, e que sabe que o reclamante não registrava o horário trabalhado com relação às horas extras porque isso não era permitido. Porém, examinando-se a prova documental carreada aos autos verifica-se o registro de horas extras, como nos meses de fevereiro, março e

abril de 2005, por exemplo (fls. 103, 104 e 105). Ora, **se o registro do labor extraordinário não era permitido, conforme afirmado pela testemunha, como justificar os registros das fls. 103, 104 e 105, entre outros?** Além do mais, **a afirmação da testemunha contradiz o que foi afirmado pelo reclamante**, o qual admitiu, em depoimento, que em alguns casos eram anotadas as horas extras e que havia uma limitação de horas extras, de uma hora por dia.

Merece **destaque a afirmação da testemunha de que não fazia horas extras e registrava toda a jornada realizada no cartão-ponto**. Pelo que se infere do depoimento da testemunha, **ele e o reclamante desempenhavam a mesma função**, visto que trabalharam a maior parte do tempo como gerente de contas pessoa jurídica (fl. 731).

Em seu depoimento **o reclamante afirmou que tinha de permanecer em média duas horas a mais**, pois o horário de trabalho era insuficiente face ao volume de trabalho. Ora, **se a testemunha e o reclamante desempenhavam as mesmas funções, como se justifica a necessidade de o reclamante laborar em jornada suplementar e a testemunha não?** Observe-se que o reclamante não refere apenas alguns minutos a mais, e sim duas horas, em média, o que é um número considerável. **Não há qualquer razão plausível para crer que o reclamante necessitasse estender a jornada por tão longo período e a testemunha não, sobretudo porque desempenhavam as mesmas funções**.

**Entende-se também serem frágeis as afirmações da testemunha de que sabe que o reclamante trabalhava em horas extras, porque via que o reclamante trabalhava mais que o depoente e de que quando o depoente chegava o reclamante já estava trabalhando**, que quando saía permanecia trabalhando, e na hora do intervalo o reclamante permanecia trabalhando.

**Registra-se, por fim, haver contradição no depoimento do reclamante**. Primeiramente ele afirmou que as duas horas eram realizadas um pouco antes do horário de trabalho, um pouco depois e durante o intervalo. Logo em seguida afirmou que não registrava o seu ponto eletrônico no final da jornada, ficando este em aberto. Ora, **se o ponto não era registrado somente no final da jornada, impõem-se as seguintes conclusões: que os horários de entrada estão corretos; que as horas extras reclamadas eram praticadas a partir do final da jornada, e não divididas entre um pouco antes, um pouco depois e no intervalo**. Isto porque, se o ponto não era registrado somente no final da jornada, os horários de início registrados em tais documentos estão corretos e o reclamante iniciava o labor nos horários efetivamente registrados.

**Diante das contradições apontadas e da fragilidade da prova testemunhal, entende-se que não há como decretar a inidoneidade dos cartões-ponto juntados aos autos**, tendo-se por verdadeiros os horários neles consignados, inclusive quanto ao intervalo para repouso e alimentação, já que não há prova segura quanto à fruição de intervalo inferior a uma hora. A este respeito **também se consideram frágeis as afirmações da testemunha no sentido de que sabe dizer que era inferior ao do depoente que era de uma hora** (fl. 732).

Diante do exposto, **entende este Relator que deve ser provido, no item, o recurso do reclamado para absolvê-lo da condenação em horas extras**. **No entanto, a Turma, em sua composição majoritária, conclui pela manutenção da sentença quanto ao deferimento das horas extras**. Nesse

sentido, **entende como tendencioso o relato em que a testemunha Luciano**, apresentada pelo banco, ao afirmar que o reclamante atuava como escriturário até ser promovido a gerente de contas (fl. 732). Ocorre que o próprio reclamado admite ter o reclamante exercido cargo de confiança, como assistente de negócios, antes de passar a gerente de negócios, em 09-04-2003. Já cumpria, pois, jornada de 8 horas por imposição do reclamado no período imprescrito.

**Também tem de ser considerada a afirmação da testemunha de que as horas extras deveriam ser autorizadas para que houvesse o respectivo registro. A prova testemunhal confirma, nesse ponto, a tese exposta na inicial**, além de explicar porque algumas horas extras constam no ponto eletrônico: são aquelas que o banco permitia registrar, de maneira esporádica. Já **a testemunha convidada pelo reclamante confirma o trabalho extra habitual do autor**.

Diante disso, **os cartões ponto mostram-se imprestáveis para demonstrar a jornada efetivamente cumprida pelo reclamante, prevalecendo as informações apreendidas da análise dos depoimentos**.

A Turma entende pertinente o ensinamento do Ministro Carlos Alberto Reis de Paula no que concerne à existência de horas extras: [...]

**Em face da análise exposta quanto às provas testemunhais, prevalece a jornada arbitrada na sentença, negando-se provimento ao recurso ordinário do reclamado no item**. [...]

(Grifei. TRT4 RO – 106400-92.2007.5.04.0022. Relator: Desembargador João Alfredo Borges Antunes De Miranda. Data de Julgamento: 03/06/2009. 9ª Turma. Data de Publicação: DEJT 12/06/2009. Trecho de voto<sup>36</sup>. Retirado de [www.trt4.jus.br](http://www.trt4.jus.br))

Exsurgem do trecho do voto apreciado, portanto, as seguintes constatações: i) o reclamado trouxe aos autos os cartões de ponto com anotações não-britânicas, desincumbindo-se de seu ônus e ensejando ao autor provar o fato constitutivo de seu direito – qual seja, realização de horas extras não pagas; ii) o preposto do empregador refutou todas as pretensões; iii) o autor trouxe aos autos testemunha que corroborou satisfatoriamente a sua versão<sup>37</sup>; iv) o reclamado arrolou testemunha que, assim como na parte obreira, confirmou todas as teses de defesa, desconstituindo uma a uma as assertivas do depoente adverso.

Diante desse contexto, a constatação do relator acha-se correta: a prova restou dividida. Nessa toada – e segundo o critério objetivo da doutrina que rechaça a aplicação do princípio do *in dubio pro operario* ao processo, adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho –

<sup>36</sup> Inteiro teor disponível em:

[http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta\\_lista/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&nroprocesso=0106400-92.2007.5.04.0022&operation=doProcesso&action=2&intervalo=90](http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta_lista/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&nroprocesso=0106400-92.2007.5.04.0022&operation=doProcesso&action=2&intervalo=90). Acessado em 29.08.2015, 16h00.

a resolução da questão deveria, tal qual asseverado pelo relator vencido, ter-se deslindado com base na distribuição do ônus da prova. Assim, incumbiria a sucumbência ao reclamante, que não logrou comprovar o fato constitutivo de seu direito – ou seja, a existência de labor extraordinário não pago.

Todavia, não foi a forma como decidiu o Tribunal Regional do Trabalho. Isso porque a maioria do colegiado reviu a própria conclusão do Desembargador relator de que a prova restara dividida, entendendo que, por ser ‘tendenciosa’<sup>38</sup> a manifestação do testigo patronal e convincente o depoimento prestado pela testemunha laborista, o autor logrou desincumbir-se de seu ônus e provar a invalidade dos registros de ponto colacionados.

É dizer: a Corte, em face da prova dividida, ao invés de consignar que a decisão deveria prestigiar a tese obreira – posição essa efetivamente contrária à jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho e que comportaria reforma na via estreita –, reviu a própria divisão da prova, exercitando o absoluto juízo de valor apregoado por TEIXEIRA FILHO (1997) para concluir que o fato constitutivo alegado restou devidamente provado.

Daí advém duas possibilidades. A primeira é a de que, de fato, a prova não restasse dividida, pelo que assistiria razão ao Tribunal Regional do Trabalho. Na contramão, estaria a hipótese na qual a prova realmente restara dividida, porém, para efetivar a proteção ao trabalhador, optou o julgador por valorá-la mesmo assim, com o fito de sentenciar *pro operario*.

O caso em questão foi selecionado justamente para exemplificar a segunda hipótese. Logicamente, sabe-se que o juízo de valoração é uma tarefa muito complexa e, como bem destacado por Wagner D. Giglio e Claudia Giglio Veltri Corrêa,

o Direito não contém regras tarifadas para auxiliar o intérprete na valoração dos depoimentos das testemunhas. A variabilidade do comportamento humano é infinita, e todos os conhecimentos de ciências diversas da jurídica são úteis na tarefa de interpretação e avaliação dos depoimentos, principalmente as noções de psicologia, de sociologia e de economia, nessa ordem de importância. (GIGLIO; CORRÊA, 2007. p. 246)

<sup>37</sup> Apesar das consignações do relator acerca das fragilidades do depoimento da testemunha obreira e da própria versão do depoimento pessoal autoral, considerar-se-á, haja vista as ponderações da maioria da Turma, que a o depoimento foi suficientemente válido a confirmar a tese exordial.

<sup>38</sup> Termo utilizado pela Corte, conforme se observa do trecho do voto transcrito.

Porém, da leitura conglobada dos depoimentos transcritos, das considerações do desembargador relator e da breve justificativa para prevalência da exordial consignada pela maioria da Turma, é inevitável a impressão de que houve esforço hermenêutico de uma prova dividida para a tomada de uma decisão *favor laboratis*.

Ao dizer que o testemunho de um depoente idôneo e compromissado trazido aos autos pelo reclamado é tendencioso – sem, contudo, precisar os exatos motivos que feririam as informações prestadas por esse testigo<sup>39</sup> - e, ao mesmo tempo, ao ignorar quaisquer fragilidades do depoimento prestado pela testemunha laborista – que foram indicados em quantidade considerável no voto vencido –, o Tribunal Regional do Trabalho aparentemente demonstrou vontade efetiva de favorecer o empregado, consubstanciando patente aplicação indireta, no campo da valoração de prova oral, do princípio protetivo, sobretudo de sua vertente *in dubio pro operario*.

O problema, por sua vez, reside no fato de que, conforme desenvolvido ao longo de todos os pontos anteriores deste trabalho, não haver previsão legal ou necessidade efetiva para tal comportamento, resultando com que referida práxis atente contra a isonomia processual – ou igualdade de partes –, o devido processo legal, a ampla defesa e a própria necessidade de distribuição técnica do ônus da prova em face do sistema probatório adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro e pela própria Consolidação das Leis do Trabalho.

E, o que se credita mais grave, é a ocultação dessa verdadeira *ratio decidendi* sob o manto do livre convencimento racional do julgador, o que, na prática, inviabiliza o soerguimento recursal da questão ao Tribunal Superior do Trabalho, haja vista o óbice erigido por sua Súmula 126. Vejamos o teor do verbete<sup>40</sup>:

Súmula nº 126 do TST  
RECURSO. CABIMENTO  
Incabível o recurso de revista ou de embargos (arts. 896 e 894, "b", da CLT)

<sup>39</sup> Como se observa do trecho do acórdão, o Regional justificou a tendenciosidade da testemunha em razão a uma pequena contradição entre o dito com o cotejo da prova documental, no que concerne ao passado do enquadramento do obreiro – o que, frise-se, sequer era objeto da controvérsia, centrada na jornada desenvolvida durante sua última função. Ao revés, todavia, nada comentou acerca das diversas contradições entre o testemunho do depoente obreiro e o próprio depoimento pessoal do autor, que, ao contrário – e conforme indicado no voto vencido do relator, tratavam-se exatamente da jornada, ponto central da lide. Destarte, sobressai uma nítida diferenciação na apreciação dos contributos da prova oral.

<sup>40</sup> Extraído de <http://www.tst.jus.br/Sumulas>. Acessado em 29.08.2015, 16h00.

para reexame de fatos e provas.

Para melhor visualizarem-se os efeitos dessa forma de decisão, observe-se o teor do acórdão de recurso de revista exarado pelo TST no caso em apreço:

[...] 2 - HORAS EXTRAS - APLICAÇÃO DA SÚMULA 338 DO TST [...] Em suas razões recursais, **o reclamado alega serem indevidas as horas extraordinárias. Sustenta que os controles juntados aos autos demonstram o horário com observância do início e final da jornada diária, pelo que, os cartões de ponto eletrônico deveriam ter sido reputados válidos. Aponta ofensa aos artigos 333, I do CPC, 74 § 2º, 818 da CLT e 5º, LIV, da Constituição Federal, além de contrariedade a Súmula 338 do TST.**

**A condenação do reclamado ao pagamento de horas extras vem alicerçada pelo Regional no acervo probatório, especialmente na prova testemunhal. Nesse particular, conclusão diversa, no sentido de aferir o real conteúdo da prova documental e de verificar sua prevalência sobre a prova testemunhal, demandaria o necessário reexame do conjunto fático-probatório, o que é vedado nesta instância recursal, a teor da Súmula 126 do TST. Havendo, pois, decisão com base na prova produzida, não há que se discutir a quem incumbe o ônus da prova, na hipótese sub judice. Logo, não se há falar em violação dos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC.** Consequentemente, inviáveis as alegações de contrariedade à Súmula 338, do TST e ofensa ao artigo 74, § 2º da CLT.

Registre-se, ainda, que não existe norma legal atribuindo valor probante absoluto aos cartões de ponto. **O juiz, ao examinar ditas provas documental e as testemunhal, firma seu convencimento com base em todo o conjunto fático-probatório dos autos, sem limitar-se ao exame de um só deles. O juízo valorativo inscreve-se no âmbito da autonomia do julgador, conforme disposto no art. 131 do CPC.** Dessa forma, **somente ao juiz cabe discernir qual das provas colhidas melhor retrata a realidade dos fatos.** Não há dispositivo legal no ordenamento jurídico brasileiro estabelecendo que determinado tipo de prova prevaleça sobre outro.

**Quanto a alegada ofensa ao artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, o Regional não se pronunciou expressamente sobre o referido dispositivo constitucional e nem houve o necessário prequestionamento. Logo, a discussão da matéria encontra-se preclusa, nos termos do item I da Súmula 297 do TST e Orientação Jurisprudencial 62 da SBDI-1.**

**Não conheço.**

(Grifei. TST. RR - 106400-92.2007.5.04.0022. Relator: Ministro Augusto César Leite de Carvalho. Data de Julgamento: 24/10/2012. 6ª Turma. Data de Publicação: DEJT 26/10/2012. Trecho de voto<sup>41</sup>. Retirado de [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br))

<sup>41</sup> Inteiro teor disponível em:

<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20106400-92.2007.5.04.0022&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAKUPAAC&dataPublicacao=26/10/2012&localPublicacao=DEJT&query>. Acessado em 29.08.2015, 16h00.

Constata-se, portanto, que o jurisdicionado, ao levar ao conhecimento do Tribunal Superior do Trabalho um recurso de revista no qual pleiteou a reforma decisão calcada em distribuição equivocada do ônus da prova, demandado aplicação de entendimento pacificado pela Corte Uniformizadora, viu obstada sua pretensão em do artifício decisório adotado pelo Tribunal Regional do Trabalho de chamar a aplicação indireta do *in dubio pro operario* à valoração de uma prova dividida de livre convencimento motivado do julgador.

### 3.3.2. A crítica à prevalência incondicionada do livre convencimento do julgador

O fato constatado no processo analisado, longe de exclusividade, tem-se repetido com frequência nas mais diversas Cortes Regionais Trabalhistas do país, sendo sempre deslindado de forma semelhante pelo Tribunal Superior do Trabalho. Por vezes, inclusive, chaga-se até a afirmar expressamente que é conferido maior crédito à testemunha obreira em razão da regra *in dubio pro operario*. Vejam-se o trecho exemplificativo de voto e as sequenciadas ementas em mesmo sentido:

[...] HORAS EXTRAS

**Em que pese o posicionamento da origem, quanto à prova dividida**, esta Relatora entende, **em atenção ao sistema da persuasão racional, relativa à apreciação das provas, princípio do livre convencimento motivado, e princípio in dubio pro operario**, que **se deve atribuir maior valor probatório ao depoimento da testemunha do autor**. Isto porque, estando o Julgador hesitante entre duas soluções conflitantes, e existindo provas que corroborem os fatos e fundamentos jurídicos suscitados pelo obreiro, deve decidir a favor do empregado, em conformidade com a regra do *in dubio pro operario*. Esta regra serve para suprir deficiências probatórias, podendo o Julgador valer-se dela quando estiver diante de provas conflitantes, em que seja possível fazer presunções em favor da parte hipossuficiente.

Na hipótese, **o depoimento da testemunha do reclamante permite acolher a alegação de que os registros no ponto não estão corretos**, inclusive quanto ao tempo de intervalo intrajornada e labor aos sábados, motivo pelo qual tenho por inválidos como meio de prova do horário praticado os registros da jornada constantes nos autos. Do referido depoimento denota-se que as atividades desenvolvidas compreendiam tarefas tanto externas, quanto internas, bem como que era possível exercer determinadas tarefas sem estar logado no sistema.

Por conseguinte, **afastada a validade dos controles de horário trazidos aos autos pelo reclamado, e observados os limites estabelecidos pela petição inicial, pela prova testemunhal e pelo depoimento pessoal do autor, bem como observado o princípio da razoabilidade, fixo a jornada de trabalho** do reclamante, no período imprescrito do contrato, como sendo das 8h às 19h30min, sempre com 30 minutos de intervalo intrajornada, de segunda a sexta-feira, e, em um sábado ao mês, das 08h às 12h, devendo ser

observados, quanto aos dias de efetivo labor e ausências, os registros constantes dos controles de horários juntados pelo banco, de segunda a sexta-feira, pois não infirmados quanto a este aspecto, acrescido do sábado fixado nesta decisão (observados os períodos de ausências como férias e afastamento). [...]

**Recurso do reclamante parcialmente provido.**

(Grifei. TRT4. RO - 106400-92.2007.5.04.0022. Relator: Desembargadora Maria Madalena Telesca. Data de Julgamento: 07/07/2015. 3ª Turma. Data de Publicação: DEJT 16/07/2015. Trecho de voto<sup>42</sup>. Retirado de [www.trt4.jus.br](http://www.trt4.jus.br))

**RETIFICAÇÃO DA CTPS. DEPOIMENTOS DE TESTEMUNHAS CONFLITANTES.** Na **hipótese de prova oral dividida, pode o julgador embasar-se** era [sic] **depoimento que tenha inspirado maior credibilidade, não havendo que se cogitar em má valoração do conjunto probatório pelo juízo de origem**, que coteja as provas em contato direto (princípio da imediatidade ou imediação), e decide de acordo com o princípio do livre convencimento, dentro dos elementos constantes nos autos, fundamentando sua decisão.

(Grifei. TRT1. RO – 0121300-31.2006.5.01.0012. Relator: Desembargador Alexandre Teixeira de Freitas Bastos Cunha. Data de Publicação: 21/05/2007. 7ª Turma. Data de Julgamento: DEJT 09/05/2007. Retirado de [www.trt1.jus.br](http://www.trt1.jus.br))

**PROVA TESTEMUNHAL. VALORAÇÃO. LIVRE CONVENCIMENTO VERSUS PROVA DIVIDIDA.** Somente em caso de prova dividida é que se deve deferir ou indeferir o pleito conforme a distribuição do ônus da prova. **Se o julgador formou livremente seu convencimento, e motivou a valoração da prova oral, conferindo maior credibilidade a uma testemunha em desfavor de outra, não há que se falar em prova dividida, mas em regular convencimento do juízo.** O princípio da imediação (CPC, art. 446, II) confere ao juízo de primeiro grau a percepção imediata dos depoimentos e testemunhos, **devendo ser prestigiada a maior ou menor credibilidade dada a cada uma das pessoas ouvidas judicialmente.**

(Grifei. TRT3. RO – 0001352-33.2011.5.03.0152. Relator: Desembargadora Camilla G. Pereira Zeidler. Data de Julgamento: 21/06/2013. 3ª Turma. Data de Publicação: DEJT 24/06/2013. Retirado de [www.trt3.jus.br](http://www.trt3.jus.br))

**PROVA. VALORAÇÃO. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO.** **Ao juiz é permitido valorar a prova com liberdade, sem a obrigação de acatar toda e qualquer pretensão probatória das partes.** Sempre que não lhe pareça conveniente a produção de prova ou que esteja satisfeito com aquelas já produzidas, é legítima a recusa, já que é o julgador o verdadeiro destinatário da atividade probatória desenvolvida ao longo do procedimento. Desde que motivada, a

<sup>42</sup> Inteiro teor disponível em:

[http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta\\_lista/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&nroprocesso=0000821-16.2011.5.04.0702&operation=doProcesso&action=2&intervalo=90](http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta_lista/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&nroprocesso=0000821-16.2011.5.04.0702&operation=doProcesso&action=2&intervalo=90). Acessado em 29.08.2015, 16h00.

decisão judicial é proferida com absoluta independência. É o princípio do livre convencimento motivado: a verdade surge na consciência do julgador, sem a necessidade de subordinação a regras de valoração da prova. **Se a prova é dividida, apenas ao juiz cabe decidir qual é a 'melhor prova'**, na hipótese concreta e em face das circunstâncias dos autos. Recurso a que se nega provimento, no particular, para manter a decisão que rejeitou a contradita à testemunha do autor.

(Grifei. TRT9. RO – 0013600-45.2003.5.09.0669. Relator: Desembargadora Marlene T. Fuverki Suguimatsu. Data de Julgamento: 26/11/2003. 2ª Turma. Data de Publicação: DEJT 23/01/2004. Retirado de www.trt9.jus.br)

**EQUIPARAÇÃO SALARIAL. PROVA DIVIDIDA. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PERSUAÇÃO RACIONAL E DO CONVENCIMENTO MOTIVADO. Diante da chamada "prova dividida", incumbe ao Juiz valer-se dos princípios da "persuasão racional" e do "livre convencimento motivado", os quais permitem ao magistrado apreciar o conjunto probatório livremente,** convencendo-se mais por um, do que por outro meio de prova, sempre fundamentando suas razões, como estatui o artigo 131, do CPC. [...]

(Grifei. TRT15. RO – 0031900-78.2009.5.15.0022. Relator: Desembargador Fabio Allegretti Cooper. Data de Julgamento: 19/04/2011. 2ª Turma. Data de Publicação: DEJT 29/04/2011. Retirado de www.trt15.jus.br)

**PROVA ORAL DIVIDIDA. ONUS PROBANDI. SISTEMA DO LIVRE CONVENCIMENTO FUNDAMENTADO.** Atualmente, **o sistema que se adota no direito pátrio é o do livre convencimento fundamentado ou da persuasão racional**, o que significa dizer que deve o julgador analisar todo o conjunto probatório e, atentando-se às circunstâncias que cercam a lide, atribuir o valor que entender mais adequado a cada prova, com a liberdade necessária para tal, bastando que fundamente a sua decisão. Logo, **a simples alegação de que a prova oral restou dividida não é suficiente à conclusão de que o autor não se desincumbiu do ônus que lhe era devido**, se a decisão impugnada demonstrou com eficiência a concorrência de outros fatores, capazes de convencer do contrário.

(Grifei. TRT18 RO 0198400-47.2009.5.18.0121. Relator: Desembargador Platon Teixeira de Azevedo Filho. Data de Julgamento: 05/11/2009. 2ª Turma. Data de Publicação: DEJT 09/11/2009. Retirado de www.trt18.jus.br)

**PROVA DIVIDIDA. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. Revelando-se dividida a prova oral produzida nos autos, cumpre dar especial atenção à valoração** fundamentada feita pelo julgador de origem, que manteve contato direto com as partes e testemunhas, estando em condições mais favoráveis de formar convencimento subjetivo a respeito das declarações prestadas e pelas impressões extraídas da reação dos depoentes. **Em tal contexto, tem-se por regular a desigual valoração da prova, atribuindo-se maior credibilidade a um depoimento em detrimento do outro, invocando, aqui, a formação do livre convencimento motivado.** Mantida a sentença.

(Grifei. TRT18. RO 00557-2011-051-18-00-6. Relator: Desembargador

Paulo Pimenta. Data de Julgamento: 25/01/2012. 2ª Turma. Data de Publicação: DEJT 26/01/2012. Retirado de [www.trt18.jus.br](http://www.trt18.jus.br))

E, quando levadas ao Tribunal Superior do Trabalho pela via extraordinária do Recurso de Revista, invariavelmente essas situações encontram resolução semelhante, conforme se pode observar das seguintes ementas da Corte Uniformizadora Trabalhista:

RECURSO DE REVISTA. PROCESSO ELETRÔNICO - INTERVALO INTRAJORNADA. **PROVA DIVIDIDA. Não há que se falar em prova dividida, mas em fatos provados, uma vez que o Regional elegeu a prova testemunhal produzida pela Reclamante como a de maior valor probante**, apta, portanto, a formar o seu convencimento, **consoante o princípio da livre convicção motivada inscrito no artigo 131 do CPC. Ilesos, pois, os artigos 5º, LIV, da Constituição da República, e 818 da CLT e inespecíficos**, nos termos da Súmula 296, I, do TST, os arestos trazidos a cotejo de teses, uma vez que tratam da regra de distribuição do ônus da prova quando da ocorrência do fenômeno da prova dividida. Recurso de Revista não conhecido. [...]

(Grifei. TST. RR - 96000-42.2009.5.04.0024. Relator: Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro. Data de Julgamento: 30/10/2013. 8ª Turma. Data de Publicação: DEJT 05/11/2013. Retirado de [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br))

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - ASSÉDIO MORAL - **PROVA DIVIDIDA - VALORAÇÃO - PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. Quando diante de prova dividida, o juiz não fica adstrito a nenhuma espécie de tarifação legal ou doutrinária das provas, e nesse momento deve ser apreciada qual a melhor prova em face da natureza dos fatos, das circunstâncias dos autos e de outros elementos que lhe possam formar o convencimento. A decisão** proferida pelo Tribunal de origem **decorreu da análise do conjunto fático-probatório do feito, cumprindo reiterar que, com base no princípio do livre convencimento motivado, o juiz possui liberdade na condução do processo e na valoração das provas que envolvam o caso examinado**. A decisão recorrida está pautada na análise da prova oral, tendo a Corte local concluído que não houve comportamento diferenciado da reclamada em relação ao reclamante suficiente para caracterizar assédio moral. Dessa forma, **para atingir conclusão diversa da adotada no acórdão regional seria necessário o reexame dos fatos e provas dos autos, procedimento vedado em sede recursal extraordinária, nos termos da Súmula nº 126 do TST**. Agravo de instrumento desprovido.

(Grifei. TST. AIRR - 0185800-29.2009.5.15.0007. Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Data de Julgamento: 20/06/2014. 7ª Turma. Data de Publicação: DEJT 27/04/2014. Retirado de [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br))

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. 1. HORAS EXTRAS. **A Turma Julgadora concluiu pela não veracidade dos cartões de ponto após a análise das provas contidas nos autos, levando em**

**consideração, inclusive, os depoimentos das testemunhas apresentadas pelos Réus. Nesse particular, portanto, o apelo encontra óbice na dicção contida na Súmula n. 126/TST. Ressalte-se que não se divisa ofensa aos arts. 818 da CLT e 333, I e II, do CPC, pois a decisão judicial não foi prolatada mediante a atribuição equivocada do ônus probatório, mas, sim, com fulcro na valoração das provas constantes nos autos.** [...]

(Grifei. TST. AIRR - 0002337-49.2012.5.09.0071. Relator: Desembargador Convocado Tarcísio Régis Valente. Data de Julgamento: 18/03/2015. 5ª Turma. Data de Publicação: DEJT 31/03/2015. Retirado de www.tst.jus.br)

Destarte, conclui-se que essa prática decisória de, diante de uma prova testemunhal dividida, atribuir maior peso – mesmo sem o devido respaldo de um critério legal – ao depoimento prestado pelo testigo obreiro revela-se, em verdade, em uma aplicação escamoteada da regra do *in dubio pro operario* à seara probatória da processualística juslaboral, acobertada pelo manto do livre convencimento motivado – que, conforme visto, dificulta<sup>43</sup> a reforma na via estreita.

E isso ocorre ao arrepio da jurisprudência pacificada pelo Tribunal Superior do Trabalho na questão que, tal qual observado, adota o entendimento de que questões relativas à prova dividida devem ser resolvidas diante do critério técnico da distribuição do *onus probandi*.

Sem dúvidas, a questão detém alta complexidade, porquanto não é em absoluto simples, por ocasião dos casos concretos – e, sobretudo, diante da impessoalidade processual –, distinguir-se a filigrana existente entre uma real sobrevalorização da prova oral obreira, por definitiva maior robustez, e a adoção de um critério indiscriminado de beneficiamento do trabalhador que se aproveite dessa brecha para manifestar-se.

Todavia, é um problema que deve ser encarado de forma séria pela Justiça do Trabalho, que precisa estar atenta a essa prática, que tanto revela indisciplina judiciária – por parte dos juízos que insistem em sua adoção – à posição uniformizadora do Tribunal Superior do Trabalho quanto, de forma deveras mais grave, representa verdadeira afronta aos princípios basilares e constitucionais que permeiam a estrutura do sistema jurídico brasileiro, porquanto atenta contra a isonomia, o devido processo legal e à ampla defesa.

<sup>43</sup> Ou, até mesmo, poder-se-ia dizer que impossibilita, haja vista as repetidas decisões do Tribunal Superior do Trabalho que não conhecem de recursos nesse sentido ante o óbice da Súmula 126/TST.

## CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho centrou-se na consecução de uma análise doutrinária e jurisprudencial da recém-observável prática judiciária trabalhista de aplicação indireta do princípio juslaboral do *in dubio pro operario* à esfera probatória do processo, por meio de decisões *favor laboratis* em hipóteses nas quais deveria haver sido reconhecida a incidência de prova dividida e consequente resolução da controvérsia com base na teoria da distribuição do ônus da prova.

Nesse sentido, não obstante tenha o Tribunal Superior do Trabalho efetivamente firmado sua posição decisória em compasso com a corrente da doutrina que entende indevida a aplicação do *in dubio pro misero* à esfera processual, o que se observa é que, na prática, muitos Tribunais Regionais do Trabalho, talvez inclusive em razão desse próprio entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, têm aplicado o favorecimento do trabalhador em etapa anterior àquela da valoração probante; qual seja, a de perquirição acerca da natureza dividida ou não da prova testemunhal produzida.

Para tanto, adotam *modus operandi* de sistematicamente atribuir maior valor probatório às considerações prestadas por testemunhas laboristas, instituindo, com isso, um atávico movimento de quebra da isonomia processual trabalhista. Igualdade de partes essa que, conforme visto no decorrer deste estudo, é já bastante adequada (DELGADO, 2012) na seara do processo do trabalho em razão do plexo de presunções e tratamentos benéficos ao empregado instituídos tanto pelo texto celetista quanto por verbetes sumulares do Tribunal Superior do Trabalho.

Essa ruptura indiscriminada da paridade de armas das partes concretizada pela constante aplicação indireta do *in dubio pro operario*, portanto, resulta em verdadeiro arbítrio da autoridade jurisdicional (NASCIMENTO, 2013) que, ao invés de levar a cabo a prática da jurisdição de forma imparcial – ou, na espécie, nos limites da imparcialidade permitidos ao âmbito da Justiça do Trabalho –, realiza intervenções em favor de uma das partes. Daí a conclusão de que esse comportamento, além de representar indisciplina judiciária em face da posição adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho, implica efetiva violação das garantias e princípios fundamentais da constituição de isonomia, devido processo legal e ampla defesa.

## REFERÊNCIAS

### Legislação e Doutrina

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, 2005.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

BRASIL. **Código de Processo Civil**: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**: Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**: Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. São Paulo: Ideal, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de Derecho Procesal Civil**. 3. ed. Tradução de José Casáis y Santaló. Madri: Editorial Reus, t. 2, 1925.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 14. ed. Salvador: JusPODIVM, v.1, 2012.

GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Claudia Giglio Veltri. **Direito processual do trabalho**. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2013.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual esquemático de direito e processo do trabalho**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil: Tomo V. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes**. 2. ed. ver. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 28. ed. São Paulo, Saraiva, 2013.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. 1. ed., 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978.

SARAIVA, Renato. **Processo do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: Ed. Método, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **A prova no processo do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 1997.

### **Sítios eletrônicos**

Tribunal Superior do Trabalho, disponível em <<http://www.tst.jus.br/>>. Acesso em 29.08.2015. 16h00.

Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, disponível em <<http://www.trt1.jus.br/>>. Acesso em 29.08.2015. 16h00.

Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, disponível em <<http://www.trt3.jus.br/>>. Acesso em 29.08.2015. 16h00.

Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, disponível em <<http://www.trt4.jus.br/>>. Acesso em 29.08.2015. 16h00.

Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, disponível em <<http://www.trt9.jus.br/>>. Acesso em 29.08.2015. 16h00.

Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, disponível em <<http://www.trt15.jus.br/>>. Acesso em 29.08.2015. 16h00.

Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, disponível em <<http://www.trt18.jus.br/>>. Acesso em 29.08.2015. 16h00.