

O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO TRABALHISTA E OS PRINCÍPIOS DO DIREITO MATERIAL DO TRABALHO

Daniel Franco da COSTA¹

RESUMO: A regra do ônus da prova está prevista expressamente na legislação em vigência. No entanto, em face dos princípios do direito material do trabalho estabelecer algumas presunções, devem ser apreciados pelo julgador quando inexistir provas concretas e for indispensável a utilização da sobredita regra processual. Dessa forma, estar-se-á reconhecendo em absoluto a instrumentalidade do processo e, conseqüentemente, permitindo a plena efetividade da tutela jurisdicional.

Palavras-chave: Instrumentalidade do processo do trabalho. Ônus da prova. Princípios do direito material. Presunções de veracidade.

1 – INTRODUÇÃO

A instrumentalidade do processo, hodiernamente reconhecida entre os operadores do direito, ocasiona a inexorável aproximação entre o direito processual do trabalho e o direito material do trabalho. Dessa forma, a análise dos institutos processuais deve ser feita sem se olvidar das regras do direito substantivo, quando assim for possível.

O ônus da prova, aplicado nos casos de inexistência de provas, conquanto esteja devidamente regulamentado pela legislação vigente, não pode ser aplicado sem que o julgador se atente para as presunções estabelecidas pelos princípios do direito material do trabalho.

No presente estudo será feita uma análise da possibilidade de utilização de alguns princípios do direito material em relação ao ônus da prova, com o exame das presunções que recaem sobre alguns institutos, a fim de desmistificar a matéria e aclarar as dúvidas atualmente existentes.

¹ O autor é graduado e especialista em Direito Processual Civil, Penal e do Trabalho pela Faculdade de Direito mantida pelas Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Pudente/SP e atua como advogado no escritório Sawaya Neves Advogados desde 2001.

2 – A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO DO TRABALHO

O processo do trabalho, a exemplo do que ocorre com o direito material do trabalho, sempre foi um ramo de vanguarda no ordenamento jurídico brasileiro, prevendo vários instrumentos tendentes a dinamizar o andamento do processo e, por corolário, permitir a máxima efetividade da tutela jurisdicional. Diante dos ótimos resultados que apresentaram ao longo dos anos, muitos destes expedientes foram utilizados por outras searas do direito, que os adaptaram para amoldá-los aos princípios e regras que os disciplinam.

Nesta senda, foi o direito processual do trabalho um dos pioneiros a reconhecer que o processo não é um fim em si mesmo, mas sim um instrumento hábil ao direito material, que dele não pode se dissociar, ou seja, o processo é um instrumento de composição de lides que garante a efetividade do direito material. Dessa forma, o processo passou a ser considerado como um meio capaz de assegurar o direito material e a composição dos litígios, desapegando-se do formalismo exagerado de outrora, que muitas vezes impedia a realização dos reais escopos da jurisdição.

A instrumentalidade do processo, após ser profundamente estudada, foi muito bem delineada pelo professor LUIZ GUILHERME MARINONI:

*“Para que o processo possa realmente atingir os objetivos a que se destina é importante termos em consideração que ele não é um fim em si mesmo, e que, portanto, as suas regras não podem sobrepujar as do direito material e as exigências sociais de pacificação dos conflitos. O processo, como instrumento, tem por fim realizar os direitos e eliminar os conflitos. O processo que não chega a produzir os seus efeitos normais não só não permite à jurisdição realizar os seus objetivos como, também, gera angústia e decepção àqueles que buscam a tutela jurisdicional. O processo, em outras palavras, é instrumento que apenas tem valor quando serve ao direito material e aos escopos da jurisdição”.*²

Consigne-se que, se o escopo do Direito Processual contemporâneo é mesmo o de sublimar a instrumentalidade do processo, como veículo da prestação jurisdicional e efetivação de justiça pelo Estado, apesar dos respeitáveis entendimentos em contrário, é inquestionável que a utilização dos princípios gerais do direito material do trabalho se apresenta como um valioso instrumento para suprir

² MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 99/100.

as lacunas porventura deixadas na análise do ônus da prova, em que as disposições contidas nos artigos 818, da CLT e 333, do CPC, *de per si*, possam não ser suficientes para embasar a prolação da sentença.

A adequação do Processo do Trabalho ao Direito do Trabalho ocorre na passagem do segundo para o primeiro dos princípios que o norteiam. O juiz deve, sempre que necessário, utilizar as normas materiais e as normas processuais como elemento corretor de desigualdades ou, pelo menos, como limitador de eventuais abusos que a parte economicamente mais forte possa cometer em relação à economicamente mais frágil.

Dessa forma, a análise dos institutos do direito processual do trabalho não pode ser feita isoladamente, devendo o operador do direito ter sempre em mente o caráter instrumental do processo, o que torna imprescindível não se olvidar das normas do direito material, em especial dos princípios básicos e fundamentais.

Não parece justo, e muito menos legítimo, que a proteção exacerbada que é conferida ao trabalhador no direito material seja desprezada no campo processual, sendo mister uma análise cuidadosa tendente a permitir a sua utilização, com parcimônia, para resolver o problema do ônus da prova.

3 – ÔNUS DA PROVA

3.1 – Diferenciação entre Ônus e Obrigação

Antes de discorrer precisamente acerca do ônus da prova, matéria central do presente estudo, faz-se indispensável tecer breves considerações acerca de um tema que sempre causou muita confusão aos estudiosos do processo, qual seja: estabelecer uma diferenciação entre ônus e obrigação.

Em regra, quando se fala em ônus da prova já se faz uma imediata correlação com a obrigação da prova. Todavia, são questões diversas e que não se confundem. Assim, para que se possa entender corretamente o real significado do ônus da prova, deve-se, primeiramente, diferenciá-lo de obrigação.

Até a presente data foram poucos os doutrinadores que se aventuraram a fazer esta distinção e, quando se arriscam, escrevem de maneira

superficial, deixando grandes dúvidas aos leitores. Quiçá o principal motivo seja a grande proximidade existentes entre estas duas palavras.

Segundo o dicionário Aurélio, **ÔNUS** deriva do latim **onus**, significando aquilo que sobrecarrega; carga; peso; encargo; obrigação; dever; gravame; encargo ou obrigação pesada, de cumprimento difícil ou desagradável; imposto gravoso. **OBRIGAÇÃO** também decorre do latim **obligatione**, tendo o sentido de imposição; preceito; dever; encargo; compromisso; vínculo jurídico, oriundo da lei ou de ato da vontade, que compele alguém a dar, a fazer ou não fazer algo economicamente apreciável, em proveito de outrem.

Como se vê, até mesmo no dicionário estas palavras são sinônimas, o que causa um maior embaraço para fazer a pretendida diferenciação. Ocorre que, conforme afirmado alhures, em sentido jurídico estas palavras não têm o mesmo significado, havendo características que a distinguem.

Regra geral, ônus refere-se a matéria eminentemente processual, indicando uma faculdade que recai sobre a parte para fazer valer o seu direito postulado em juízo. Se eventualmente a parte se abster de praticar determinado ato, sobre o qual tenha o ônus de fazê-lo, sofrerá as conseqüências processuais decorrentes de sua inércia. Assim, *verbi gratia*, ocorre com a contestação. O réu, ao ser notificado, tem o ônus de oferecer a sua defesa. Se deixar de apresentá-la no prazo legal e a matéria não tratar-se de direito indisponíveis, incidirão os efeitos da revelia, a teor do que estabelece o artigo 844 da Consolidação das Leis do Trabalho e artigo 319 do Código de Processo Civil.

Diferentemente, a obrigação está relacionada ao direito material, exigindo uma conduta comissiva ou omissiva do indivíduo, em que a abstenção de adimplir com o ato pode fazer com que o mesmo seja obrigado coercitivamente a cumpri-lo, sob pena da imposição de uma sanção legal. Como exemplo, pode-se citar a regra encartada no artigo 461 do Código de Processo Civil, que possibilita a imposição de multa para a parte que não cumprir com determinado mandamento judicial.

Esta primeira distinção portanto, revela que o ônus não está sujeito à coerção, enquanto que a obrigação, matéria afeta ao direito material, pode sujeitar o indivíduo que não cumpre voluntariamente a sua obrigação a fazê-la por repressão judicial.

Sobre o tema, ensina o professor OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA:

*“É necessário distinguir ônus de obrigação. A parte gravada com ônus não está obrigada a desincumbir-se do encargo, como se ao adversário tivesse sobre isso um direito correspondente, pois não faz sentido dizer que alguém tenha direito a que outrem faça prova no seu próprio interesse”.*³

Desta orientação doutrinária pode-se concluir, sucintamente, que se a parte não se desincumbir do ônus da prova, tão-somente ela sofrerá os efeitos decorrentes desta omissão. Diversamente, se o indivíduo não cumpre com sua obrigação, os efeitos não ficarão restritos a ele, tendo incidência para terceiros.

Neste diapasão é o escólio de AFREDO BUZAID:

*“Falamos de ônus, quando o exercício de uma faculdade é pôsto como condição para obter certa vantagem. Por isso ônus é uma faculdade, cujo exercício é necessário para a consecução de um interesse. Daí o parentesco entre os dois conceitos. A obrigação e o ônus têm de comum o elemento formal, consistente no vínculo da vontade, mas diferem entre si quanto ao elemento substancial, porque o vínculo é impôsto, quando há obrigação, para a tutela de um interesse alheio, enquanto, havendo ônus, a tutela é um interesse próprio. Correlativa à idéia de ônus está, portanto, a idéia de risco, não a idéia de subordinação, ou sujeição”.*⁴

Outro fator que permite a distinção consiste no fato de a obrigação possuir um valor e, dessa forma, ser possível convertê-la em dinheiro, o que, em hipótese alguma, ocorre com o ônus. Assim, se o indivíduo não cumpre com uma obrigação, o juiz poderá convertê-la em perdas e danos, a fim de minimizar as conseqüências do inadimplemento.

Segundo o escólio de ARRUDA ALVIM há uma terceira figura que precisa ser diferenciada do ônus e da obrigação, qual seja, o dever processual:

*“Há, ainda, uma terceira figura, a do dever (stricto sensu). Além de não ser conversível em pecúnia, tem como característica básica a ‘perpetuidade’, ao contrário do ônus e da obrigação eu se esgotam com seu cumprimento. Exemplo do dever processual é o da lealdade (arts. 16 et. seq., a contrario sensu, v., também, o art. 14, II)”.*⁵

Estabelecidas estas diferenciações, torna-se possível o melhor entendimento do ônus da prova no processo do trabalho.

³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. vol. 1. 6 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 342.

⁴ BUZAID, Alfredo. **Do Ônus da Prova**, in Estudos de Direito. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 61.

⁵ ARRUDA ALVIM. **Manual de Direito Processual Civil – Processo de Conhecimento**. Vol. 2. 8 ed. São Paulo: RT, 2003., p. 493.

3.2 – Teoria do Ônus da Prova

Em decorrência da legislação trabalhista não prever a aplicação do princípio *in dubio pro reo*, consagrado de forma absoluta na lei penal, o juiz, ainda que insubsistentes as provas amealhadas ao arcabouço probatório para formar-lhe convenientemente um juízo de valor sobre os fatos, não pode se abster de julgar o caso concreto que lhe fora levado à apreciação, nem tampouco aplicar a velha máxima de que na dúvida deve-se julgar favoravelmente ao demandado.

Ao reservar para si o exercício da jurisdição, vedando, dessa forma, a autotutela, o Estado tem a função de declarar e realizar, de forma prática, a vontade da lei diante de uma situação jurídica controvertida.

Destarte, ainda que destituído de provas seguras e concretas à embasar um pronunciamento judicial, o processo não pode deixar de ser apreciado. Neste caso, em face da inexistência de provas convincentes para alcançar a verdade real, deve o juiz aplicar a regra do ônus da prova.

Ressalte-se que a teoria do ônus da prova deve se utilizada em todos os tipos de ações, devendo, todavia, respeitar cada um dos procedimentos previstos no ordenamento jurídico vigente. Os professores LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART ensinam quando o magistrado deve se socorrer desta regra processual:

“(...) uma vez que o juiz não pode deixar de decidir, aplicando um non liquet, importa determinar critérios que permitam resolver a controvérsia quando não resulte provada a existência dos fatos principais. Tais critérios são constituídos pelas regras que disciplinam o ônus da prova. Estes entram em jogo quando um fato principal resultar destituído de prova. Sua função é a de estabelecer a parte que deveria provar o fato e determinar as conseqüência de não tê-lo provado”.⁶

De acordo com a lição destes catedráticos, a regra do ônus da prova deve ser invocada somente em ocasiões excepcionais, ou seja, quando as provas coligidas aos autos forem insuficientes para provar a existência ou inexistência dos fatos narrados pelas partes. Em tais casos, por força do princípio da indeclinabilidade da jurisdição, segundo o qual o Estado-Juiz não pode declinar de prestar a jurisdição por motivo algum, nem mesmo por ausência, obscuridade ou

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo do Conhecimento**. 2 ed. São Paulo: RT, 2003, p. 310.

omissão de lei (CPC, artigo 126), uma vez que avocou para si a prestação jurisdicional, deve o magistrado aplicar a regra do o artigo 818, da Consolidação das Leis do Trabalho e artigo 333, inciso I do Código de Processo Civil, sem se olvidar dos princípios norteadores do direito material do trabalho, para decidir o conflito de interesses.

O sucesso da ação está eminentemente ligado a atividade da parte, que tem o encargo de comprovar os fatos de sua pretensão jurisdicional. Com efeito, entende-se por ônus da prova como sendo o interesse da parte em praticar os atos objetivando a satisfação do direito invocado. Se porventura a demandante deixar de comprovar os fatos que constituem os direitos declinados na petição inicial, não terá se desincumbido do ônus da prova e, conseqüentemente, terá a sua pretensão julgada improcedente.

Em suma, o julgamento da causa deve ser orientado pelo princípio da verdade real dos fatos. Todavia, se não for possível alcançá-lo, mesmo assim está o juiz obrigado à decisão. Para tanto, deverá socorrer-se de critérios subsidiários da verdade real, dentre os quais está a distribuição do ônus da prova. Conforme esta distribuição, o fato deve ser provado por essa ou aquela parte, de forma tal que ao juiz não deixe nenhuma dúvida, que se interpreta sempre contra quem tem o encargo probatório.

Nota-se, uma vez mais, que a regra do ônus da prova tem caráter excepcional, pois somente será utilizada quando houver incerteza sobre a questão de fato objeto da lide. Incorre o problema quando são pacificadas as afirmações das partes relativas às questões de fato, ou quando o juiz se convence da verdade ou não das afirmações deduzidas, seja porque essa convicção nasce da prova produzida, seja porque resulta do conjunto dos debates.

Sobreleve-se que constituem ônus da prova da alegação do fato apenas os fatos que devem ser provados, e nunca os que dispensam a prova. O ônus da prova da alegação do fato, dessa forma, difere claramente do ônus da afirmação do fato que deve vir indicado na causa de pedir ou no fundamento apresentado pela parte (princípio do dispositivo).

A regra da do ônus da prova não pode ser aplicada aleatoriamente pelo magistrado, sendo necessária a observância integral dos preceitos contidos no artigo 818 da CLT, *in verbis*:

“Art. 818. A prova das alegações incumbe à parte que as fizer”.

Em comentário a este dispositivo de lei, o professor SÉRGIO PINTO MARTINS ensina que:

*“Se interpretássemos essa regra ao pé da letra, chegaríamos a situações inusitadas. Se o reclamante alegasse que trabalhava em certo horário, seria dele a prova. Se na contestação a empresa alegasse que o horário era outro, seria ela que teria de fazer a prova. Contudo, se o reclamante alegasse outra coisa na réplica, então o ônus da prova retornaria a ele. Assim, teríamos um entendimento elástico e que viria a ser ônus da prova com base na regra do art. 818 da CLT. No entanto, essa orientação deve ser complementada pelo art. 333 do CPC: ‘o ônus da prova incumbe: a – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; b – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor’”.*⁷

Como se vê, hodiernamente está pacificado o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que os preceitos contidos no Código de Processo Civil, apesar de não haver omissão da legislação processual trabalhista, têm aplicabilidade naquilo que não for incompatível com os ditames do diploma legal laboral, *ex vi legis* do artigo 769 da CLT.

Pela análise perfunctória do artigo de lei previsto no estatuto processual civil, denota-se claramente a utilização do princípio do dispositivo, segundo o qual o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto as provas e as alegações em que se fundamentará a decisão.

A regra do ônus da prova tem dupla função, a saber: para as partes, tem o escopo de orientar a forma como devem se comportar no processo, comprovando tão-somente os fatos que dão guarida às suas alegações. Por outro lado, tem a função de demonstrar ao magistrado, nos casos destituídos de prova, a quem deve incumbir o ônus de provar.

Os fundamentos de repartição do ônus da prova, de acordo com o magistério de ARRUDA ALVIM, são os seguintes:

“Pensamos que são os seguintes os fundamentos ou princípios gerais do Direito que, particularmente, informam a teoria do ônus da prova: 1.º) o da igualdade da posição dos litigantes; 2.º) o de se imprimir ‘auto-responsabilidade’ aos litigantes, princípio em verdade dessumido do primeiro: assim, por exemplo, o litigante que não age diligentemente, dentro dos prazos (preclusão temporal), é responsável pelas

⁷ Martins, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho: doutrina e prática forense; modelo de petições, recursos, sentenças e outros.** 25 ed. São Paulo: Altas, 2006, p. 310.

conseqüências advindas de sua inércia, ou seja, deve suportar o que possa decorrer da omissão. Justifica-se a expressão 'auto-responsabilidade', no sentido de que alguém é 'responsável' pelos seus atos ou omissões. É certo, porém, que o sentido tradicional de responsabilidade é o transitivo, vale dizer, o de dirigir-se a outrem, e, pois, supõe outra pessoa".⁸

Esta orientação é complementada por ANTÔNIO JOSÉ DE SOUZA LEVENHAGEN:

"A distribuição desse dever é questão imposta pelo próprio princípio de igualdade entre as partes, pois não seria admissível atribuí-lo a uma delas apenas. Não seria lógico nem justo. Daí o Direito tomar a si a incumbência de prescrever essa distribuição, que, na Lei Processual brasileira, vem expressa no artigo 333, quando atribui ao autor o dever de produzir as provas quanto aos fatos que fundamentam o seu pedido; cabendo ao réu as provas referentes aos fatos aduzidos em sua defesa, quando impeditivos, modofocativos ou extintivos do pedido do autor".⁹

Neste mesmo diapasão é a lição de RUBENS FERREIRA DE CASTRO:

"Portanto, o ordenamento jurídico vigente distribuiu o ônus da prova visando ao equilíbrio das forças, ou seja, aquele que alegou o fato deverá prová-lo, quer seja ele constitutivo de seu direito, quer seja impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da parte adversa. Deverá a parte incumbida da prova, além de formá-la corretamente, produzi-la em juízo no momento oportuno. Assim procedendo, restará aguardar que o juízo a aprecie, apoiado em todo o ordenamento jurídico ex vi legis do artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho e sem desviar a vontade do legislador sob o pretexto de estar protegendo a parte mais fraca, pois os princípios gerais do direito não são regras absolutas e isoladas".¹⁰

Com a distribuição do ônus da prova o legislador infraconstitucional estabeleceu uma igualdade entre os demandantes, atribuindo a cada um o dever de provar a veracidade dos fatos alegados, sob pena de suportarem as drásticas conseqüências decorrentes de suas letargias. Dessa forma, atribuiu-lhes uma séria incumbência que, se não cumprida rigorosamente, acarreta para a parte inerte a perda da lide, com os seus ulteriores efeitos.

Nos exatos termos da lei, o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito. Portanto, tem o autor a incumbência de demonstrar

⁸ Op. cit. p. 498.

⁹ LEVENHAGEN, Antônio José De Souza. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 1986, p. 110.

¹⁰ CASTRO, Rubens Ferreira de. **Algumas Considerações sobre os Princípios Gerais e o Ônus da Prova no Direito do Trabalho**. Publicada na Revista da Faculdade de Direito da UNG Vol. 1 - 1999, pág. 139. in CD-ROOM Juris Síntese IOB n.º 59.

ao juiz, *extreme* de dúvida, a existência do ato ou fato descrito na inicial como ensejador do seu direito.

Como é cediço, ao ser notificado para a apresentação da defesa no prazo legal, tem o demandado a oportunidade de alegar na contestação toda a matéria de defesa (CLT artigo 799, §1.º e CPC, artigo 300), de apresentar reconvenção ao pedido do demandante ou alguma exceção (CLT artigo 799, *caput* e CPC artigo 299).

Na contestação poderá o demandado adotar as seguintes condutas: fazer o reconhecimento jurídico do pedido, a simples negação do fato narrado na vestibular ou alegar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do demandante.

Em ocorrendo o reconhecimento jurídico do pedido do demandante, o juiz poderá proferir a sentença de plano, conforme o estado do processo, sem sequer fazer uso da regra ônus da prova.

Em princípio, as únicas hipóteses em que o ônus da prova recai sobre o demandado ocorrem quando for aduzido fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do demandante. Nestas 03 (três) situações caberá, obrigatoriamente, ao demandado o ônus da prova. Por assim ser, se eventualmente se furtar de cumprir com este ônus, não terá apresentado motivos justificadores para o não acolhimento da pretensão formulada pelo demandante, sendo de rigor a procedência da ação.

Porém, em face dos princípios que norteiam o direito material do trabalho, é inegável que o ônus da prova será ampliado para o demandado, uma vez que se encontra sempre em situação privilegiada em relação ao demandante.

Deveras, a lacônica regra contida no artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, apesar da possibilidade de aplicação subsidiária do artigo 333, do Código de Processo Civil, torna imprescindível a aplicação dos primordiais princípios gerais do direito do trabalho para orientar o julgador na definição das regras do ônus da prova no direito processual do trabalho.

Mesmo porque, a influência do direito material sobre o direito processual do trabalho, dada a instrumentalidade deste, exige a manutenção da natureza eminentemente protecionista, que ensejará a correta pacificação do litígio.

Assim, diferentemente do que ocorre no processo civil, em que a mera negativa dos fatos declinados na petição inicial, sem a oposição de quaisquer outros, faz com que a incumbência do ônus da prova recaia sobre o postulante, no

processo trabalhista, em face do caráter protetivo do direito material do trabalho, esta regra não é aplicada. *Verbi gratia*, se em uma reclamatória trabalhista em que se postula o reconhecimento do vínculo de trabalho o demandado apenas negar os fatos afirmados pelo demandante, sem apresentar provas capazes de atestar a sua contraposição, deverá o juiz acolher a pretensão jurisdicional, por não ter o empregador se desvencilhado corretamente do ônus.

Para o melhor esclarecimento da matéria, faz-se mister apreciar a regra do ônus da prova em conjunto com os princípios do direito do trabalho, uma vez que além de estabelecer as premissas basilares, também criam presunções de veracidade quanto a determinados fatos, os quais não podem passar por despercebidos pelo julgador.

4 – PRINCÍPIOS DO DIREITO MATERIAL DO TRABALHO

Os princípios são considerados fontes fundamentais do direito, que influem na formação e aplicação das normas, conforme preleciona CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

“Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”.¹¹

Diante da extrema importância que possuem no ordenamento jurídico, os princípios não podem ser transgredidos em hipótese alguma, devendo ser inteiramente observados, servindo como critério para a integração e aplicação da lei aos casos concretos.¹²

Além dos princípios constitucionais fundamentais, cada uma das searas do direito possui os seus princípios próprios, sendo muitos de natureza comum, que refletem, de forma clarividente, os ideais informadores da norma jurídica.

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 230.

¹² A doutrina predominante ensina que os princípios têm tríplice função: informadora (inspiram o legislador, servindo de fundamento para o ordenamento jurídico), normativa (atuam como fonte supletiva, na ausência de lei, para integrar o direito) e interpretadora (critério de orientação para o juiz).

Os princípios podem ser correlacionados entre si, máxime quando afetos ao direito material e ao direito processual, para que se alcance o real escopo da norma e, conseqüentemente, haja a correta pacificação do litígio.

A doutrina e jurisprudência apontam vários princípios que são peculiares ao Direito do Trabalho, entretanto, no presente trabalho, a atenção recairá exclusivamente sobre os que mais repercutem na valoração do ônus da prova, a saber: o princípio da proteção, (*in dubio pro operario*, norma mais favorável e condição mais benéfica), da continuidade da relação de emprego, da primazia da realidade, da boa-fé e da irrenunciabilidade dos direitos.

Estes princípios do direito do trabalho têm a característica de, ao mesmo tempo em que estabelecem as premissas básicas, também criam presunções de veracidade quanto a determinados fatos.

Com efeito, os fatos sobre os quais recaem as presunções oriundas de algum princípio do direito do trabalho não precisam de prova. Como corolário natural, quem alega algum destes fatos tem a seu favor a presunção de veracidade, razão pela qual, nesta hipótese, a prova dele incumbirá à parte *ex adversa*.

Justamente por isso, os princípios do direito material do trabalho não podem deixar de ser sopesados pelo magistrado no momento da apreciação do ônus da prova, o que comprova a grande correlação existente entre eles e o regra processual do ônus probante. Mesmo porque, o artigo 8.º da Consolidação das Leis do Trabalho estatui que na falta de disposições legais ou contratuais o intérprete poderá fazer uso dos princípios do direito do trabalho, deixando evidente, pois, que são fontes supletivas para suprir as lacunas e omissões legais.

4.1 - Princípio da Proteção

Tendo em vista a nítida desigualdade das partes da relação laboral, fez-se necessária a criação do princípio da proteção, objetivando igualar os desiguais, ou seja, permite o alcance da igualdade substancial das partes, que foi muito bem delineada por ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO.¹³

¹³ “A absoluta igualdade jurídica não pode, contudo, eliminar a desigualdade econômica; por isso, do primitivo conceito de igualdade, formal e negativa (a lei não deve estabelecer qualquer diferença entre os indivíduos), clamou-se pela passagem à igualdade substancial. E hoje, na conceituação positiva da isonomia (iguais oportunidades para todos, a serem propiciadas pelo Estado), realça-se o conceito realista, que pugna pela igualdade proporcional, a qual significa, em síntese, tratamento igual aos substancialmente iguais. A aparente quebra do

Dessa forma, a vantagem econômica do empregador em relação ao empregado, que é a parte hipossuficiente, consegue ser compensada com a concessão de uma superioridade jurídica a este último, capaz de gerar o equilíbrio processual. Se assim não o fosse, é axiomático que o empregador iria se utilizar de seu poderio econômico e poder de coerção para obter benefícios em detrimento do empregado durante a tramitação do processo.

De acordo com os ensinamentos da mais atualizada doutrina, o princípio protetor se desdobra em três regras, quais sejam: a) *in dubio pro operario*; b) *norma mais favorável*; e, c) *condição mais benéfica*.

Embora haja entendimento divergente acerca da possibilidade de aplicação da regra do *in dubio pro operario* no âmbito processual, sobretudo em se tratando de matéria probatória, o entendimento que mais se antolha justo é o da admissão da sua aplicação, desde que o magistrado observe critérios de ponderação que não a torne regra absoluta.

Dessa forma, estando o magistrado hesitante entre duas soluções conflitantes, tendo ambas motivos arrazoados, em que seja impossível a solução com a aplicação das regras dispostas no artigo 818, da Consolidação das Leis do Trabalho e artigo 333, do Código de Processo Civil, deve decidir em favor do empregado, seja a dúvida resultante da interpretação da lei ou avaliação crítica da prova (aplicação em concreto da norma jurídica), o que estará em total conformidade com a regra do *in dubio pro operario*.

Esta regra tem grande valia para suprir as deficiências probatórias, podendo o juiz valer-se dela quando estiver diante de provas conflitantes, em que seja possível fazer presunções em favor da parte hipossuficiente. Frise-se, porém, que a sentença não deve ser favorável ao empregado pelo simples fato de ostentar esta qualidade, sendo imprescindível a existência de provas que corroborem os fatos e fundamentos jurídicos suscitados, uma vez que a insuficiência de prova ensejará o julgamento de improcedência dos pedidos formulados pelo obreiro na ação trabalhista.

Trata-se de um critério extremamente útil e eficaz para remediar a ineficiência da aplicação das regras contidas nos artigos 818, da CLT e 333, do CPC, autorizando a solução do litígio em total conformidade com os princípios

princípio da isonomia, dentro e fora do processo, obedece exatamente ao princípio da igualdade real e proporcional, que impõe tratamento desigual aos desiguais, justamente para que, supridas as diferenças, se atinja a igualdade substancial". (Teoria geral do processo. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 53-54)

basilares do direito do trabalho, do qual o processo do trabalho é instrumento, propiciando a plena efetividade da tutela jurisdicional.

O professor AMÉRICO PLÁ RODRIGUEZ foi preciso ao discorrer acerca da aplicação do *in dubio pro operário* na esfera processual:

“A posição tradicional sustenta que o ônus da prova incumbe a quem efetua afirmações, e que somente cabe afastar-se desse critério básico nos casos em que o legislador estabeleceu presunções, que supõem uma inversão do ônus da prova.

*Porém, com maior conhecimento prático das realidade discutidas nos dissídios trabalhistas, começou a desenvolver-se, até se tornar predominante, a posição que estende a regra **in dubio, pro operário** inclusive a esse campo. Apesar da vigência do sistema inquisitório continua importante o problema do ônus da prova, entendendo-se que, na medida em que se aborda esse problema, o trabalhador merece uma consideração especial. Não apenas pela desigualdade básica das partes, nem somente pelo estado de subordinação em que se encontra muitas vezes o trabalhador, mas também pela natural disponibilidade de meios de prova que tem o empregador e que contrasta com a dificuldade que possui o trabalhador neste aspecto”.*¹⁴

Percebe-se que a aplicação da regra *in dubio pro operário* em matéria processual não deve ser feita de maneira indiscriminada e aleatória, sendo mister o julgador agir com ponderação e, em especial, exclusivamente nos casos em que a desigualdade das partes seja efetivamente capaz de ocasionar prejuízos processuais ao hipossuficiente.

Dessa forma, permite-se que a natureza tutelar do direito material seja estendida para o processo do trabalho, a fim de que a posição de desigualdade não seja postergada, ensejando que ao menos no processo se pretenda alcançar uma posição igualitária entre as partes.

De acordo com a regra da aplicação da norma mais favorável, quando houver uma pluralidade de normas aplicáveis a uma relação de trabalho, a opção deverá recair sobre aquela que for mais favorável ao trabalhador, independentemente da sua colocação na escala hierárquica das normas jurídicas.

Por outro lado, a regra da condição mais benéfica autoriza a prevalência das condições mais vantajosas ao trabalhador, ajustadas no contrato de trabalho ou resultantes do regulamento de empresa, ainda que vigore ou sobrevenha norma jurídica imperativa prescrevendo menor nível de proteção e que com esta seja incompatível.

¹⁴ PLÁ RODRIGUES, Américo. **Princípios do direito do trabalho**. Américo Plá Rodrigues: tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1998, p. 48/49.

Para o melhor entendimento da matéria, a análise do princípio da proteção do direito material do trabalho será feita como um todo, sem o exame pormenorizado de cada uma das sobreditas ramificações.

Sobre a aplicação do princípio protecionista no processo trabalhista, preciosa é a lição do professor WAGNER D. GIGLIO:

“Essas características do Direito Material do Trabalho imprimem suas marcas no direito instrumental, particularmente quanto à proteção do contratante mais fraco, cuja inferioridade não desaparece, mas persiste no processo.

Basta lembrar, para corroborar esta última afirmativa, que a superioridade patronal se revela, em juízo, pelo melhor assessoramento jurídico que pode obter, pela facilidade na produção da prova, especialmente a testemunhal, colhida entre seus subordinados, e pela maior idoneidade econômica para suportar as delongas e as despesas processuais.

Embora muitas outras fossem necessárias, algumas normais processuais de proteção ao trabalhador já existem, a comprovar o princípio protecionista. Assim, a gratuidade do processo, com isenção de pagamento de custas e despesas, aproveita aos trabalhadores, mas não aos patrões; a assistência judiciária gratuita é fornecida ao empregado, mas não ao empregador; a inversão do ônus da prova através de presunções favorece o trabalhador, nunca ou raramente o empregador; o impulso processual ex officio beneficia o empregado, já que o empregador, salvo raras exceções, é o réu, demandado, e não auferir proveito da decisão; na melhor das hipóteses, deixa de perder”.¹⁵

A característica primordial do direito laboral, consubstanciada na proteção da parte hipossuficiente, com toda a evidência, não pode deixar de ser observada no processo trabalhista. Destarte, todas as presunções e premissas decorrentes do direito da proteção, mormente as relacionadas ao ônus da prova, deverão ser consideradas pelo julgador.

O princípio em comento tem grande aplicabilidade quando se discute, por exemplo, o reconhecimento do vínculo empregatício. Predomina a orientação de que em havendo o reconhecimento da existência da relação de trabalho, mas negada a natureza empregatícia apontada pelo empregado, atribuindo à relação natureza jurídica distinta, recai sobre a parte demandada o ônus de provar esta forma de prestação de serviços.

Para corroborar o acima esposado, torna-se de rigor a transcrição do posicionamento jurisprudencial:

¹⁵ GIGLIO, Wagner D. **Direito processual do trabalho**. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 70/71.

*“VÍNCULO DE EMPREGO – RECONHECIMENTO – ÔNUS DA PROVA – Ao admitir a prestação de serviços pelo reclamante, ainda que de forma eventual e por intermédio de uma outra empresa, a reclamada atraiu para si o encargo de demonstrar a inexistência do contrato de emprego. É que, nos dizeres de César P. S. Machado Jr., “... Inspirado no princípio protetor, temos de considerar toda prestação de trabalho como presumidamente subordinada, em vista da grande proteção ao trabalho humano em geral, que o direito do trabalho procura assegurar” (in O ônus da Prova no Processo do Trabalho, 3ª ED, ITr, p. 202)”.*¹⁶

*“RELAÇÃO DE EMPREGO – REQUISITOS – PROVA – ÔNUS – 1. Admitida a prestação pessoal e remunerada de serviços, pela reclamada, mas negada a relação jurídica de emprego, a ela incumbe o ônus da prova. Aplicação do art. 333, inciso II, do CPC. 2. A existência de termo de adesão, para a realização de trabalho voluntário, por si só não afasta a incidência dos arts. 2º e 3º, da CLT, considerado o princípio da primazia da realidade. 3. A insatisfação do encargo, de par com existência de provas ratificadoras da versão obreira, desaguam no reconhecimento de vínculo empregatício. 4. Recurso conhecido e desprovido”.*¹⁷

*“RELAÇÃO DE EMPREGO – CARACTERIZAÇÃO – Nem mesmo a prova documental, isoladamente, é bastante para afastar o reconhecimento da relação de emprego, em razão do princípio da primazia da realidade, inspirador do direito do trabalho. Atraindo o ônus da prova para si, uma vez admitida a prestação de serviços, exige-se a demonstração, de forma robusta, acerca das reais circunstâncias fáticas distintas do contrato de trabalho, em razão do que dispõem os arts. 818, da CLT e 333, II, do CPC”.*¹⁸

Percebe-se que o princípio da proteção, aliado em alguns casos ao princípio da primazia da realidade, foi determinante para o julgamento da causa, tendo os julgadores dele se socorrido para estabelecer que os empregadores não se desincumbiram satisfatoriamente do ônus probante e, por isso, tiveram de arcar com os efeitos decorrentes da letargia processual.

Nos termos da OJ n.º 215 SDI-1 do TST, *“é do empregado o ônus de comprovar que satisfaz os requisitos indispensáveis à obtenção do vale-transporte”*. Esta regra, no entanto, por vezes não poderá ser aplicada no caso concreto, sendo transferido ao empregador o ônus de provar não ter sido solicitado o vale-transporte, diante da dificuldade na obtenção de prova produzida pelo empregado, bem como das regras protecionistas do direito do trabalho.

Neste sentido são as reiteradas decisões dos tribunais pátrios:

¹⁶ TRT 10ª R. – RO 00336-2004-017-10-00-1 – 2ª T. – Rel. Juiz Mário Macedo Fernandes Caron – J. 13.12.2004 – in CD-ROOM Juris Síntese IOB n.º 69.

¹⁷ TRT 10ª R. – ROPS 00231-2006-111-10-00-4 – 2ª T. – Rel. Juiz João Amílcar – J. 11.04.2007 – in CD-ROOM Juris Síntese IOB n.º 69.

¹⁸ TRT 3ª R. – RO 00848-2003-099-03-00-6 – 1ª T. – Rel. Juiz Manuel Cândido Rodrigues – DJMG 10.12.2003 – p. 17 – in CD-ROOM Juris Síntese IOB n.º 69.

*“VALE – TRANSPORTE – ÔNUS DA PROVA – A concessão do vale-transporte está condicionada a requerimento do empregado, por certo (Lei nº 7.418-85). Na prática, porém, é muito difícil - quase impossível - o empregado provar que tentou entregar o requerimento e que o empregador o recusou. O caso, então, suscita a inversão do ônus da prova (artigos 818 da CLT e 333, II, do CPC) - considerando-se a posição da jurisprudência no sentido de que certos privilégios tidos pelo empregado no direito material devam também existir no processo do trabalho, pois, em se tratando de vale-transporte, o que deve ser tutelado é o direito básico ao acesso fácil ao local da prestação de serviço em si, a ponto de aderir ao patrimônio do trabalhador o direito ao benefício (artigo 468-CLT)”*¹⁹

*“VALE TRANSPORTE – HIPÓTESE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – Consoante estabelece a OJ nº 215, SEDI-1, do TST, é do empregado o ônus de provar que satisfaz os requisitos indispensáveis à obtenção do vale transporte, porquanto o Decreto nº 95.247/87 exige comunicação expressa do seu interesse em recebê-lo. Entretanto, tal exigência somente pode ser admitida na hipótese de contrato de trabalho em que o empregador cumpre as obrigações contratuais inclusive no que tange ao registro na CTPS do obreiro. Desse modo, num contexto de descumprimento, pelo empregador, das mais elementares obrigações inerentes à relação de emprego, não tendo sequer sido assinada a CTPS do autor, não seria razoável exigir deste que comprove por escrito haver solicitado a concessão do vale-transporte. Configurada tal hipótese, dá-se a inversão do ônus da prova, cabendo, pois, à reclamada fazer prova da concessão do benefício ou de fato a este impeditivo”*²⁰

*“VALE-TRANSPORTE, RESIDÊNCIA DISTANTE DO LOCAL DE TRABALHO – PRESUNÇÃO DE INTERESSE DO EMPREGADO QUANTO AO BENEFÍCIO – É sempre presumido o interesse do trabalhador em desfrutar do benefício do vale-transporte quando reside em ponto distante do local de trabalho, incumbindo assim, ao empregador, o ônus de prova quanto ao exercício da renúncia de condição ou direito que é manifestamente favorável ao hipossuficiente. Incontroverso nos autos que o reclamante laborava e residia em bairros distantes, na Capital do Estado de São Paulo, maior cidade da América do Sul, fazendo-se necessária e indispensável a utilização de meio de transporte para regular cumprimento de suas obrigações contratuais. Nesse contexto, por maioria de votos entende esta Turma pela não incidência do padrão interpretativo consubstanciado na Orientação Jurisprudencial nº 215, da SDI, do C. TST”*²¹

“VALE-TRANSPORTE – ÔNUS DA PROVA – APTIDÃO DA PROVA – O ônus da prova quanto ao vale-transporte pertence à empregadora, atento a que se deve presumir a necessidade de receber o benefício, em razão da condição - igualmente presumida - de hipossuficiência do trabalhador. Exigir do obreiro a produção da prova da negativa do empregador, no processo, ao pedido de concessão do respeitante benefício seria onerá-lo muito, além de se poder questionar a razoabilidade de tal exigência. Aliás, o dador de serviço é quem detém os documentos relativos ao contrato de trabalho, sendo, portanto, a parte mais apta à produção da

¹⁹ TRT 9ª R. – Proc. 12245-2003-651-09-00-3 – (05382-2006) – Rel. Juiz Luiz Eduardo Gunther – DJPR 21.02.2006 – in CD-ROOM Juris Síntese IOB n.º 69

²⁰ TRT 5ª R. – RO 01161-2004-192-05-00-1 – (7520/07) – 6ª T. – Relª Desª Luíza Lomba – J. 27.03.2007 – in CD-ROOM Juris Síntese IOB n.º 69.

²¹ TRT 2ª R. – RS 02122-2002-029-02-00 – (20050257174) – 4ª T. – Rev. Juiz Ricardo Artur Costa E Trigueiros – DOESP 13.05.2005 – in CD-ROOM Juris Síntese IOB n.º 69.

*prova da recusa e/ou desinteresse do empregado, deixando de assim proceder, deve ser responsabilizado pelo pagamento da aludida verba”.*²²

*“VALE-TRANSPORTE – PRESUNÇÃO DE INTERESSE DO EMPREGADO QUE MORA LONGE DO TRABALHO – RENÚNCIA INVÁLIDA – É sempre presumido o interesse do trabalhador em desfrutar do benefício do vale-transporte quando reside em ponto distante do local de trabalho, incumbindo assim, ao empregador o ônus de prova cabal da renúncia de condição ou direito indispensável ao hipossuficiente, não sendo crível que o autor declinasse da concessão do vale-transporte de que necessitava. Nas circunstâncias, a aposição do “X” no campo destinado à opção “NÃO”, corresponde a uma inconcebível renúncia ao benefício, imposta pelo empregador por ocasião da admissão, e que por ser lesiva ao obreiro afigura-se nula de pleno direito. Nesse contexto, não incide a Orientação Jurisprudencial nº 215, da SDI-1, do C. TST”.*²³

Este vasto ementário jurisprudencial deixa patente que o sentido protetor das normas trabalhistas deve prevalecer até mesmo em matéria de ônus probatório, admitindo-se a mitigação das disposições estatuídas na OJ n.º 215 SDI-1 do TST para salvaguardar o direito da parte hipossuficiente. Nestes casos, compete ao empregador provar, mediante exibição de documentos, tanto a concessão quanto a eventual recusa ao benefício por parte do empregado, assim como o fornecimento de transporte em condições mais favoráveis.

Contudo, deve-se ter muita cautela para a imputação deste encargo processual ao empregador, sendo cabível apenas nos casos em que a aplicação da orientação jurisprudencial puder implicar em violação aos direitos basilares do obreiro ou quando estiver nítida a desigualdade e a utilização dos poderes de coerção pelo empregador.

Em suma, estas três ramificações do princípio da proteção, instituídas com o propósito de igualar as partes desiguais na seara do Direito do Trabalho, deverão ser conjugadas para permitir a correta aplicação da regra do ônus da prova no direito do processual do trabalho, sendo critério nitidamente eficaz para suprir as lacunas probatórias. Todavia, há de se observar que o julgador não poderá utilizá-los como critério absoluto, sendo necessário observar as presunções legais e o efetivo arcabouço probatório amealhado ao bojo dos autos, pois a mera insuficiência de provas, decorrente do comportamento processual desleixado do empregado, deverá propiciar o julgamento de improcedência dos pedidos, pois o empregador

²² TRT 15ª R. – RO 00910-2004-004-15-00-8 – (1124/07) – Rel. Juiz Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani – DOESP 12.01.2007 – p. 77 – in CD-ROOM Juris Síntese IOB n.º 69

²³ TRT 2ª R. – RO 02074-2002-041-02-00 – (20060956350) – 4ª T. – Rel. p/o Ac. Juiz Ricardo Artur Costa E Trigueiros – DOESP 01.12.2006 – in CD-ROOM Juris Síntese IOB n.º 69

não pode, em hipótese alguma, ser prejudicado pelo fato de parte *ex adversa* não ter se desvencilhado do ônus probante.

4.2 - Princípio da Continuidade da Relação de Emprego

De acordo com o professor SÉRGIO PINTO MARTINS, “*presume-se que o contrato de trabalho terá validade por tempo indeterminado, ou seja, haverá a continuidade da relação de emprego*”.²⁴

Este princípio reflete a intenção de prolongar ao máximo a relação trabalhista, tendo em vista a importância do contrato de trabalho individual na sociedade. Destarte, por exemplo, se há modificação na estrutura jurídica da organização, inclusive a decorrente da sucessão dos proprietários, a relação individual de emprego não sofrerá prejuízos, permanecendo inalterada.

É inquestionável que o princípio da continuidade reflete diretamente no ônus da prova em vários aspectos da relação de empregado, máxime na dispensa do empregado, tanto que ensejou a adoção de entendimento sumulado, *in verbis*:

*“SÚMULA N.º 212 - DESPEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA
O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado”.*

Dessume-se, destarte, que o princípio do direito material da continuidade da relação de empregado, dada a instrumentalidade do processo do trabalho, foi determinando para se estabelecer o ônus da prova em relação ao término do pacto laboral. Impõe-se ao empregador, diante de sua situação de superioridade em relação ao empregado, o encargo processual de elidir a presunção de veracidade que recai sobre a existência da prestação de serviço e o despedimento.

Em julgamento de casos concretos, os Tribunais têm adotado o seguinte entendimento:

“RESCISÃO CONTRATUAL – INICIATIVA DO OBREIRO – INEXISTÊNCIA DE PROVA – A teor do disposto no art. 818 da CLT, combinado com o art. 333, II, do CPC, e tendo em conta a presunção de continuidade do contrato de trabalho como princípio informador do Direito do Trabalho, incumbia aos

²⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 65.

*reclamados comprovar que a ruptura do liame se deu por iniciativa do obreiro, ônus do qual não se desincumbiram. Negado provimento”.*²⁵

*“DESPEDIMENTO – ÔNUS DA PROVA – O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado. ” Súmula 212 do C. TST”.*²⁶

Do mesmo modo, em face do princípio em exame, será sempre do empregador o ônus da prova em relação a dispensa sem justa causa, cabendo-lhe prová-la de forma inquestionável, sob pena de a rescisão do contrato de trabalho ser considerada sem justa causa e por sua iniciativa.

O empregador tem o dever de empenhar todos os meios para que a rescisão do contrato por justa causa não seja efetivada, ensejando, sempre que possível, a utilização de medidas destinadas à reeducação do empregado, seja por meio de advertências verbais, escritas ou suspensão disciplinar, para, somente em última hipótese, rescindir o contrato por justo motivo.

Sobre o ônus da prova na dispensa por justa causa, os areópagos têm adotado o seguinte entendimento:

*“JUSTA CAUSA – ART. 482 DA CLT – CARACTERIZAÇÃO E ÔNUS DA PROVA – Por se tratar do grau máximo de punição que pode ser aplicado ao empregado, a doutrina estabelece certos requisitos para a configuração da justa causa, nomeadamente: A) gravidade da falta; b) nexos causal entre a falta e a dispensa; c) atualidade da falta e d) proporcionalidade entre a falta e a punição. Assim, embora a perda da confiança possa sempre ser causa da extinção do contrato de trabalho, para que esta extinção ocorra por justa causa, é necessário que, objetivamente, o Julgador observe, com base na prova produzida nos autos, a configuração das hipóteses acima. O ônus de demonstrar fato impeditivo ao direito do empregado é da empregadora, tudo conforme inteligência dos arts. 482 e 818 da CLT e 333, inciso II do CPC e do princípio da continuidade da relação de emprego, ônus que, neste caso, restou cumprido. Recurso do empregado ao qual se nega provimento”.*²⁷

“JUSTA CAUSA – ABANDONO DE EMPREGO- ÔNUS DA PROVA – O abandono de emprego, como uma das causas para justo rompimento do contrato pelo empregador, é um ato unilateral do empregado, que implica no inadimplemento da sua obrigação de trabalhar, com o ânimo de não mais continuar no emprego. Esta figura não pode ser presumida, ao contrário, há que ser provada, tendo em vista o princípio da continuidade

²⁵ TRT 4ª R. – RO 00580-2004-027-04-00-4 – Rel. Juiz José Felipe Ledur – J. 12.04.2007 – in CD-ROOM Juris Síntese IOB n.º 69.

²⁶ TRT 5ª R. – RO 00431-2006-471-05-00-2 – (8742/07) – 3ª T. – Relª Desª Lourdes Linhares – J. 10.04.2007 – in CD-ROOM Juris Síntese IOB n.º 69.

²⁷ TRT 15ª R. – RO 3578-2005-135-15-00-0 – (35465/07) – 7ª C – Rel. Juiz Manuel Soares Ferreira Carradita – DOE 03.08.2007 – p. 38 – in CD-ROOM Juris Síntese IOB n.º 69.

*do emprego. Detentora do ônus de demonstrá-lo, dele não se desvencilha a ré na falta de suas provas coerentes e robustas”.*²⁸

*“ABANDONO DE EMPREGO – ÔNUS DA PROVA – O abandono de emprego está previsto na alínea “I”, do art. 482 da CLT, como justo motivo para o empregador rescindir o contrato de trabalho com o trabalhador. Por este motivo, a jurisprudência é tranqüila no sentido de que a falta grave deve ser cabalmente provada, incumbindo ao empregador o ônus da prova, até porque vigora no direito do trabalho o princípio da continuidade do contrato de trabalho, autorizando a presunção do interesse do trabalhador em manter o vínculo empregatício”.*²⁹

*“JUSTA CAUSA – ÔNUS DA PROVA – NÃO RECONHECIMENTO – Alegando o empregador, em defesa, a figura de justa causa de abandono do emprego, não demonstrada a sua ocorrência, o princípio da continuidade da relação empregatícia (Súmula nº 212 do Colendo TST) favorece o empregado, induzindo pelo reconhecimento da alegação exordial de rescisão sem justa causa. Recurso parcialmente provido”.*³⁰

Pela simples leitura destas ementas, conclui-se que se o empregador não trazer aos autos os elementos necessários para se desvencilhar do seu ônus *probandi*, o magistrado deverá reconhecer a dispensa como sendo imotivada, em razão do princípio da continuidade da relação.

Ademais, este princípio inspirou a criação da presunção de que o contrato de trabalho é celebrado por prazo indeterminado, ao passo que a pré-determinação de prazo para término do contrato deve conter elementos sólidos, convincentes e incólumes de dúvidas, sob pena de reconhecer-se a indeterminação do prazo e, dessa forma, decorrer o pagamento das indenizações que visam à inibição da dispensa imotivada.

Diante da limitação de possibilidades de contratação a termo certo, em face das disposições contidas no artigo 443 da CLT³¹ e na Lei Federal n.º 9.601, de 21 de janeiro de 1998, faz-se indispensável que o contrato por prazo determinado seja sempre celebrado por escrito, afim de facilitar a prova perante a Justiça Laboral

²⁸ TRT 9ª R. – ROPS 00170-2002 – (07116-2002) – 4ª T. – Relª Juíza Sueli Gil El Rafihi – DJPR 05.04.2002 – in CD-ROOM Juris Síntese IOB n.º 69.

²⁹ TRT 14 R. – RO 01136.2006.004.14.00-0 – Relª Juíza Vania Maria da Rocha Abensur – DOJT 30.07.2007 – in CD-ROOM Juris Síntese IOB n.º 69.

³⁰ TRT 21ª R. – RO 00348-2006-006-21-00-4 – (66.820) – Rel. Des. Ronaldo Medeiros de Souza – DJRN 31.05.2007 – in CD-ROOM Juris Síntese IOB n.º 69.

³¹ Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

§ 1º. Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada.

§ 2º. O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando:

a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo;
b) de atividades empresariais de caráter transitório;
c) de contrato de experiência.

e não ter o empregador a obrigação de promover o pagamento de indenizações que, precipuamente, não seriam devidas.

Com efeito, é ônus do empregador comprovar em juízo que o contrato mantido com o empregado era por prazo determinado e, por isso, não são devidas as verbas incidentes exclusivamente sobre o contrato por prazo indeterminado. Acaso o empregador não se desincumba satisfatoriamente deste encargo, e a minguagem de outros elementos para atestar a existência do contrato a termo certo, deverá suportar os efeitos de sua letargia.

Outrossim, está sedimentado o entendimento no sentido de que incumbe ao empregador a prova da concessão do intervalo intrajornada, considerando o princípio da continuidade da prestação de serviços.³²

Diante de todo o expendido, conclui-se que o princípio da continuidade é determinante para o estabelecimento do ônus da prova em vários aspectos da demanda trabalhista, devendo, por isso, ser atentamente observado pelo julgador no momento da apreciação das provas.

4.3 - Princípio da Primazia da Realidade

Diferentemente do que ocorre no direito civil, no direito do trabalho há a primazia dos fatos em detrimento dos atos jurídicos formais, ou seja, a realidade se sobrepõe ao que foi objeto de contratação formal entre o empregador e o empregado.

Destarte, objetivando privilegiar a realidade dos fatos, este princípio deve ser aplicado quando exista divergência entre as condições pactuadas no contrato individual e aquelas realmente verificadas na constância da relação de emprego.

Preleciona CÉSAR PEREIRA DA SILVA MACHADO JUNIOR que *“em matéria de trabalho importa o que ocorre na prática, mais do que aquilo que as partes hajam pactuado de forma mais ou menos solene, ou expressa, ou aquilo que conste em documentos, formulários e instrumentos de controle”*. Mais adiante, pontifica o professor: *“na oposição entre o mundo real dos fatos efetivos e o mundo*

³² INTERVALO INTRAJORNADA – ÔNUS DA PROVA – Incumbe à empresa a prova da concessão do intervalo intrajornada, considerando o princípio da continuidade da prestação de serviços. (TRT 5ª R. – RO 00293-2006-491-05-00-6 – (8551/07) – 4ª T. – Rel. Juiz Conv. Edilton Meireles – J. 10.04.2007 – in CD-ROOM Juris Síntese IOB n.º 69).

formal dos documentos, não resta dúvida de que se deve preferir o mundo da realidade”.³³

Assim, *verbi gratia*, ainda que o empregador refute a pretensão do empregado no recebimento das horas extras com supedâneo no registro de ponto assinado pelo próprio obreiro, esta prova documental poderá sucumbir diante de provas testemunhais ou outros tipos de provas que corroborem exercício do labor em horário extraordinário, trazendo a baila a realidade dos fatos.

Permite-se que verdade se sobreponha a formalidade porque em muitos casos, e isso não é raridade na seara trabalhista, o empregador se aproveita para, já no momento da contratação, exigir que o empregado assine inúmeros documentos, inclusive papéis em branco e o livro de ponto com horário pré-fixado, com o propósito de se acautelar para a hipótese de eventual propositura de ação trabalhista postulando o recebimento de verbas salariais e rescisórias que não foram adimplidas na vigência do pacto laboral. Justamente para se evitar o locupletamento sem causa do empregador às expensas do empregado, permite-se que sejam produzidas outras provas tendentes a afastar a presunção relativa de veracidade que recai sobre a prova documental e, assim, prepondera a realidade fática.

Como se vê, o encargo processual do empregador, em face de sua privilegiada posição, é bem mais árduo do que o que recai sobre o empregado, por ser este último a parte hipossuficiente da relação trabalhista. Não basta, pois, apresentar tão-somente documentos destituídos de outras provas, uma vez que a contraposição do empregado, devidamente amparada em prova segura e inabalável, tem o condão de afastar a validade da prova documental, uma vez que entre a realidade e a formalidade, deve sempre prevalecer a realidade.

Com arrimo neste princípio, o Tribunal Superior do Trabalho sumulou o entendimento de que o empregador que possui mais de 10 (dez) empregados tem o ônus da prova do registro da jornada de trabalho:

“SÚMULA N.º 338 - JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA.

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

³³ MACHADO JUNIOR, César Pereira da Silva. **O ônus da prova no processo do trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 1995, p. 170/171.

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”.

Nas hipóteses em que os cartões de ponto se mostram inválidos como meio de prova, há inversão do ônus probatório, que se desloca para o empregador, devendo prevalecer o horário informado pelo empregado na petição inicial se dele não se desincumbir com a apresentação de outras provas. Neste sentido, é o entendimento jurisprudencial:

“JORNADA INVARIÁVEL – CARTÕES DE PONTO INVÁLIDOS COMO MEIO DE PROVA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – Não obstante o art. 818 consolidado afirmar que o ônus da prova cabe a quem alega, é do empregador que possui mais de 10 empregados a obrigação de anotar os horários de entrada e saída de seus funcionários ao serviço. Todavia, em face do princípio da primazia da realidade, são inválidos, como meio de prova, os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes, invertendo-se o ônus da prova relativo a horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada indicada na exordial se do referido ônus este não se desincumbir. É a inteligência da Súmula nº 338, do C. TST. Recurso ordinário obreiro, parcialmente, provido”³⁴

Este princípio, portanto, apresenta-se como fator determinante no momento da apreciação do ônus da prova, sendo valioso instrumento para a devida pacificação do litígio, ao impedir que a natural desigualdade existente entre as partes integrantes da relação de emprego possa beneficiar o empregador.

4.4 - Princípio da Boa-fé

Desde longa data a boa-fé tem sido considerada como um princípio jurídico fundamental, que deve ser observado por todos os ramos do direito, por se constituir em premissa de todo o ordenamento jurídico. Tanto é verdade que o Código Civil de 2002 instituiu expressamente os princípios de probidade e boa-fé objetiva (CC, artigo 422³⁵),

³⁴ TRT 19 R. – RO 00691.2005.056.19.00-5 – Rel. Juiz José Abílio – J. 23.08.2005 – in CD-ROOM Juris Síntese IOB n.º 68.

³⁵ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Na seara trabalhista tal não é diferente e, por isso, não se admite que as partes integrantes da relação de trabalho tenham um comportamento desleal e indigno, capaz de gerar a desconfiança recíproca. Trata-se, na realidade, de regra de conduta que, obrigatoriamente, deve nortear o contrato de trabalho, para que não acarrete prejuízos e desconfianças.

A conduta de boa-fé deve ser sopesada sempre pelo magistrado, notadamente na apreciação do ônus da prova, para privilegiar aquele que mantém um comportamento escorreito e, em contrapartida, punir com severidade o agente desleal. Deve, portanto, ser invocado em todas as ocasiões, por ser demasiadamente eficaz para a promoção da justiça.

O empregador que não age de boa-fé durante a vigência do contrato de trabalho, por certo, não terá um comportamento distinto durante a tramitação do processo. Neste caso, o magistrado deve se valer das máximas da experiência (CPC artigo 335 e CLT artigo 852-D) para evitar este tipo de comportamento e, principalmente, repreender com severidade o agente, podendo, para tanto, se socorrer de todos os expedientes processuais capazes de refrear e sancionar esta má conduta.

4.5 - Princípio da Irrenunciabilidade dos Direitos

Em regra, os direitos trabalhistas são irrenunciáveis, de tal forma que as vantagens asseguradas aos empregados não podem ser objeto de renúncia expressa ou tácita, seja antes, durante ou após a extinção do contrato de trabalho. De acordo com este princípio, o obreiro não pode dispor dos consectários que a lei empresta a seu contrato individual do trabalho, tanto que a própria Consolidação das Leis do Trabalho estatui em seu artigo 9.º que *“serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”*.

O princípio da irrenunciabilidade de direitos, pois, consiste em impedir que o empregado renuncie ao direito reconhecido a seu favor, sendo comumente aplicado em situações que envolvem quitações trabalhistas propostas extrajudicialmente.

É cediço que a renúncia se consubstancia em negócio jurídico unilateral, pelo qual o titular de um direito dele se desapossa. A maioria dos direitos

trabalhistas ou das normas de proteção ao trabalho são inderrogáveis. A imperatividade da norma tutelar dirige-se contra a própria vontade do titular do direito subjetivo, como também dirige-se contra à parte contrária. Assim, são irrenunciáveis os direitos que as normas de lei, de convenções e acordos coletivos de trabalho, as sentenças normativas e as decisões administrativas tutelam aos trabalhadores, exceto se a renúncia for permitida por lei ou não causar prejuízos ao trabalhador ou à coletividade, e não for realizada com o controle da autoridade.

Dessa forma, preserva-se os direitos mínimos do trabalhador, impedindo que a ingerência do empregador possa acarretar-lhe prejuízos. Isto porque, como é sabido, ainda existem empregadores que exercem o poder de coação sobre os seus funcionários, objetivando que renunciem aos seus direitos em troca da garantia do emprego e do salário. Ainda que esta renúncia seja devidamente formalizada, não surtirá efeitos práticos, por estar eivada de vício insanável, incapaz de ser convalidada.

Este princípio, a toda evidência, não só tutela os direitos do empregado, mas também se mostra como um valioso instrumento de garantia ao juízo para aplicar corretamente a regra do ônus da prova. O juiz poderá invocar a indisponibilidade dos direitos como subsídio para aplicar corretamente a justiça ao caso concreto que lhe fora apresentado para apreciação.

O Tribunal Superior do Trabalho aplicou corretamente o princípio da irrenunciabilidade em matéria de prova do pagamento do aviso prévio, impondo ao empregador, para poder se furtar do dever de pagar esta verba, o encargo de demonstrar que o empregado obteve um novo emprego:

*“SÚMULA N.º 276 - AVISO PRÉVIO. RENÚNCIA PELO EMPREGADO
O direito ao aviso prévio é irrenunciável pelo empregado. O pedido de dispensa de cumprimento não exime o empregador de pagar o respectivo valor, salvo comprovação de haver o prestador dos serviços obtido novo emprego”.*

O entendimento firmado por meio desta súmula retrata extraordinária sensibilidade na aplicação da tutelar norma trabalhista, imputando ao empregador o ônus da prova quanto a obtenção de novo emprego pelo ex-empregado para poder se eximir do dever de indenizar o aviso prévio.

Não há dúvidas que esta regra processual de atribuição do ônus da prova ao empregador está eminentemente relacionada com o princípio do direito

material do trabalho da irrenunciabilidade e, por isso, se constitui em norma cogente, da qual não pode se afastar o julgador.

5 - CONCLUSÃO

Diante do reconhecimento da instrumentalidade do processo do trabalho, o operador do direito deve ter uma postura distinta de outrora em relação a análise dos institutos processuais, para ensejar a sua aproximação ao direito material, sobretudo dos princípios que o norteiam, a fim de ser atingido o verdadeiro objetivo da jurisdição.

A partir do instante em que o processo deixou de ser considerado como um fim em si mesmo, para ser reconhecido como um instrumento do direito material eficaz para a composição dos conflitos de interesses qualificados por pretensões resistidas e insatisfeitas, alcançou-se com maior facilidade e celeridade a tão pretendida efetividade da tutela jurisdicional.

A natureza instrumental do processo do trabalho provoca a sua natural aproximação ao direito substantivo. Logo, na análise de um dos temas mais importantes do direito processual, consubstanciado no ônus da prova, será de extrema importância não se olvidar dos princípios do direito material do trabalho.

O ônus probante, aplicado nas hipóteses de ausência de provas, que faz com que o julgador tenha o dever de imputar a derrota da demanda à parte que tinha o encargo de provar e não provou, tem como premissa básica as regras dispostas no artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e artigo 333 do Código de Processo Civil.

Porém, em face dos princípios do direito do trabalho ter o condão de criar presunções de veracidade acerca de determinados fatos, deverão, ao lado dos dispositivos legais supramencionados, ser analisados pelo magistrado para o estabelecimento do ônus da prova, a fim de verificar se a parte cumpriu com o seu encargo ou se dele não se desvencilhou.

As peculiaridades do direito do trabalho, a começar pelo nítido caráter protecionista da parte hipossuficiente da relação laboral, exigem que o processo esteja eminentemente atrelado às normas de direito material, sob pena de se estender a nítida desigualdade das partes para a esfera processual. E isso, ao

contrário de veneráveis entendimentos, é o que torna o processo do trabalho um instrumento eficaz de composição das lides.

Os princípios da proteção (*in dubio pro operario*, norma mais favorável e condição mais benéfica), da continuidade da relação de emprego, da primazia da realidade, da boa-fé e da irrenunciabilidade dos direitos estabelecem várias presunções de veracidade sobre determinados fatos que, por óbvio, condicionam o julgador a apreciá-los por ocasião do estabelecimento do ônus da prova.

A correlação do ônus da prova no processo do trabalho com os princípios basilares do direito do trabalho exige uma apreciação em conjunto dos institutos, pois esta integração é de grande valia para apurar a quem incumbe o encargo processual.

Assim, por exemplo, quando o dissídio versar sobre a existência de uma relação de emprego, o ônus da prova será atribuído ao demandado se houver a negação do vínculo empregatício, mas a admissão da prestação de serviços a outro título. Do mesmo modo, acaso o dissídio se refira a terminação do contrato de trabalho, o ônus da prova recairá ao empregador se alegar que a dispensa foi por justa causa. Nestes dois exemplos, os princípios do direito material do trabalho foram condicionantes para o estabelecimento do ônus da prova e, por isso, o julgador deverá observá-los integralmente.

Com efeito, para que haja a correta aplicação da regra processual do ônus probante, faz-se mister que seja analisado em conjunto com os aludidos princípios. Caso contrário, a reconhecida instrumentalidade do processo seria lançada por terra, uma vez que as regras processuais iriam afrontar os princípios fundamentais do direitos material, o que não se pode conceber em hipótese alguma.

BIBLIOGRAFIA

ARRUDA ALVIM. **Manual de direito processual civil – processo de conhecimento**. Vol. 2. 8 ed. São Paulo: RT, 2003.

BUZAID, Alfredo. **Do ônus da prova, in estudos de direito**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1972.

CASTRO, Rubens Ferreira de. **Algumas Considerações sobre os Princípios Gerais e o Ônus da Prova no Direito do Trabalho**. Publicada na Revista da Faculdade de Direito da UNG Vol. 1 – 1999.

CD-ROOM Juris Síntese IOB n.º 69 – janeiro/fevereiro de 2008.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13 Ed., rev. e ampl. São Paulo; Malheiros, 2008.

DUARTE, Bento Herculano. **Poderes do juiz do trabalho: direção e protecionismo processual**. São Paulo: LTr, 1999.

GIGLIO, Wagner D. **Direito processual do trabalho**. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Odonel Urbano. **Direito processual do trabalho**. São Paulo, LTr, 1999.

LEVENHAGEN, Antônio José De Souza. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 1986.

MACHADO JUNIOR, César Pereira da Silva. **O ônus da prova no processo do trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 1995.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direito do trabalho**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

PLÁ RODRIGUES, Américo. **Princípios do direito do trabalho**. Américo Plá Rodrigues: tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1998.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. vol. 1. 6 ed. São Paulo: RT, 2002.