

A (IN) ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO DO TRABALHO

Gabriela Fernandes Lima¹
Marcelo da Silva Bianchessi²
Marcio da Silva Bianchessi³
Solange Lúcia Heck Kool⁴

Resumo: O presente artigo tem por escopo o estudo da admissibilidade ou não das provas ilícitas em sede processual trabalhista, tendo em vista os princípios aplicáveis ao direito em geral, de modo a analisar a excludente de ilicitude que se configura no estado de necessidade. Para este fim, utiliza-se como fundamento a pesquisa bibliográfica, na qual buscou-se respaldo nos ramos do Direito Civil, Direito Penal, Processo Penal e Processo Civil – os quais possuem institutos que servem de parâmetro analógico para aplicação no Direito do Trabalho. O objetivo do trabalho é realizar uma análise inicial acerca da prova e da sua legalidade (ou ausência de licitude) no processo, da hipossuficiência existente na relação trabalhista e da valoração que o magistrado deverá utilizar na busca pela verdade existente na relação jurídica do trabalho. O estudo dessa temática é extremamente relevante por se tratar de tema recorrente no mundo do direito, ao qual não cabe ao operador do direito se furtar ao enfrentamento, senão entendê-lo e aplicá-lo a luz dos axiomas jurídicos.

Palavras-chave: Direito do trabalho; Processo do trabalho; Prova ilícita; Excludente de ilicitude; Estado de necessidade.

Abstract: This article has as scope the study of the admissibility or non-admissibility of the illicit evidence in procedural labor law, considering the typical principles of law in general, in order to analyze the exclusion of unlawfulness that is configured in the state of necessity. For this purpose, bibliographical research is used as a foundation, in which support was sought in Civil Law, Criminal Law, Criminal Procedure and Civil Procedure – branches of law that have institutes that serve as an analogical parameter for application in Labor Law. The purpose of the study is to carry out an initial examination of the evidence and its legality (or lack of legality) in the Labor Procedure, the hyposufficiency existing in the labor relation and the valuation that the magistrate should use in the search of the truth existing in the employment relationship. The study of this subject is extremely relevant due to its recurrence as a theme in the legal world. The law operator shouldn't evade confrontation, but to understand it and apply it in the light of legal axioms.

Keywords: Labor Law; Labor Procedure; Illicit evidence; Exclusion of unlawfulness; State of necessity.

¹ Acadêmica do 7º período do curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Endereço eletrônico: gabriela.fernandes.lima@hotmail.com

² Acadêmico do 7º período do curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Endereço eletrônico: marcelobianchessi13@gmail.com

³ Acadêmico do 7º período do curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Endereço eletrônico: marciobianchessi@gmail.com

⁴ Professora de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho da UNIVALI. Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino, UMSA de Buenos Aires/Argentina. Endereço eletrônico: skool@univali.br

Introdução

O presente artigo busca elucidar a questão “quais as possibilidades, se existentes, de cabimento de prova ilícita no âmbito do processo do trabalho?”, objetivando-se analisar o instituto das provas segundo os princípios trabalhistas, bem como os gerais de direito, alinhando-os, pela via analógica, com a disciplina dessa matéria em outros ramos jurídicos, a exemplo do Direito Constitucional, Civil, Penal, Processual Penal e Processo Civil, de modo a propiciar um contexto de análise amplo e embasado nas linhas gerais do direito, que é, em essência, uno, servindo sua divisão em “disciplinas” para fins meramente didáticos.

Em tese, surgem algumas hipóteses a serem destrinchadas no decorrer do trabalho: 1) as provas ilícitas não encontram, em nenhuma hipótese, admissibilidade no processo do trabalho; 2) as provas ilícitas podem ser utilizadas apenas pelo empregado, em face de sua hipossuficiência e dos institutos protetivos; e 3) as provas ilícitas podem ser utilizadas por qualquer das partes envolvidas na relação processual trabalhista, não sendo parâmetro de admissibilidade a hipossuficiência do empregado, uma vez que essa matéria se rege pelo princípio da isonomia.

Feita essa análise, cumpre apresentar a síntese estrutural do trabalho: no capítulo 1 – Prova ilícita – objetiva-se realizar uma introdução e conceituação acerca das prova ilícitas em um contexto geral, calcado, primordialmente, na análise da matéria sob a ótica doutrinária em sede de matéria penal, principalmente, e civil, por se tratarem de ramos que se aprofundaram nesse instituto. Ademais, foca-se também no estudo do fenômeno da exclusão da ilicitude em virtude de algumas situações, sobretudo o estado de necessidade.

No capítulo 2 – A configuração de um “estado de necessidade” em âmbito trabalhista – analisar-se-á o cabimento do instituto do estado de necessidade no direito do trabalho, em face de seu acervo principiológico.

No capítulo 3 – A (in)admissibilidade da prova ilícita no processo do trabalho e as duas faces da relação – o escopo é a análise objetiva do cabimento da prova ilícita calcada, sobretudo, no aspecto subjetivo da relação de direito material e processual do trabalho.

A importância dessa temática reside no cotejo do instituto da prova ilícita com os princípios norteadores do direito do trabalho, sendo uma problemática recorrente no mundo jurídico, à qual os operadores do direito não podem se furtar ao enfrentamento da questão. Dessa forma, se visa trazer um esboço da matéria, sem buscar o exaurimento desta, uma vez

que o direito se trata de uma ciência eminentemente humana e dialética, a qual se desenvolve e aperfeiçoa a partir do diálogo de ideias divergentes.

1 Prova ilícita

1.1 Conceito

A categoria “prova ilícita” é muito importante no universo jurídico, sendo especialmente aprofundada na seara penal, irradiando os efeitos dos estudos na área criminal às outras áreas do saber jurídico.

Na doutrina penal, costuma-se diferenciar prova ilícita da prova ilegítima, possuindo cada qual um regime e disposições legais diversas. Aquela, ferindo norma material ou constitucional, enquanto esta, para fins neste trabalho meramente didáticos, refere-se à produção probatória que atenta contra as disposições processuais. Tal distinção encontra fundamento no processo penal pois, enquanto as ilícitas devem, em regra, ser extirpadas do processo do processo (art. 157 do CPP), as ilegítimas seguem o rito das nulidades (art. 573 do CPP).⁵

Na seara privada, salutar invocar o comentário de Fredie Didier Júnior, Paula Saro Brag e Rafael Alexandria de Oliveira:

É comum na doutrina fazer-se uma contraposição entre provas ilícitas e provas ilegítimas, afirmando-se que prova ilícita é aquela obtida com violação de alguma regra de direito material, enquanto que a prova ilegítima é aquela obtida com violação de alguma regra de direito processual.

A classificação, contudo, é artificial, porque não considera que a ilicitude é categoria geral do Direito, não se referindo apenas à violação de regras de direito material, mas à violação de regras jurídicas de uma forma geral.⁶

Dessa forma, pode-se conceituar a prova ilícita como aquela produzida ferindo norma de direito, portanto, à revelia do direito, sendo, por conseguinte, proibida no processo.

1.2 Disciplina constitucional e justrabalhista

⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 623-625.

⁶ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Saro; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. vol. II. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 96.

A vedação da prova ilícita nos processos em geral é consagrada constitucionalmente como garantia fundamental insculpida no artigo 5º, inciso LVI, da CRFB/88, que assim dispõe: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.⁷

No mais, a Constituição não a conceitua nem expressa exceções, de modo que se incumbiu às leis infraconstitucionais, doutrina e jurisprudência o estabelecimento de critérios de aferição de (i)licitude, fundando-se na incidência de outros princípios de grande envergadura, como o da proporcionalidade e razoabilidade.

Na seara propriamente trabalhista, evidencia-se a inexistência de disposição legal acerca da vedação do conjunto probatório ilícito. Contudo, aplica-se subsidiariamente o direito processual civil comum ao processo do trabalho.

Nesse diapasão, haure-se dos ensinamentos de Mauro Schiavi:

A proibição constitucional da produção de provas por meios ilícitos constitui direito fundamental, não só para assegurar os direitos fundamentais do cidadão, mas também para garantia do devido processo legal e dignidade do processo. Mesmo na vigência da Constituição anterior, a doutrina e a jurisprudência já pugnavam pela vedação da prova por meio ilícito (art. 369 do CPC). Por ser uma norma pertinente à Teoria Geral do Direito, aplica-se a todos os ramos do processo, inclusive ao Direito Processual Trabalhista.⁸

Conforme explicitado anteriormente, a doutrina que mais estruturou o instituto da prova ilícita foi a doutrina penal. Nesse âmbito, concebe-se a “teoria dos frutos da árvore envenenada” (*The fruit of the poisonous tree*), a qual prescreve que a prova ilícita contamina todas as provas que dela decorram. Tal construção encontra-se conceituada no parágrafo primeiro do artigo 157 do CPP, dispondo que “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”⁹, sendo analogicamente aplicável aos demais ramos jurídicos.

Acerca do tema, contempla Renato Brasileiro de Lima que

De nada adianta dizer que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos se essa ilicitude também não se estender às provas que dela derivam. Com efeito, a admissibilidade no processo de provas ilicitamente derivadas poderia servir de expediente para contornar a vedação probatória do art 5º, LVI, da Constituição Federal, isto é, as partes poderiam sentir-se encorajadas a recorrer a expedientes

⁷ BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 set. 2018.

⁸ SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 101.

⁹ BRASIL. **Código de processo penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 23 set. 2018.

ilícitos com o objetivo de se servir de elementos de prova até então inatingíveis pelas vias legais.¹⁰

Nesse diapasão, as chamadas provas ilícitas por derivação também se configuram incabíveis no processo, posto que ocasionariam a violação de importantes preceitos constitucionais.

1.3 Excludentes de ilicitude

Nesta senda, cumpre consignar que não se trata de relativização da vedação às provas ilícitas, mas meros mecanismos de exclusão da ilicitude no plano concreto. Em suma, embora a prova seja permeada de ilicitude no plano abstrato da norma – ou seja, fira algum preceito jurídico – subtrair-se-ia a ilicitude pela incidência da excludente, tornando-se lícita a prova no plano concreto.

Na seara penal, as excludentes encontram-se disciplinadas no artigo 23 do Código Penal¹¹, que prevê a exclusão da ilicitude do fato quando praticado “I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa e; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”.

Da mesma forma, em sede civil, encontram-se disciplinadas no artigo 188 do Código Civil¹², o qual não considera ato ilícito “I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente”. A última equivale, conceitualmente, ao estado de necessidade.

Notadamente por inexistir prescrições justralhistas de excludentes de ilicitude, constitui-se válida a aplicação analógica desses institutos.

Por uma questão de economia e especificidade do presente trabalho, focar-se-á no instituto do estado de necessidade.

1.3.1 Estado de necessidade

¹⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 625.

¹¹ BRASIL. **Código penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 23 set. 2018.

¹² BRASIL. **Código civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 23 set. 2018.

O estado de necessidade, embora apresente peculiaridades e características próprias tanto na seara penal quanto em sua variante civil, de maneira geral, “[...] consiste na situação de agressão a um direito alheio, de valor jurídico igual ou inferior àquele que se pretende proteger, para remover perigo iminente, quando as circunstâncias do fato não autorizarem outra forma de atuação.”¹³ Ainda nesse diapasão, o perigo não pode ter sido causado pelo próprio agente, de modo que, em suma,

[...] existem dois ou mais bens jurídicos postos em perigo, de modo que a preservação de um depende da destruição dos demais. Como o agente não criou a situação de ameaça, pode escolher, dentro de um critério de razoabilidade ditado pelo senso comum, qual deve ser salvo.¹⁴

A conduta deve, portanto, pautar-se de modo razoável, não excedendo os limites impostos pelo princípio da proporcionalidade, mesmo que aferível sob a ótica do senso comum. Nesse sentido, traz-se à baila o *caput* do artigo 24 do Código Penal, que conceitua esse instituto: “considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, **cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se**”¹⁵ (sem grifos no original).

Corroborando com esse entendimento, situa-se o parágrafo único do artigo 188 do Código Civil, preceituando que no caso de estado de necessidade, “[...] o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo”.¹⁶

Nesse sentido, ensina Rogério Greco que

Figurativamente, seria como se o ordenamento jurídico colocasse os bens em conflito, cada qual em um dos pratos de uma balança. Ambos estão por ele protegidos. Contudo, em determinadas situações, somente um deles prevalecerá em detrimento do outro.

Quando os bens estão acondicionados nos pratos dessa "balança", inicia-se a verificação da prevalência de um sobre o outro. Surge como norteador do estado de necessidade o *princípio da ponderação dos bens*. Vários bens em confronto são colocados nessa balança, a exemplo da vida e do patrimônio. A partir daí, começaremos a avaliá-los, a fim de determinar a sua preponderância, ou mesmo a sua igualdade de tratamento, quando tiverem o mesmo valor jurídico.¹⁷ (grifos do autor)

¹³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral. 16. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 502.

¹⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 299.

¹⁵ BRASIL. **Código penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 23 set. 2018.

¹⁶ BRASIL. **Código civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 23 set. 2018.

¹⁷ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 377.

Diante da importância do instituto e das construções doutrinárias e jurisprudenciais, Cristiano Chaves e Nelson Rosendal disseminam como elementos do estado de necessidade: “[...] (i) perigo atual ou iminente; (ii) causado por outrem; (iii) inevitabilidade de conduta diversa; (iv) preservação de um direito próprio, existencial ou patrimonial; (v) inexistência de dever jurídico de enfrentar o perigo.”¹⁸

2 A configuração de um “estado de necessidade” em âmbito trabalhista

2.1 A importância do salário

Salutar, antes de adentrar ao modelo axiológico trabalhista, que se analise o caráter e posição jurídica da verba trabalhista de maior envergadura: o salário.

2.1.1 Conceito de salário

O salário, em âmbito just trabalhista, constitui talvez o mais significativo conceito, pois intrínseco à relação empregatícia, subsumindo-se à onerosidade inscrita no conceito de empregado, insculpido no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Destarte, pode ser conceituado como

[...] toda contraprestação ou vantagem em pecúnia ou em utilidade devida e paga diretamente pelo empregador ao empregado, em virtude do contrato de trabalho. É o pagamento direto feito pelo empregador ao empregado pelos serviços prestados, pelo tempo à disposição ou quando a lei assim o determinar (aviso prévio não trabalhado, 15 primeiros dias da doença etc.).¹⁹

No atinente à onerosidade característica da relação trabalhista, traz-se à lume o elucidador comentário de Maurício Godinho Delgado, a seguir transcrito:

A onerosidade consiste em um dos elementos fático-jurídicos componentes da relação empregatícia. Ela se manifesta no contrato de trabalho por meio do recebimento pelo empregado de um conjunto de parcelas econômicas retributivas da prestação de serviços ou, mesmo, da simples existência da relação de emprego. Trata-se de parcelas que evidenciam que a relação jurídica de trabalho formou-se com intuito oneroso por parte do empregado, com *intuito contraprestativo*, com a intenção obreira de receber retribuição econômica em virtude da relação laboral estabelecida. A esse conjunto de

¹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. Vol. 1. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 580.

¹⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 14. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 740.

parcelas retributivas conferem-se, regra geral, os epítetos de *remuneração* ou de *salário*.²⁰

Embora haja distinção técnica entre remuneração e salário propriamente dito, insta mencionar que, para efeitos do estudo a que se propõe, não merece maiores digressões acerca dessa diferenciação, limitando-se à conceituação das verbas salariais *lato sensu*. A maior relevância aqui dada ao salário se explica por este se caracterizar, junto ao próprio trabalho em sua concepção mais estrita, o núcleo e o cerne da relação de emprego, conforme esclarece Maurício Godinho Delgado:

A figura do *salário* divide com o próprio *trabalho* o magnetismo maior existente na relação empregatícia. O salário, como se sabe, constitui a parcela central devida ao trabalhador no contexto da relação de emprego, afirmando-se ainda, historicamente, como um dos temas principais e mais recorrentes das lutas obreiras ao longo dos últimos dois séculos. Todos esses aspectos conferiram-lhe um caráter emblemático, simbólico, carregado de carisma na cultura ocidental desse período.²¹

O salário, portanto, esculpe-se como um dos grandes motores da relação empregatícia, sobretudo por sua função social e seu caráter alimentar.

2.1.2 Natureza alimentar

O salário, no seu cerne, ostenta um caráter alimentar essencial, o qual, conceitualmente, se expande, abrigando, além da alimentação, todas as necessidades básicas e vitais do ser humano. Nesse norte, assevera Maurício Godinho Delgado:

O *caráter alimentar* do salário deriva do papel socioeconômico que a parcela cumpre, sob a ótica do trabalhador. O salário atende, regra geral, a um universo de necessidades pessoais e essenciais do indivíduo e de sua família.

A ordem jurídica não distingue entre níveis de valor salarial para caracterizar a verba como de natureza alimentícia. A configuração hoje deferida à figura é unitária, não importando, assim, o fato de ser (ou não), na prática, efetivamente dirigida, em sua totalidade ou fração mais relevante, as necessidades estritamente pessoais do trabalhador e sua família.²²

Nesse diapasão, cumpre trazer à lume a disposição do art. 7º, inciso IV da Magna Carta, no qual se explicita o viés existencial que permeia o conceito de salário, o qual prescreve que o salário mínimo deva ser capaz de “[...] atender a suas necessidades vitais básicas e as de sua

²⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 758.

²¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 764.

²² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 788.

família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com ajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo [...]”²³

Assim, a natureza alimentar do salário se manifesta intrinsecamente ligado à “teoria do mínimo existencial”, de cunho eminentemente constitucional, a qual o STF assim conceituou:

[...] A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV).²⁴

Insta salientar que a sistemática constitucional, em especial fulcrada no princípio da dignidade da pessoa humana, confere inegável caráter alimentar às verbas salariais. Não obstante, há expressa prescrição constitucional acerca dessa característica, insculpida no parágrafo primeiro do art. 100 da Lei Maior, que trata da ordem de pagamento dos precatórios, assim dispondo:

Art. 100 [...]

§1º **Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrente de salários**, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado [...].²⁵
(sem grifos no original)

Em suma, o deferimento do caráter alimentar a uma verba reflete o grau de importância no que tange à garantia ao mínimo existencial de seu destinatário, com forte amparo em um dos princípios de maior envergadura no ordenamento jurídico vigente, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

2.2 Do fundamento axiológico justralhista

²³ BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 set. 2018.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 639337 AgR**. Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000179240&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 23 set. 2018.

²⁵ BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 set. 2018.

Na forma como descrito anteriormente, para a configuração do estado de necessidade, por ser de sua intrínseca essência, depende da proporcionalidade entre os interesses/bens jurídicos que se contrapõe na relação discutida. Em suma, prevalecerá, como ato lícito, se, diante do caso concreto, for razoável a destruição de um direito em face de outro, de maior grandeza.

Nesse espeque, insta verificar essa relação, em especial a produção probatória, sob as nuances justralhistas.

Assim, o Direito do Trabalho se caracteriza, precipuamente, por ser o arcabouço jurídico de princípios e regras finalisticamente orientadas para a proteção do trabalhador, enquanto hipossuficiente técnico e econômico em face da classe patronal, na relação empregatícia – relação desigual por natureza.

Não obstante, se funda, axiologicamente, sob o macroprincípio trabalhista da proteção e sob sua batuta deve se pautar a análise da configuração do “estado de necessidade trabalhista”.

2.2.1 Princípio da proteção

Como informado, trata-se do macroprincípio de maior abrangência e aquele que representa o cerne do direito trabalhista.

Nessa linha, anota Alice Monteiro de Barros²⁶ que “[...] seu propósito consiste em tentar corrigir desigualdades, criando uma **superioridade jurídica em favor do empregado**, diante da sua condição de hipossuficiente” (grifos nossos).

Corroborando, assevera Maurício Godinho Delgado²⁷, mencionando o jurista uruguaio Plá Rodriguez, que esse princípio se apresenta sob três dimensões: o princípio *in dubio pro operario*, o princípio da norma mais favorável e o princípio da condição mais favorável.

Nesta senda, esclarece o referido autor que o princípio da norma mais favorável revela a obrigação do operador do direito trabalhista de optar pela norma mais favorável ao obreiro na produção da norma (função informadora), no confronto entre normas (função hierarquizante) e na interpretação da norma posta (função interpretativa).

²⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 10.ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 122.

²⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 202-203.

Já o princípio da condição mais benéfica, conforme ensinamentos de Maurício Godinho Delgado²⁸ citando Plá Rodriguez, refere-se à garantia de preservação da cláusula contratual – e não à norma – mais favorável ao trabalhador.

Em momento oportuno analisar-se-á o princípio *in dubio pro operario*.

Diante do exposto, verifica-se que, em sede trabalhista, os direitos de maior resguardo são os do trabalhador, em face desse arcabouço jurídico protetivo, cabendo, pelo critério da proporcionalidade, a configuração do estado de necessidade como excludente de ilicitude.

3 A (in)admissibilidade da prova ilícita no processo do trabalho e as duas faces da relação

3.1 Quanto ao empregado

Em face do apresentado, verifica-se a aplicabilidade da exclusão da ilicitude pelo estado de necessidade das provas ilicitamente produzidas pelo empregado para defesa de um direito trabalhista reconhecido, desde que presente a proporcionalidade desse direito pleiteado em face da violação jurídica para produção probatória, uma vez que tais direitos, como o salário, detêm característica alimentar e existencial.

Neste norte, há, ainda, a incidência do princípio norteador do direito do trabalho intitulado de “primazia da realidade”, o qual “[...] significa que as relações jurídico-trabalhistas se definem pela situação de fato, isto é, pela forma como se realizou a prestação de serviços, pouco importando o nome que lhes foi atribuído pelas partes. Despreza-se a ficção jurídica”²⁹.

Dessarte, prepondera a primazia da realidade, assim, desde que resguardada a proporcionalidade, não se impõe óbice à aceitação de prova aparentemente maculada de ilicitude – por incidir o estado de necessidade como exclusão de ilícito.

No tangente ao empregado, um conjunto jurídico protetivo o garante na defesa de seus direitos de cunho trabalhista.

3.2 Quanto ao empregador

Mesma atenção protetiva não assiste ao empregador, até por uma questão de interesse: ao passo em que o empregado, em regra, depende do seu salário para sobreviver – por isso

²⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 205.

²⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 10.ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 125.

detendo as supramencionadas características – o interesse do empregador se restringe meramente à seara econômico-financeira.

Dessa forma, seu interesse não pode preponderar sobre o interesse do obreiro, a fim de se constituir o estado de necessidade apto a ensejar a admissibilidade de prova ilícita em seu favor, porque dissonante do mandamento principiológico da proporcionalidade.

Para além dessa análise, o empregador é o polo presumivelmente hipersuficiente da relação de trabalho, detendo capacidade econômica e técnica superiores ao do obreiro.

Neste diapasão, lhe incumbe, no tocante à produção probatória – não ao ônus da prova – a produção satisfatória e lícita da prova de seus interesses, se caracterizando, em uma análise mais profunda e axiológica, como um dos desdobramentos do princípio da alteridade, característica essencial do empregador inculpada no artigo 2º da CLT, uma vez que este assume os riscos inerentes à atividade econômica.

Quanto à alteridade, assevera Maurício Godinho Delgado que

A característica da *assunção dos riscos do empreendimento ou do trabalho* consiste na circunstância de impor a ordem justralhista a exclusiva responsabilidade do empregador, em contraponto aos interesses obreiros oriundos do contrato pactuado, os ônus decorrentes de sua atividade empresarial ou até mesmo do contrato empregatício celebrado. Por tal característica, em suma, o empregador assume os riscos da empresa, do estabelecimento e do próprio contrato de trabalho e sua execução.

A presente característica e também conhecida pela denominação alteridade (*alter*: outro; – *i* – ; *dade*: qualidade – isto é, qualidade do outro ou que esta no outro). Sugere a expressão que o contrato de trabalho transfere a uma única das partes todos os riscos a ele inerentes e sobre ele incidentes: os riscos do empreendimento empresarial e os derivados do próprio trabalho prestado.³⁰

Desse modo, não pode subsistir a exclusão de ilicitude pelo estado de necessidade em favor do empregador.

Conclusão

Ante ao exposto, constata-se a aplicabilidade do instituto do estado de necessidade como excludente de ilicitude na produção probatória trabalhista, restando tal possibilidade adstrita ao trabalhador, em face do acervo protetivo de que se serve o obreiro em sede trabalhista – a *contrario sensu*, não assiste ao empregador tal prerrogativa, em face de sua hipersuficiência.

³⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 434-435.

É de se consignar que, em se tratando de estado de necessidade processual, não há distribuição diversa do *onus probandi*, mas tão somente a exclusão da aparente ilicitude da prova, ressalvado, por questões óbvias, a prevalência do princípio da proporcionalidade na configuração da excludente.

O objetivo central do presente estudo alcançou, em parte, seu intento – averiguar a admissibilidade de provas (aparentemente) ilícitas no processo do trabalho – esbarrando, todavia, na ampla gama de entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, os quais, de importância singular a menção, não se buscou desmerecer, senão contribuir à discussão do tema em nível acadêmico – tendo em vista o caráter de ciência eminentemente social inerente ao direito, o qual não se restringe à dogmas inquestionáveis, mas se engrandece a partir da dialeticidade da discussão de seus institutos.

No mais, esse artigo não buscou exaurir o tema da admissibilidade da prova ilícita, sugerindo-se o aprofundamento das teorias à temática pertinente, sobretudo no direito comparado, bem como o estudo das demais excludentes de ilicitude afeitas ao direito trabalhista.

LIMA, Gabriela Fernandes. BIANCHESSI, Marcelo da Silva. BIANCHESSI, Marcio da Silva. KOOL, Solange Lúcia Heck. A (in) admissibilidade das provas ilícitas no processo do trabalho. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UniOpet. Curitiba-PR. Ano XII, n. 20, jan-jun/2019. ISSN 2175-7119.

Referências bibliográficas

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 set. 2018.

_____. **Código de processo penal**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 23 set. 2018.

_____. **Código penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 23 set. 2018.

_____. **Código civil**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 23 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ARE 639337 AgR**. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000179240&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 23 set. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 14. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Saro; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. vol. II. Salvador: Jus Podivm, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. Vol. 1. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

LIMA, Gabriela Fernandes. BIANCHETTI, Marcelo da Silva. BIANCHETTI, Marcio da Silva. KOOL, Solange Lúcia Heck. A (in) admissibilidade das provas ilícitas no processo do trabalho. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UniOpet. Curitiba-PR. Ano XII, n. 20, jan-jun/2019. ISSN 2175-7119.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 16. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.