

A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA: UMA VIA CERTA À OBTENÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL TRABALHISTA PLENA

Gabriela Fonseca de Melo

RESUMO

O presente ensaio tem o propósito de demonstrar que a doutrina da flexibilização do ônus da prova no âmbito juslaboral já era utilizada desde as mudanças ocorridas, no decorrer do século XX em diante. O estudo tem o objetivo de mostrar a importância e a finalidade de sua aplicação no processo do trabalho e de comprovar não necessitar de texto legal dispendo sobre a referida doutrina; não obstante, o novel artigo 373, § 1º, do CPC/2015 tem seu valor, pois contextualiza os princípios regentes de justiça e o prisma constitucional dos direitos fundamentais, servindo de alerta aos operadores do direito que ainda insistem em olvidar da existência de casos jurídicos específicos envolvendo o empregado em desvantagem na relação jurídica trabalhista, a exemplo do que ocorreu recentemente no STF acerca da responsabilidade subsidiária em demandas envolvendo terceirização.

Palavras-Chave: Flexibilização – Ônus da prova – Princípios regentes de justiça – Direitos fundamentais – Relação jurídica trabalhista.

ABSTRACT

This essay aims to demonstrate that the doctrine of flexibility of onus of proof in the labor law has been used since the changes occurred during the 20th century onwards. The study aims to show the importance and the purpose of its application in the procedural law and to prove that it does not need the legal text for its existence;

Gabriela Fonseca de Melo

Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Pós-graduada em Direito Sistemico pela faculdade Innovare e Hellinger Schulle, Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela faculdade Mackenzie de Brasília, Graduada em Direito - UDF Centro Universitário, Servidora Pública no Tribunal Superior do Trabalho, <http://lattes.cnpq.br/3433694666596332>, e-mail: gabimelo70@yahoo.com.br e gabriela.melo@tst.jus.br.

nevertheless, the novel article 373, § 1º, CPC/2015 has its value, since it contextualizes the regent principles of justice and the constitutional prism of fundamental rights, serving as a warning to the law operators who still insist on forgetting the existence of specific cases and certain vulnerable groups, as has recently occurred in the Supreme Court about subsidiary liability in suits involving outsourcing.

Keywords: Flexibility - Burden of proof – Regulative principles of justice – Fundamental rights – Specific legal cases – Employee – Labor legal relationship – Subsidiary liability – Outsourcing.

1. INTROITO

Por meio de uma visão holística do processo do trabalho, é fácil perceber o seu espírito de promover o equilíbrio do vínculo jurídico firmado pelas partes - que já em sua origem encontra-se assimétrico -, com vistas à efetivação de uma tutela jurisdicional justa.

Entre as técnicas processuais que buscam promover tal equilíbrio, tem-se a distribuição do ônus probatório. Este passou por um longo processo evolutivo – cortando etapas históricas anteriores não menos importantes –, desde o assim chamado modelo liberal de Estado em que se concebia o indivíduo como um ser abstrato, universal, indistinto, sem discriminação na fruição de sua liberdade e tampouco era dada a devida importância às desigualdades socioeconômicas. Até esse período, aplicava-se tão somente a partição definida (ou estática) do ônus da prova, construída por Chiovenda, que tinha como pressuposto a igualdade formalmente colocada no plano jurídico, atribuindo ao autor o encargo de provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu os fatos hábeis a modificar, impedir ou extinguir o direito daquele.

Já por volta do final século XIX e início do século XX, as constituições do liberalismo sofrem um processo de decadência, em função das novas exigências sociais e dos imperativos econômicos decorrentes de conflitos armados entre países europeus. A partir daí, ocorre a passagem do Estado constitucional liberal para o Estado constitucional social, da liberdade jurídica (abstrata) para a liberdade fática (concreta) e é quando surgem os direitos intitulados de segunda dimensão – direitos econômicos, sociais e culturais.

O processo do novo Estado constitucional de direito – seja pelo enfoque dado à subordinação da lei a uma constituição rígida, seja pela importância dada às particularidades sociais dos indivíduos – não se deu do mesmo modo e ao mesmo tempo em todas as nações, até os anos 30 prevaleceu o Estado liberal e somente após 1945 (pós-guerra), houve um desenvolvimento mais efetivo em termos de pensamento jurídico voltado ao bem-estar social (*social welfare state*)¹, considerando que houve uma mutação no papel desempenhado pelo Estado-juíz, promotor responsável pela justiça, levando em consideração as condições socioeconômicas dos sujeitos do processo.

Toda essa gama de mudanças na experiência constitucional, quando se desenvolve a teoria dos direitos fundamentais, o aprimoramento da jurisdição constitucional, a função do juiz – visto agora como um personagem proativo, participativo e não mais inerte –, o controle de constitucionalidade das leis e a força normativa da constituição, vem imprimir alterações no modo de criar e operar as práticas processualísticas.

É no contexto do Estado constitucional social que o presente ensaio vem dar alcance ao tema sobre o ônus da prova pensado de forma flexível, dinâmica. Isso porque não mais é possível se conceber a análise do caso sob julgamento desvinculado das necessidades materiais ou das peculiaridades dos sujeitos do processo.

Ademais disso, o estudo em voga permite trazer o esclarecimento quanto ao entendimento, por longo tempo, sedimentado acerca da dinamização do ônus da prova na seara trabalhista. A essência do processo laboral levou a magistratura a uma tomada de consciência e de bom senso ao invocar os princípios da proteção e da aptidão para prova, com o fito de estabelecer o equilíbrio da relação jurídica no tocante à fase instrutória, e, assim, dar às partes a paridade de armas. Por isso, o presente trabalho abraça a postura de não ser necessária a aplicação do artigo 373 do CPC/2015 ao processo do trabalho em razão mesmo da sua regência principiológica firmada e que lhe concede plena autonomia.

Em realidade, o dispositivo legal mencionado, por ser norma de textura

1 Consoante Flávia Piovesan, o *social welfare rights* implica relação do Estado obrigado a garantir adequadamente as condições sociais para todos os indivíduos. Trata-se de uma construção social de responsabilidade governamental (PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 103). Segue a jurista reafirmando as palavras de David M. Trubek que a cláusula *social welfare rights* dá a ideia de proteção aos direitos relacionados ao bem-estar individual e, por isso, essa cláusula (*welfare state*) expressa o que é universal e, portanto, acolhida em todas as nações (Apud PIOVESAN. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 183-184).

aberta, cujo conteúdo mostra-se indeterminado, vem servir de aprimoramento do ordenamento jurídico processual civil, já que contextualiza os princípios constitucionais de relevo a exemplo da igualdade, da equidade, do acesso à justiça, e, até mesmo, do poder-dever de proteção do Estado-juiz. Este terá, por certo, maior mobilidade ou flexibilidade em sua atuação para as peculiaridades da causa.

Além disso, o novel dispositivo legal – diante da sua textualização clara e inequívoca – servirá também de alerta para muitos operadores do direito que, ainda, insistem em olvidar das diferenças materiais e processuais existentes em determinado grupo de sujeitos processuais, a exemplo das relações empregatícias, em especial quando se trata do ônus probatório – se é do empregado ou do empregador-tomador de serviços na terceirização, em que ainda lamentavelmente se vê divergência de entendimento no Supremo Tribunal Federal – tema a ser tratado no último capítulo do ensaio em tela.

Enfim, o novel artigo 373 do CPC/2016, ao positivar o princípio do devido processo legal substancial, vem remover a lacuna normativa e deixar bem esclarecido o fato de que há sujeitos em situação de vulnerabilidade processual e que a eles se exige um tratamento diferenciado. Aí sim reside a sua importância.

2. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA – UMA NOVIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO?

Até certo período da história, o Estado liberal legislativo concebia a lei como sendo genérica, abstrata e universal, em uma sociedade homogênea, direcionada a respeitar a liberdade que seria garantida somente se os homens fossem tratados de maneira formalmente igual, sem relevar, contudo, as desigualdades sociais. Sem se olvidar que esse foi o meio – tratar todos de forma igual - encontrado para aniquilar os privilégios desfrutados pela monarquia absolutista. Assim, a lei deveria ser aplicada da forma como se revelava, nem mais, nem menos. O aplicador do direito sequer poderia se utilizar da interpretação da norma para considerar essas diferenças sociais, ficava adstrito à sua textura².

Nesse sentido, as normas processuais eram vislumbradas a partir dessa

2 MELO, Gabriela Fonseca de. *A necessidade de se mitigar o duplo grau de jurisdição em prol da plena efetividade do direito fundamental à tutela jurisdicional*. Porto Alegre: Revista Brasileira de Direitos Humanos. LEX MAGISTER, v.13, abr.-jun. 2015, p. 78.

concepção de igualdade formal, em que os indivíduos eram tratados de forma igualitária, sem imprimir a eles qualquer tipo de discriminação que pudesse se conformar com a situação concreta, com as necessidades materiais de cada qual. Concebia-se a igualdade à luz estrita da lei. O juiz era apenas *la bouche de la loi* (a boca da lei)³.

A doutrina da distribuição do ônus da prova prevalecente foi a estabelecida por Chiovenda, a qual seguia a diretriz formal da igualdade. Dizia o mestre italiano que:

(...) deve respeitar-se a igualdade das partes no processo, daí resulta que o encargo de afirmar e provar se distribui entre as partes, no sentido de deixar-se à iniciativa de cada uma delas fazer valer os fatos que ela pretende considerados pelo juiz, ou em outros termos, que tem interesse em que sejam por ele considerados como verdadeiros (...)⁴.

Sobre a doutrina da distribuição do ônus da prova, Chiovenda explica que:

Somente quando o autor trazer provas idôneas para demonstrar a existência do fato constitutivo de seu direito, tem o réu de diligenciar, de seu lado, a sua prova. Mas, isto a seu turno pode ocorrer com dois propósitos: a) ou o réu tende somente, como já dissemos, a provar fatos que provam a inexistência do fato provado pelo autor, de modo direto ou indireto (e dizem-se motivos) e temos aí a simples prova

3 Nesse ponto, lembra Daniel Mitidiero que "(...) a experiência francesa oriunda da Revolução concebia os juízes como seres inanimados, que exerciam um poder em realidade inexistente (...) partia-se do pressuposto que a interpretação judicial era meramente declaratória de uma norma preexistente (...), consistente na loi écrite no francês – e de que a sua aplicação resolvia-se em um juízo meramente lógico-dedutivo (...)" (MITIDIERO, Daniel. Precedentes da persuasão à vinculação. São Paulo: RT, 2016, p. 24-25).

4 CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002, v. 2, p. 448. "Frequentemente, no caso concreto, sente-se a oportunidade de atribuir o ônus da prova a uma das partes, enquanto seria difícil formular uma razão geral para fazê-lo. Não é possível dizer a priori que a repartição da prova seja rigorosamente lógica e justa. Pode-se, talvez, afirmar que a rigor seria justo que o autor provasse tanto a existência dos fatos constitutivos do direito, quanto a não existência dos fatos impeditivos ou extintivos. Mas essa prova seria, no mais das vezes, difícil para os fatos impeditivos, impossível para os fatos extintivos. Pretender tanto do autor equivaleria, quase sempre, a recusar-lhe, logo, a tutela jurídica. É, portanto, antes de tudo, uma razão de oportunidade que compele a repartir o ônus da prova. Mas há mais, para fazê-lo, um princípio de justiça distributiva, o princípio da igualdade das partes. No processo civil, com efeito, prevalece o princípio do dispositivo (...). E, dado que, em regra, como sabemos, às partes incumbe a tarefa de preparar o material de cognição, de alegar e provar ao juiz aquilo que pretendem que ele tome em consideração; dado que o juiz, em regra, não pode ter em conta circunstâncias que não ressaltem dos autos (...)" (Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. Op. cit., v. 2, p. 448)

contrária ou contraprova; b) ou o réu, sem excluir o fato provado pelo autor, afirma e prova um outro que lhe elide os efeitos jurídicos, e aí temos a verdadeira prova do réu, a prova da exceção⁵.

E, assim, construiu-se a disciplina da distribuição estática do ônus probatório que prevaleceu até que, a partir das mudanças e exigências sociais e do modelo constitucional rígido de conformação, o Estado constitucional legislativo e jurisdicional compreendessem que tal doutrina vista e aplicada dessa forma era insuficiente para atender e tutelar efetivamente e de forma justa os diversos direitos, os quais exigiam a análise discriminada da circunstância factual de cada caso concreto. Foi a partir da formulação da concepção de um Estado social proativo, imbuído de seu poder-dever legislativo e jurisdicional, autorizado constitucionalmente, que se pôde utilizar da faculdade de ser, ao mesmo tempo, criador e aplicador de normas, considerando as particularidades materiais da espécie *in concreto* e sem se desviar, por óbvio, do texto constitucional.

Entretanto, até certo momento histórico, não havia tal direção e a partição era mesmo estática, observando tão somente uma igualdade formal entre os litigantes. Essa visão estreita acerca da distribuição do ônus probatório perdurou, tratando-se de regulação do processo civil brasileiro, até a vigência do Código de Processo Civil de 1973, apesar de toda a mutação ocorrida com o Estado constitucional, desde o final do século XIX⁶.

A despeito de a normatização da dinâmica do ônus da prova ter sido procedida somente em 2015, os patronos causídicos, mais sintonizados com a nova estrutura

5 Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. Op. cit., v. 2, p. 449.

6 Quanto a essa passagem, eis o que Ovídio Baptista da Silva afirma: “embora no plano político o Estado tenha ultrapassado o modelo liberal que serviu de inspiração para a rigidez dos modelos procedimentais, no plano da justiça ainda se crê que o minucioso rigor formal maximiza a segurança processual e a certeza nos julgamentos” (Apud GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Flexibilização procedimental. São Paulo: Atlas, 2008, p. 85). Percebe-se que a justificativa para manter o exacerbado formalismo processual reside no receio de se perder a segurança jurídica e a previsibilidade; por isso, conforme Gajardoni, muitos operadores do direito prendiam-se na ilusão de que para se ter segurança jurídica e previsibilidade, seria necessário recorrer à legalidade e à rigidez formal do procedimento, a fim de que o Estado realizasse o escopo da justiça. E era nessa direção que muitos juristas se pautavam, a exemplo do jurista alemão Karl Engisch quando registra, em seu livro, “A ideia de concretização no direito e nas ciências jurídicas”, em 1953, que “a fim de evitar o arbítrio judicial e garantir e assegurar a liberdade civil, as leis deveriam determinar-se de tal maneira a vincularem univocamente o juiz. Uma indeterminação da lei que permitisse ao juiz converter-se em criador do direito, em legislador, seria contraditória à luz da teoria da divisão dos poderes” (Apud GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Op. cit., p. 83).

social de Estado, já a concebiam e lutavam para que fosse de fato concretizada, tendo em vista as inegáveis mudanças em torno da sociedade, o que os levavam a preparar peças processuais bem mais elaboradas, com um viés humanista, fomentando, de certa maneira, uma gradativa diluição do excessivo formalismo processual⁷.

O estudo acadêmico⁸, envolto a essa nova linha de pensamento acerca de imprimir maior maleabilidade ao sistema processual, foi tomando força e diversos magistrados vanguardistas, até que se positivasse uma norma tratando das diferentes posições jurídicas dos litigantes e como tratá-las, aplicavam os princípios gerais de justiça⁹, com o fim de buscar realmente uma tutela efetiva e justa. Isso significa que

7 Há notícia de que “o formalismo do processo canônico, que foi incorporado pelos tribunais régios no século XII, foi combatido pela própria Igreja no século XIV, no primeiro movimento registrado de flexibilização formal da história. Duas bulas do Papa Clemente V (*Saepe contingit* e *Dispendiosam*), no século XIV, propunham a substituição do processo canônico tradicional (o *solenis ordo judiciorum*) por um processo menos formal, mais flexível (Apud GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Op. cit., p.78). No Brasil, o jurista baiano José Joaquim Calmon de Passos seguia a trilha rígida da legalidade da forma impondo-a como “solução universal, estando na lei, e somente nela, toda a ordenação da atividade a ser desenvolvida para que o Estado realize os seus fins de justiça” (Apud GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Op. cit., p. 83).

8 Giuseppe Chiovenda toma um passo importante na academia processual quando lança, em sua obra “Principios de derecho procesal civil”, escrito em 1934-1937, a questão de se definir “se as normas devem ser determinadas pela lei ou se devem deixar determinar pelo juiz em cada caso, segundo as exigências do momento. Na maior parte das leis prevalece o primeiro sistema como o que mais garantias oferece aos litigantes. Certamente, a extensão dos poderes do juiz no tocante à forma é um meio poderoso de simplificação processual (...), mas não é possível senão em proporção da confiança que, em determinado momento, inspira aos cidadãos confiança no sistema judicial” (Apud GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Op. cit., p.78).

9 Note-se que, no Brasil, foi de muita importância a edição do Código de Processo Civil de 1939 e a Lei de Introdução do Código Civil de 1942, pois, respectivamente, os seus artigos 114 e 4º serviram de subsídio para o magistrado, diante da insuficiência processual legislativa, utilizar-se da equidade, da analogia, dos costumes e dos princípios gerais – fontes subsidiárias dedicadas a todos os ramos jurídicos nos casos omissos da lei. Caio Mário, ao abordar sobre os princípios gerais, explica que “o aplicador investiga o pensamento mais alto da cultura jurídica, juntamente com a fixação da orientação geral do ordenamento jurídico, e os traz ao caso concreto (...) Todo direito observa linhas de orientação genérica, premissas implícitas a que o legislador se sujeita, como sejam, as tendências democráticas ou totalitárias, a realização de uma economia capitalista ou socialista, a dados morais essenciais, com a infra-estrutura cristã ou marxista. Descendo ao exame, encontram-se princípios dominantes em certos ramos do direito, como a proteção ao empregado no direito do trabalho ou a flexibilidade do crédito no direito mercantil. A invocação dos princípios gerais de direito faz apelo às inspirações mais altas da humanidade civilizada, e joga com aquelas regras incorporadas ao patrimônio cultural e jurídico da nação, permitindo ao juiz suprir a deficiência legislativa com a adoção de um cânon que o legislador não chegou a ditar sob a forma de preceito, mas que se contém imanente no espírito do sistema jurídico. (...)”. O mestre civilista se debruça ainda mais ao tratar dos princípios gerais de direito, por sua própria importância, e assevera que eles “exigem do juiz um manuseio com instrumentos abstratos e complexos e requerem um trato com ideias de maior teor cultural do que os preceitos singelos de aplicação quotidiana”, acredita, então, que o operador do direito, tendo em vista a generalização dos princípios jurídicos, coloca a equidade como uma “idéia de amenização do rigor da lei. Equiparada ou aproximada ao conceito de justiça ideal, a equidade impede que o rigor dos preceitos se converta em

muitos juízes já não aplicavam a letra da lei pura e simples, como outrora se fizera¹⁰. Em decorrência disso, certamente surgiriam os entendimentos divergentes das cortes superiores e supremas no que toca à partição da carga probatória.

Eis que surge o Código de Defesa do Consumidor, publicado em 1990. Concebeu o processo pensado de maneira vinculada às posições jurídicas das partes e ao direito material, como se pode ver em seu artigo 6º, item VIII, *verbis*:

(...) a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

E, assim, muitos aplicadores de diversos ramos jurídicos começaram a adotar, ainda que subsidiariamente, o referido dispositivo legal, como forma de assegurar o direito material tutelado, ao suprir uma lacuna – do ponto de vista dos que entendiam haver necessidade de uma norma que tratasse do assunto – que vigorava até se editar o novel Código de Processo Civil de 16.3.2015.

Adentrando-se na seara trabalhista, sabe-se que a partir da institucionalização ou oficialização do Direito do Trabalho (e, seguidamente, do processo trabalhista) - produto típico do século XIX, quando se deu toda a mudança necessária à formação

.....
atentado ao próprio direito (...) Nesse sentido, é a justiça do caso dado, pela qual se aplica o direito de forma a satisfazer às necessidades sociais. (...) No direito moderno, às vezes o legislador, querendo evitar o casuísmo, admite que o juiz profira a sua decisão à vista da espécie, e assim faça a justiça que o caso concreto reclama. É por aí que a noção de equidade se avizinha da justiça pura, afeiçoando a decisão à norma não elaborada, mas presente na consciência do julgador. Em tais circunstâncias este fica investido da faculdade de aplicar a norma que estabeleceria se fosse legislador (Cód. De Proc. Civil de 1939, art. 114) (...)” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 54-57).

10 Aqui merece destaque a abordagem feita por Piero Calamandrei, quando escreveu a obra clássica Instituições de Direito Processual Civil, em 1943, sobre a posição do juiz frente a um caso em que não existe lei tratando da hipótese factual: “Em um ordenamento em que predomine o método da formulação do direito para o caso individual, o juiz, no momento em que é chamado a fazer justiça a respeito de uma relação concretamente controvertida, não encontra diante de si uma norma pré-constituída, da qual possa logicamente deduzir, de forma individualizada e concreta, o mandado já potencialmente contido na vontade abstratamente manifestada pelo legislador. Nesse sistema o juiz, não podendo buscar os critérios de sua decisão na lei, que não existe, deve extraí-los diretamente de sua consciência ou, como também se diz, de seu sentimento de equidade natural. Mas isto não significa que o juiz aqui seja livre para decidir segundo seu capricho individual; significa apenas que, nesta hipótese, o juiz confia a si próprio a tarefa de buscar caso por caso a solução que melhor corresponda aos conceitos morais e econômicos predominantes na sociedade em que vive atualmente, e o de ser, por conseguinte, o intérprete fiel das correntes históricas de seu tempo. Compreende-se facilmente que, em semelhante ordenamento, a função do juiz é, sobretudo, uma função de criação do direito” (CALAMANDREI, Piero. Instituições de direito processual civil. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003. v. 1. p. 105).

do trabalho livre, mas subordinado, e uma nova concepção sócio-político-econômica e jurídica¹¹ – iniciado logo após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918) – cujos marcos são a Constituição de Weimar e a criação da OIT, em 1919¹² – inaugurou-se a abordagem acerca dos princípios próprios e de suas regras normativas extremamente especializadas à busca de equilibrar os sujeitos da relação empregatícia, os quais são, por natureza, assimétricos. E daí por diante, pensa-se o Direito do Trabalho de forma a prestigiar a posição jurídica do empregado, materialmente e processualmente mais fragilizado na relação jurídica trabalhista.

Nesse passo, é possível enquadrar a aplicação da flexibilização do ônus da prova dentro da história do direito do trabalho no decorrer dessas mudanças, e, mais proximamente, no século XX em diante, quando o magistrado depara-se com situações fáticas que o levam a aplicar, entre outros princípios, os da igualdade material, de acesso à justiça, da proteção e da aptidão para a prova. No início, tal aplicação era muito incipiente, até porque a visão contratual civilista ainda possuía força suficiente para desviar a finalidade precípua do ramo juslaboral e mesmo porque, até então, a comunidade jurídica ainda estava habituada a pensar estritamente em um processo individualista – concepção liberal do contrato –, sabendo-se que se leva tempo para

11 “A fase das manifestações incipientes ou esparsas inicia-se com a expedição do Peel’s Act (1802), diploma legal inglês, voltado a fixar certas restrições à utilização do trabalho de menores. Essa fase qualifica-se pela existência de leis dirigidas tão somente a reduzir a violência brutal da superexploração empresarial sobre mulheres e menores. Leis de caráter humanitário, de construção assistemática. O espectro normativo trabalhista ainda é disperso – sem originar um ramo jurídico próprio e autônomo (...) A segunda fase do Direito do Trabalho nos países centrais caracteriza-se pela sistematização e consolidação desse ramo jurídico especializado. Estende-se de 1848 até o processo seguinte à Primeira Guerra Mundial, com a criação da OIT e a promulgação da Constituição de Weimar, ambos eventos ocorridos em 1919. O marco inicial dessa segunda fase situa-se não apenas no Manifesto Comunista (1848) como também no movimento de massas denominado cartista, na Inglaterra e, ainda, na Revolução de 1848, na França. Este último processo revolucionário, a propósito, é substantivamente criativo. É que, de fato, ele traduz a primeira grande ação coletiva sistemática dos segmentos dominados na estrutura socioeconômica da época perante a ordem institucional vigorante – agindo os trabalhadores na qualidade de sujeito coletivo típico. Combinadamente a isso, desponta a circunstância de incorporar essa revolução um estuário de reivindicações nitidamente oriundas dos trabalhadores urbanos (...)” (DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 10 ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 95-96)

12 Cumpre salientar, por oportuno, que a Constituição do México de 1917, segundo Konder Comparato, “foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos (artis. 5º e 123) (...) A Constituição de Weimar, em 1919, trilhou a mesma via da Carta mexicana, e todas as convenções aprovadas pela então recém-criada Organização Internacional do Trabalho, na Conferência de Washington do mesmo ano de 1919, regularam matérias que já constavam da Constituição mexicana: a limitação da jornada de trabalho, o desemprego, a proteção da maternidade, a idade mínima de admissão de empregados nas fábricas e o trabalho noturno dos menores na indústria”. (COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 190).

uma sociedade aderir ao novo e ser transformada.

E assim foi – até hoje é -, porque, como já foi dito, não há mais o juiz como sendo *la bouche de la loi* (a boca da lei) da época de Montesquieu, mas o juiz pensante, que se utiliza do processo intelectual para realizar os ajustes necessários ao ordenamento jurídico que não é de todo perfeito. Encontra, então, bases nos princípios de justiça e nos direitos fundamentais plasmados na Constituição, com o objetivo de adequar a lei que for aplicada ao caso concreto e o faz quando supre lacunas ou a interpreta adequadamente dando-lhe real sentido, podendo, até mesmo, se for o caso, considerá-la inconstitucional¹³.

Esse novo Estado constitucional de direito – que se descortina a partir do final da década de 40 – tem como característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida, que, como expressa Luís Roberto Barroso, constitui o pós-positivismo, porque, em termos filosóficos:

(...) busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais (...)¹⁴.

Já do ponto de vista teórico, o referido constitucionalista ensina que se reconhece a força normativa à Constituição, a sua supremacia (de inspiração americana) – que se fez presente no Brasil¹⁵ no período da década de 80 e se consolidou com a Constituição de 1988 –, expande-se a jurisdição constitucional e diversos países europeus adotam modelos próprios de controle de constitucionalidade e criam tribunais constitucionais, a exemplo da Alemanha (1951) e Itália (1956). E, por último, desenvolve-se o modelo de interpretação jurídica, porquanto o modelo tradicional pautado

13 Cf. MELO, Gabriela Fonseca de. Op. cit., p. 81.

14 SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, p. 208.

15 Conforme Barroso, no Brasil, “o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891. A denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta), destinada ao controle por via principal – abstrato e concentrado –, foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965. Nada obstante, a jurisdição expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura”, que antes era de monopólio do Procurador-Geral da República (Constituição de 1969) (Cf. Barroso, Luís Roberto. Op. Cit., p. 211)

no papel do juiz como simples aplicador da lei mediante subsunção já não satisfaz, tendo em vista que “a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo”, necessitando da análise do juiz com foco nos “fatos relevantes analisados topicamente”. Assim, este se torna um intérprete “co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis” e, diante de uma norma imbuída de conceitos indeterminados, o trabalho interpretativo do magistrado contemporâneo alcança os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação¹⁶.

Nota-se, desse modo, uma mudança de paradigma, tanto no que toca à concepção da fonte legal ou do princípio da legalidade – que antes era visto a partir de uma dimensão formal, hoje, há nele conteúdo substancial, quando se pode chamá-lo de princípio da estrita legalidade ou da legalidade substancial –, quanto à atuação do magistrado ou da jurisdição. Quer dizer: antes a lei se encontrava numa posição de superioridade em relação à Constituição, hoje, deve se subordinar a esta; antes, o juiz apenas enquadrava o caso concreto (norma fato) à norma legal em abstrato (norma tipo) ou subsunção – fruto do positivismo kelseniano, hoje, interpreta a norma jurídica e supre as suas omissões ou imperfeições¹⁷.

Ao lado disso, a nova ordem material e processual trabalhista foi tomando forma a partir da construção de princípios próprios, oriundos do estudo jurídico com olhar voltado às motivações que despontavam no plano prático das relações firmadas entre empregador e empregados. E um deles a orientar o Direito processual e material do trabalho é o princípio da proteção que tem por objetivo restabelecer o equilíbrio entre os sujeitos da relação empregatícia, a fim de se alcançar uma real e substantiva igualdade entre as partes, a partir da “compensação da desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador com uma proteção jurídica a ele favorável”¹⁸.

Nesse caminho, foi-se construindo um acervo jurídico trabalhista especial – que Jean L’Homme denominou de direito unilateral, porquanto abandonou-se o princípio da igualdade jurídica por meio de compensações e vantagens dirigidas

16 Cf. Barroso, Luís Roberto. Op. cit., p. 210-214.

17 MELO, Gabriela Fonseca de. Op. cit., p. 81.

18 RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 85.

unilateralmente a certas categorias de pessoas¹⁹ – direcionado a proteger o contratante economicamente mais débil (o trabalhador), tendo como base fundamental o atingimento da igualdade de fato ao se estabelecer um procedimento lógico de criação de desigualdades à retificação daquelas já existentes²⁰.

Desse modo, verifica-se a adoção gradativa pelo Estado legislador brasileiro do princípio da proteção ao editar normas que incluem direitos sociais do trabalhador ou asseguram certas garantias que proporcionam o equilíbrio da relação jurídica trabalhista – como se pode notar de algumas constituições republicanas, em especial da Carta Política de 1988 e da Consolidação das Leis do Trabalho de 1943.

Em realidade, o princípio da proteção veio dar sustentação ao Direito Laboral – material e instrumental –, pois conforme salienta Plá Rodriguez, “constitui um princípio geral que inspira todas as normas de Direito do Trabalho e que deve ser levado em conta na sua aplicação”²¹; portanto, é possível afirmar ser um princípio normativo²² de imperatividade moral de caráter cogente por guardar a essência do direito positivo trabalhista. Como bem frisou Arnaldo Sussekind, o caráter cogente das normas trabalhistas constitui “elemento indispensável à eficácia da maioria das normas do Direito do Trabalho”²³. Enfim, porque o princípio da proteção constitui vetor dirigente do acervo normativo trabalhista, e, portanto, razão de ser do Direito do Trabalho como um todo, não se há de negar o seu potencial cogente, que alcança toda a sociedade e, portanto, de interesse de ordem pública.

Cumprido esclarecer que o interesse público no Direito do Trabalho não equivale àquele assumido pelo Estado no Direito Administrativo, mas o interesse da sociedade. A professora Ana Virginia Moreira Gomes corroborou tal assertiva ao tratar

19 Apud RODRIGUEZ, Américo Plá. Op. cit., p. 87.

20 Apud RODRIGUEZ, Américo Plá. Op. cit., p. 85. Remissão à Couture que afirmou: “o procedimento lógico de corrigir as desigualdades é o de criar outras desigualdades” (*Algunas nociones fundamentales del Derecho Procesal del Trabajo*, no tomo “Tribunales de Trabajo”, publicado pelo Instituto de Direito do Trabalho da Universidade Nacional do Litoral, Santa Fé, 1944, p. 115).

21 Cf. RODRIGUEZ, Américo Plá. Op. cit., p. 100.

22 Robert Alexy doutrina que os princípios que os princípios e as regras constituem normas, pois “ambos dizem o que deve ser” e “podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Eles podem “ser razões para decisões, isto é, para juízos concretos de dever ser”. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 87 e 107).

23 SUSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA, João de Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr. 1997, p. 206.

do princípio da irrenunciabilidade, além de muito bem afirmar o seguinte: “Por ser o interesse social mais relevante que o de cada indivíduo isoladamente, não se aceita que a força, o vigor da norma trabalhista seja afastado por ato do empregado”²⁴, muito menos do empregador.

O princípio genérico da proteção – que, como visto, está ligado à própria razão de ser do Direito do Trabalho – manifesta-se por meio de três regras ou critérios de aplicação: regra *in dubio, pro operário*; regra da norma mais favorável e regra da condição mais benéfica. A análise do presente texto se restringirá à primeira regra, por ter relação direta com o ônus da prova.

Em sequência, a regra “*in dubio, pro operário*” constitui um critério de interpretação jurídica o qual serve àquela norma que “seja suscetível de entender-se de vários modos, deve-se preferir a interpretação favorável ao trabalhador”²⁵. Assim, busca-se, diante de vários possíveis sentidos extraídos da norma, aquele mais razoável e em conformidade com a intenção protetiva de equiparar as posições jurídicas das partes e, assim, abrandar a desigualdade material existente entre empregado e empregador.

Para a utilização desse critério interpretativo, consoante Deveali e Plá Rodriguez, é necessário obedecer a duas regras, quais sejam: a existência de uma norma e uma dúvida autêntica sobre o alcance da norma. Plá Rodriguez explica que não é o caso de criar a norma ou corrigi-la, nem de sua integração, “somente cabe utilizar esta regra quando existe uma norma e unicamente para determinar-lhe o verdadeiro sentido entre os vários possíveis”²⁶.

O autor uruguaio, à época que escreveu sobre esse princípio e sua aplicabilidade, situava-se ainda sob o manto da visão estritamente napoleônica, em que a interpretação essencialmente literal vigorava. E assim, o pensamento de afirmar que o legislador trabalhista ao criar uma norma, já prevê uma finalidade protetiva, deveria o juiz apenas obedecer aos seus ditames, não poderia criar o direito, apenas interpretar a norma a partir dessa finalidade protetora que o legislador mesmo imprimia à norma – a *ratio legis* ou o espírito da lei. Deveria sim atender de preferência

24 GOMES, Ana Virginia Moreira. Aplicação do princípio protetor no direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2001, p. 65.

25 Cf. RODRIGUEZ, Américo Plá. Op. cit., p. 107.

26 Ibidem, p. 111.

a vontade que parte do legislador, como fator de estabilidade e como forma de evitar o desvirtuamento da lei²⁷.

Por isso, somente em caso de dúvida real sobre o alcance da norma escrita, optar-se-ia, entre os vários sentidos ofertados, pelo seu verdadeiro sentido, haja vista que “a finalidade protetora leva o legislador a estender o mais possível a regulamentação tutelar com fórmulas habitualmente meditadas e amplas”, sendo:

(...) necessário entender, melhor ainda, que, se a interpretação duvidosa de uma fórmula deve ser conciliada com o fim e a economia geral da lei, uma lacuna ou um silêncio não deverão ser integrados às pressas, naquele sentido unilateral, porque não se pode excluir a possibilidade de que a lacuna desejada represente uma homenagem ao equilíbrio entre os contratantes²⁸.

Em se tratando de matéria de provas e fatos, diz o jurislaborista uruguaio que a referida regra é plenamente aplicável “em casos de autêntica dúvida para valorar o alcance ou o significado de uma prova. Não para suprir omissões, mas para apreciar adequadamente o conjunto dos elementos probatórios, tendo em conta as diversas circunstâncias do caso”, bem assim, deve se estender “à análise dos fatos já que, em geral, o trabalhador tem muito maior dificuldade do que o empregador para provar certos fatos ou trazer certos dados ou obter certas informações documentais”²⁹.

De igual maneira, a regra é utilizada para resolver o impasse acerca do ônus da prova, especialmente, por se tratar de trabalhador a exigir um tratamento especial, particularizado, tendo em vista as suas condições notórias de desvantagem material em relação ao seu patrão. Bem assim Plá Rodriguez justifica que o tratamento especial conferido ao trabalhador, no tocante ao ônus da prova, não é só por causa da patente:

(...) 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 nesse aspecto³⁰.

27 Ibidem, p. 112-113.

28 Cf. RODRIGUEZ, Américo Plá. Op. cit., p. 111.

29 Ibidem, p. 115.

30 Ibidem, p. 116.

O mestre uruguaio cita o levantamento de questões práticas importantes, no concernente à redistribuição do ônus da prova, tecidas pelo Professor Wagner Giglio no IV Congresso Ibero-Americano do Direito do Trabalho e Previdência Social:

Além das dificuldades de assessoramento jurídico e da realização de perícias, já apontadas, a prova testemunhal do trabalhador deve ser colhida de outros empregados, que por definição se encontram subordinados ao empregador, coibindo-lhes a liberdade dos depoimentos: não ignoram as testemunhas que, se suas declarações prejudicarem o patrão, correm risco de perder o emprego. Não fora suficiente, a prova documental, mais segura, raramente pode ser apresentada pelo trabalhador: subordinado às determinações de seus superiores, não tem meios de exigir comprovantes, enquanto a empresa conta com departamento de pessoal, toda uma organização contábil que mantém farta documentação. A prática evidencia que o trabalhador desconhece, regra geral, os dados mais elementares atinentes às condições em que presta serviços: cálculo do salário, montante dos descontos, número de horas extras, etc.³¹.

Nessa trilha, note-se que, até os dias atuais, essas questões vigoram, porquanto têm relação intrínseca com a ética patronal – no tocante à moral e à boa-fé objetiva³². De outra banda, existe o sentimento de medo vivenciado pelo empregado, especialmente, o medo de perder o emprego. Em realidade, essas questões se conectam com a própria estrutura interna do indivíduo como “ser” – o sujeito dotado de sentimentos e emoções e que tem o dever, numa comunidade social, de cooperar

31 Cf. RODRIGUEZ, Américo Plá. Op. cit., p. 116-117.

32 Vitor Frederico Kümpel esclarece a distinção entre boa-fé subjetiva e objetiva: “A boa-fé subjetiva, como o próprio nome diz, é uma situação interior da pessoa, um estado psicológico, em que ela crê estar agindo de forma escondeita. Na realidade, a pessoa está obrando de forma irregular e lesando direito de outrem. A boa-fé subjetiva está fundada na ignorância ou mesmo em um erro sobre a verdadeira situação jurídica. A pessoa é levada a crer na juridicidade de sua conduta (gutter Glauber). Assim, tem-se um estado psicológico de absoluta credibilidade da pessoa, que desconhece as circunstâncias do ato praticado. Esse estado psicológico serve para a aquisição de direitos. Muitos são os institutos em que se verifica a presença da boa-fé subjetiva, podendo ser destacados: a posse (arts. 1.214, 1.217 e 1.219, todos do CC); o usucapião (art. 1.242 do CC); o casamento (art. 1.561 do CC), entre várias outras hipóteses. O estado do sujeito é caracterizado como um mero desconhecimento ou ignorância de certos fatos, porém, também, como um desconhecimento sem culpa ou uma ignorância desculpável. Já a boa-fé objetiva é a padronização de comportamento, tendo por fundamento a honestidade, a fidelidade e a lealdade, exigindo dos sujeitos absoluta correção no modo de proceder. É, dessa forma, um standard, um paradigma objetivo que independe de qualquer estado psicológico. Esse padrão tem de ser seguido, para que as relações jurídicas possam chegar a um bom termo. A boa-fé objetiva, como fator de fidelidade, adquire função de norma positiva, no mesmo plano da lei e dos costumes, e tem por conteúdo a estabilidade do elemento moral. É, portanto, uma regra de comportamento ético-jurídica, tendo absoluta incidência nas relações contratuais” (KÜMPEL, Vitor Frederico. Direito Civil 3: direito dos contratos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 27-28).

se comportando dentro dos padrões do que se considere universalmente correto ou, como se extrai do texto bíblico, agir de modo a não fazer a outrem o que não desejaria que lhe fosse feito³³.

Sabe-se que o litígio, em si, afeta sobremaneira a esfera emocional do indivíduo e, muitas vezes, o que predomina é o instinto de sobrevivência e de preservação da empresa, dos negócios empresariais, especialmente, quando se é desprovido, além do senso ético, do domínio sobre as emoções, gerando comportamentos desequilibrados e que se afastam do conjunto de valores e princípios morais.

Diante disso, não se saberá, dentro de um conflito de interesses, se o empregador terá a capacidade de dominar suas “paixões” e conseguir identificar a conduta correta a ser trilhada em todo o itinerário instrutório. De fato, não é possível prever uma conduta totalmente dentro das regras da moralidade, de modo que se possa acreditar que todos os fatos e provas, ao alcance do empregador, serão de fato transmitidos ou entregues ao Poder Judiciário.

A previsibilidade do indivíduo é uma característica a qual não pode absolutamente ser esperada pelo julgador. Por outro lado, no que toca ao *modus operandi* jurisdicional, é necessário que seja ele previsível, porque assim os resultados, consequentemente, serão também imbuídos de previsibilidade. E isso acontece se for utilizado “modelos mínimos de racionalidade”³⁴. Quer dizer que:

(...) em um caso o juiz é chamado a definir o que não foi decidido pelo legislador e, no outro, tem poder para negar validade às regras legais em face da Constituição ou mesmo para conformá-las às normas constitucionais. Porém, mesmo quando tem simplesmente de aplicar uma regra, o juiz se encontra diante da necessidade de valorar e decidir ou optar, o que significa que tem que traçar, em qualquer dos casos, um raciocínio argumentativo dotado de racionalidade. Só a argumentação racional constitui justificativa aceitável [às opções decisórias]³⁵.

Daí decorre a importância de o magistrado, ao se deparar com um caso,

33 Bíblia Sagrada: Ave Maria. Livro de Tobias, 4:16. Igualmente, essa passagem sintética é extraída da reflexão imprimida por Luis Roberto Barroso quando aborda o “imperativo categórico” de Kant, no que toca a ética, a moral e o dever de se conduzir inspirado por uma máxima que possa ser convertida em lei universal (Cf. BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 300-303).

34 MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes. São Paulo: RT, 2014, p. 67.

35 Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 67-68.

cujas peculiaridades são determinantes à sua avaliação de adequação da norma a ser aplicada, atuar munido de discricionariedade e senso de justiça, em especial, com relação às normas de textura aberta, como a do artigo 373, § 1º, do CPC/2015, em que se confere ao juiz o poder de atribuir o ônus à parte que, a princípio, estaria desincumbida de provar o fato, mas que tem maior facilidade para prová-lo. Então, é previsível que o juiz, diante da notória disparidade dos meios de provas entre os sujeitos da relação jurídica, aplique – espera-se dele – a norma em conformidade com as peculiaridades e especificidades da hipótese concreta e, por consequência, colher-se-ão resultados ou efeitos também previsíveis.

Têm razão Marinoni e Arenhart, em seu novel “Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. VI”, quando asseveram que a regra do ônus da prova, ao se dirigir para ao juiz, “importa para formação do seu convencimento (...) e para sua decisão”. A primeira situação “decorre do fato de que o juiz resta convencido – ainda que da verossimilhança – ao reduzir as exigências de prova segundo as necessidades do caso concreto”. Já a segunda, regra de decisão, tem relação com a regra (estática) do ônus da prova a qual “funciona como regra de decisão quando o juiz não forma o seu convencimento ou, em outras palavras, fica em estado de dúvida”. Cabe adicionar que “se não existe dúvida, não há necessidade de aplicar a regra do ônus da prova”³⁶.

Sob o viés da temporalidade, o Ministro do TST, Carlos Alberto Reis de Paula, em sua obra, traz alguns registros que podem auxiliar a situar, mais precisamente no tempo, a linha de pensamento sobre a dinâmica do ônus da prova utilizada na seara trabalhista. Em 1943, Trueba Urbina já dizia que para a aplicação do ônus da prova e sua não inversão, é “desconhecer que la elaboracion del Derecho Procesal del Trabajo se debe a la necesidad de evitar que el litigante mas poderoso, economicamente hablando, pueda desviar y obstaculizar los fines de la justicia social”. Outrossim, em 1956, Porrás Lopez concluía da mesma forma: “la teoria de la inversión de la prueba está inspirada em altísimos principios de interés social”. Já em 1972, quando da realização do IV Congresso Ibero-Americano de Direito do Trabalho e Previdência Social, restou chancelado que:

(...) sendo a inversão do ônus da prova, em favor do empregado, uma das características do direito processual do trabalho, não se deve aplicar

36 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 369 ao 380. São Paulo: RT, 2016, v. 6. p. 233-234.

subsidiariamente, no processo do trabalho, norma do direito processual comum que amplie essa inversão contra o empregado, sobretudo no que respeita à confissão ficta, por ausência de depoimento pessoal do trabalhador³⁷.

Especificamente, no Brasil, o TST edita, em 1985, a Súmula 212 que possibilita textualmente a dinamização do ônus da prova no caso de serem negados a prestação de serviço e o despedimento, que passa a ser do empregador o ônus da prova do término do contrato de trabalho, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado³⁸.

Desde então, a mais alta Corte do Trabalho brasileira concede abertura para os magistrados interpretarem de forma flexível as normas trabalhistas e aquelas oriundas de outros ramos do direito que, de modo subsidiário, pudessem ser aplicadas ao caso concreto, pelo permissivo do artigo 769 da CLT, pautando-se sempre pelos propósitos finalísticos do Direito Processual do Trabalho e com esteio, obviamente, na Constituição Federal.

Não obstante os princípios constitucionais e trabalhistas regentes a autorizarem a flexibilização do ônus da prova no ramo trabalhista, muitos operadores juslaborais começaram a se utilizar, subsidiariamente, do artigo 6º, VIII, do CDC, por pensarem que, na falta de uma norma trabalhista sobre a inversão do ônus da prova, valer-se-iam do referido dispositivo legal, considerando ser também compatível com o Direito Processual do Trabalho. Assim também ocorrerá com a adoção do artigo 373, parágrafo primeiro, do CPC/2015 – crer-se ser uma tendência “costumeira”, talvez...

O professor Manoel Antonio Teixeira Filho sempre contestou a ideia de que existe lacuna na CLT quanto às regras da partição da prova de forma dinâmica ou estática. Reafirma, em seu compêndio “Comentários ao novo Código de Processo Civil sob a perspectiva do processo do trabalho”, que o artigo 818 da CLT é suficiente para solucionar as questões do ônus da prova em matéria trabalhista; e, no caso de o referido dispositivo legal se revelar:

37 Apud PAULA, Carlos Alberto Reis de Paula. A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2010, p. 138-139.

38 Súmula 212 do TST: Despedimento. Ônus da prova (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. 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.

(...) efetivamente insatisfatório para resolver a matéria; nem por isso, todavia, deverá o intérprete, ato contínuo, arremessar-se aos braços do CPC, buscando socorro no art. 373. Constatada que seja a insuficiência do dispositivo processual trabalhista, competirá ao julgador verificar, em concreto, quem estava apto a produzir a prova, segundo os meios e condições de que realmente dispunha, pouco importando que se trate de prova positiva ou negativa ou de que o interesse fosse desta ou daquela parte. Assim, o princípio da aptidão para a prova, a que já se referia Porras López, deve ser eleito como o principal elemento supletivo do processo do trabalho, em cujo âmbito permanecerá em estado de latência, vindo a aflorar sempre que convocado para dirimir eventuais dificuldades em matéria de ônus da prova, proscrevendo-se, em definitivo, a presença incômoda do art. 373 do CPC, que nada mais representa – em última análise – do que uma abstração da realidade prática do processo do trabalho.³⁹

Assevera, ainda, que a inversão consagrada pelo parágrafo primeiro do artigo 373 do CPC/2015 adota o princípio da aptidão para a prova já absorvida pelo processo do trabalho há anos por se ajustar ao seu espírito e disciplina bem específica.⁴⁰

O fato é que a teoria das cargas probatórias dinâmicas já há muito tempo vem sendo adotada pela comunidade juslaboral, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência dos tribunais. Isso significa dizer que a Justiça do Trabalho, desde os anos idos pós-revolucionários, sempre foi vanguardista no tratamento da dinâmica do ônus probatório, uma decorrência – evolutiva natural – da exigência cotidiana material dos vínculos empregatícios ao se perceber que o sujeito vulnerável desses vínculos é justamente o empregado.

Isso porque, no caso de omissão de regra processual ou de inexistência de técnica processual adequada ao caso concreto, o juiz já buscava demonstrar as necessidades de direito material, indicando a forma encontrada para solucionar a questão em litígio e, assim, intentava efetivar os princípios de justiça, da proteção, da igualdade material, da aptidão para a prova a partir das diferentes posições jurídicas e das condições técnicas e materiais presentes nas relações trabalhistas.

Nas palavras de Marinoni, demonstra-se que:

(...) determinada situação de direito material deve ser protegida por certo tipo de tutela jurisdicional, e, para que essa modalidade de tutela jurisdicional possa ser

39 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2015, p. 501-503.

40 Cf. TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Op. cit., p. 504.

implementada, deve ser utilizada uma precisa técnica processual.⁴¹

E, no caso do ônus da prova relacionada especificamente com o direito processual do trabalho, o magistrado encontrou suporte nos princípios processuais com respaldo na Constituição Federal para efetivar de forma justa, equânime e digna a tutela jurisdicional trabalhista a partir do enquadramento dessas diferenças e peculiaridades materiais.

Por isso que, a despeito do novel artigo 373, *caput*, § 1º, do CPC/2015, nunca houve necessidade de aguardar a existência de uma norma objetiva (*norma agendi*) à flexibilização do ônus da prova, quando a causa a exigir. Isso porque, no mundo jurídico, os princípios da justiça ou equidade, da igualdade material, e dos demais que desses decorram, servem de subsídio ao operador do direito para tratar causas que requerem tratamento diferenciado.

Nessa mesma direção, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart defendem o seguinte:

Não existe motivo para supor que a inversão do ônus da prova somente é viável quando prevista em lei. Aliás, a própria norma contida no art. 373 do CPC/2015 não precisaria estar expressamente prevista, pois decorre do bom senso ou do interesse na aplicação da norma de direito material, que requer a presença de certos pressupostos de fato, alguns de interesse daquele que postula a sua atuação e outros daquele que não deseja vê-la efetivada. Recorde-se que o ordenamento alemão não contém norma similar à do art. 373 do CPC/2015, e por isso a doutrina alemã construiu a *Normentheorie*⁴².

Decerto, em se tratando de direito laboral, não há necessidade de consagrar, no direito positivo, a dinâmica do ônus da prova, porquanto o princípio tutelar protetor orienta todo o arcabouço de normas trabalhistas, guardando a própria razão de ser do

41 Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., v. 1, p. 130.

42 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 228. Asseveram Marinoni e Arenhart: "A suposição de que a modificação do ônus da prova deveria estar expressa na lei está presa à ideia de que essa, ao limitar o poder do juiz, garantiria a liberdade das partes. Atualmente, contudo, não se deve pretender limitar o poder do juiz, mas sim controlá-lo, e isso não pode ser feito mediante uma previsão legal da conduta judicial, como se a lei pudesse dizer o que o juiz deve fazer para prestar a adequada tutela jurisdicional diante de todas as situações concretas. Como as situações de direito material são várias, deve-se procurar a justiça do caso concreto, o que repele as teses de que a lei poderia controlar o poder do juiz. Esse controle, atualmente, somente pode ser obtido mediante a imposição de uma rígida justificativa racional das decisões, que podem ser auxiliadas por regras como as da proporcionalidade e suas sb-regras". (Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 246-247).

Direito do Trabalho, que é equilibrar uma relação jurídica assimétrica. Assim, pode-se dizer que encerra, de igual modo, a ideia central flexibilizadora da norma do ônus da prova, disposta no artigo 818 da CLT.

Ademais disso, é de bom alvitre lembrar que o processo do trabalho constitui instrumento a serviço do direito do trabalho. Esta é a razão daquele existir. Como bem expressou Bartoloni Ferro: “El procedimiento no tiene uma finalidad em si; nace y vive por y para ele derecho material”⁴³.

E assim se diz haver uma imbricação essencial do princípio protetor com a dinamização do ônus probatório. Isso porque princípios como esse constituem:

(...) imperativos morais que se impuseram pelos meios indicados, a serviço de um pensamento de justiça social, para equilibrar a inferioridade contratual do trabalhador, e que hoje aparecem inclusive refletidos, por vezes, em normas legais e mesmo aludidos em preceitos constitucionais.⁴⁴

E a dinamização do ônus da prova decorre necessariamente dessa ideia fundamental de equidade.

Entretanto, isso não significa dizer que se esteja a concluir que a Justiça do Trabalho seja protecionista. Não! O que se pretende, em realidade, é buscar a neutralidade da relação jurídica trabalhista naturalmente assimétrica, a fim de que se possa alcançar uma justiça social equânime. E esse alcance só se realiza efetivamente quando se faz uma interpretação teleológica das normas com o espírito do direito substancial e processual do trabalho.

Apesar de todo o avançado processo intelectual acerca da argumentação principiológica constitucional e trabalhista como forma de justificar a dinamização do ônus probatório e buscar uma tutela jurisdicional justa a partir das necessidades fáticas do caso concreto, o novel artigo 373, § 1º, do CPC/2015 tem importância, pois veio contextualizar os princípios que permitem a aplicação da dinâmica do *onus probandi*, a partir das necessidades materiais de cada caso concreto, direcionada a todos os ramos jurídicos.

O legislador, sabendo da ausência de uniformidade nas relações jurídicas, trouxe à baila uma norma contendo institutos principiológicos fundamentais, cujos

43 Apud TEXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Op. cit., p. 505.

44 Apud RODRIGUEZ, Plá. Op. cit., p. 104.

conceitos são abertos e indeterminados, com o intuito de promover o direito a um processo justo compreendido à luz da Constituição Federal e, por consequência, uma decisão justa.

Pode-se dizer que o legislador agiu bem, pois o seu dever de igualizar na criação do direito não significa, nas lições de Alexy, que ele:

(...) tenha que inserir todos nas mesmas posições jurídicas, nem que ele tenha a responsabilidade de que todos tenham as mesmas características naturais e se encontrem nas mesmas condições fáticas.⁴⁵

Isso porque a igualdade apenas formal produziria normas incompatíveis com sua finalidade, sem sentido e injustas.

Apesar de a teoria da dinâmica da carga probatória, textualizada no § 1º do artigo 373, do CPC/2015, não ser novidade alguma para o ramo juslaboral, o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Instrução Normativa 39, deixa expressa a sua aplicação, por sua compatibilidade, no processo do trabalho.

Por fim, essa teoria foi normatizada em boa hora, com a finalidade de deixar clara a existência de diferenças entre os sujeitos das relações jurídicas e evitar o comportamento persistente dos operadores do direito que ainda não assimilaram essa realidade e continuam tratando as relações jurídicas dissonantes a partir de uma igualdade meramente formal.

3. DIVERGÊNCIA DE POSICIONAMENTO ENTRE A CORTE SUPREMA E A CORTE TRABALHISTA QUANTO AO ÔNUS DA PROVA RECAIR SOBRE O EMPREGADO OU O ENTE PÚBLICO, TOMADOR DE SERVIÇOS, NUMA RELAÇÃO JURÍDICA DERIVADA DA TERCEIRIZAÇÃO

A competitividade do mercado provocou a criação de um modelo empresarial intitulado terceirização, cujo fim é reduzir os custos da mão de obra e especializar os serviços prestados. Trata-se de contratação de pessoas por meio de uma empresa intermediadora, a qual fornece trabalhadores para realizar tarefas à empresa tomadora ou cliente.

Inúmeros casos de terceirização irregular levaram o Tribunal Superior do

45
Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 396.

Trabalho a construir jurisprudência, consubstanciada na Súmula 331, contemplando entendimento controvertido acerca da responsabilidade subsidiária aplicada à administração pública. Entendia-se que esta, na condição de tomadora de mão de obra, deveria responder de forma subsidiária e objetiva pelos haveres trabalhistas dos empregados e, para isso, bastava o mero inadimplemento por parte da empresa contratada.

Em 2011, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Constitucionalidade 16, que versa sobre terceirização, acolheu a controvérsia judicial existente em torno da higidez do artigo 7º, parágrafo 1º, da Lei 8.666/1993, e o declarou constitucional, por sua disposição evidente, ao estatuir que a inadimplência do contratado pelos encargos trabalhistas não transfere à entidade pública a responsabilidade pelo pagamento. Também afastou, por inadequação, a tese de responsabilidade objetiva.

Ademais, a Suprema Corte, nessa decisão, prestigiando o postulado da moralidade, ponderou ser aplicável a responsabilidade subjetiva à administração pública. Isso porque se ficar comprovado, nos autos, que ela não exigiu do contratado o cumprimento das condições contratuais licitatórias e não as fiscalizou no decorrer da execução do contrato, deverá responder subsidiariamente, por culpa *in vigilando*, pelos encargos trabalhistas.

A Corte Superior Trabalhista curvou-se à tese encampada no mencionado julgado e alterou a Súmula 331. Consolidou-se, portanto, a posição de ser o ente público responsável subsidiariamente, quando evidenciada a sua culpa na ausência de fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais assumidas pela empresa intermediadora de mão de obra.

Eis a prescrição do novel item V da Súmula 331 do TST:

Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Após essa alteração, uma gama de recursos chegou ao TST. Muitos deles suscitavam a questão referente ao ônus probatório recair sobre o ente público, tomador de serviço, ou sobre o reclamante quanto à fiscalização no cumprimento do contrato durante a execução dos serviços.

A entidade pública lançava o seu fundamento de que quem alega o fato – ausência de fiscalização – é o empregado e, por isso, deve ele provar esse fato, tudo em conformidade com os artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC.

O Tribunal Superior do Trabalho, em sua maioria, não acolheu a referida pretensão recursal, a partir do entendimento no sentido de que compete à Administração Pública o ônus de provar a fiscalização com base nos seguintes fundamentos: 1) a existência de fiscalização do contrato é fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante; 2) a obrigação de fiscalizar a execução do contrato decorre da lei (artigos 58, III, e 67 da Lei 8.666/1993); e 3) não se pode exigir do trabalhador a prova de fato negativo ou que apresente documentos aos quais não tem acesso, em respeito ao princípio da aptidão para a prova, porquanto exigir do empregado provas que estão em poder do empregador é o mesmo que aplicar a prova diabólica.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal não logrou tratar a questão de forma uniforme. A Primeira Turma tem se direcionado no sentido de que a distribuição do ônus da prova não foi objeto de discussão na ADC16 (Rcl 19564 ED, rel. Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, DJe-171, divulgado em 15/8/2016, publicado em 16/8/2016; Rcl 13253 AgR-segundo, rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma, DJe-029 divulgado em 16/2/2016, publicado em 17/2/2016, republicação: DJe-038, divulgado em 29/2/2016, publicado em 1/3/2016). Já a Segunda Turma, em posição oposta, enveredou-se para abordar o ônus da prova afirmando que é do empregado o ônus de demonstrar o descumprimento dos deveres de fiscalização por parte da entidade pública, tomadora de serviços (Rcl 22273 AgR, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJe-029, divulgado em 16/2/2016, publicado em 17/2/2016; Rcl 16671 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, divulgado em 31/7/2015, publicado em 3/8/2015).

Cumprido anotar que a decisão firmada na ADC16 nada falou sobre o ônus da prova e nem precisaria falar para perceber que existe uma relação jurídica com características bem peculiares, uma relação que se apresenta dissonante, porque de um lado existe o empregado – sujeito mais vulnerável em termos materiais e processuais

do que o empregador (seja ele prestador ou tomador de serviços) –, e, de outro lado, está presente o ente público, tomador de serviços. É patente a relação de assimetria. Não é possível igualar formalmente esses sujeitos de direito.

Enfim, nessa situação relacionada ao ônus da prova, a postura do STF deveria ser a de adotar, por unanimidade, a tese de repercussão geral da relatora Ministra Rosa Weber, nos autos do RE760931: entender, em suma, que a distribuição do ônus probatório não foi questão abordada, sequer decidida na ADC16, mas apenas que a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública pelo inadimplemento, por parte da prestadora de serviços, das obrigações trabalhistas, em caso de ter sido comprovada a culpa, em relação aos deveres legais de fiscalização do contrato de prestação de serviços. Quer dizer: a análise dos princípios que disciplinam o ônus da prova fica a cargo da Corte Trabalhista que aferirá, a partir do acórdão regional, se o Tribunal de origem aplicou corretamente tais princípios.

Isso porque, como já doutrinou exaustivamente Marinoni:

(...) cabe às Cortes Supremas a função de definir o sentido da lei, assim como a sua validade. Depois do pronunciamento da Corte Suprema, por consequência lógica, nenhum juiz ou tribunal, nem mesmo a própria Corte Suprema, poderá resolver caso ou decidir em desatenção ao precedente firmado. Só assim deixará de estar presente a insegurança em relação à aplicação do direito, permitindo-se a prática consciente de uma conduta com ele de acordo e a prévia aceitação da responsabilidade inerente à sua não observância.⁴⁶

Diante de todo o exposto, percebe-se que, a despeito de toda evolução doutrinária e jurisprudencial acerca do ônus da prova, levando-se em conta as diferenças materiais e posições jurídicas dos sujeitos processuais, os magistrados ainda insistem em aplicar a carga probatória de forma estática.

46 Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., v. 1, p. 102-103. Vale adicionar, nesse aspecto, as lições de Daniel Mitidiero de que pelo fato de a Corte Suprema ser modelo de corte cuja função é dar unidade ao Direito por meio de uma interpretação adequada, "(...) é natural que o precedente em que se consubstancia essa interpretação tenha uma eficácia para além das partes do caso concreto do qual derivado e seja dotado de eficácia vinculante, sendo considerado como uma fonte primária do Direito. (...) A Corte Suprema é uma corte de interpretação, cuja missão é formar precedentes. Negar eficácia para além das partes do processo e eficácia vinculante à sua interpretação, portanto, é negar a sua própria razão de existência, tolhendo a Corte Suprema da sua razão de ser dentro do ordenamento jurídico" (MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 71-72).

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 2003. v. 1.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002. v. 2.

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

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC**. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Ana Virgínia Moreira. **Aplicação do princípio protetor no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001.

KÜMPEL, Vitor Frederico. **Direito civil 3: direito dos contratos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. São Paulo: RT, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao código de processo civil**: artigos 369 ao 380. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 6.

MELO, Gabriela Fonseca de. **A necessidade de se mitigar o duplo grau de jurisdição em prol da plena efetividade do direito fundamental à tutela jurisdicional**. Porto Alegre: Revista Brasileira de Direitos Humanos. LEX MAGISTER, v. 13, abr.-jun. 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes da persuasão à vinculação**. São Paulo: RT, 2016.

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris

Editora, 2007.

SUSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 1997.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2015.

Publicado originalmente na Edição Especial Reforma Trabalhista, pela *Revista de Direito do Trabalho – RDT*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 43, v. 181, p. 45-70, set. 2017