

# A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA TRABALHISTA E O PRIVILÉGIO DO JUIZ NA FIXAÇÃO DO SENTIDO NORMATIVO

## THE DYNAMIC DISTRIBUTION OF THE BURDEN OF LABOR PROOF AND THE PRIVILEGE OF THE JUDGE IN FIXING THE NORMATIVE MEANING

André Cordeiro Leal <sup>1</sup>  
Vinícius Lott Thibau <sup>2</sup>

**RESUMO:** Com base no método lógico-dedutivo do racionalismo crítico de Karl R. Popper, o artigo busca testar a hipótese de que, ao estabelecer as previsões legais autorizativas da distribuição judicial do ônus da prova, a Consolidação das Leis do Trabalho vale-se de expressões indemarcadas, condicionando à sensibilidade do juiz a fixação das situações que requerem ou não a distribuição dinâmica. Para tanto, apresenta argumentos que visam a sustentar a afirmação de que a denominada reforma trabalhista apenas radicaliza o solipsismo judicial já presente desde a edição da CLT, em nada colaborando para a implementação da democraticidade jurídica pretendida pela Constituição de 1988.

**Palavras-chave:** CLT; prova; jurisdicionalismo; democraticidade jurídica; reforma trabalhista.

**ABSTRACT:** Based on the logical-deductive method of critical rationalism of Karl R. Popper, the article tests the hypothesis that the, when establishing the legal forecasts authorizing the judicial distribution of the burden of proof, the “Consolidação das Leis do Trabalho” uses not demarcated expressions, conditioning to the sensitivity of the judge the fixation of situations that require or not the dynamic distribution. From there, it concludes that the so-called labor reform only radicalizes the judicial solipsism already present in the CLT, nothing collaborating for the implementation of the constitutional democracy provided for in the Constitution of 1988.

**Keywords:** CLT; evidence; judicial power; constitutional democracy; labor reform.

---

1 Doutor e Mestre em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor Titular da Universidade FUMEC, onde leciona nos cursos de Graduação em Direito e Mestrado em Instituições Sociais, Direito e Democracia. Professor do curso de Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Processual do IEC PUC Minas. Membro do Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos (INPEJ). Advogado e Economista.

2 Doutor e Mestre em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Direito Processual Civil no Curso de Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara, instituição de ensino superior na qual também atua como Presidente da Comissão de Estudos sobre o Novo CPC. Professor do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Advocacia Cível da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Minas Gerais. Professor do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Processual Civil e Argumentação Jurídica do IEC PUC Minas. Membro do Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos (INPEJ). Advogado.

## 1 INTRODUÇÃO

Até a superveniência da denominada reforma trabalhista, o ônus da prova se distribuía segundo uma regra estática, de acordo com a qual ao autor incumbiria a prova do fato constitutivo de seu direito e, ao réu, a prova do fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito do autor. Assimilando as diretrizes da distribuição dinâmica do ônus de provar, no entanto, a Lei nº 13.467/2017 passou a autorizar, também, pelos parágrafos acrescentados ao art. 818 da CLT, que o juiz realize a distribuição da prova de maneira diversa, desde que presentes as hipóteses previstas no parágrafo primeiro desta regra.

Ao permitir a distribuição ope judicis do ônus de provar sempre que identificada uma “impossibilidade”, uma “excessiva dificuldade” ou uma “maior facilidade” de se desincumbir do encargo probatório, porém, a Consolidação das Leis do Trabalho vale-se de expressões indemarcadas para que a distribuição referida se realize, condicionando à sensibilidade do juiz o estabelecimento das situações que requerem ou não a distribuição do ônus probatório.

O que aqui se conjectura, não obstante, é que, longe de representar qualquer novidade, a opção que se fez pela distribuição dinâmica do ônus de provar apenas reproduz a truculência impregnada no direito dogmático, que, passando pelo ensino de Oskar von Bülow, situa o juiz no lugar especial de fixação solipsista do sentido normativo. Afirma-se que, também quanto ao tema da prova, o julgador conserva o privilégio da interpretação, isentando-se de qualquer controle intradiscursivo que um projeto democrático estaria a exigir.

## 2 DOGMÁTICA TRABALHISTA E O PROCESSO COMO INSTRUMENTO PARA A ATUAÇÃO DO DIREITO MATERIAL

Na dogmática trabalhista, é frequente a afirmação de que o direito processual deva ser compreendido como mero serviçal do direito material. Como anunciado em publicação anterior, contudo, a “compreensão subjacente a essa assertiva é a de que as normas processuais só ganham relevância quando há conflitos acerca das normas materiais, ou seja, quando surgem controvérsias sobre bens jurídicos protegidos ou criados pelo cognominado direito material” (LEAL; THIBAU, 2016, p. 47).

Por essa perspectiva, a norma processual destina-se a viabilizar a atuação da jurisdição, que é instada a decidir sempre que inauguradas divergências acerca da interpretação e da aplicação da norma material. O processo impõe-se tão só como um instrumento apto a situar o juiz como o jurisdizante exclusivo do direito aplicável à hipótese debatida, consistindo em apenas um meio permissivo do exercício do poder estatal no recinto de atuação normativa, como se estampa nos escritos de Mário Pasco (1997, p. 51):

o Direito Processual do Trabalho é, por definição objetiva, um direito instrumental; sua finalidade “é de atuar, na prática, tornando efetivo e real o Direito Substantivo do Trabalho” (Giglio, 1984, p. 374). Para esse fim, o processo deve guardar adequação com a natureza dos direitos que nele se controvertem; e se as controvérsias e conflitos trabalhistas são intrinsecamente distintos das controvérsias comuns, é indispensável a existência de um direito processual que, atento a essa finalidade, seja adequado à natureza e caracteres daqueles.

É o que também se lê no magistério de Amauri Mascaro Nascimento (2007, p. 59), segundo o qual o direito processual do trabalho “é o ramo do direito processual destinado à solução judicial dos conflitos trabalhistas.” Uma lição que é compartilhada por Sérgio Pinto Martins (2010) e Carlos Henrique Bezerra Leite (2018, p. 66) que, ao se pronunciar sobre as interfaces entre a chamada teoria geral do direito processual e o direito processual do trabalho, assevera:

[...] o processo contemporâneo deve estar a serviço do direito material, de modo a propiciar ao cidadão não apenas o acesso à jurisdição, mas, sobretudo, o acesso a uma ordem justa, a fim de

que sejam realizados os escopos social, político e jurídico acima apontados. Nessa perspectiva, é que se deve compreender a autonomia de cada subsistema do direito processual, propiciando, assim que os diversos processos cumpram os seus escopos em harmonia com os valores objetivados pelo ordenamento jurídico destinado a tutelar os direitos materiais. Sintetizando, a teoria geral do direito processual tem por objeto a investigação ampla dos grandes princípios, dos grandes institutos, das grandes estruturas, das grandes garantias, dos grandes conceitos, dos grandes esquemas lógicos e universais comuns a todos os subsistemas do direito processual.

Já a teoria do direito processual do trabalho tem objeto mais delimitado, porquanto investiga setores específicos do processo do trabalho, as suas estruturas peculiares, os conceitos próprios e os valores especiais almejados pelo direito material do trabalho.

De acordo com a literatura especializada, portanto, o processo erige-se como coadjuvante dos magistrados. O processo continua sendo conceituado como uma relação jurídica de direito público que se desenvolve entre juiz (tribunal), autor e réu e que se estrutura por vínculos que subordinam as partes ao julgador, a quem cabe, na condição de autoridade, dizer o direito. Uma concepção que foi apresentada por Oskar von Bülow em 1868, radicalizada por ele em 1885, e que, atualmente, é recepcionada pela dogmática processual-trabalhista sem ressalvas relevantes.

Incrivelmente, o que se vê de pesquisas formalizadas após o advento da Constituição brasileira de 1988 e, igualmente, da Lei nº 13.467/2017, é que, entre os estudiosos do direito processual do trabalho, ainda prepondera o entendimento de que o processo é uma relação jurídica triangular,<sup>3</sup> a qual, por sua vez:

[...] é instrumental, uma vez que o processo é um instrumento a serviço do direito material. O objeto da relação jurídica processual é uma decisão de mérito (prestação jurisdicional) que entregue ao autor o bem que constitui o objeto da relação jurídica de direito material controvertida (pagamento de horas extras, etc.) ou determine que o réu faça (reintegração no emprego) ou deixe de fazer alguma coisa (abstenha-se de dispensar o empregado estável). Por isso, se diz que o objeto primário da relação jurídica processual é a decisão e o objeto secundário é a pretensão posta em juízo (bem da vida postulado na expressão de *Dinamarco*). (SCHIAVI, 2018, p. 73).

É de Cândido Rangel Dinamarco (1996), aliás, a inusitada afirmação de que a jurisdição deve ser compreendida como o eixo sistêmico de todo o direito processual, não só em razão da compreensão publicista do sistema, como, também, pelos postulados do Estado Social, que, atualmente, o autor da Escola Paulista entende vigorar. Abonando o já denunciado paradoxo de uma teoria geral do processo não centrada no processo (LEAL; THIBAU, 2018), o processualista de São Paulo é taxativo em afirmar:

Por ser individualista e restrita ao processo civil, desmerece apoio a tendência a colocar a ação ao centro da constelação dos institutos de direito processual. Nem o processo merece tal colocação, porque não é fonte substancial de emanção e alvo de convergência das idéias, princípios e estruturas que integram a unidade do direito processual. Dentro de um sistema que em si mesmo é instrumental, ele é um instrumento por excelência, prestando-se ao exercício de uma função que também está a serviço de certos objetivos (exteriores ao sistema). Isso destitui o processo, como instituto, de maior expressão substancial, ainda dentro do sistema que integra. (DINAMARCO, 1996, p. 79).

Compreendido o processo como um instrumento destinado à atuação da jurisdição na dicção do direito, entretanto, acata-se uma ideologia que é produtora e reprodutora de cogitações que se mostram absolutamente incompatíveis com o projeto democrático a que faz referência o art. 1º da CB/88. Se adotados os conceitos de processo e de jurisdição hauríveis da teoria bülowiana, todos os

3 É o que se lê, por amostragem, na publicação de Carlos Henrique Bezerra Leite (2018).

esforços envidados em prol de uma interpretação não dogmática da normatividade serão insuficientes, porque a fixação do sentido da lei estará fadada a depender da autoridade judiciária, que exerce o papel de protagonista no recinto procedimental.

Nota-se que, ainda que de forma embrionária, na proposição inicial de Oskar von Bülow (1868), a quem os autores que se dedicam ao estudo do direito processual do trabalho prestam homenagens, teorizou-se não somente a distinção das relações de direito material e de direito processual, a partir da autonomia, da progressividade, da complexidade, da unicidade, da triangularidade e do caráter público desta (CARREIRA ALVIM, 2005), como, também, o protagonismo judicial, uma vez que, nestes escritos, já se anunciava uma hierarquia entre os chamados sujeitos do processo, atribuindo-se ao julgador uma posição de destaque no controle da relação processual que possibilita a superveniência de decisão acerca do cognominado direito material.

Uma proeminência que se radicalizou em *Gesetz und Richteramt* (BÜLOW, 2003), quando a magistratura foi indicada, pelo jurista alemão, como a responsável única pela interpretação, aplicação e até mesmo atualização do direito. Isso porque, nos escritos de Oskar von Bülow, a ampliação dos poderes do juiz foi acolhida como solução eficaz ao enfrentamento do formalismo defendido pela Escola Histórica e pela Jurisprudência dos Conceitos (WIEACKER, 2004), que, à época, era tido como antiquado e perigoso para a operacionalização do direito na Alemanha.

Como exposto em sedes diversas (LEAL, 2008; LEAL; THIBAU, 2015a; 2015b; 2016), a proposição de Oskar von Bülow fundou-se no argumento central de que, não existindo determinação jurídica legal para cada problema concreto, seria necessário acentuar o “primado da vontade, do sentimento ou da intuição” (LARENZ, 1997, p. 79) dos juízes.<sup>4</sup> Somente dessa maneira seria possível confrontar as imperfeições de uma legislação que, pelas lições bülowianas de 1885, não se mostrava capaz, *per se*, de garantir os interesses sociais em sua integralidade.

Segundo esclarece Oskar von Bülow (2003, p. 37), diante da fragilidade que acomete o legislador, cabe ao magistrado atuar de modo ativo em prol da condução segura dos destinos da nação. Por isso, no ato de decidir, o juiz deve garantir a coerência do direito e,

Então, quando acontece, várias vezes, das decisões dos juízes contrariarem o sentido e a vontade da lei, isso deve ser aceito tranquilamente, como um destino inevitável, como um tributo que os legisladores e juízes prestam à fraqueza do poder de expressão e comunicação humanas. Entretanto, nem essa consideração escusante, nem qualquer artifício jurídico, pode nos deixar desviar da verdade em questão, de que todas as muitas divergências entre as decisões judiciais e os dispositivos legais serão, mesmo assim, confirmadas pelo poder estatal. O Estado é obrigado a suportá-las, bem como dotá-las com o selo da força jurídica. Mesmo a decisão contrária à lei possui força de lei. Ela é, como qualquer decisão judicial, uma determinação jurídica originária do Estado, validada pelo Estado e por ele provida de força de lei. Com isso, não se quer dizer outra coisa além de que o juiz deve ser autorizado pelo Estado a realizar determinações jurídicas, as quais não estão contidas no direito legislado, mas encontradas pelos juízes, por eles criadas, escolhidas e desejadas!<sup>5</sup>

4 Com base nessa pretensão é que Oskar von Bülow foi apontado por André-Jean Arnaud e María José Farinas Dulce (2000) como um dos precursores do Movimento do Direito Livre na Alemanha.

5 No original: “Wenn es nun deshalb oft genug vorkommt, da richterliche Urtheile dem wahren Sinne und Willen des Gesetzes zuwiderlaufen, so ist dies gewi ruhigen Muthes als ein unvermeidliches Geschick zu erdulden, als ein Tribut, welchen die Gesetzgeber und Richter der Schwäche des menschlichen Mittheilungs – und Erkenntni vermögens zollen. Aber weder diese entschuldigende Ueberlegung noch irgend ein juristisches Kunststück kann uns über die offen vorliegende Wahrheit hinwegleiten lassen, da alle die vielen Abweichungen der richterlichen Rechtssprüche von de gesetzlichen Rechtssatzung dennoch durch die Staatsgewalt *rechtlich bestätigt werden*. Der Staat is *genöthigt*, sie sich *gefallen zu lassen*, auch *sie* mit dem Stempel der Rechtskraft zu versehen. Auch *das gesetzwidrige Urtheil* ist doch *rechtsverbindlich*. Es ist wie jedes richterliche Urtheil eine von Staat ausgehende, vom Staat gebilligte, vom Staat mit seiner Zwangsgewalt ausgestattete Rechtsbestimmung! Damit ist aber nichts Anderes gesagt, als da der Richter vom Staate *ermächtigt* ist, auch solche Rechtsbestimmungen vorzunehmen, die nicht im Gesetzesrecht enthalten, sondern lediglich von *Richter* gefunden, ja erfunden, *von ihm, nicht vom Gesetze gewählt und gewollt sind*.”

Com base nessas considerações é que, desde 1885, a magistratura vem se notabilizando pelo exercício de um poder que, distanciando aqueles que mandam daqueles que obedecem,<sup>6</sup> situa o agente do juízo como pessoa habilitada a decidir solitariamente o destino dos demais, inclusive no âmbito trabalhista. A partir da publicação de *Gesetz und Richteramt* (Lei e Magistratura), a lei é acolhida apenas como um mero referencial, o qual, no entanto, pode ser afastado ou colmatado pelo pronunciamento judicial decisório, que é o ato que estabelece o caminho correto a ser trilhado pelos integrantes da nação.

Foi este o maior desserviço prestado por Oskar von Bülow ao direito democrático: enunciar uma teoria que pressupõe, desde sempre, que o processo é tão somente um instrumento para o exercício da jurisdição, que, como atividade dos juízes e, ao mesmo tempo, poder estatal, isenta-se de qualquer controle consistente (LEAL, 2008). A atribuição, ao juiz, da missão de dizer solitariamente o direito regente da situação *sub judice*, com o ajuste das normas oriundas da legalidade faltosa que sejam consideradas contrárias ao bem comum ou ao interesse social, assim como com a criação judicial de normas que busquem preencher as lacunas existentes nos ordenamentos jurídicos, é indicativa de que a teoria do processo como relação jurídica de direito público filia-se, de modo irrestrito, à ciência dogmática do direito, aproveitando-se de seus fundamentos para o afastamento do direito dos cidadãos construírem o seu próprio destino jurídico.

O mais perverso legado deixado pela proposta daquele que é considerado o criador da ciência do processo,<sup>7</sup> com efeito, foi o seu pano de fundo jurisdicionalista, que somado a uma pressuposta incompletude fatal da lei, toma o espaço de interpretação e de aplicação do direito como *locus* dogmático de atuação dos juízes. É que, como acentua Rosemiro Pereira Leal (2013, p. 3), ao se pronunciar sobre o direito processual democrático:

Quando é crido que a *lei* contém uma incompletude fatal e que as *leis* não regulam a sua própria aplicação, ainda não se cogitou de uma teoria da lei [...]. Preconizar a completude ou incompletude da lei é fenômeno acessível ao senso comum do conhecimento, mas dizê-las fatais como justificação de lhes sobrepor a tirania da vontade da autoridade judicante é desistir de pensar, conjecturar, teorizar.

Em outros termos, embora seja defensável para os processualistas alinhados ao paradigma do Estado Social que, entre nós, devam atuar juízes aptos a prestar socorro aos cidadãos desprovidos de proteção quanto aos seus direitos – daí a chamada prestação da tutela jurisdicional –, é de se registrar que, no Estado Democrático de Direito, há de se instalar um compartilhamento decisório quanto à interpretação e aplicação da normatividade fundada no discurso legal escrito, sob pena de se tornarem imprevisíveis as consequências jurídicas das condutas comissivas ou omissivas que esses cidadãos possam adotar.

Se, como se lê na dogmática trabalhista, o processo continuar sendo compreendido como simples instrumento para o magistrado dizer solitariamente o direito, o caráter oculto do sentido normativo será preservado para viabilizar a reafirmação de um “*saber interpretar* que, extrapolando o sujeito da enunciação da norma (o legislador), só adquire *inteligibilidade fora* do próprio discurso normativo (LEI) que é o lugar extraceptivo (estado textual de exceção) no qual a *auctoritas* interdita o sentido da lei por consentimento da própria lei” (LEAL, 2012, p. 187).

É exatamente o que vem ocorrendo na área trabalhista, há muitos anos, em relação ao direito probatório. A possibilidade da distribuição judicial do ônus da prova está atrelada ao sentimento do juiz trabalhista, o qual, seguindo as lições bülowianas do final do século XIX, posta-se como decisor dos destinos da nação brasileira no âmbito juslaboral.

6 Sobre esse conceito de poder, confira a publicação de José Alfredo de Oliveira Baracho (1977).

7 Dentre os autores que anunciam Oskar von Bülow como o criador da ciência do processo, destaca-se Hélio Tornaghi (1987).

### 3 ATIVISMO JUDICIAL PROBATÓRIO E O PROCESSO JUDICIÁRIO DO TRABALHO

Em 13 de julho de 2017, foi publicada a Lei nº 13.467, cuja vigência se deu após cento e vinte dias. Dentre outras alterações relevantes, muitas das quais questionadas por ações diretas de inconstitucionalidade, a cognominada reforma trabalhista alterou o art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, que passou a versar sobre o ônus da prova da seguinte forma:

Art. 818. O ônus da prova incumbe:

I - ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão referida no §1º deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido.

§ 3º A decisão referida no §1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Como registra Bruno Ferraz Hazan (2018, p. 238), por essas determinações, “o art. 373 do CPC (distribuição do ônus da prova) foi quase que totalmente copiado”, excluindo-se do art. 818 da CLT apenas as normas autorizativas da convenção das partes sobre o ônus da prova (art. 373, §§3º e 4º, do CPC) e determinando-se, pela nova redação do dispositivo constante da Consolidação das Leis do Trabalho, que a distribuição *ope judicis* do ônus da prova deva ocorrer antes da inauguração da instrução, a fim de que a parte que receba o encargo probatório por decisão judicial possa ter a oportunidade de se desincumbir deste.

O art. 818 da CLT, não obstante, acolheu, sem qualquer distinção, as hipóteses autorizativas da distribuição judicial do ônus da prova presentes no Código de Processo Civil de 2015 e é aí que reside o problema cujo enfrentamento se pretende realizar neste escrito. Isso porque, tal como previsto no art. 373, §1º, do CPC, a norma haurida do art. 818, §1º, da CLT, dispõe que a distribuição judicial do ônus da prova pode se basear nas hipóteses legalmente previstas ou nas peculiaridades da causa, não esclarecendo, porém, qual é o significado normativo de “impossibilidade” ou de “excessiva dificuldade” de cumprir o encargo probatório segundo a regra geral do ônus de provar prevista no *caput* e nos incisos do mesmo dispositivo legal ou, mesmo, o sentido de “maior facilidade” em se provar o fato contrário.

O que disso se depreende é que, embora a distribuição dinâmica do ônus da prova seja frequentemente reconhecida como técnica hábil à implementação da melhor aptidão para a prova, com base nas teses de Jorge W. Peyrano e Julio O. Chiappini (2008),<sup>8</sup> diante da ausência de qualquer parâmetro normativo a respeito do significado das expressões “impossibilidade”, “excessiva dificuldade” e “maior facilidade”, a realização da distribuição judicial do ônus probatório estará sempre a depender de percepções singularíssimas do magistrado, a quem caberá dizer quais são as situações que autorizam ou rechaçam a distribuição do ônus de provar, a partir de uma prévia e indispensável delimitação do grau de dificuldade ou de facilidade atinente à atividade probatória a ser desenvolvida.

8 Consoante afirma Carlos Alberto Reis de Paula (2010, p. 123), “O fundamento para a aplicação do princípio da aptidão está na justiça distributiva aliada ao princípio da igualdade, cabendo a cada parte aquilo que normalmente lhe resulta mais fácil. O critério será o da proximidade real e da facilidade do acesso às fontes de prova.”

De conseguinte, não obstante Carlos Henrique Bezzerá Leite (2018, p. 815) afirme que a possibilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova trabalhista fundamente-se nas normas principiológicas “da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), da igualdade formal e substancial das partes (CF, arts. 3º, III, 5º, *caput*), do acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV), da lealdade, boa-fé e veracidade (NCPC, arts. 77, 79, 80, 81 e 139) e da cooperação (NCPC, arts. 378, 379, 386 e 396)”, o seu incremento está atrelado à sensibilidade do julgador, a quem caberá estabelecer quais são os fatos que devem ser provados de acordo com a regra geral do ônus probatório e, ainda, os que não se submetem a esta regra geral pela ocorrência da distribuição diversa do ônus de provar.

Foi com fulcro no senso de justiça do juiz trabalhista, aliás, que, mesmo antes do advento das leis nos 13.105/15 e 13.467/17, a jurisprudência brasileira já acolhia a teoria da distribuição judicial do ônus da prova em quatro classes de ações:

- (a) as ações judiciais que denunciam discriminações (em geral e nas relações de trabalho);
- (b) as ações judiciais que denunciam os atentados ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, no âmbito trabalhista, as graves violações aos deveres patronais de manutenção de um meio ambiente laboral hígido, seguro e ergonômico;
- (c) as ações judiciais que denunciam atos de violação da privacidade e da intimidade da pessoa humana (em geral e nas relações de trabalho);
- (d) as ações judiciais que denunciam assédio sexual e/ou assédio moral (*mobbing*). (FELICIANO, 2008, p. 105-106).

Consoante expõe Guilherme Guimarães Feliciano (2008, p. 105), a distribuição *ope iudicis* do ônus da prova impôs-se, há muito, na área trabalhista, “à luz da própria doutrina e jurisprudência vanguardistas”. À frente do seu tempo, e também da legislação, a magistratura trabalhista, de fato, jamais cessou a sua atividade tutelar e, inclusive antes do advento dos arts. 373, §1º, do CPC, e 818, §1º, da CLT, encarregou-se de, igualmente, aplicar a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova em ações individuais nas quais se debatia a respeito da jornada de trabalho, da concessão de vale transporte, da regularidade dos depósitos relativos ao FGTS, da existência de sucessão trabalhista e do encargo da Administração Pública em fiscalizar o cumprimento do contrato em hipótese de terceirização em que estivesse envolvida.<sup>9</sup>

Muito atentos ao magistério de Oskar von Bülow, logo, os juízes trabalhistas se notabilizaram por atualizar o direito vigente de modo prestante e eficiente, valendo-se do processo como um arsenal técnico idôneo a viabilizar a atuação de uma determinação jurídica que, embora não estivesse prevista pelo direito legislado, deveria ser encontrada pelos julgadores, criadas por eles ou simplesmente aplicadas porque escolhidas e desejadas, a partir do marco teórico produzido pelo festejado autor alemão.

É o que permanece ocorrendo nos dias hoje, em que o sentimento do julgador trabalhista apresenta-se como fundamental para o incremento ou não da distribuição dinâmica da prova. Como leciona Mauro Schiavi (2018, p. 725), ao se pronunciar sobre o que denomina moderna teoria da carga dinâmica do ônus da prova:

No processo do trabalho, diante da necessidade de se dar efetividade ao acesso à ordem jurídica justa e não inviabilizar a tutela do direito à parte que tem razão, mas não apresenta as condições favoráveis de produzir a prova do fato constitutivo do seu direito, é possível ao Juiz do Trabalho atribuir o encargo probatório à parte que tem melhores condições de produzir a prova, aplicando a teoria do ônus dinâmico da prova. O Juiz do Trabalho, como reitor do processo (art. 765 da CLT), deve ter a sensibilidade, à luz das circunstâncias do caso concreto, de atribuir o encargo probatório ao litigante que possa desempenhá-lo com maior facilidade.

O que importa destacar, com efeito, é que a norma disposta no art. 818, §1º, da CLT, entrega ao magistrado trabalhista o privilégio da significação normativa a que faz alusão Edward Lopes (1978). Com isso, a chamada reforma trabalhista adere à autocracia marcante do intitulado Processo

Judiciário do Trabalho, que vigora desde o “Estado Novo, de inspiração fascista, reinante em 1943, implantado no Brasil a partir de 1937 pelo ditador Getúlio Vargas, ao tempo do lançamento da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), via Decreto-lei nº 5.452, de 1º/5/1943, outorgado pelo Executivo” (BRÉTAS, 2015, p. 188).

#### **4 DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA TRABALHISTA E O PRIVILÉGIO JUDICIAL NA FIXAÇÃO DO SENTIDO DO DISCURSO LEGAL**

Ingeborg Maus (2010, p. 1) já advertia, em 2010, quando do lançamento da tradução brasileira de sua obra, *O Judiciário como Superego da Sociedade*, que havia, no Brasil, um movimento de “apropriação crescente das liberdades pelo direito, em um processo de judicialização da política, orquestrada pela associação entre juízes e promotores”.

A referência feita à judicialização da política, que não interessa, diretamente, para as conjecturas que aqui lançamos, apresenta-se, no entanto, como um importante sintoma da apropriação do direito pelos juízes, que, de acordo com Ingeborg Maus (2010, p. 122), além de estar identificada “nas famosas reflexões de Oskar Bülow”, mostra-se visível, igualmente, na Alemanha de Adolf Hitler.

É que, pelos artigos científicos reunidos na obra de Ingeborg Maus, destacam-se os desdobramentos da anulação da metodologia do direito em prol de uma infiscalizável atividade decisória dos juízes alemães e, ademais, em razão de equívocos na interpretação daquilo que ocorrera na Alemanha nazista, a continuidade de práticas decisórias no pós-guerra que insistem na insuficiência do direito legislado e na desvinculação radical da atividade judiciário-decisória dos discursos legais escritos – o que, para a pesquisadora, erige-se bastante questionável do ponto de vista democrático.

A síntese das ácidas críticas que Ingeborg Maus (2010, p. 221) dirige a autores como Friedrich Müller, Hans-Georg Gadamer, Ronald Dworkin e Jacques Derrida, aliás, está em que, por suas respectivas concepções, “é sempre o próprio juiz que decide em qual medida e de qual forma ele ainda quer fazer uso do direito escrito.” Em outros termos, assinala Ingeborg Maus que, em consonância com os fundamentos ideológicos da teorização bülowiana de processo, verificou-se, durante todo o século XX, o esvaziamento da importância da atividade legislativa e, de conseqüente, do discurso legal, frisando que, em alguns momentos históricos, o próprio legislador rendeu-se a essa afirmada insuficiência, fazendo-o pela adoção de expressões propositadamente indemarcadas no discurso da lei, de molde a permitir aos magistrados o exercício de uma jurisdição conforme o caso.

É o que se identifica, atualmente, em relação à temática da prova trabalhista. Quando se examinam as hipóteses de cabimento da distribuição *ope judicis* do ônus de provar estabelecidas pela intitulada reforma trabalhista, vê-se que as perversas estratégias denunciadas por Ingeborg Maus repetem-se no discurso da Lei nº 13.467/2017, por via da qual se abre, explicitamente, uma fratura normativa permissiva de que, na fixação do sentido da norma haurível do art. 818, §1º, da CLT, intrometa-se a sensibilidade do julgador trabalhista. Expressões como “impossibilidade”, “excessiva dificuldade” e “maior facilidade” de cumprimento do encargo probatório remetem as condições de aplicação da lei aos estados mentais do juiz (POPPER, 2002) e, assim, afastam qualquer forma de controle consistente acerca da interpretação da norma relacionada ao dispositivo mencionado.

É, por isso, que a teoria neoinstitucionalista do processo (LEAL, 2017), ao resgatar, com base nas proposições popperianas, a importância do discurso escrito (formalizado) ao controle da atividade interpretativo-normativa, reconhece a parcial contribuição das cogitações linguísticas de Edward Lopes acerca das relações existentes entre discurso, texto e significação para a implementação de um direito que se pretenda democrático.

Merece mesmo registro que, ao desenvolver uma proposta linguística sobre a importância do

interpretante na determinação do sentido do discurso em substituição ao lugar privilegiado que ao intérprete se costuma reservar, Edward Lopes (1978, p. 6) afirma que “o discurso é o resultado do fazer do destinador”, sendo o texto, de outra face, o “resultado do destinatário, ao refazer, na leitura, o fazer do destinador”. Em consequência, reconhece que o texto não é simplesmente aquilo que está escrito, mas o resultado da interpretação do discurso escriturado, asseverando, a partir daí, que um mesmo discurso pode, de maneira perturbadora, dar origem a vários textos, ou seja, a várias interpretações.

Segundo o autor:

O discurso perturba porque é do outro (que é, virtualmente, um oponente), e porque ele é, como o “outro”, enigmático, constituindo um problema a resolver; na passagem do discurso ao texto conta-se, subjacentemente, de uma narrativa que vai do não saber ao saber. Ora, ser enigmático não quer dizer ser desprovido de sentidos, mas, pelo contrário, ter sentidos demais – ser conotado –, e escapar, assim, ao meu domínio: só posso dominar o que conheço [...]. (LOPES, 1978, p. 3).

Para Edward Lopes, logo, a determinação do sentido do discurso pode se resolver de maneira truculenta, tal como fizeram os antigos, através da lamentável devolução da determinação do sentido ao próprio autor do discurso (o destinador). Para o linguista, no entanto, o que deve ser destacado é que, quando se pretende que a interpretação seja passível de controle pelos destinatários da mensagem, a atuação do intérprete jamais deve ser acolhida como determinante para a fixação do texto do discurso, uma vez que só se pode evitar a prevalência do sentir da autoridade, bem como de suas interpretações solitárias, quando o significado do texto é extraído do próprio discurso escrito.

Nesse sentido, para Edward Lopes (1978, p. 8), é pelo teste de veredicação que se torna possível aferir o significado admissível de um discurso, porque “o teste de verdade de um sentido deve ser praticado através de um retorno da interpretação ao discurso que ela pretenda interpretar, ou seja, a veredicação é da ordem intradiscursiva, não extradiscursiva”. É o discurso escriturado que controla o seu sentido (texto) e não referenciais extradiscursivos, tais como a sapiência, a clarividência e o sentimento do intérprete. Afinal, como explicita, a “obra encerra um ato de comunicação no interior do qual se um texto diz que o discurso X quis dizer, esse mesmo discurso X tem, em troca, a possibilidade de confirmar ou de infirmar, retrospectivamente, a interpretação que dele forneceu o texto” (LOPES, 1978, p. 7).

Com efeito, aproveitando-se as contribuições teórico-linguísticas de Edward Lopes, na perspectiva do direito democrático (não dogmático), há que se afastar a importância do intérprete-autoritário na fixação do sentido do discurso legal. Em seu lugar, é de se situar o *devido processo*, que deve atuar nos âmbitos de produção, interpretação e aplicação do direito, conforme enuncia Rosemiro Pereira Leal (2017, p. 319-320):

O **dogma** irreversivelmente assumido pelos positivistas e neopositivistas é a impossibilidade de uma hermenêutica que ofereça simétrico exercício de igual direito de interpretação da LEI para todos e que ponha os intérpretes em função de um único *interpretante* lógico-jurídico discursivo. É que o **dogma** de que “todos são iguais perante a lei” que vinca, por séculos, o direito liberal, é entendido no sentido de que essa igualdade interpretativa é isotópica (espacial), mas cognitivamente assimétrica, uma vez que o **Estado-juiz** não está adstrito à existência de normas escritas específicas e tipificadoras para decidir em todas as hipóteses dos conflitos humanos, o que torna a argumentação das partes inócua, porque, nessa hipótese, as **partes** não participam isomericamente da construção do provimento. Na minha teoria neoinstitucionalista do processo, como já discorreremos por vários artigos, no Estado Democrático não basta a **isonomia** perante a lei ou simétrica paridade no exercício do contraditório para garantir uma interpretação em condições iguais para os sujeitos do procedimento, é preciso que a LEI ante a qual se ponham os intérpretes expresse em sua atuação a *teoria processual* que lhe deu origem, isto é, esteja contida num **sistema normativo** em que os níveis instituinte, constituinte e constituído de direitos fiquem

bem delineados quanto ao referente lógico-jurídico-discursivo (discussivo) de sua incidência (aplicação) e legitimidade a garantir isomenia.

E, ainda:

A **isomenia**, em minha teoria neoinstitucionalista, que é instituto operacional do **princípio da legalidade**, define-se pela oportunidade de colocar todos os destinatários normativos (intérpretes) em simétrica posição ante idêntico referente lógico-jurídico-constutivo, aplicativo, modificativo ou extintivo do sistema jurídico (LEIS). É o *devido processo*, no sentido da teoria neoinstitucionalista, que é o referente lógico-jurídico (interpretante) a balizar os limites hermenêuticos de um sistema de “Estado Democrático de Direito” em concepções de *sociedade aberta* [...].<sup>10</sup>

Ao contrário do que ocorria em paradigmas jurídico-constitucionais anteriores, com o advento do Estado Democrático de Direito, não mais se sustentam, portanto, afirmações no sentido de que:

A teoria dinâmica do ônus da prova tem aplicação quando a regra estática dos arts. 818 da CLT e 333 do CPC, (sic) estão em desconformidade com a Constituição Federal, acarretando “a inutilidade da ação judiciária e a vedação oculta de acesso efetivo ao Poder Judiciário” (KNIJNIK, 2006, p. 950). Por isso, sua incidência “atende ao escopo social do processo, que é eliminar conflitos mediante critérios justos” (PAULA, 2010, p. 122). Aplicar a teoria dinâmica do ônus da prova no Processo do Trabalho, considerando a peculiaridade do caso concreto e a maior aptidão probandi de uma das partes, é medida de Justiça e que melhor atende ao Direito e aos direitos fundamentais insertos na Constituição Federal. (CHEHAB, 2015, p. 121).

A processualidade democrática não recepção o solipsismo decisório que situa o juiz trabalhista como o intérprete qualificado da norma haurível do art. 818, §1º, da Consolidação das Leis do Trabalho. Não mais prevalece, desde 1988, a pretensão de que o magistrado do trabalho deva se comportar como um juiz especial que, de modo centrado e como protagonista, atue em prol do cumprimento de sua missão social.<sup>11</sup>

A determinação judiciária do sentido do discurso legal como suposta saída para melhor distribuição do ônus de provar ressentem-se de insuperável e antidemocrática ancianidade, porque, ao reservar, para o juiz, o lugar de intérprete imprescindível à atribuição do significado do discurso legal, a intitulada reforma trabalhista abre espaço a uma espécie de autofagia do discurso legislado, mantendo a autoridade judiciária no lugar privilegiado que já lhe havia reservado a desastrosa teoria do processo como relação jurídica de direito público teorizada por Oskar von Bülow.

## 5 CONCLUSÃO

O direito processual do trabalho, ao reproduzir os pressupostos da ciência dogmática do direito e, por ela, acolher a tese da incompletude fatal da lei, insiste em que o discurso legal é insuficiente à resolução dos conflitos que se apresentam ao juiz.

Seguindo as lições bülowianas, a chamada reforma trabalhista assimila toda a truculência que decorre do equívoco de que o direito só se torna operacionalizável pelo esvaziamento do controle metodológico da atividade dos juízes – discussão que, segundo Ingeborg Maus, permeia as indagações jurídicas do século XX. Por essas propostas, imagina-se que a qualidade da decisão esteja ancorada na capacidade de fazer justiça de uma magistratura cognitivamente privilegiada e,

<sup>11</sup> Em defesa desse modelo de magistrado trabalhista, confira a publicação de Gustavo Tadeu Alkmim (2004).

por isso, apta a dar respostas aos problemas sociais.

Conclui-se, assim, que a distribuição dinâmica do ônus de provar mantém o juiz trabalhista no lugar privilegiado de fixação do sentido normativo, porque, utilizando-se a lei reformadora de expressões como “impossibilidade”, “excessiva dificuldade” e “maior facilidade”, impede que se examine a correspondência do texto com o discurso legal, uma vez que a proposital indemarkação semântica de tais expressões, por uma legalidade autofágica, autoriza o magistrado a decidir conforme o caso, considerando-se, sempre, os infiscalizáveis imperativos metajurídicos que devem ser observados na tomada de decisões supostamente justas.

## REFERÊNCIAS

ALKMIM, Gustavo Tadeu. Um juiz especial para uma justiça especial. In: SENA, Adriana Goulart de Sena et al (Coord.) *Processo do trabalho atual e temas conexos*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 251-266.

ARNAUD, André-Jean; DULCE, María José Farinas. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BALDINI, Renato Ornellas. *Distribuição dinâmica do ônus da prova no direito processual do trabalho*. 2013. 201 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-05122013-093647/pt-br.php>>. Acesso em: 13 out. 2018.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Regimes políticos*. São Paulo: Resenha Universitária, 1977.

BEZZERA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRÊTAS, Ronaldo C. Dias. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

BÜLOW, Oskar von. Gesetz und richtertamt. In: BÜLOW, Oskar von. *Juristische zeitgeschichte – kleine reihe – klassische texte*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, 2003, v. 10.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria geral do processo*. 10 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. A teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova e a sua aplicação no processo trabalhista brasileiro. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região*, v. 19, n. 19, p. 108-123, ano 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Tese: distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho - critérios e casuística. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 32, p. 103-112, ano 2008.

HAZAN, Bruno Ferraz. *A reforma trabalhista esquematizada: uma análise objetiva e comparada das mudanças e repercussões jurídicas decorrentes da lei n. 13.467/17 e da medida provisória n. 808 de 2017*. Belo Horizonte: RTM, 2018.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. A estrutura fundamental do direito processual democrático e suas repercussões no código de processo civil brasileiro de 2015. In: OMMATI, José Emílio Medauar; DUTRA, Leonardo Campos Victor (Coord.). *Teoria crítica do processo: contributos da escola mineira de processo para o constitucionalismo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 27-47. (Coleção Teoria Crítica do Direito, v. 6).

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. O devido processo legal a excepcionalidade normativo-ambiental. In: CARVALHO, Newton Teixeira; REIS, Émilien Vilas Boas; RIOS, Mariza (Coord.). *Estado de exceção ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 47-64.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. A dogmática processual e a exceção cotidiana. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPRO*, Belo Horizonte, ano 23, n.92, p. 13-29, out./dez. 2015a.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. Direito fundamental ao processo e democratização da cidade. In: REIS, Émilien Vilas Boas et al (Coord.). *Direitos fundamentais ambientais aplicados à cidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015b, p.171-189.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013. (Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz, v. 7).

LEAL, Rosemiro Pereira. O caráter oculto do sentido normativo no novo CPC. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Coord.). *Direito processual: estudo democrático da processualidade jurídica constitucionalizada*. Belo Horizonte: PUC Minas – Instituto de Educação Continuada, 2012, p. 185-190.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e hermenêutica constitucional a partir do estado de direito democrático. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Org.). *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 13-25, v. 2.

LOPES, Edward. *Discurso, texto e significação: uma teoria do interpretante*. São Paulo: Cultrix, 1978.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*. Tradução Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. (Coleção Conexões Jurídicas).

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PASCO, Mário. *Fundamentos do direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.

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

PEYRANO, Jorge W.; CHIAPPINI, Julio O. Lineamentos de las cargas probatorias “dinámicas”. In: WHITE, Inés Lepori (Coord.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubizal Culzoni, 2008.

POPPER, Karl Raimund. *O conhecimento e o problema corpo-mente*. Tradução Joaquim Alberto

Ferreira Gomes. Lisboa: Edições 70, 2002.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho: de acordo com a reforma trabalhista*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2018.

TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução Antonio Manuel Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

---

**Recebido em:** 27/10/2018

**Aprovado em:** 05/11/2018

**Como citar este artigo (ABNT):**

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. A distribuição dinâmica do ônus da prova trabalhista e o privilégio do juiz na fixação do sentido normativo. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.35, p.13-25, maio/ago. 2018. Disponível em: <<http://http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2018/12/DIR35-01.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.