

# PROVA E SUA VALORAÇÃO COMO ELEMENTO DE PROTEÇÃO DE PESSOAS EM CONDIÇÃO DE VULNERABILIDADE

Data de submissão: 08/08/2024

Data de aceite: 01/10/2024

### **Marco Aurélio Fernandes Galduróz Filho**

Doutorando em Direito do Trabalho pela Universidade de Buenos Aires (UBA). Mestre em Cultura e Segurança Jurídica pela Universidade de Girona-ESP (UdG) e Gênova-ITA (UniGe). Professor de Filosofia do Direito, Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Advogado.

### **Ricardo Pereira de Freitas Guimarães**

Doutor em direito do trabalho pela PUC-SP, professor dos programas de mestrado e doutorado da FADISP, titular da cadeira 81 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho e membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas. Autor de inúmeros livros e artigos. Advogado.

**RESUMO:** O trabalho conta com uma perspectiva sobre a necessidade de se revisitar as regras clássicas de aplicação do ônus probatórios, especialmente pelo momento social na era da pós-modernidade, ou seja, sob o preceito de uma sociedade autorreferencial, dentro de uma perspectiva metodológica de proteção das pessoas em condição de vulnerabilidade. O objeto se dá sobre uma análise do conceito da *autopoiesis* encontrado em Michel Foucault

e sua possibilidade sua aplicação na teoria probatória, com a finalidade de um processo judicial mais existencial, com respeito a responsabilidade pelo outro, valorando a prova com maior adequação a violação em si, assim como o padrão necessária de desincumbência daquele ônus original, trazendo uma efetiva possibilidade de estabilização e resposta adequada para os efeitos de um desequilíbrio histórico e social, com reflexos diretos nas decisões judiciais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Prova – Verdade - Vulnerabilidade – Valoração - Autopoiesis

**ABSTRACT:** The work has a perspective on the need to revisit the classic rules for the application of the burden of proof, especially due to the social moment in the post-modern era, that is, under the precept of a self-referential society, within a methodological perspective of protection of vulnerable people. The object is based on an analysis of the concept of autopoiesis found in Michel Foucault and its possibility of application in the evidentiary theory, with the purpose of a more existential judicial process, with respect for the responsibility for the other, valuing the evidence with greater adequacy to the violation in themselves, as well as the

necessary standard for discharging that original burden, bringing an effective possibility of stabilization and adequate response to the effects of a historical and social imbalance, with direct reflections on judicial decisions.

**KEYWORDS:** Proof – True – Vulnerability – Valuation – Autopoiesis

## 1 | INTRODUÇÃO

O movimento sociológico, político, filosófico e artístico denominado pós-modernidade, em conjunto com o liberalismo, após a inflexão da década de setenta do século passado traz um grande desafio geracional acerca do padrão de verdade necessário para a proteção legal e processual, especialmente dos trabalhadores, estes em condições de minorias e vulnerabilidade, como negros, mulheres, povos originários, pessoas com deficiência, orientação sexual, entre outras.

O mecanismo social para estabilização dos conflitos detém como ponto fundante o processo, como finalidade instrumental de apurar e racionalizar a correspondente violação. Nesta senda, os mecanismos de prova são elementos estruturantes da concessão ou não do direito material.

Indubitável que, através dos movimentos mundiais propagadas por uma sociedade cada vez mais interconectada e autorreferencial, gera-se uma crise sem precedentes acerca da discussão da verdade, concepção utilizada neste trabalho como mecanismo de validação ou não da prova, especialmente na fase de valoração do magistrado.

Assim, através do panóptico atual, indubitável as consequências diretas dos movimentos expostos na teoria da prova, com reflexo direto nos modelos de apuração processual, concebendo-se que a própria teoria probatória deve trazer à tona o elemento exposto por Michel Foucault ao elencar sistema *autopoietico*, definido como rede de produção de componentes e estruturas. Como emissor da própria comunicação, opera, por isso mesmo, de forma autorreferencial, com a implicação da autorganização: elementos produzidos no mesmo sistema. Decorre da auto-organização da natureza e da sua comunicação com o seu ambiente, como se fossem células do corpo autorregenerado. (FOUCAULT, 2022)

O padrão probatório mínimo necessário não pode se furtar do diálogo com seu ambiente, salientando não ser um fim em si mesmo.

Diante do quadro indubitável que o sistema judiciário necessita de adequações, porquanto não pode se quedar distante de uma necessária resposta efetiva a temas prementes na sociedade e no ambiente laboral, citando-se, por exemplo, o assédio sexual.

A questão em si, diante da discussão judicial, não pode mais ser vista pelas simples regras clássicas de aplicação do ônus probatório, devendo-se integrar mecanismos modernos de apuração, assim como o desenvolvimento de um padrão novo e a premissa de rediscussão do padrão necessário de verdade.

O objeto a ser protegido é exatamente o direito material fruto da violação. Outrossim, o objeto de proteção se perfaz em uma camada primária, individual, assim como uma verificação mais aprofundada do direito daquelas minorias estabelecidas na concepção sócio estrutural.

Esse será o caminho percorrido através da apresentação e do respectivo trabalho.

A ideia é abrir a discussão acerca de uma necessária incorporação de elementos na teoria probatório, assim como o espectro de verdade que se busca atender no processo judicial, sob a premissa de resolução efetiva das demandas sociais, com a garantia do mínimo existencial, assim como a perspectiva de se atender a igualdade, utilizando-se a aqui uma concepção *Hegelian*a.

O objetivo não é ser um fim em si mesmo, assim como o processo judicial, mas sim a oportunidade de se discutir as reais necessidades as quais a teoria probatória deve atender correlacionadas às dificuldades e desafios das relações humanas na pós-modernidade.

Entendemos que a discussão se desenvolverá através da utilização da concepção atualizada da biopolítica, com os mecanismos de análise sob a perspectiva filosófica, sociológica, especialmente no aspecto coletivo, maximizando os efeitos do padrão de verdade necessário para uma valoração com maior probabilidade de acerto, atingindo-se a proximidade de uma plenitude na justificação interna e externa de uma decisão.

O modelo a ser seguido é o analítico-crítico, com elementos dialéticos estruturados em cadeia, através da vinculação das matérias interconectadas.

## 2 I VERDADE E PÓS-MODERNIDADE

Parece-nos que de tempos em tempos, a sociedade detém uma cíclica mudança comportamental, na qual se aceitam algumas verdades, como regra de pavimentação básica e, após um determinado período sempre cunhado por algum elemento de ruptura social, verdades pré-estabelecidas se dissolvem e são objetos de, primeiramente, o lançamento de dúvidas, em um segundo momento ataques e, por fim, são parcialmente ou totalmente desconstruídas, mas não através de um processo científico e metodológico, mas sim através de um mecanismo de *chauvinismo* argumentativo.

Nesta senda, indubitável que a “cibercultura”, através da maximização da oralidade, diante das redes de conexão virtual, geram a possibilidade desta refundação das verdades, de maneira muito rápida. (LÉVI, 2010, p. 11)<sup>1</sup>

O efeito do quadro em testilha gera no pós-modernismo uma gama ilimitada de informações e desafios estruturais, especificamente na concordância do mínimo existencial básico.

---

<sup>1</sup> “A hipótese que levanto é que a cibercultura leva a copresença das mensagens de volta a seu contexto como ocorria nas sociedades orais, mas em outra escala, em uma órbita completamente diferente. A nova universalidade não depende mais de autossuficiência dos textos, de uma fixação e de uma independência das significações. Ela se constrói e se estende por meio da interconexão das mensagens entre si, por meio de sua vinculação permanente com as comunidades virtuais em criação, e lhe dão sentidos variados em uma renovação permanente.”

Nesse contexto desafiador, o qual afeta todos, onde tudo depende do controle das narrativas, os efeitos dessa perspectiva no Direito são deletérios e destrutivos, salientando que o processo, este como meio e não fim em si mesmo, torna-se vulnerável ao acima exposto, assim como a materialização e validação de uma grande gama de ilegalismos, fruto de:

- a) Necessidade de um fim social pretendido, independentemente do meio;
- b) engano dos agentes que atuam no processo, em decorrência de algum elemento manipulado e/ou adulterado.

Assim, o quadro desafiador traz à tona a rediscussão de uma concepção de verdade, especialmente o quanto ela é necessária para o deslinde de uma questão posta em juízo.

Estruturalmente, como mencionado, vivemos a era da estabilização de uma narrativa, independentemente da lógica ou verdade, especialmente que se parte de um fato para o seu estabelecimento (narrativa).

Michele Taruffo menciona (Verifobia: Un diálogo sobre prueba y verdad , 2017), como concepção a “verifobia”, ou seja, a fobia da verdade.

E o efeito direto de todo o contexto exteriorizado é a reflexão que devemos fazer acerca da teoria de provas, especialmente o quanto as regras clássicas do ônus probatório devem ser aquelas indicadas para a estabilização de uma demanda na era da pós-verdade ou, como proposta, as regras devem ser analisadas no contexto das partes e da situação envolvida, especialmente com os elementos de entendimento especialmente atual acerca de minorias que estão sob a concepção de um prejuízo estrutural.

Aqui devo fazer um adendo de como se reprime os ilegalismos, nesta ideia de compartilhamento veloz das informações, através da *cibercultura* estabelecida como estruturante da liberdade.

Repito, a teoria de provas não pode estar imune a tal concepção, suscitando-se que o desafio atual no processo é o aceite ou não do ilegalismo, especialmente decorrente da fobia da verdade, elemento fundante do controle da narrativa.

O processo está diretamente inserido no desafio do século de restabelecermos algumas verdades universais, com a finalidade de manutenção da civilidade e possibilidade de convivência, afastando-se uma concepção de impulsividade para estabilização.

## **2.1 O Cenário Social, a Prova e Sua Valoração nas Decisões Judiciais**

O ceticismo e a autorreferencialidade na sociedade atual, sem dúvida, traz uma indumentária de resolução individual e dentro do conceito pessoal dos problemas.

Não há crenças no outro ou uma correspondente responsabilidade sobre o outro (LÉVINAS, 2008) neste retorno mais agressivo a um romantismo, desta feita, não idealizado.

Dentro de um aspecto cíclico, assim como da arte sempre retratado a história,

lembro-me de um conto de François Rabelais (1494-1553), escritor renascentista francês, autor de *Gargantua e Pantagruel* (), o qual se mostra bastante atual, na sociedade de fundamento autorreferencial, há uma ideia de descrença na justiça, especificamente no racionamento probatório, especialmente na depuração/valoração da prova.

Rabelais frequentou o curso de Direito em Poitiers, antes de fazer o curso de Medicina, ou seja, detinha propriedade para citar a interseccionalidade de matérias, exteriorizado isso no citado conto, quando imaginou um gigante beerrão, Gargantua, cujo filho, também imenso, Pantagruel, vive uma série de aventuras, a começar por sua própria educação, que traz inovação na pedagogia da época, a exemplo da educação física, da prática de esportes.

No conto, o Juiz Bridoye sentenciava os processos pela sorte nos dados.<sup>2</sup> O Juiz Bridoye julgava com base na sorte porque os modernos gostam da brevidade. Rabelais faz o juiz explicar seu procedimento, em passo muito espirituoso<sup>3</sup>. Situa-se, também, como o juiz prolatava as decisões, justificando-as, deixando que o tempo torne mais doce e suportável a decisão.<sup>4</sup>

Rabelais hostiliza todo o pessoal do foro, sem excetuar ninguém, a propósito do *sugando bem forte e continuamente as bolsas das partes*. Para Rabelais o processo é algo desprezível, e assim se manifestou: “*A verdadeira etimologia do processo é que ele deve ter os sacos cheios.*”

Para Rabelais, o Juiz Bridoye pelo menos era bastante sincero<sup>5</sup>, aliás, movimento que a pós-modernidade traz como qualidade indefectível e máxima, como a concepção da visão de Nietzsche dos sacerdotes ascéticos (NIETZSCHE, 2017).

Sem dúvida, o autor criticou, com bastante ironia, a valoração da prova. Parece-nos que nada pode ser mais atual do que o exposto aqui.

---

2 “(...) Notam que a sorte é muito boa, honesta, útil e necessária à solução dos processos e dissensões”.

3 “Faço como vós, senhores, como é uso na judicatura, ao qual o nosso direito manda sempre sujeitar-nos (...). Tendo bem visto, revisto, lido, relido, passado e folheado as queixas, adiamentos, comparações, comissões, informações, antecipações, produções, alegações, contestações, réplicas, tréplicas, pareceres, despachos, interlocuções, retificações, certidões, protelações, escrituras, agravos, ressalvas, ratificações, confrontações, acareações, libelos, apostilas, cartas reais, compulsórias, declinatorias, antecipatórias, evocações, remessas, contra-remessas, baixas, confissões, suspensões, prosseguimentos, e outros incidentes, provocados por uma ou outra parte (...), coloco na extremidade do gabinete toda a papelada do réu e tiro-lhe a sorte (...). Isso feito, coloco a papelada do autor (...) na outra extremidade da mesa (...). E então uso os meus dadinhos (...). Tenho outros dados bem bonitos e harmoniosos, os quais uso, (...) quando a matéria é mais clara, quer dizer: quando a papelada é menor.”

4 “(...) Eu detenho, dilato e adio o julgamento, a fim de que o processo, bem ventilado, esmiuçado e debatido, chegue, pela passagem do tempo, à maturidade, e de tal sorte, pelo que após advenha, se torne mais docemente suportado pelas partes condenadas (...).”

5 “(...) conhecendo as antinomias e contrariedades das leis, editos, costumes e ordenações; ciente da fraude do caluniador infernal, o qual muitas vezes se transfigura em mensageiro da luz por seus ministros, perversos advogados, conselheiros, procuradores e outros que tais, transforma o negro em branco, faz fantásticamente parecer a uma e outra parte que ela está com o direito (como sabeis, não há causa tão má que não encontrasse advogado, se assim não fosse, jamais haveria processos no mundo).”

## 2.2 Prova e Verdade no Processo

A discussão é bastante antiga, mas sob uma concepção metodológica, sem dúvida, a espiral conceitual se aprofunda, salientando-se que a cada novo momento sociológico o efeito direto do *standard* padrão probatório no processo também se altera, especificamente através da era da pós-verdade.

O Direito não está imune, como dito, assim como a teoria probatório, porquanto é a primeira a ser violada nesta fase do controle das narrativas.

A discussão fática se dará em quais condições? O estabelecimento deste padrão é fundamental para o avanço do entendimento e respeito pelos entes envolvidos no processo, acerca de um compromisso de estabelecimento de um padrão probatório ético.

Não há como se mencionar prova, sem a sua valoração, assim como seus mecanismos de interpretação.

Assim, debruçam-se os estudiosos sobre as decisões interpretativas e a seleção de premissas normativas do racionamento judicial. Os problemas da determinação dos fatos aos efeitos de selecionar as premissas fáticas já não tinham sido estudados com frequência, mesmo antes do avanço da maximização da pós-verdade na *cibercultura*.

Michelle Taruffo, em sua brilhante obra (A Prova) traz as justificativas do abandono deste estudo mais aprofundado, quais sejam:

- 1) Considerar que todo fenômeno de prova está compreendido e regulamentado em normas jurídicas (não necessariamente meios de prova), de forma que somente vale a pena sistematizar e examinar os meios de prova.
- 2) Somente validar provas regulamentadas, afastando as atípicas.
- 3) Assumir o contexto autossuficiente da regulamentação da prova no aspecto jurídico e não aceitar a importação de conceitos gerais, especialmente empíricos (sociológicos, psicológicos etc.).

A linha introdutória mencionada já traz o tamanho do desafio estrutural a ser escalado.

Há que se salientar, também, que a concepção em apreço não está imune de críticas especialmente na maravilhosa discussão entre Michelle Taruffo e Bruno Cavallone (Verifobia: Un diálogo sobre prueba y verdad ) como fator fundante inicial de discussão acerca do ônus probatório na pós-verdade.

Nesse sentido, na mesma obra, Bruno Cavallone traz uma ideia inicial, naquele modelo espiral de revisitação de uma concepção ideal da busca da verdade, concebendo a ideia de Calamandrei: “Calamandrei, quien en la célebre monografía Proceso y justicia justamente afirmaba que “la finalidad del proceso no es solamente la búsqueda de la verdad; la finalidad del proceso es algo más, es la justicia, de la cual la determinación de la verdad es solamente una premisa”.

E chama a atenção para uma problemática atual na pós-modernidade, especificamente

quando com os meios disponíveis, dentro da evolução da *cibercultura*, incorre-se no erro de interpretação mesclando eventos passados e critérios modernos: “Rückschluss, esto es, el error usual de interpretar eventos pasados con criterios modernos”,

Esse é o desafio para a mensuração da prova, mas isto deve perpassar pela questão das regras do ônus probatório.

## 2.3 Regras de Ônus Probatório

O ponto fundante a ser explorado é se as regras de distribuição da prova, especialmente na concepção clássica atendem uma concepção de justiça neste período de afronta aos estados democráticos de direito, neste momento de pós-verdade.

Avançando na temática, o quanto os sistemas em testilha protegem minorias, no sentido *lato* do termo, como as raciais, gênero, orientação sexual, pessoas com deficiência, povos originários, entre outros.

Também é determinante para a discussão a concepção da necessidade de resolução das demandas, em grande escala, assim como o atendimento do mínimo existencial, através da correção das decisões.

Há que se salientar, a priori, os alarmantes números, assim dados do Tribunal Superior do Trabalho (TST), órgão máximo da justiça laboral brasileira, apontam que, somente em 2021 foram ajuizados, na Justiça do Trabalho, mais de 52 mil casos relacionados a assédio moral e mais de três mil relativos a assédio sexual em todo o país.<sup>6</sup>

Nesse sentido, o mesmo tribunal mostra que os registros de assédio sexual voltaram a subir, após o arrefecimento da pandemia e a retomada gradual do trabalho presencial. Em 2019, 2.805 processos foram abertos nas Varas do Trabalho de todo o país. Em 2020, os registros apresentaram uma leve queda para 2.455 processos. Mas os números de 2021 apontavam uma tendência de aumento já que foram 3.049 novas ações, uma média de 254 vítimas que buscam a Justiça por mês.<sup>7</sup>

Com a concepção em apreço, suscita-se a grande problemática quanto a questão probatória, porquanto, conforme exposto, na maior parte das vezes o ato em si se dá escondido com o assediador em ambientes fechados e sem a perspectiva de uma prova material, por si.

A abertura de um processo judicial sobre o tema não garante uma busca efetiva pela verdade ou, como defendemos, uma maior probabilidade de verdade.

Nesse sentido, mister suscitar que, no ano de 2004, 85% das ações judiciais

6 Em 2021, Justiça do Trabalho registrou mais de 52 mil casos de assédio moral no Brasil.: TRT-13 promove campanha sobre assédio moral e sexual durante mês de maio. Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região (PB). Paraíba, 03 de mai. de 2022. Disponível em: <https://www.trt13.jus.br/informe-se/noticias/em-2021-justica-do-trabalho-registrou-mais-de-52-mil-casos-de-assedio-moral-no-brasil>. Acesso em 02 de jun. de 2023.

7 AGUIAR, Caroline; TUNES, Gabriela e VITÓRIA, Vanessa. Brasil teve mais de 250 casos de assédio sexual no trabalho por mês em 2021. SBT News, São Paulo, 10 de abr. de 2022. Disponível em: <https://www.sbtnews.com.br/noticia/justica/204188-brasil-teve-mais-de-250-casos-de-assedio-sexual-no-trabalho-por-mes-em-2021>. Acesso em 04 de jun. de 2023.

distribuídas ao Conseil des Prud'hommes de Paris alegavam algum tipo de assédio moral. Dessas, porém, somente 5% levaram a uma condenação por assédio.<sup>8</sup>

Na mesma linha, dois terços dos processos por assédio sexual na administração federal terminam sem punição.<sup>9</sup>

Ou seja, estamos diante de uma grande defasagem entre a busca da tutela e a sua efetivação, um grande abismo que, sem dúvida, se dá no aspecto existencial, assim como uma necessidade de questionarmos qual seria o nosso objetivo como juristas e possíveis indutores de uma melhora na sociedade.

Reitera-se, não há possibilidade de a discussão não resvalar na questão da prova e verdade, sob um aspecto macro, sem o determinismo de resolução pura e simples da demanda.

A regra clássica de distribuição do ônus probatório não comporta a real efetivação da resolução da demanda protegendo o direito da vítima, quando pertencente a minoria.

Indubitável que, devemos recorrer aos conceitos multidisciplinares, trazendo uma concepção de força oriundo de uma ciência exata, como a física, dentro da teoria probatória, com a finalidade do que se faz ao emitir o enunciado (prescrever uma conduta, descrever um estado de coisas, expressar uma emoção). Assim devemos utilizar a força *p* na citada proposta, trazida pelo professor Jordi Ferrer (*Prueba y verdad en el derecho*, 2005).

Nessa acepção a força de estar provado, sob a sigla *p*, deve ser feita sob a perspectiva de três maneiras: a) constitutiva; b) normativa; c) descritiva.

Não há preponderância, mas avaliação qualitativa, dentro da fase da valoração da prova.

Podemos conceber a constitutiva, através da concepção clássica, ou seja, quando o juiz incorpora aquele fato em seu racionamento probatório. Nesse aspecto tivemos como defensores Kelsen e Carnelutti, com o ideal positivista, salientando-se ser majoritária no século XX.

Aqui, deve-se, incidentalmente, sustentar que não tem a ver com a verdade, reiterando-se ser nas palavras de Taruffo, a sua busca um ideal de justiça. É resultado de uma atividade decisória, e não cognoscitiva. Impossibilidade de predicar verdade ou falsidade.

Nessa esteira, não se nega a existência do juiz fáivel, portanto se recorre ao conceito de verdade jurídica (formal).

Já a concepção do Enunciado Normativo se atribui de uma perspectiva de conjugação dos fatos com a norma.

---

8 BOURGAULT, Julie. Le harcèlement moral en France: un concept juridique subjectif-objectif? Regards croisés sur les politiques publiques visant à contrer la violence au travail, in Santé, société et solidarité. Québec: Observatoire franco-québécois de la santé et de la solidarité, 2006. n. 2. p. 113.

9 TOMAZELLI, Idiana. Dois terços dos processos por assédio sexual na administração pública federal terminam sem punição. Folha de S.Paulo, São Paulo, 04 de jun. De 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2022/07/dois-tercos-dos-processos-por-assedio-sexual-na-administracao-federal-terminam-sem-punicao.shtml>. Acesso em 04 de jun. De 2023.

De plano, deve-se afirmar que não há valoração de verdade aqui também. É um processo de avaliação da consequência jurídica, ou seja, um exercício de subsunção.

Ainda, há que ser clara a distinção entre a força que se atribui ao enunciado que expressa a definição e a força que deve atribuir aos enunciados que contenham o fim definido. Aqui surge outro problema, qual seja, para a determinação do fato e a consequente subsunção é necessária prévia interpretação do já citado enunciado.

Por fim, o Enunciado Descritivo, deve ser percebido pela ocorrência de um determinado fato em uma realidade externa ao processo. Haveria suscetibilidade de verdade ou falsidade, ou seja, tratamos da avaliação do valor do fato, e não do fato em si e sua consequência enunciativa.

A situação em testilha gera, sob uma primeira ótica, crítica direta entre aqueles que acreditam na diferença entre a verdade material e uma outra, de cunho formal.

Para (Taruffo, 2014) aqui estamos diante do conjunto de elementos, procedimentos e racionamentos, mediante os quais se elabora, verifica e confirma como verdadeira aquela reconstrução. É o processo de recuperação do nexu instrumental entre a prova e a verdades dos fatos.

Assim, sob uma interpretação *a contrario sensu*, para negar a assimilação basta admitir que o fato “x” não foi provado no processo, ainda quando o enunciado que afirma sua ocorrência seja verdadeiro, aqui uma nítida possibilidade da mera distribuição do ônus da prova.

A situação em comento já trará um problema, o qual vamos antecipar, quanto a possibilidade de existência do nexu probalístico, circunstância específica de aplicação da dinâmica distribuição da prova, circunstância que dificultaria, sob esta análise, a aplicação da citada forma diversa de distribuição da prova, em caso de arguição de violação ao direito de pessoas em condição de vulnerabilidade.

Diante da breve descrição dos modelos de enunciados fundantes da teoria e da correspondente valoração da prova, avançamos na problemática da prova e verdade, sob a perspectiva da inexistência de regulamentação específica, sob o preceito de uma análise de necessidade da sentença estar justificada interna e externamente, conforme a doutrina de Robert Alexy em sua obra (Teoria da Argumentação Jurídica).

Nesta linha, a premissa fundamental é estar provado que  $p$ , utilizando-se para fazer referência ao resultado do conjunto da atividade probatória desenvolvida a favor ou contra a conclusão  $p$  (em atenção aos distintos meios específicos de prova apostos no processo).

E chegamos ao ponto de análise de estar provado que  $p$ , como verdade.

Nessa linha, há a possibilidade de se interpretar a inexistência de diferença entre prova e verdade. A prova, em si, seria a comprovação judicial, pelos meios que a lei estabelece, da verdade de um fato controvertido do qual depende o direito a que se pretende.

Duas críticas devem ser colocadas, sob uma perspectiva lógico-jurídica: a primeira

é a diferença entre fatos provados e fatos que realmente ocorreram, já a segunda está na perspectiva de que não se pode afastar a colheita errônea de prova, por ausência de respeito aos meios processuais adequados.

Assim, a discussão entre Cavallone e Taruffo, traz um elemento de fundamental relevância, especificamente qual seria a direção da prova, no momento de sua colheita em sede processual. O questionamento de Cavallone, com boa dose de ironia, é bastante claro: “el aspecto más importante de la nueva concepción de las pruebas es el claro reconocimiento del descubrimiento de la verdad sobre los hechos del caso como fin al que estaba dirigida la adquisición de las pruebas”. Así, esta “victoria del racionalismo sobre el misticismo” (Verifobia: Un diálogo sobre prueba y verdad )

A concepção se complementa com a discussão entre a aplicação da regra do ônus probatória como antiepistêmica e o preceito do *non liquet*.<sup>10</sup>

A crítica é de fundamental relevância, porquanto a concepção de resolver o processo, apenas sobre as regras da distribuição do ônus probatório não aparentam trazer, no período da pós-modernidade, o mínimo de pacificação social.

Suscita-se que, em nosso modesto entendimento, as regras de distribuição probatória, assim como suas excepcionalidades, como a dinâmica distribuição da prova, devem ser epistêmicas, reforços argumentativos, mas não absolutos, sintoma, aliás, da já citada *verifobia*.

Aliás, através da citada regra há um incentivo para a parte trazer elementos que conduzam uma valoração positiva a sua argumentação, mas, repita-se, é um conglomerado epistemológico.

O ponto fundante é que o julgamento, por si só, através de mecanismos de distribuição do ônus da prova, mesmo dentro da persuasão racional motivada, suscita um grande problema acerca da proteção das minorias, exemplificando situações de assédio sexual no ambiente de trabalho, como norte fundante da teoria.

### **3 | A AUTOPOIESIS COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO DA TEORIA DE PROVAS**

Diante da citada crise, assim como a ausência de proteção através da valoração sobre as regras clássicas de distribuição probatória, pelo contexto exposto, devemos

---

10 (...) con gran frecuencia, todas las veces que, no considerando probado uno o más hechos controvertidos, el juez decide aplicando la regla de juicio de la carga de la prueba, regla antiepistémica por excelencia, que podría desaparecer como tal, pero que constituye uno de los fundamentos de la regulación del juicio de hecho en todo ordenamiento moderno (y, por lo demás, el non liquet del juez romano era aún peor desde este punto de vista, porque comportaba la renuncia a decidir, incluso si la decisión estaba eventualmente conforme a la “realidad de los hechos”).

Ahora, mi desacuerdo sobre este punto no se deriva de una simpatía preconcebida por todas las prohibiciones probatorias, sino solo de la convicción de que las reglas bajo examen no tienen más que indirectamente una “función epistémica”, y son en cambio reglas sustanciales (como evidencia también su ubicación en los códigos civiles de derivación napoleónica), dirigidas a favorecer la formación por escrito de los contratos, como garantía de la certeza de las relaciones jurídicas negociales; opinión que, además, está ampliamente difundida en la doctrina.” (Verifobia: Un diálogo sobre prueba y verdad )

avançar para a possibilidade da necessidade de reconhecimento da *Autopoiesis* na teoria probatória.

Indubitável que, além de todas as concepções de Direito, a que mais se aproxima de uma concordância teórica é de que este é linguagem. Toda base teórica e procedimental da ciência jurídica detém como base a linguagem, seja formal ou informal, salientando-se que, este último modelo, por mais que encontra óbice daqueles mais conservadores na estrutura jurídica, detém fundamental relevância no modelo de aplicação da norma.

Para que não haja omissão teórica, em contrapartida ao elemento acima disposto, sob uma percepção de Heidegger em sua obra (*Ser e Tempo*) - as coisas se apresentam com um sentido, salientando que permitem prescindir da linguagem, em uma digressão existencial do ser é.

Desta feita, independentemente do elemento a ser seguido, mesmo sob a concepção *heideggeriana*, há que se arguir um caminho de maior aproveitamento processual, assim como proteção daqueles em condição de vulnerabilidade.

Para tanto, deve-se trazer uma concepção de Michel Foucault ao elencar a comunicação luhmanniana, através da palavra *autopoiesis* que se refere a um sistema autopoietico, definido como rede de produção de componentes e estruturas. Como emissor da própria comunicação, opera, por isso mesmo, de forma autorreferencial. Implica autorganização: elementos produzidos no mesmo sistema. Decorre da auto-organização da natureza e da sua comunicação com o seu ambiente, como se fossem células do corpo autorregenerado (“Alternativas” à Prisão)

E Foucault continua sua digressão de reinvenção, quando afirma que a *autopoiese* foi utilizada no campo do direito pela teoria dos sistemas para resolver o fundamental problema de delimitar externamente o sistema, este normativo-ideológico, nos confrontos do seu ambiente, sem excluir a própria capacidade de introduzir ao seu interno mudanças que assegurem a sua sobrevivência. Em particular, a teoria dos sistemas considera o sistema jurídico apto a gerir as relações entre os próprios elementos com diversos níveis de complexidade do ambiente e da específica normatividade capaz de atingir níveis de generalizações superiores aos dos outros sistemas normativos.

Indubitável a necessidade de adoção, também, do conceito de “hiperciclo”, denotando que os diversos componentes do sistema jurídico (procedimento jurídico, ato jurídico, norma jurídica, dogmática jurídica) operam de modo diferenciado, mas reciprocamente complementar. Somente a combinação desses componentes concorre para gerir solicitações provenientes do exterior do sistema.

As três fases funcionais dos sistemas autopoieticos são seleção, variação e estabilização: a primeira é tipicamente caracterizada pelas estruturas administrativas; a segunda tem que ver com a variação da legislação; a terceira alude à estabilização dos procedimentos jurisprudenciais. Enfim, a fase da autorrepresentação das estruturas dogmático-conceituais pode ser atribuída à doutrina, que busca dar unidade e coerência à

integralidade sistêmica. Em conjunto, esses componentes formam um “hiperciclo interno” que, graças à sinergia de todos os componentes que fazem parte do sistema jurídico, asseguram uma resposta adequada do direito *autopoietico* ao seu ambiente. (“Alternativas” à Prisão). Nesse sentido o quadro é ilustrativo:

Funções autopoieticas	Circuito interno
Estabilização	Jurisprudência
Seleção	Administração
Variação	Legislação
Autorrepresentação	Doutrina

Quadro 1 - O hiperciclo intrassistêmico do direito autopoietico.

Fonte: Elaborado pelos autores.

Aqui é de fundamental relevância que sob a perspectiva proposta de uma análise valorativa da prova, deve-se levar em conta o modelo em si, sob a concepção macro dos três elementos chave introdutórios, ou seja:

a) a seleção (através da administração do judiciário), com o exemplo prático no Brasil, quando o Conselho Nacional de Justiça adota resolução indicativa em várias frentes, com o objeto da redução da desigualdade de gênero.<sup>11</sup>

b) Estabilização – através da jurisprudência, tanto nos sistemas da *common law* ou *civil law*, mesmo que adotem modelos diferentes de valoração da prova, mas com a correspondência de uma teoria similar, sujeitando-se, portanto, a que as decisões passem pela apreciação adequada da prova nos elementos convergentes da citada proteção necessária às minorias.

c) O elemento variação é o de maior dificuldade, porquanto esbarra em uma concepção conservadora humana, assim como uma disforme visão de autoproteção e reserva de domínio, está grave efetivamente, quando se trata de uma mudança que desfavoreça àqueles que dominam a narrativa, assim como dotado de privilégios de raça, gênero e orientação sexual, por exemplo.

Mesmo assim, indubitável que o clamor e os ventos de mudança gerarão, inclusive, uma necessária previsão legal, de cunho procedimental, com a finalidade de valoração diversa da apreciação pura e simples da regra clássica do ônus probante, sob o preceito de quem se desincumbiu ou não deste.

Avançando na proposta, sob o entendimento de Foucault, o modelo do direito *autopoietico* não tem somente uma base teórica. A mudança de perspectiva do referencial autopoietico tem consequências práticas e disso depende a possibilidade de defender a sobrevivência de todo sistema autopoietico que, igual ao jurídico, é dotado de capacidade de auto-observação e de autoconsciência.

Ou seja, no preceito que tratamos em tela é necessária uma readequação ou nova

<sup>11</sup> Grupo de Trabalho instituído pela Portaria CNJ n. 27, de 2 de fevereiro de 2021. Ato Normativo 0001071-61.2023.2.00.0000 e Recomendação n° 128.

aplicação do modelo de distribuição do ônus probatório quando temos situações que envolvam minorias.

A ideia concebida por Foucault, aliás, traz um diagnóstico preciso sobre a resistência de aplicação da proposta, sob uma perspectiva de encontro/desencontro: “O sistema jurídico autopoiético, em suma, colabora para o encontro de duas sensibilidades distintas: a sensibilidade dos operadores jurídicos, sempre mais desorientada sobre o plano decisional pelo inegável afastamento do real funcionamento do direito das próprias expectativas; e a sensibilidade dos sociólogos, que procura enquadrar numa visão mais ampla da realidade jurídica os problemas considerados insolúveis pela inadequação de um normativismo rigorosamente formal.”

O referencial autopoiético constitui um modo de representar o direito a partir do próprio direito e, por conseguinte, mostra-se como um caso de autopoiese apto a influenciar a realidade que se propõe a respeitar, mas é de fundamental relevância o entendimento da necessária conexão de áreas humanas, porquanto o direito, por si só, não consegue trazer a resolução e dispor quais são as minorias, mesmo em uma perspectiva da igualdade material.

#### **4 | O ÔNUS E A VALORAÇÃO DA PROVA QUANDO O PROCESSO ENVOLVA PESSOAS EM CONDIÇÕES DE VULNERABILIDADE**

Diante da interpretação sociológica e filosófica descrita, devemos conceber neste tópico a questão do ônus probatório e da valoração da prova, quando o processo envolver uma das partes envolvidas, como dentre aquelas pertencentes às minorias estruturais, ou seja, em condição de vulnerabilidade.

Por uma necessidade do objeto do trabalho, a concepção aqui aposta se dará no aspecto do processo do trabalho;

Desta feita, há que se suscitar que no modelo brasileiro as regras da distribuição do ônus probatório são importadas do Código de Processo Civil, mas detém transcrição específica na Consolidação das Leis do Trabalho, especialmente após a reforma legislativa de novembro de 2017.<sup>12</sup>

Assim, adotou-se a regra da distribuição clássica, ou seja, ao proponente

---

12 Art. 818. O ônus da prova incumbe: (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

I - ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

II - ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 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.

a necessidade de comprovar o fato constitutivo do seu direito e ao demandado o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Convém suscitar que no processo laboral o ônus não é estático, com a fluidez característica, especialmente durante a realização da audiência.

Suscita-se, ainda, a previsibilidade da dinâmica distribuição da prova, em casos específicos, diante da dificuldade de a parte cumprir o encargo e a maior facilidade da prova pela parte que não detinha o ônus originariamente, através de atribuição específica judicial.

A regra em testilha, diante da já citada discussão de prova e verdade, está vinculada diretamente com o princípio do *non liquet*, salientando que a correspondente distribuição do ônus probatório traz a possibilidade da resolução das demandas em larga escala, especialmente gerando a justificativa externa da sentença, sob uma ótica da teoria da argumentação jurídica (Robert Alexy), preceito adotado pelo Código de Processo Brasileiro.

Indubitável, também, que não podemos nos afastar da realidade, salientando que a afronta ao direito de minorias ocorre de maneira camuflada, dificultando sobremaneira uma prova testemunhal, por exemplo.

E aqui chegamos ao ponto fundante, qual seja, como conciliar as regras de distribuição da prova, assim como a sua posterior valoração, afastando-se do *non liquet*, mas ao mesmo tempo não gerando a sensação de incapacidade do judiciário de lidar com situações de afronta, no ambiente de trabalho, daquelas pessoas em condição de vulnerabilidades históricas.

Partirmos, buscando uma possibilidade de resposta e atenção especial a uma sensação mínima de justiça, através da possibilidade de aplicação direta do conceito da *autopoiesis*.

Nesse sentido, indubitável que a questão em si é uma escolha social e qualquer escolha potencialmente será passível de incorreções em casos específicos.

Como exemplo, em um caso de assédio sexual no ambiente de trabalho ao se dar um peso maior ou menor para a palavra da vítima, vislumbrar-se-á uma diferença grande na valoração probatória e, conseqüentemente, a majoração ou não das condenações.

Subsistem elementos empíricos para crer que a chance de uma mulher não denunciar o assédio é muito maior do que o fazer de forma não verdadeira, imputando fato falso, salientando-se que a desconfiança da palavra da vítima, por si só, demonstra-se verifóbico.

A autopoiesis sugere que, passemos nas três fases já mencionadas, através da identificação no exemplo em apreço.

Nesse sentido, o elemento de seleção se perfaz na necessidade de aprimoramento da administração do judiciário, ou seja, este poder de estabilização deve- ser o canal ativo de mudança na configuração e entendimentos acerca da possibilidade de melhor interpretação das situações sem um arcabouço estritamente conservador probatório, ou

seja, que o depoimento pessoal não sirva única e exclusivamente como possibilidade de prejuízo próprio, através da confissão, mas sim que seja elemento ativo de se coadunar com a possibilidade de fundamentar e justificar externamente a sentença, em consonância com outros elementos.

Já a fase da estabilização, a qual se dá através da jurisprudência, demanda uma readequação de um estabelecimento de maior probabilidade de verdade, sem olvidar o critério de Taruffo, como elemento de uma análise racional da prova, através da (Taruffo, 2014): “1 - la veracidad de la determinación de los hechos es una condición necesaria (per – obviamente – no suficiente) para la justicia de la decisión; 2 – Procedimiento justo; 3 – Correcta interpretación y aplicación de la norma que regula el caso. “

Assim, a concepção da jurisprudência se torna fundamental para a estabilização de readequação da valoração, sob uma perspectiva de responsabilidade pelo outro (LÉVINAS) em casos de violação de direitos das minorias no ambiente laboral.

A proposta é que a *ratio decidendi* traga de forma fragmentada o conjunto de indícios suficientes para a maior probabilidade de verdade, especialmente reduzindo o *standard* do fato constitutivo em si, mas com a adoção de indícios como elementos suficientes para a concessão da tutela jurisdicional.

Por fim, quanto o elemento variação, há que se suscitar, brevemente algumas legislações que já trazem o tema sob uma perspectiva protetiva de pessoas em condição de vulnerabilidades.

A França detém por prática dar ao réu o ônus de se desincumbir da alegação do assédio, desde que o autor gere no processo fatos que possam gerar a presunção do correspondente assédio.<sup>13</sup>

O Código de Trabalho Português (artigo 29, combinado com o artigo 25º, 5) também não se omite quanto a não aplicação da simples regra clássica, suscitando-se a inversão do ônus da prova, sopesando sobre a posição jurídico-processual do empregador, quando o alegado assédio configura típica conduta discriminatória.

Nesse mesmo sentido, convém trazer à tona a jurisprudência, especificamente o Acórdão da Relação do Porto 3819/08, julgado em 02.02.09:

“(…) a União Europeia firmou acordo entre os países-membros, aprovando a inversão do ônus da prova na hipótese de assédio sexual.

Na mesma direção trilhou o legislador francês, na lei que coíbe o assédio moral no trabalho. Admite-se a inversão do ônus da prova, revertendo para o agressor o encargo de provar a inexistência do assédio, na medida em que o autor da ação já tenha apresentado elementos suficientes para permitir

---

13 “l'article L 122-52 du code du travail prévoit que le salarié établit les faits qui permettent de présumer de l'existence d'un harcèlement.

Cela est conforme à nos procédures civiles et pénales- le supposé harceleur bénéficiant de la présomption d'innocence. Le salarié demandeur devra établir la matérialité des éléments de faits précis et concordants qu'il présente au soutien de ses allégations.

Au vu de ces éléments, il incombe au défendeur de prouver que ses actes sont justifiés par des motifs étrangers à tout harcèlement. Le juge formera alors sa conviction.”

a presunção de veracidade dos fatos narrados na petição inicial. " (Terror Psicológico no Trabalho)

Indicam-se, assim, elementos suficientes fortes para a possibilidade de uma proteção adequada àqueles em condição de vulnerabilidade, com uma readequação da interpretação da própria regra clássica de distribuição do ônus probatório.

## 5 | CONCLUSÃO

Registra-se que, diante do contexto apresentado, através da já mencionada *autopoiesis*, há a possibilidade de adoção da teoria clássica de distribuição do ônus probatório, mas com uma reconfiguração da sua valoração e do *standard* possibilitador de uma maior incidência de condenação contra aqueles que atacam os direitos das minorias no ambiente de trabalho.

Assim, torna-se viável a correção dentro do próprio direito, salientando-se que a valoração da prova pode sim ser objeto de verdade, independentemente da necessidade de se aferir meramente se houve desincumbência direta ou não do ônus probante.

Nesse cenário, a proposta disposta por Foucault com seus três elementos indutores de correção do próprio direito, ou seja, através da tríade seleção, estabilização e variação.

A prova não é um elemento em si mesmo, há uma finalidade, sem dúvida existencial, a qual não pode simplesmente punir aquele que detenha maior dificuldade de trazer o fato consubstanciado em um arcabouço recheado de elementos, quando se dê distante dos olhos de todos, com poucos vestígios.

A pós-verdade, também, não pode ser óbice na necessária readequação, diante dos elementos de correção já postos no próprio sistema, salientando que o desafio do judiciário é, também, enfrentar a pós-verdade, que se alimenta da desconstrução da verdade.

Neste elemento, o cuidado é para que não haja uma confusão inadequada entre prova e verdade, mas sim o foco ao se propor uma readequação da valoração probatória, com um olhar de responsabilidade sobre o outro, um termo mais existencial, mas de cunho humanístico, sem dúvida determinará o quanto tornará possível a real estabilização social, assim como uma adequada proteção para os que estejam em condição de vulnerabilidade, especialmente dentro do ambiente de trabalho e, posteriormente, no andamento processual.

Portanto, é hora da verdadeira *autopoiesis* na teoria probatório, como escolha social, destinatário de um real compromisso do poder judiciário, sob o manto da responsabilidade existencial efetiva.

## REFERÊNCIAS

1. AGUIAR, Caroline; TUNES, Gabriela e VITÓRIA, Vanessa. Brasil teve mais de 250 casos de assédio sexual no trabalho por mês em 2021. SBT News, São Paulo, 10 de abr. de 2022. Disponível em: <https://www.sbtnews.com.br/noticia/justica/204188-brasil-teve-mais-de-250-casos-de-assedio-sexual-no-trabalho-por-mes-em-2021>. Acesso em 04 de jun. de 2023.
2. ALEXY, Roberty. Teoria da Argumentação Jurídica. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
3. BOURGAULT, Julie. Le harcèlement moral en France: un concept juridique subjectif-objectif? Regards croisés sur les politiques publiques visant à contrer la violence au travail, in Santé, société et solidarité. Québec: Observatoire franco-québécois de la santé et de la solidarité, 2006. n. 2. p. 113.
4. CARNELUTTI, Francesco. A Prova Civil. São Paulo: Editora Pillares, 2016.
5. FERRER BELTRÁN, Jordi. Prueba y verdad en el derecho. Madrid: Marcial Pons, 2005.
6. FOUCAULT, Michel. "Alternativas" à Prisão. Petrópolis: Vozes, 2022.
7. GUEDES, Marcia Novaes. Terror Psicológico no Trabalho. 3ª ed. São Paulo: LTR, 2008.
8. HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. Petrópolis: Vozes, 2015.
9. LÉVY, Pierre. Cibercultura. 3ª ed. Tradução: Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2010.
10. LÉVINAS, Emmanuel. Totalidade e Infinito. 1ª ed. Coimbra: Editora Almedina - Edições 70, 2008.
11. NIETZSCHE, Friedrich. Genealogia da Moral. São Paulo: Martin Claret, 2017.
12. RABELAIS, François. Gargantua e Pantagruel. São Paulo: Editora 34, 2021.
13. TARUFFO, Michele. A Prova. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2014.
14. IDEM. Verifobia: Un diálogo sobre prueba y verdad . Madrid: Editores, 2017.
15. TOMAZELLI, Idiana. Dois terços dos processos por assédio sexual na administração pública federal terminam sem punição. Folha de S.Paulo, São Paulo, 04 de jun. De 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2022/07/dois-tercos-dos-processos-por-assedio-sexual-na-administracao-federal-terminam-sem-punicao.shtml>. Acesso em 04 de jun. De 2023.