

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS AÇÕES COLETIVAS TRABALHISTAS¹

Lívia Davel Frossard²

Carlos Henrique Bezerra Leite³

Fecha de publicación: 01/10/2015

SUMÁRIO: Introdução. **1.** A igualdade de armas no processo e o acesso à justiça. 1.1 O princípio da igualdade no processo trabalhista e o acesso à justiça. **2.** A distribuição do ônus da prova no processo do trabalho. 2.1 A possibilidade da inversão do ônus da prova nas ações individuais. 2.2 A possibilidade da inversão do ônus da prova nas ações coletivas. **3.** A possibilidade da inversão do ônus da prova nas ações coletivas trabalhistas. 3.1 Ações coletivas propostas pelo ministério público do Trabalho. 3.2 Ações coletivas propostas pelos sindicatos. 3.3 Ações coletivas propostas pela defensoria pública da União. Considerações finais. Referências.

RESUMO: O princípio da isonomia está previsto na Constituição Federal de 1988⁴ em diversos dispositivos como, por exemplo, no artigo 5º. Entretanto, quando se verifica a situação fática na justiça do trabalho em que as partes possam participar igualmente da formação do convencimento do juiz, verifica-se que a desigualdade das partes ainda é patente nas

¹ Artigo apresentado ao Grupo de Pesquisa de Acesso à Justiça na Perspectiva dos Direitos Humanos do PPG *Stricto Sensu* da FDV sob a orientação do Prof. Doutor Carlos Henrique Bezerra Leite.

² Mestranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória-FDV.

³ Doutor e Mestre em Direito (PUC/SP). Professor de Direitos Humanos Sociais e Metaindividuais do PPG *Stricto Sensu* da FDV. Líder do Grupo de Pesquisa de Acesso à Justiça na Perspectiva dos Direitos Humanos do PPG *Stricto Sensu* da FDV. Desembargador do Trabalho. Titular da Cadeira 44 da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Ex-Diretor da Ejud-Escola Judicial do TRT da 17ª Região.

demandas individuais, porém, nas ações coletivas, essa desigualdade diminui. Mas há situações em que a obtenção da prova nas ações coletivas é quase impossível, devido às dificuldades impostas pelo empregador. Dessa forma, busca-se analisar, no presente estudo, a possibilidade de inversão do ônus da prova nas ações coletivas trabalhistas, tendo como fundamento a efetivação dos princípios constitucionais da isonomia, acesso à justiça e devido processo legal.

PALAVRAS CHAVE: Isonomia - Ônus da prova - Ação coletiva.

ABSTRACT: The principle of equality is enshrined in the Federal Constitution of 1988 in many WAYS, for example, in Article 5. However, when there is the factual situation in the labor courts in which parties can also participate in the formation of the conviction of the court, it appears that the inequality of the parties is still evident in individual demands, but in collective actions, this inequality decreases, but there are situations which the taking of evidence in collective actions is almost impossible due to the difficulties imposed by the employer. Thus, APPROACH to examine in this study, the possibility of reversing the burden of proof in labor collective action, taking as a basis the effectiveness of the constitutional principles of equality, access to justice and due process.

KEYWORDS: equality - reversing the burden of proof - labor collective action

INTRODUÇÃO

Após a Revolução Industrial, intensificaram-se os conflitos entre empregadores e trabalhadores implicando profundas mudanças na sociedade, em especial o surgimento da chamada *sociedade de massa*, que trouxe em seu bojo novos conflitos sociais exigindo cada vez mais novas políticas públicas judiciárias de acesso à justiça para a sua adequada resolução.

Nesse contexto, os juristas brasileiros, preocupados com a efetividade do processo no âmbito trabalhista, começaram a perceber que as tradicionais formas de solução dos conflitos de trabalho por meio da propositura de demandas individuais, ainda que mediante utilização do litisconsórcio ativo (dissídios individuais plúrimos), não eram suficientes para efetivar os direitos dos trabalhadores.

Em virtude disso, criaram novos instrumentos jurídicos para proporcionar o acesso coletivo à tutela jurisdicional de direitos ou interesses metaindividuais, sem prejuízo das já conhecidas lides individuais.

Assim, em 1985, o ordenamento jurídico brasileiro foi impulsionado por um avanço significativo, com o surgimento da Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), posteriormente integrada, em 1990, pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

Esses diplomas, em consonância com a Constituição Federal de 1988, criaram um microsistema processual especificamente destinado à tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, com aplicação subsidiária da CLT e do Código de Processo Civil.⁵

Esse novo microsistema processual coletivo modernizou institutos tradicionais e individuais do processo civil inadequados à tutela dos interesses metaindividuais. E, entre os institutos tradicionais que não se

⁵ MILARÉ, Édis; CASTANHO, Renata. A distribuição do ônus da prova no anteprojeto do código brasileiro de processo coletivo. In GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 254.

mostravam satisfatórios à defesa dos interesses coletivos, destaca-se a questão relativa à distribuição do ônus da prova.⁶

Contudo, a concretização da previsão constitucional da isonomia (art. 5º da CF) exigiu mais do que a simples previsão de direitos subjetivos. Foi necessária, igualmente, a previsão de normas processuais que assegurassem a efetividade dos direitos fundamentais das partes litigantes e dentre essas normas, cita-se o art. 125, I do CPC, onde os litigantes deverão receber do juiz tratamento idêntico.

O presente trabalho, portanto, tem como objetivo geral investigar se as partes litigantes na justiça do trabalho estão tendo um tratamento jurídico igualitário a fim de terem acesso a uma ordem jurídica justa, na perspectiva de Cappelletti. Dessa premissa maior, procura-se atingir os objetivos específicos de: a) analisar, sob o viés comparativo, a questão do ônus da prova no processo do trabalho à luz dos princípios constitucionais da isonomia, devido processo legal e acesso à justiça; b) examinar a necessidade de igualdade processual nas ações coletivas sob o enfoque dos titulares do direito material deduzido.

Por conseguinte, partindo-se do princípio constitucional do devido processo legal e com base no método dialético, mister se faz analisar a inversão do ônus da prova nas ações coletivas trabalhistas, de modo a garantir a igualdade substancial do amplo acesso à justiça dos titulares materiais dos direitos defendidos em tais ações.

Eis, então, o problema a ser enfrentado no presente artigo: o juiz pode validamente inverter o ônus da prova nas ações coletivas trabalhistas?

1 A IGUALDADE DE ARMAS NO PROCESSO E O ACESSO À JUSTIÇA

A Constituição Federal de 1988 prevê o princípio da igualdade no art. 5º caput como regra geral de tratamento, sendo a argumentação fundada no princípio da igualdade, no sentido que são tratados igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da desigualdade existente.

Contudo, não basta haver apenas a previsão legal do princípio da isonomia, igualdade formal, se o referido dispositivo constitucional não proporcionar as partes um tratamento que atenda os critérios da justiça social.

⁶ MILARÉ, Édis; CASTANHO, Renata. A distribuição do ônus da prova no anteprojeto do código brasileiro de processo coletivo. In GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 254.

A igualdade, com efeito, deve ser avaliada sob o seu aspecto substancial ou material. É necessário tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na exata medida das suas desigualdades. Vale dizer: as pessoas ou as situações são iguais ou desiguais de modo relativo, ou seja, sob certos aspectos. Nesse contexto, a tendência do constitucionalismo contemporâneo tem sido a de não limitar à enunciação de um postulado formal e abstrato de isonomia jurídica, mas sim de fixar nas Constituições medidas concretas e objetivas tendentes à aproximação social, política e econômica entre os jurisdicionados.⁷

Ademais, a expressão *acesso à justiça* é reconhecida de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individuais e socialmente justos. Sem dúvida, uma premissa básica é a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo.⁸

Contudo, para que haja a efetividade do processo, é indispensável que sejam observadas as regras que fundamentam o devido processo legal a fim de que as partes possam participar da formação do convencimento do juiz, em igualdade de condições.

Com intuito de assegurar essa igualdade entre as partes, o referido instituto deve ser um instrumento para dar efetividade, de acordo com a concepção de José Roberto dos Santos Bedaque, quando menciona que as garantias constitucionais do processo estão diretamente relacionadas não apenas aos instrumentos processuais adequados, como também a um resultado suficientemente útil e eficaz para quem necessita valer-se dessa atividade estatal. Proporcionam vias processuais aptas à resolução dos conflitos de interesses, para que a tutela jurisdicional obtida ao final do processo seja dotada de efetividade.⁹

1.1 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO PROCESSO TRABALHISTA E O ACESSO À JUSTIÇA

A partir do momento que o Estado passa a intervir na ordem social e econômica, atuando como um tutor incumbido de editar leis que

⁷ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 52.

⁸ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 8.

⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

componham as desigualdades sócio-econômicas, surge o direito do trabalho, através do qual o Estado interfere em um campo que parecia ser da absoluta liberdade individual, qual seja, o das obrigações. O objetivo último é que a igualdade ideal se transforme em igualdade real.¹⁰

Ocorre que no tradicional processo do trabalho, em que a desigualdade das partes é patente, o temor da perda do emprego impede o trabalhador de ingressar com ações individuais. A par disso, muitos trabalhadores se submetem a acordos prejudiciais e até vexatórios, que atentem não só contra o direito de ação, mas contra a própria dignidade da pessoa humana, devido à necessidade de obter verba alimentar e à falta de condições para bancar a longa espera pela solução jurisdicional.

Observa-se que na esfera trabalhista há latente desrespeito ao princípio da isonomia, diante da real desigualdade entre empregado e empregador, pois há a dificuldade para o reclamante obter provas, como também incapacidade econômica para arcar com exames periciais, etc.

A fim de assegurar o princípio da isonomia no processo do trabalho, é preciso que haja tratamento isonômico entre as partes, tratando igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades, como afirma Nelson Nery Júnior, o que deve ser observado atentamente pelo juiz, a fim de não se negar a efetividade da aludida isonomia.¹¹

Assim, o verdadeiro conteúdo do acesso à jurisdição não se identifica com a mera admissão ao processo ou possibilidade de ingresso em juízo. Para que haja efetivo acesso à Justiça, é indispensável que se garanta ao autor e ao réu meios concretos e eficazes para a solução justa do conflito levado a juízo. Isso, notoriamente, não vem ocorrendo como regra geral na Justiça do Trabalho, quando o trabalhador procura individualmente a reparação dos seus direitos trabalhistas.¹²

Dessa forma, o que o princípio constitucional da isonomia quer significar é a proteção da igualdade substancial e não a isonomia meramente formal, praxe na Justiça trabalhista, em que ocorrem muitos "acordos" ruins para o trabalhador que, muitas vezes, sem possibilidade de provar suas alegações, sem condições financeiras para bancar a demora

¹⁰ PAULA, Carlos Alberto Reis de. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010, p. 124.

¹¹ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 40.

¹² MELO, Raimundo Simão de. **Ação civil pública na justiça do trabalho**. São Paulo: LTr, 2012, p. 47.

da demanda, temendo represálias quanto à obtenção de novo emprego, etc., vê-se obrigado a aceitar a proposta patronal.¹³

A coletivização da jurisdição contribui na atenuação da desigualdade das partes da demanda, já que autoriza aos trabalhadores alijados do sistema judiciário o alcance do pleno acesso à justiça, tomado em suas acepções material e formal. A participação ativa de atores sociais, como o Ministério Público do Trabalho, a Defensoria Pública e os sindicatos, assegura aos trabalhadores, na qualidade de substitutos processuais, a garantia dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição da República, dentre outros instrumentos normativos. Com isso, o direito passa a ser mais funcional e de fácil operacionalização, tendo, pois, maior eficácia.

Ao relacionar a igualdade com o direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa (art. 5º XXXV da Constituição Federal de 1988), a lei suprema predispõe uma conformação do procedimento probatório, inclusive no que se refere à distribuição do ônus *probandi*, no sentido de garantir a isonomia das partes, principalmente na produção da prova, possibilitando uma decisão justa.¹⁴

Para que exista um devido processo legal em matéria de distribuição do ônus probatório, com igualdade real de chances e paridade de armas, é necessário que a hipossuficiência tanto técnica quanto econômica sejam decisivas na obtenção do resultado da tutela jurisdicional prestada. É preciso que se inverta a regra antes comentada, ou seja, é o ônus objetivo que deve delimitar o ônus subjetivo. Em outros termos, é preciso que a prova deixe de ser vista como um instrumento vinculado ao direito privado (direito alegado pela parte) e passe a ser considerada como um instituto de caráter público, isto é, um elemento essencial à entrega de uma tutela jurisdicional justa.

Assim, como o juiz é o destinatário da prova, e a finalidade da prova é convencê-lo do direito alegado, é imprescindível que o magistrado atue de modo ativo, participativo e inquieto em relação à busca dos fatos que necessitam ser provados, o que, em última análise, poderá propiciar a tutela jurisdicional justa.

¹³ Ibid, p. 48.

¹⁴ CARPES, Artur Thompsen. **A distribuição dinâmica do ônus da prova no formalismo-valorativo.** Revista da AJURIS, n. 104. Porto Alegre, dezembro de 2006, p. 15.

2. A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

A distribuição do ônus da prova no processo do trabalho está disciplinada no art. 818 da CLT, segundo o qual "o ônus de provar as alegações incube à parte que as fizer". A doutrina¹⁵, porém, entende que a regra prevista no art. 818 da CLT, não obstante a inexistência de omissão do texto consolidado e dada a sua excessiva simplicidade, cedeu lugar à aplicação conjugada do art. 333 do CPC, segundo o qual cabe ao autor a demonstração dos fatos constitutivos do seu direito e ao réu a dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos.

Certo é que no processo civil predomina o princípio dispositivo, que entrega a sorte da causa à diligência ou interesse da parte; por isso, assume especial relevância a questão do ônus da prova. Esse ônus consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz.¹⁶

Em atenção ao princípio dispositivo, o art. 333 do Código de Processo Civil estabeleceu a distribuição dos ônus probatórios das partes e, por se tratar de regra geral, a disciplina do CPC sobre a distribuição do ônus da prova está sujeita a exceções.

2.1 A POSSIBILIDADE DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS AÇÕES INDIVIDUAIS

Em alguns casos, as normas da distribuição do ônus da prova pode acarretar prejuízos para a parte que não tem condições de apresentá-la, como é o caso de ações propostas pelo trabalhador hipossuficiente.

A par disso, a jurisprudência trabalhista vem mitigando a rigidez dos arts. 818 da CLT e 333 do CPC, passando a admitir a inversão do ônus da prova em algumas hipóteses, como a de registro de horário para fins de comprovação de horas extras nos termos da Súmula n. 338 do TST.¹⁷

Uma das exceções à regra clássica de distribuição do ônus da prova está prevista no inciso VIII do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor,

¹⁵ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 660.

¹⁶ MILARÉ, Édís; CASTANHO, Renata. A distribuição do ônus da prova no anteprojeto do código brasileiro de processo coletivo. In GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo Revista dos Tribunais, 2007, p. 255.

¹⁷ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 666.

ao determinar a inversão do ônus da prova, em favor do consumidor face à sua hipossuficiência em relação ao fornecedor. Referido dispositivo tem-se aplicado analogicamente no processo do trabalho.

Quanto à aplicação de forma subsidiária do CDC ao processo trabalhista, Carlos Alberto Reis de Paula menciona que:

O interesse para o direito processual do trabalho está em que tem-se um previsão legal, que pode ser invocada em subsidiariedade pelo juiz, valendo a orientação seguida pelo legislador como um referência relevante, a indicar o critério para a sua invocação, o que é perfeitamente factível se considerarmos, como sublinhado, a situação próxima entre o consumidor e o trabalhador.¹⁸

Contudo, no caso concreto, quando o juiz aferir que existe uma ruptura da isonomia entre as partes, face à maior proximidade da prova pelo fornecedor, decorrente de seu maior conhecimento técnico a respeito da atividade comercial que desempenha, a lei determina a inversão do ônus da prova visando a conformar o processo aos valores principais e garantias que são colhidos na Constituição Federal de 1988.

A necessidade de um tratamento processual diferenciado para a defesa do consumidor em juízo já se fazia sentir desde os tempos em que "a sociedade de consumo, caracterizada por um número crescente de produtos e serviços, pelo domínio do crédito e do marketing, assim como pelas dificuldades de acesso à justiça", tornou-se uma verdade sábia e inegável.¹⁹

Dessa forma, partindo do pressuposto de que o consumidor está em franca desvantagem perante o fornecedor de produtos e serviços, o CDC reconhece a vulnerabilidade daquele em face deste, conferindo-lhe, então, especial proteção legal, de cunho material e processual, com intuito de reequilibrar a relação de consumo.²⁰

Por conseguinte, uma das formas eleitas pelo legislador para reequilibrar a relação de consumo foi a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, desde que presentes os requisitos da verossimilhança e da hipossuficiência do consumidor.

¹⁸ PAULA, Carlos Alberto Reis de. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010, p. 130.

¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 7ª ed.** Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 6.

²⁰ MILARÉ, Édis; CASTANHO, Renata. A distribuição do ônus da prova no anteprojeto do código brasileiro de processo coletivo. In GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 255.

A verossimilhança sobre a qual fala a lei deve ser entendida como a aparência de veracidade da alegação, a exemplo do que já se exige para a antecipação dos efeitos da tutela (CPC, art. 273). Em outro dizer, "é o juízo da aparência da verdade, não é a verdade; é o juízo de verossimilhança fundado nas afirmações da parte somado às regras de experiência".²¹

A hipossuficiência, de outro lado, segundo Ada Pellegrini Grinover, é terminologia do chamado Direito Social, ou do Direito do Trabalho, e que deve ter, aqui, a conotação de pobreza econômica (hipossuficiência econômica) ou falta de meios, sobretudo, em termos de acesso a conhecimentos técnicos ou periciais (hipossuficiência técnica) em dado conflito nascido de relações de consumo.²²

Referida noção, aliás, decorre de mandamento constitucional expresso, previsto no inciso LXXIV do art. 5º da Carta de 1988, segundo o qual o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Atualmente, parece-nos não haver mais dúvida sobre o cabimento da inversão do ônus da prova nos domínios do direito processual do trabalho, não apenas pela aplicação analógica do art. 6º VIII, do CDC, mas também pela autorização contida no art. 852-D da CLT, *in verbis*:²³

O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerando o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.

Contudo, é analogicamente viável a aplicação da regra do art. 852-D da CLT a qualquer procedimento do processo trabalhista, com apenas uma advertência: o princípio em tela só tem lugar quando não existirem outras provas nos autos suficientes à formação do convencimento do juiz acerca dos fatos alegados pelas partes.²⁴

²¹ NOGUEIRA, Tânia lis Tizzoni. **A prova no direito do consumidor: o ônus da prova no direito das relações de consumo**. Curitiba: Juruá, 2000, p. 120.

²² GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 7ª ed.** Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 156.

²³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 666.

²⁴ *Ibid*, p. 666.

2.2 A POSSIBILIDADE DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS AÇÕES COLETIVAS

O instituto da inversão do ônus da prova ganhou evidência no Código de Defesa do Consumidor, devendo referido preceito legal ser aplicado na defesa coletiva nos moldes dos artigos 81 e 83 do CDC. Portanto, fazendo-se uso de uma interpretação sistemática do CDC com a Lei de Ação Civil Pública, a inversão do ônus probatório se aplica também nas ações trabalhistas quando presentes os requisitos para inversão.

Na avaliação da prova não nos parece que a aplicação do princípio que favoreça o empregado deva ser efetivada para suprir deficiências probatórias no processo. Essa questão diz respeito objetivamente ao ônus da prova. Pela valoração da prova, o julgador terá atribuição de dar o alcance, indicando as consequências da prova produzida. Nessa tarefa, o juiz pode chegar à conclusão de que a prova tanto é favorável como é desfavorável ao empregado. Consumando-se a hipótese de "empate" na prova produzida, o juiz deverá aplicar a regra *in dubio pro operari*. Se não o fizer, estaria aplicando o princípio oposto, qual seja, decidindo na dúvida a favor do empregador, situação inexplicável e absurda pela natureza e finalidade do Direito do Trabalho, bem como por força da adequação do direito processual a essa especificidade do direito material.²⁵

Ademais, a doutrina e a jurisprudência têm adotado, em alguns casos, a teoria da carga dinâmica da prova que consiste em aplicação do princípio da boa-fé no campo probatório, no sentido de que deve provar quem tem melhores condições para tal, devendo sempre prevalecer a busca da verdade. A aplicação da referida teoria tem por fundamento a justiça distributiva incorporada ao princípio da igualdade, pois cabe a cada parte apresentar a prova que tiver condições de conseguir de forma mais fácil.

3 A POSSIBILIDADE DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS AÇÕES COLETIVAS TRABALHISTAS

Ao permitir a defesa coletiva dos direitos do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor também estatuiu a possibilidade da inversão do ônus da prova nas ações coletivas nos termos do art. 6º VII e VIII do CDC. Por analogia, em se tratando de ação trabalhista coletiva, a doutrina passou aplicar a regra da inversão do ônus da prova, a fim de nortear a posição a

²⁵ PAULA, Carlos Alberto Reis de. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010, p. 126.

ser adotada na sentença, em razão da responsabilidade sobre a demonstração dos fatos relevantes para a solução da demanda.

Sendo um dever de o magistrado julgar a questão, deverá se valer da regra legal da distribuição do encargo probatório entre as partes, apenas se for o caso de constatar que "o material probatório não é suficiente para esclarecer adequadamente os fatos",²⁶ assim, estará comprometido com o fim almejado do processo que é a busca da verdade real e da justiça social.

É pertinente, outrossim, a crítica à posição de se emprestar rigidez à divisão do ônus da prova, como regra de julgamento, que não mais se justifica diante da revelação e valorização do conteúdo publicístico do processo, elevado à categoria de atividade e objetivo de interesse do Estado, após a superação da moldura privatista (o processo considerado como coisa das partes). Nesse passo, o compromisso e a estrita vinculação do processo com os imperativos de uma justiça substancial conduzem ao menoscabo da postura de penalizar-se a parte que não tenha satisfatoriamente se desincumbido do encargo, principalmente quando tal circunstância decorre da sua hipossuficiência social e econômica. A iniciativa probatória conferida legalmente ao juiz expressa bem o direcionamento do sistema processual para a busca da verdade real, almejando, pois, mitigar as situações em que, por impossibilidade ou até mesmo desídia das partes, remanesçam dúvidas sobre os fatos relevantes para a decisão.²⁷

Assim, sendo o processo um instrumento utilizado pelo Estado para pacificação dos conflitos de interesse, onde o objetivo maior deve ser a pacificação social, deverá, o processo, amoldar-se à natureza e ao valor conferidos pelo ordenamento constitucional ao direito material sob proteção.

Devido à importância constitucional dos direitos coletivos, bem como a sua relevância social, o juiz deve atuar de forma a garantir um resultado útil ao conflito, norteado pelos princípios do acesso à justiça e do devido processo legal, justificando, desse modo, a aplicação da inversão do ônus da prova nas demandas coletivas nos termos do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor em que se identifica o fundamento jurídico para se conceber a inversão.

Argumenta-se, porém, em contrário à aplicação do referido preceito a outras áreas que não a das demandas decorrentes das relações individuais

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 310

²⁷ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Ação Coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho**. São Paulo, LTr; 2006, p. 286.

de consumo, que a sua posição, no corpo do CDC, integrado do título I (Dos Direitos do Consumidor), seria suficiente para obstar a sua incidência no âmbito do processo coletivo em geral, uma vez que o artigo 117 do próprio CDC, ao acrescentar o art. 21 à Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), literalmente circunscreveu a aplicação às demais ações coletivas apenas dos dispositivos constantes no Título III (Da Defesa do Consumidor em Juízo), que abrange os artigos 81 a 104. Considerando que o indigitado art. 6º, VIII, do CDC não se localiza no Título III do CDC, estaria excluída, assim, a possibilidade de sua incidência às demandas coletivas - inclusive as da órbita trabalhista.²⁸

Essa posição restritiva deve ser afastada, pois o art. 6º, VII, do CDC, expressamente prevê o acesso aos órgãos judiciários com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada à proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados. Tendo referidos preceitos legais, aplicação nos moldes do art. 81 e 83 do CDC: "em todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela".

Além disso, o art. 6º, VIII, do CDC é regra de direito processual, não constituindo direito material do consumidor, pois o legislador, ao distanciar a referida regra do *locus* das demais de idêntica natureza instrumental (Título III), não teve o condão de desnaturar o seu verdadeiro caráter. É inconcebível, afinal, que seja definida ou alterada a natureza de uma regra jurídica a partir da simples observação do seu posicionamento (local de inserção) em um diploma legal.²⁹

Ao enfrentar o tema, Marcelo Abelha adota idêntico entendimento, sustentando que:

Ora, vê-se que muito embora o art. 6º, VIII, não esteja no Título III, é fora de dúvidas que todos os dispositivos ali presentes contêm regras de direito processual civil, e que o art. 117 (art. 21 da LACP) manda aplicar a qualquer direito difuso (...) tais dispositivos, deixando nítida a intenção de que fosse criado um plexo jurídico de normas processuais civis coletivas para ser imediatamente aplicado aos direitos coletivos *lato sensu*. Ora, sendo o art. 6º, VIII, uma norma de direito processual civil, é ilógico que não se atenda como contida esta regra de inversão do ônus da prova na determinação do art. 21 da LACP. Destarte, o fato de se encontrar o dispositivo fora do rol do Título III, embora ontologicamente seja também uma regra de direito

²⁸ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Ação Coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho**. São Paulo, LTr; 2006, p. 287.

²⁹ *Ibid*, p. 287.

processual, não afasta a premissa de que o art. 6º, VIII, do CDC, é regra principiológica do diploma que se proteja em todo o Código, inclusive sobre o referido Título que cuida do direito processual civil.³⁰

É importante mencionar que a regra de inversão do ônus da prova fundamenta-se em duas evidências: a primeira, na necessidade de imperiosa de proteção do direito material invocado, além da finalidade social a qual o processo se destina; a segunda, a posição de vulnerabilidade de uma das partes, circunstância geradora de desigualdade na atuação processual. Assim, os requisitos legais fixados para o fim de possibilitar a inversão é verossimilhança da alegação da parte ou a hipossuficiência.

Pode-se dizer, assim, que, no campo das demandas coletivas trabalhistas, de maneira clara se identificam essas premissas, abrindo-se espaço para o juiz, que, de acordo com a natureza e as circunstâncias presentes nesses litígios, vale-se da regra de inversão do ônus *probandi*, quando do julgamento da causa, com fundamento no art. 6º, VIII, do CDC, aplicável ao processo laboral por força da integração do sistema de tutela jurisdicional coletiva.³¹

3.1 AÇÕES COLETIVAS PROPOSTAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Nas ações coletivas propostas pelo Ministério Público do Trabalho, a questão da inversão do ônus da prova é indiscutível quando é analisada a legitimidade do referido órgão para a propositura da referida ação, uma vez que estaria aí afastado o requisito da hipossuficiência técnica, por se tratar de substituto processual, o qual possui ao seu dispor todo o acervo probatório, devido ao poder investigativo que lhe é inerente para conduzir o inquérito civil, nos termos da Resolução nº 13 de 02/10/2006 do Conselho Nacional do Ministério Público, que regulamenta o art. 8º da Lei Complementar 75/93 e o art. 26 da Lei n.º 8.625/93.

De acordo com o entendimento de Dinamarco,³² a regra da inversão do ônus da prova aplica-se tanto às ações individuais dos consumidores quanto às coletivas promovidas por associações em relação aos direitos

³⁰ ABELHA, Marcelo. **Ação Civil pública e meio ambiente**, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 219-220.

³¹ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Ação coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho**. São Paulo, LTr; 2006, p. 288-289.

³² DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. **Instituições de direito processual civil III.6**. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 78-79.

difusos, coletivos ou individuais homogêneos de comunidades consumidoras (CDC, art. 81, par., incs. I-III); sendo autor o Ministério Público, todavia, por não ser ele hipossuficiente, não deve ser invertido o ônus probatório. É claríssimo que, seja por disposição expressa contida no dispositivo, seja pela manifesta intenção de favorecer os consumidores, só se admite a inversão judicial do ônus da prova em benefício do consumidor e nunca do fornecedor.

Assim, de acordo com o entendimento minoritário, somente nas demandas em que o Ministério Público não for autor é que poderá aplicar a inversão do ônus da prova, já que o *parquet* dispõe de toda liberdade decorrente dos poderes investigativos no próprio inquérito civil; caso contrário, se aplicar a inversão do ônus da prova nos casos em que o Ministério Público for o autor, o réu ficará em flagrante disparidade processual, pois o Ministério Público não precisa do benefício da inversão, já que não é hipossuficiente.

Entretanto, a hipossuficiência, como critério imprescindível para autorizar a inversão do ônus da prova, não deve ser analisada sob a perspectiva do autor da ação coletiva, e sim dos titulares do direito material deduzido na demanda coletiva, uma vez que aquele atua simplesmente como substituto processual destes. Logo, não se deve levar em conta a qualidade do titular do direito processual, e sim dos titulares dos direitos materiais defendidos pelo autor da demanda coletiva.

Esta é a lição de Hugo Nigro Mazzili, nos seguintes termos:

Nos casos em que se invoque a hipossuficiência como fundamento da inversão do ônus da prova, é o lesado que tem de ser hipossuficiente, não seu substituto processual. Desta forma, a inversão do ônus da prova pode aproveitar a grupos de consumidores, em ações civis públicas ou coletivas movidas em seu benefício por associações civis ou quaisquer legitimados.³³

A possibilidade de aplicação do instituto da inversão do ônus da prova nas ações coletivas trabalhistas, possui maior evidência nas questões atinentes à dificuldade de obtenção de determinadas provas à favor do titular do direito material invocado, pois em alguns casos é quase impossível obtê-las, como por exemplo, nas situações pertinentes às seguintes práticas: (a) discriminação a grupos de trabalhadores (por motivo de raça, sexo, idade, tempo de serviço, opção religiosa, estado de saúde, condição física ou mental, etc.); (b) fraudes (terceirização ilícita por meio

³³ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 16 ed. São Paulo: Saraiva. 2003, p. 159.

de cooperativas; desvirtuamento do estágio profissional ou do contrato de aprendizagem; assinatura de documentos em branco; sonegação de horas ou manipulação escusa dos registros de jornada de trabalho; omissão deliberada no envio da comunicação de acidente de trabalho; etc.); (c) negligência quanto ao meio ambiente do trabalho.

3.2 AÇÕES COLETIVAS PROPOSTAS PELOS SINDICATOS

No processo coletivo, o instituto da inversão do ônus da prova apresenta relevância diante da presumida hipossuficiência técnica dos trabalhadores e também da relevância social, pois na maioria das vezes se discute verbas de natureza alimentar.

Dessa forma, quando a ação coletiva é proposta pelo sindicato, se for constatada a dificuldade para a produção de determinada prova, seja por que a documentação necessária está em poder da empresa, seja porque não possui conhecimento técnico suficiente para fazer prova, deverá o juiz inverter o ônus da prova sob dois fundamentos: a) da hipossuficiência técnica do sindicato que atua como substituto processual e b) da hipossuficiência econômica dos titulares do direito material invocado.

Contudo, visando a equilibrar a desigualdade técnica e econômica, que é regra na Justiça laboral, deverá o magistrado utilizar-se de todos os mecanismos para chegar à verdade real, a fim proporcionar o acesso à justiça à parte mais fraca da relação processual.

A legitimidade sindical fundamenta-se na previsão constitucional do art. 8º, III, na autorização concedida de forma genérica às associações na Lei de Ação Civil Pública, art. 5º V e no Código de Defesa do Consumidor, art. 82, IV.

Quanto à legitimidade dos sindicatos na ação civil pública em face aos interesses difusos, há divergência doutrinária a respeito do assunto, pois para Nascimento,³⁴ haveria prioridade para a legitimação ativa processual entre o Ministério Público e os sindicatos, de modo que o *parquet* defenderia os interesses difusos, restringindo a legitimidade dos sindicatos.

Ao contrário do entendimento supracitado, há quem entenda que o sindicato tem legitimidade para propor ação civil pública em face de direitos difusos sob o fundamento do art. 129 § 1º da Constituição Federal de 1988 .

³⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. A defesa do direito coletivo em ação civil pública. Revista do advogado. São Paulo:AASP, n. 97, p. 7-10, mai. 2008.

Assim, segundo Ives Gandra da Silva Martins Filho,³⁵ em face da dicção do § 1º do art. 129 da Constituição Federal, não há como se sustentar, invocando-se o art. 83, III, da Lei Complementar nº 75/93, que a legitimidade para propor ação civil pública seria exclusiva do Ministério Público e, muito menos, que estaria limitada à defesa de interesses coletivos:

As técnicas exegético-jurídicas exigem sempre que se interprete a lei à luz da Constituição, e não a Constituição à luz da lei, como fazem alguns. Assim, se a Carta Magna fala em legitimidade concorrente (CF, art. 129, § 1º) e em defesa de interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, III), não cabe ao legislador infraconstitucional ou ao intérprete restringirem os termos claros e nítidos da Carta Política. Nesse sentido, podem, tanto o sindicato (desde que prevista essa possibilidade em seu estatuto, nos termos do art. 5º da Lei nº 7.347/85) quanto o Ministério Público do Trabalho (em face dos comandos dos arts. 7º, XXX, e 37, II, da Constituição Federal, que contemplam hipóteses de interesses difusos de natureza trabalhista), esgrimir interesses difusos através de ação civil pública na Justiça do Trabalho.³⁶

Com isso, a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, ao organizar legislativamente o acesso dos legitimados ao Poder Judiciário em três grupos de interesses: os difusos, coletivos e individuais homogêneos, não sinalizaram quanto à aplicação das suas normas aos sindicatos. Aliás, o que fundamenta a legitimidade sindical nessas leis é a autorização conferida ao gênero associação para defender interesse coletivo.

3.3 AÇÕES COLETIVAS PROPOSTAS PELA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Está previsto no artigo 134 da Constituição Federal de 1988 que à Defensoria Pública incumbe a assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados. Por conseguinte, o objetivo da Defensoria Pública é de servir

³⁵ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **A importância da ação civil pública no âmbito trabalhista.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_25/artigos/Art_MinistroIves.htm> Acesso em: 11 dez. 2013.

³⁶ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **A importância da ação civil pública no âmbito trabalhista.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_25/artigos/Art_MinistroIves.htm> Acesso em: 11 dez. 2013.

como instrumento para o acesso à ordem jurídica justa pela população carente. Decerto, sem utilizar-se da propositura das ações coletivas, como por exemplo, da ação civil pública, a Defensoria Pública não conseguiria cumprir a sua vocação constitucional, que, em última análise, visa à promoção da dignidade da pessoa humana.

Desse modo, mesmo antes da edição da Lei nº. 11.448/07, a legitimidade da Defensoria Pública para a ação civil pública já havia sido reconhecida na doutrina e jurisprudência, visto que, se a Constituição outorga à Defensoria Pública o dever de assistir integralmente os necessitados, é natural que lhe confira os meios legítimos para tanto.

Mesmo antes da edição da Lei n. 11.488/07, que atribuiu expressamente legitimação à Defensoria Pública para a ação civil pública (inciso II do artigo 5º da Lei n. 7.347/85), a Defensoria Pública vinha ajuizando demandas coletivas, com fundamento no art. 82, III, do Código de Defesa do Consumidor, c/c o art. 21 da Lei da Ação Civil Pública. Com efeito, o inciso III do art. 82 do CDC, inserido em seu Título III, confere legitimação para agir às entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, que incluam entre seus fins a defesa de interesses e direitos protegidos por este Código.³⁷

E, por sua vez, o art. 21 da LACP prescreve:

Art. 21: Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

Assim, quanto à possibilidade de aplicação do instituto processual da inversão do ônus probatório nas ações coletivas propostas pela defensoria pública, o fundamento encontra-se na tutela dos direitos fundamentais, especialmente nos direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, é o entendimento exposto por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

Há um grande equívoco em supor que o juiz apenas pode inverter o ônus da prova quando pode aplicar o CDC. O fato de o art. 6º, VIII do CDC afirmar expressamente que o consumidor tem direito à inversão do ônus da prova não significa que o juiz

³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini, GRINOVER, Ada Pellegrini. **Parecer sobre a legitimidade da defensoria pública para o ajuizamento de ação civil pública.** Disponível em: <<http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/4820/Documento10.pdf>> Acesso em: 11 dez. 2013.

não possa assim proceder diante de outras situações de direito material.³⁸

Segundo os mesmos autores, a inversão do ônus da prova é imperativo de bom senso quando ao autor é impossível ou muito difícil provar o fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou muito mais fácil, provar sua inexistência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como conclusão, trazemos à lume as principais considerações já apresentadas ao longo do desenvolvimento.

A massificação das relações sociais e processuais acarretou um desequilíbrio entre os litigantes, sendo que a parte mais prejudicada na relação processual é o trabalhador hipossuficiente, que não tem ao seu dispor todos os meios econômicos e técnicos para ingressar com demandas judiciais de forma individual.

Assim, com o surgimento de novas técnicas para o acesso em massa dos trabalhadores, há a facilitação do acesso à ordem jurídica justa, funcionando como um instrumento concretizador da efetividade do processo.

Contudo, para que haja a efetivação do acesso coletivo na justiça trabalhista, é necessário que haja a formação de uma nova mentalidade por parte dos juízes e demais operadores do direito, a fim interpretar a legislação à luz dos princípios constitucionais do devido processo legal, isonomia e acesso à justiça.

Agindo dessa forma, o operador do direito deixará de ficar adstrito aos rigores técnicos e formais do processo, pois estará comprometido com a proteção do titular do direito material invocado, podendo analisar cada caso atrelado à necessidade de efetivação do direito material deduzido na demanda.

Por isso, respondendo à pergunta central deste artigo, é possível dizer, com arrimo nos princípios do acesso efetivo à justiça, devido processo legal e colaboração, que o juiz, para garantir a ordem jurídica justa, poderá inverter o ônus da prova no processo coletivo trabalhista, pois tal providência harmoniza-se com os elevados princípios de interesse social que, *in casu*, devem estar a serviço dos titulares do direito material invocado na demanda coletiva, sendo, ainda, um meio para promover a

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 186.

igualdade substancial entre os litigantes materiais da correspondente relação jurídica processual.

REFERÊNCIAS

- ABELHA, Marcelo. **Ação civil pública e meio ambiente**, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Safe, 1988.
- CARPES, Artur Thompsen. **A distribuição dinâmica do ônus da prova no formalismo-valorativo**. Revista da AJURIS, n. 104. Porto Alegre, dezembro de 2006.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1983,
- DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. **Instituições de direito processual civil III**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, GRINOVER, Ada Pellegrini. **Parecer sobre a legitimidade da defensoria pública para o ajuizamento de ação civil pública**. Disponível em: <<http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/4820/Documento10.pdf>> Acesso em: 11 dez. 2013.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto**. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/8845/formacao-da-conviccao-e-inversao-do-onus-da-prova-segundo-as-peculiaridades-do-caso-concreto>> . Acesso em 01 de dezembro de 2013.
- _____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. **Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos**. 5ª ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.
- MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Ação Coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho**. São Paulo, LTr; 2006.
- MELO, Raimundo Simão de. **Ação civil pública na justiça do trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.
- MILARÉ, Édis; CASTANHO, Renata. A distribuição do ônus da prova no anteprojeto do código brasileiro de processo coletivo. In GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. A defesa do direito coletivo em ação civil pública. Revista do advogado. São Paulo:AASP, n. 97, p. 7-10, mai. 2008.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- NOGUEIRA, Tânia lis Tizzoni. **A prova no direito do consumidor: o ônus da prova no direito das relações de consumo**. Curitiba: Juruá, 2000.
- PAULA, Carlos Alberto Reis de. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. A distribuição do ônus da prova no anteprojeto do código brasileiro de processo coletivo. In GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.