



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO  
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E PROCESSO DO TRABALHO**

**ANNA PAULA MACÊDO SOUZA**

**A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL DO  
TRABALHO**

**SALVADOR  
2018**

**ANNA PAULA MACÊDO SOUZA**

**A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL DO  
TRABALHO**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade Baiana de Direito, no Curso de Pós-Graduação em Direito e Processo do Trabalho, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito e Processo do Trabalho.

**SALVADOR  
2018**

**ANNA PAULA MACÊDO SOUZA**

**A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL DO  
TRABALHO**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade Baiana de Direito, no Curso de Pós-Graduação em Direito e Processo do Trabalho, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito e Processo do Trabalho.

APROVADO EM \_\_\_\_\_ / \_\_\_\_\_ / \_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Ms.  
Faculdade Baiana de Direito e Gestão.

---

Prof. Ms.  
Faculdade Baiana de Direito e Gestão.

---

Prof. Dr.  
Faculdade Baiana de Direito e Gestão.

Dedico este trabalho especialmente a minha família e amigos que estiveram ao meu lado nesta jornada.

*" (...) a Justiça continuou e continua a morrer todos os dias. Agora mesmo, neste instante em que vos falo, longe ou aqui ao lado, à porta da nossa casa, alguém a está matando. De cada vez que morre, é como se afinal nunca tivesse existido para aqueles que nela tinham confiado, para aqueles que dela esperavam o que da Justiça todos temos o direito de esperar: justiça, simplesmente justiça. Não a que se envolve em túnicas de teatro e nos confunde com flores de vã retórica judicialista, não a que permitiu que lhe vendassem os olhos e viciassem os pesos da balança, não a da espada que sempre corta mais para um lado que para o outro, mas uma justiça pedestre, uma justiça companheira quotidiana dos homens, uma justiça para quem o justo seria o mais exato e rigoroso sinônimo do ético, uma justiça que chegasse a ser tão indispensável à felicidade do espírito como indispensável à vida é o alimento do corpo (...)"*  
(José Saramago – Pensador Português)

## RESUMO

O objetivo do presente trabalho foi discorrer sobre a inversão do ônus da prova no direito processual do trabalho. Utilizou-se de pesquisa bibliográfica, tendo como base livros e artigos sobre o assunto. O trabalho apresenta consideração inicial ao instituto prova, com seu conceito, a prova no processo civil, princípios fundamentais no direito probatório, a prova e o princípio dispositivo, a prova e o princípio da oralidade, o subprincípio da identidade física do juiz, o subprincípio da concentração dos atos processuais, o subprincípio da imediaticidade, o subprincípio da irrecorribilidade em separado das interlocutórias; o conceito do ônus da prova, as teorias modernas sobre o ônus da prova, a sistemática legal do ônus da prova, os momentos da prova e a valoração da prova. Apresentam-se as noções essenciais do direito processual do trabalho. Apresenta-se sobre o tema principal do presente trabalho, qual seja, da inversão do ônus da prova, o caráter excepcional da inversão do ônus da prova e o momento processual da inversão do ônus da prova.

**Palavras-Chave:** Direito Processual do Trabalho; Ônus da prova; Inversão.

## **ABSTRACT**

The objective of this study was to elaborate on the reversal of the burden of proof in labour procedural law. Used bibliographical research, based on books and articles on the subject. The work presents initial consideration to the evidence, with your concept, the evidence in the civil case, fundamental principles in evidentiary law, evidence and the principle device, the proof and the principle of orality, the subprincípio of the physical identity of the judge, the subprincípio the concentration of procedural acts, the subprincípio of imediaticidade, the subprincípio of irrecorribilidade separately from interlocutórias; the concept of the burden of proof, the modern theories about the burden of proof, the systematic cool of the burden of proof, the moments and the valuation of proof. Presents the essential notions of procedural law of the work. Features on the main theme of this work, which is, the inversion of the burden of proof, the exceptional character of the reversal of the burden of proof and the moment of procedure of inversion of the burden of proof.

**Key-words:** labour procedural law; Burden of proof; Inversion

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>2 CONSIDERAÇÃO INICIAL AO INSTITUTO PROVA</b> .....	<b>12</b>
2.1 CONCEITO DE PROVA .....	13
2.2 A PROVA NO PROCESSO CIVIL .....	15
2.3 PRINCÍPIOS GERAIS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PROCESSUAL ...	16
2.3.1 Conceito de Princípios Jurídicos .....	18
2.3.2 Princípio do devido processo legal .....	19
2.3.3 Devido Processo Legal Formal (Procedural Due Process) .....	20
2.3.4 Devido Processo Legal Substantivo ( <i>Substantive Due Process</i> ) .....	21
2.3.5 Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional .....	22
2.3.6 Princípio do acesso à justiça .....	24
2.3.7 Princípio da isonomia .....	25
2.3.8 Princípio do contraditório .....	27
2.3.9 Princípio da ampla defesa .....	29
2.3.10 Princípio do juiz natural .....	31
2.3.11 Princípio da motivação das decisões judiciais .....	34
2.3.12 Princípio da publicidade .....	36
2.3.13 Princípio do duplo grau de jurisdição .....	38
2.3.14 Princípio da proibição da prova ilícita .....	40
2.3.15 Princípio da proporcionalidade .....	42
2.3.16 Princípio da efetividade .....	43
2.3.17 Princípio da razoável duração do processo .....	45
2.4 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO PROBATÓRIO .....	47
2.4.1 A prova e o princípio dispositivo .....	47
2.4.2 A prova e o princípio da oralidade .....	48
2.4.3 O subprincípio da identidade física do Juiz .....	49
2.4.4 O subprincípio da concentração dos atos processuais .....	50
2.4.5 O Subprincípio da imediaticidade .....	51
2.2.6 O Subprincípio da irrecorribilidade em separado das interlocutórias .....	51
<b>3. O CONCEITO DO ÔNUS DA PROVA</b> .....	<b>52</b>
3.1 TEORIAS MODERNAS SOBRE O ÔNUS DA PROVA .....	53



3.2 SISTEMÁTICA LEGAL DO ÔNUS DA PROVA.....	54
3.3 MOMENTOS DA PROVA.....	55
3.4 A VALORAÇÃO DA PROVA .....	56
<b>4 DO DIREITO DO TRABALHO .....</b>	<b>58</b>
4.1 O DIREITO MATERIAL E O PROCESSO TRABALHISTA .....	58
4.2 DOS PRINCÍPIOS.....	61
4.2.1 Do Princípio da Proteção.....	61
4.2.2 In dúbio pró-operário .....	61
4.2.3 Da norma mais favorável.....	62
4.2.4 Da condição mais benéfica .....	63
4.2.5 Da indisponibilidade dos direitos trabalhistas .....	64
4.2.6 Do princípio da primazia da realidade .....	65
4.3 DO PROCESSO DO TRABALHO E SEUS REFLEXOS NA SOCIEDADE ...	66
4.4 A OBRIGAÇÃO DE SE PRESTAR ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA	69
4.2 O CONCEITO DE HIPOSSUFICIÊNCIA E VEROSSIMILHANÇA .....	70
<b>5 DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL</b>	
<b>TRABALHISTA.....</b>	<b>72</b>
5.1 O CARÁTER EXCEPCIONAL DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA .....	72
5.2 O MOMENTO PROCESSUAL DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	75
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>83</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>84</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo apresentar a inversão do ônus da prova no direito do trabalho e processual do trabalho. As conturbadas relações trabalhistas da atualidade são reflexas da economia em recessão, que causa desemprego e conflitos trabalhistas.

Sabe-se que, no sistema processual brasileiro, ao juiz não é possível eximir-se da função que lhe é peculiar, qual seja, proferir decisão, dirimindo os litígios que se lhe apresentam, buscando a aplicação da lei ao caso concreto, no intuito de atingir a solução que lhe pareça, em cada caso, a mais justa. Trata-se do princípio da indeclinabilidade.

No sistema jurídico brasileiro, a saída encontrada pelo juiz não encontra amparo legal, nem constitucional, tendo em vista que a Constituição Federal prevê a inafastabilidade da jurisdição não como mera garantia formal, mas como um direito a uma decisão, devendo ser aquela que represente, aos olhos do magistrado, a realização da justiça.

Na prática, não tem o juiz direito a dúvida. Ou, havendo-a, deverá buscar nas provas produzidas pelas partes a verdade dos fatos. O princípio da substanciação, que orienta o processo pátrio, impõe a necessidade de as partes produzirem provas, pois que ao juiz cabe conhecer o direito.

O princípio da proteção, aplicável ao processo trabalhista, consiste em concessão de tutela à parte hipossuficiente de uma relação trabalhista, havendo, inclusive, a presunção de que tal parte é o trabalhador. Diante desse princípio fundamental na esfera laboral, a regra de que o ônus da prova cabe a quem alega um direito não terá aplicação irrestrita no âmbito trabalhista.

Para bem atingir essa finalidade, é essencial uma detalhada apreciação do instituto da prova em geral, conceituando-lhe e apontando as suas características, formalidades, seus princípios, modo de realização, isso é, necessário se faz um apanhado das regras de como proceder neste momento, conforme as exigências legais.

O interesse pelo tema surgiu dos estudos realizados em sala de aula, de conversas com os colegas e professores e de notícias veiculadas em sites jurídicos.

O trabalho, se bem desenvolvido, poderá contribuir com as discussões sobre o assunto, tanto na sociedade civil, como na área jurídica e acadêmica.

Desenvolveu-se particularizada pesquisa bibliográfica, através de consulta às obras mais conceituadas em direito processual civil, processual trabalhista e constitucional, bem como se utilizando de revistas jurídicas e artigos publicados pelos ilustres juristas que investigam o tema para concluir o trabalho idealizado.

## 2 CONSIDERAÇÃO INICIAL AO INSTITUTO PROVA

Adentrando ao campo jurídico material do instituto prova, importante se faz o esclarecimento e distinção quanto sua relação ao Direito material, bem como ao Direito processual, sendo este é claro, com maior abordagem no presente desenvolvimento.

Partindo do conceito sacramentado em que se tem o juiz como destinatário da prova<sup>1</sup>, a doutrina majoritária entende que a relação do instituto prova às leis do Direito material reporta-se quanto à modalidade de prova legal, sendo isso exposto no art. 406 do Código de Processo Civil, no que diz: Art. 406. Quando a lei exigir instrumento público como da substância do ato, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta.<sup>2</sup>

Em consonância ao exposto acima, tem-se pertinência ao Direito Material da regra formativa do ato jurídico e sua valoração, ou ainda, o que se diz respeito àquilo que a lei exige quanto à prova literal. Nesse sentido, exemplifica-se melhor o que traz o artigo 394, também do vigente Código de Processo Civil brasileiro que preceitua que “a confissão extrajudicial, quando feita oralmente, só terá eficácia nos casos em que a lei não exija prova literal.”<sup>3</sup>

Em tal perspectiva, sabe-se que muitas vezes, no ordenamento jurídico brasileiro, se faz a expressa exigência da prova literal, não podendo assim, em alguns momentos no processo, admitir outra prova; como por exemplo, a testemunhal exclusivamente, regra aquela inerente ao Código de Processo Civil, porém de natureza material.<sup>4</sup>

De outro viés, o que prevalece no ordenamento jurídico brasileiro é a teoria da prova, com fulcro no Direito Processual Civil, servindo, por sua vez, em regulamentar os tipos e meios de provas, bem como sua admissibilidade (deferimento ou não da produção probatória), ainda no tocante as regras do ônus *probandi* (reservado as partes) e por fim, a valoração da prova. Esses assuntos ditos aqui de forma sincrética pertencem ao âmago do Direito Processual<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> ARRUDA, Alvim. Manual de direito processual civil. 12 ed. São Paulo: RT, 2008.

<sup>2</sup> BRASIL. Vade Mecum. Obra coletiva da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 444.

<sup>3</sup> Idem, ibidem, p. 443.

<sup>4</sup> BRASIL. Vade Mecum. Obra coletiva da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 446 (Art. 401).

<sup>5</sup> ARRUDA, Alvim. Manual de direito processual civil. 12ª edição. São Paulo: RT, 2008.

Contudo, é possível concluir, com arrimo nos conceitos acima, que o tema guarda embasamento com relação às provas legais amparando-se no Direito Material, como já exemplificado; e por de outro lado, quanto aos meios de prova, a admissibilidade, ônus e valoração, disciplinados em matéria processual, ou seja, ocorre um conglobamento, com sede no Direito Material, porém, sua ampla repercussão no âmbito processual com efeito dos atos jurídicos.

## 2.1 CONCEITO DE PROVA

Com intuito de definir a palavra “prova”, encontrados serão diversos sentidos, semânticos e jurídicos pertinentes. Ocorre que os significados poderão variar a depender das diferentes perspectivas em que a palavra for submetida. No vocabulário da língua portuguesa, encontra-se prova conceituada como: “1. Aquilo que demonstra que uma afirmação ou um fato são verdadeiros; evidência, comprovação 2. Ato que dá uma demonstração cabal (de afeto, fidelidade, etc.); manifestação, sinal [...]”<sup>6</sup>.

Vista a definição acima, percebe-se que o sentido comum do vocábulo, ajuda em vias processuais, até certo limite, deixando espaço em que apenas o entendimento jurídico se presta em esclarecer.

Ovídio A. Baptista da Silva, traz a explicação de que a relação do sentido comum da palavra, não difere muito do que diz respeito ao sentido jurídico, pois para ele prova:

[...] pode significar tanto a atividade que os sujeitos do processo realizam para demonstrar a existência dos fatos, formadores de seus direitos, que haverão de basear a convicção do julgador, quanto o instrumento por meio do qual essa verificação se faz<sup>7</sup>.

Numa configuração de formato mais simples, pode-se obter a definição do instituto como: “Instrumento que o processo tomou emprestado da realidade da vida”<sup>8</sup>, ou seja, aquilo que aconteceu no mundo real, transportado para os autos em forma de prova judiciária, sendo esta adquirida através dos meios adequados previstos por lei.

---

<sup>6</sup> HOUAISS, Antônio. Dicionário da língua portuguesa. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

<sup>7</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento. Vol. 1, 5ª ed. São Paulo: RT, 2000.

<sup>8</sup> TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decision e giusta. In: Sui confini- scritti della giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002. p. 224.

A prova será o instrumento levado às mãos do juiz para lhe auxiliar na formação de seu convencimento. Através do processo as partes somam subsídios, para que possa ser feita uma reconstituição, do mais próximo possível da “verdade”, aquilo que realmente aconteceu.

Nas palavras de Fux,

[...] para o processo, o que importa é a *verdade que migra para os autos*, ou seja, a verdade do judiciário, aquela que importa para a decisão e que timbra de imutabilidade a definição que advém da cognição. A conclusão a que chega o juízo não tem esse compromisso com a verdade, senão com a justiça, a estabilidade e a segurança sociais, e é alcançada mediante a colaboração das partes.<sup>9</sup>

Importante ainda se faz o entendimento real do objeto em que diz respeito à prova, com relação a esse tema, aborda Ada Pellegrini Grinover:

A prova diz respeito aos fatos. Mas não a todos os fatos: não dever ser admitida a prova dos fatos *notórios* (conhecido de todos), dos *impertinentes* (estranhos à causa), dos *irrelevantes* (que, embora pertençam à causa, não influem na decisão), dos *incontroversos* (confessados ou admitidos por ambas as partes), dos que sejam cobertos por presunção legal de existência ou de veracidade (CPC, art. 334) ou dos *impossíveis* (embora se admita a prova dos fatos *improváveis*).<sup>10</sup>

Nesse vértice, entende-se que deverá haver certo cuidado quanto ao que se interessa provar; o que se deseja levar ao conhecimento do juiz; pois nem tudo será admitido. As provas se submeterão a certo tipo de controle, sendo esse determinado pelo direito material, quanto àquilo que realmente interessa à lide e que possua relevante valor jurídico.

Ainda nesse entendimento, em vias processuais, não deverá ser admitido àquilo que se caracterizar por meramente *protelatório*, cabendo ao poder de decisão do magistrado, que admitirá ou não a produção probatória indicada pelas partes.

Contudo, para o entendimento inicial do presente trabalho, o maior interesse é a devida compreensão do fundamento previsto pelo artigo 369 e seguintes do código de Processo Civil.

---

<sup>9</sup> FUX, Luiz. Curso de direito processual. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.594. (grifos do autor).

<sup>10</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo. 7ª edição. São Paulo: Revista dos tribunais, 1990.

## 2.2 A PROVA NO PROCESSO CIVIL

Partindo da máxima romana, *o ônus da prova incumbe a quem afirma ou age*, desta forma, tem-se a previsão da regra geral para prova no âmbito processual civil, com os pés cravados no artigo 369 e 373 do vigente Código de Processo Civil brasileiro, no que diz:

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

[...]

Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 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 do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. § 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.<sup>11</sup>

Diante do exposto acima, pelo atual sistema jurídico a proposição das provas no processo deve ser realizada pelas partes, observando-se assim, a incidência do princípio da disposição das partes, ou seja, a tutela jurisdicional deve ser atraída mediante provocação das partes, e dessa forma, defeso ao Estado-Juiz iniciar o processo, isso também com amparo pelo princípio da inércia.

A produção de provas serve ao processo e sua devida instrução, para demonstrar fatos e direitos, constituídos ou não. Nesse sentido, trata Moacir Amaral Santos, dizendo:

a) bastará às partes indicarem as provas, que pretendam sejam produzidas, sempre que sejam constituídas, provas por fazer (testemunhas, depoimento da parte contrária, exames periciais). b) tratando-se de provas constituídas (documento), deverão ser propostas ou oferecidas com aquelas peças, as quais acompanharão [...] . Mas a exigência diz respeito aos documentos substanciais e fundamentais, que uns e outro deverão instruir a inicial ou a contestação.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup>BRASIL. Vade Mecum. Obra coletiva da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 442.

<sup>12</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. vol. 2, 24. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Em assim sendo, fica evidente que servirá ao processo aquilo que de fato for inerente e essencial para configuração e constituição probatória do direito discutido. Não cabendo fatos que extrapolem o objeto da lide, ou ao menos, que cause desconfiância e incerteza quanto à pretensão alegada pelo autor.

Nessa linha de classificação doutrinária para o instituo em tela, Alvim<sup>13</sup> apura seu entendimento em duas perspectivas, sendo uma objetiva e outra subjetiva, no que diz: “Objetivamente, são os meios de demonstrar a existência de um fato jurídico ou os meios destinados a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos deduzidos no processo”, e “[...] Subjetivamente, é a convicção que se forma no espírito do juiz quanto à verdade dos fatos”.

Em outras palavras, a prova no processo civil terá seu efeito totalmente variável, sendo essa variação causada por vários pontos refletidos no processo: sua constituição, sua produção e por último, com certeza o mais importante, a credibilidade e forma de interpretação que o juiz recebê-la.<sup>14</sup>

Pode-se dizer que o instituto prova possui três pilares de sustentação, sendo estes os que lhe caracteriza: *objeto, finalidade e destinatário*. Seu objeto, aquilo que se pretende provar, ou seja, *o fato*. Como finalidade, o convencimento eficaz e genuíno sobre a veracidade dos fatos. Por fim, seu destinatário sendo “aquele” que se deseja convencer, processualmente visualizando, a formação da convicção do Juiz.<sup>15</sup>

Assim, após examinar os conceitos de prova, pode-se concluir que este instituto são os meios definidos e classificados quanto àqueles admitidos e não admitidos pelo ordenamento jurídico, como muito bem delineado nas palavras de Arruda Alvim<sup>16</sup>, “O que interessa é que o meio seja jurídico – isto é, não repellido pelo sistema, mas harmônico com este – como também moralmente lícito”.

### 2.3 PRINCÍPIOS GERAIS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PROCESSUAL

A aplicação da legislação infraconstitucional deve observar estritamente a Constituição Federal. No entanto, esta visão de fundamento maior como característica

---

<sup>13</sup> ALVIM, Arruda E. Manual de direito processual civil. 12ª edição. São Paulo: RT, 2008, p.121.

<sup>14</sup> Idem, ibidem, p. 121.

<sup>15</sup> Idem, ibidem, p. 122.

<sup>16</sup> ALVIM, Arruda E. Manual de Processo Civil. 12ª Ed. V. 2. São Paulo: RT, 2008.



da Constituição é recente, possuindo relação direta ao Estado Democrático de Direito no qual o Estado brasileiro atualmente vive.

De fato, o passado recente do Brasil demonstra que a Constituição não era considerada em sua essência como legislação primeira quando da interpretação do restante do ordenamento jurídico. “Assim, o civilista via no Código Civil a única norma que deveria ser consultada na solução de problemas naquela área, o mesmo ocorrendo com o processualista (...)”.<sup>17</sup>

Atualmente, no entanto, de acordo com Lenza<sup>18</sup>, é consenso dos estudiosos do direito de que a Constituição deve ser considerada primeiramente quando da aplicação de qualquer legislação infraconstitucional.

Progride-se, sobretudo em razão da evidenciação de novos direitos e das transformações do Estado (de autoritário/absolutista para liberal e de liberal para social, podendo-se, inclusive, falar em Estado pós-social de direito), cada vez mais se percebe uma forte influência do direito constitucional sobre o direito privado.<sup>19</sup>

E, dentro dessa sistemática está inserido o processo civil, que deve ser aplicado tendo como pressuposto os valores reconhecidos pela Constituição Federal como essenciais para a harmonização dos direitos dos indivíduos que compõem a sociedade.<sup>20</sup>

Outrossim, dentro desta nova noção de valores constitucionais a serem considerados quando da aplicação da norma jurídica, deve ser realçada a importância da aplicação dos princípios constitucionais, norteadores que são da atuação do Estado-juiz.<sup>21</sup>

A par do exposto, tendo-se em vista a unicidade do ordenamento jurídico<sup>22</sup>, “[...] existem também institutos processuais cujo âmbito de incidência e procedimento para sua aplicação se encontram na própria Constituição”.<sup>23</sup> Assim, muitos dos

---

<sup>17</sup> JÚNIOR, Nelson Nery. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 19.

<sup>18</sup> LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 12 edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 2.

<sup>19</sup> LENZA, idem, ibidem, p. 2.

<sup>20</sup> JÚNIOR, idem, ibidem, p. 19.

<sup>21</sup> JÚNIOR, Nelson Nery. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 20.

<sup>22</sup> Lembremos que a divisão do Direito em matérias dá-se principalmente para fins didáticos, sendo-o praticamente indissociável quando aplicado ao caso concreto.

<sup>23</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 19.

princípios existentes no direito processual civil o são também reconhecidos na Constituição e no Direito do Trabalho e esse reconhecimento traduz a prevalência dos direitos fundamentais à luz das relações reguladas pelo processo civil e pelo processo do trabalho.

### 2.3.1 Conceito de Princípios Jurídicos

Princípio é a base de um sistema, com um conteúdo de certeza tal qual a ponto de lhe dar firmeza para que dele sejam erigidas as demais regras para a atuação da sociedade.

Os princípios jurídicos são as ideias fundamentais e informadoras de qualquer organização jurídica. São os elementos que dão racionalidade e lógica, um sentido de coesão e unidade ao ordenamento jurídico. Dão ao todo um aspecto de coerência, logicidade e ordenação. São instrumentos de construção de um sistema, seu elo de ligação, de coordenação, sua ordem e sua unidade.<sup>24</sup>

Ademais, ensina o professor Nelson Nery Júnior que, desde muito, a doutrina dividiu os princípios do Direito Processual Civil em princípios informativos e princípios fundamentais.<sup>25</sup>

Os princípios informativos seriam aqueles que não necessitam de demonstração, já que são considerados em si mesmos como verdadeiros. São os princípios lógico, jurídico, político e econômico.<sup>26</sup>

Explica Nelson Nery Júnior,

O processo deve ser *lógico* em sua estrutura, devendo, por exemplo, a petição inicial preceder a contestação. Pelo princípio *jurídico*, o processo deve seguir regras preestabelecidas pelo ordenamento jurídico. As regras de ordem *política* precisam ser seguidas no processo, como, por exemplo, a que determina ao juiz o dever de sentenciar, ainda que haja lacuna na lei (art. 126, CPC), devendo, para tanto, servir-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito. Segundo o princípio *econômico*, de aplicação intuitiva, deve-se obter o máximo do processo com o mínimo dispêndio de tempo e de atividade, observadas sempre as garantias das partes e as regras procedimentais e legais que regem o processo civil.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 96.

<sup>25</sup> MANCINI, PISANELLI e SCIALOJA. *Commentario Del código de procedura civile per gli stati sardi*, Parte II, Torino, 1855, vol. I, p. 7, e vol. II, p. 10, *Apud* NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 30.

<sup>26</sup> NERY JÚNIOR, idem, ibidem.

<sup>27</sup> Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 30. O exemplo quanto ao princípio político é de Arruda Alvim, conforme nota, em *Manual de Direito Processual Civil*, 7ª edição, vol. I, São Paulo, 2000, p. 23.

Já os princípios fundamentais são aqueles que sofrem a influência das circunstâncias políticas, econômicas e sociais na qual estão inseridos. São frutos da evolução do homem em sociedade. E tais princípios serão a seguir examinados, sob a ótica da Constituição Federal.

### 2.3.2 Princípio do devido processo legal

Trata-se de princípio expressamente reconhecido na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, LIV: “[...] ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.<sup>28</sup>

Foi tratado primeiramente na Magna Carta, assinada pelo rei João da Inglaterra (João Sem-Terra) em 15 de junho de 1215.

Era uma declaração na qual limitava os seus próprios poderes e reconhecia vários direitos da nobreza perante a Coroa. Como o objetivo era garantir os direitos da nobreza e não de todo o povo, a Magna Carta foi redigida em latim bárbaro (espécie de latim usado apenas em documentos e por isso também chamado de latim dos tabeliães).<sup>29</sup>

A Magna Carta originalmente utilizava-se do termo “*Law of the land*”, sendo que em 1354, com a edição pelo parlamento inglês do “*Statute of Westminster of the Liberties of London*” foi adotado o termo “*due processo of Law*”.<sup>30</sup>

Da Inglaterra, o princípio foi levado aos Estados Unidos pelos colonizadores.

Antes mesmo da Constituição Federal americana, de 1787, algumas constituições estaduais daquele país já consagravam a garantia do ‘due processo of law’, como, por exemplo, as de Maryland, Pensilvânia e Massachusets, repetindo a regra da *Magna Charta* e da Lei de Eduardo III.<sup>31</sup>

E foi a “Declaração dos Direitos” de Maryland, de 03.11.1776, a primeira referência ao trinômio, hoje reconhecido pela Constituição norte-americana, da vida-

---

<sup>28</sup> BRASIL. Vade mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 186.

<sup>29</sup> OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Organizadores). Princípios Processuais Cíveis na Constituição. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008, p. 25.

<sup>30</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 33.

<sup>31</sup> COUTURE, Eduardo J. Las garantías constitucionales del proceso civil, Estudios de derecho civil. 3. ed., Buenos Aires, 1979, tomo I, p. 50, *apud* JÚNIOR, Nelson Nery. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 34.

liberdade-propriedade. Depois, a “Declaração dos Direitos” da Carolina do Norte, de 14.12.1776, faz referência ao mesmo trinômio. Posteriormente, as constituições de Vermont, Massachusetts e de New Hampshire adotaram o princípio do devido processo legal.<sup>32</sup> Em seguida, “o princípio do *due process of Law* foi incluído na Constituição dos Estados Unidos por meio da emenda V”.<sup>33</sup>

Na América Latina, o princípio do devido processo legal estava implicitamente contemplado no art. 18 da Constituição Argentina de 1853 e no art. 14 da Constituição Mexicana de 1857.<sup>34</sup>

No Brasil, antes do advento da Constituição de 1988, entendia-se que o princípio do devido processo legal era aplicável amplamente apenas ao âmbito penal, muito embora inclinava-se para sua aplicabilidade em matéria civil e em face dos três Poderes. Com a atual redação do art. 5º da CF, é consenso na doutrina que o princípio é aplicável nas esferas penal, civil e administrativa.<sup>35</sup> “(...) o direito ao processo legal é também garantia do cidadão, estando catalogado na tábua dos direitos fundamentais.”<sup>36</sup>

### 2.3.3 Devido Processo Legal Formal (*Procedural Due Process*)

O princípio do devido processo legal é garantia do cidadão. Neste sentido do devido processo legal formal, tem ele o direito de que sejam observadas todas as normas inerentes ao processo no qual figura. Vale dizer, enquanto parte em processo criminal, civil ou administrativo, não pode ser privado das normas postas previamente à relação jurídica discutida. Trata-se de um sentido processual, do qual decorrem diversas garantias.<sup>37</sup>

Tem direito ao acesso à Justiça, conforme estampado na Constituição Federal, para que busque a proteção de seus direitos lesados ou ameaçados. Garantido o acesso à Justiça, deve também ser garantida a ampla defesa e o contraditório. Daí

---

<sup>32</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Op. cit.*, p. 34-35.

<sup>33</sup> OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Organizadores). *Princípios Processuais Cíveis na Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008, p. 27.

<sup>34</sup> OLIVEIRA NETO; LOPES, *op. cit.*, p. 28.

<sup>35</sup> OLIVEIRA NETO; LOPES. *Op. cit.*, p. 33.

<sup>36</sup> DOS SANTOS, Ernane Fidélis. *Manual de Direito Processual Civil. Vol 1. 5ª edição*, São Paulo: Editora Saraiva, 1997, p. 40.

<sup>37</sup> DOS SANTOS, Ernane Fidélis. *Manual de Direito Processual Civil. Vol 1. 5ª edição*, São Paulo: Editora Saraiva, 1997

insurge a afirmação de que o direito à ampla defesa e ao contraditório advêm do devido processo legal. Melhor dizendo: na medida em que tais institutos são delimitados como norma jurídica, o cidadão não pode ser privado de seus direitos sem a observância de tais regras.<sup>38</sup>

Não é por mera didática que Nelson Nery Júnior afirma que do Princípio do Devido Processo Legal decorre todos os demais princípios inerentes ao processo.

Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantissem aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies.<sup>39</sup>

E completa, trazendo entendimento relativamente ao processo civil:

Especificamente quanto ao direito processual civil, já se afirmou ser manifestação do *due process of Law*: a) a igualdade das partes; b) garantia do *jus actionis*; c) respeito ao direito de defesa; d) contraditório.<sup>40</sup>

É garantido também o acesso ao juiz natural, conforme abordagem do presente trabalho à frente. E dito juiz deve ser imparcial.

#### 2.3.4 Devido Processo Legal Substantivo (*Substantive Due Process*)

Há também a aplicação do devido processo legal em sentido material, vale dizer, o princípio não se esgota com sua aplicação apenas no âmbito processual. Atua, novamente, em todos os campos do direito, seja no penal, civil ou administrativo, quando há no plano de fundo a atuação estatal.<sup>41</sup>

Ensina Maria Silvia Zanella Di Pietro que a razoabilidade “trata-se de princípio aplicado ao direito administrativo como mais uma das tentativas de impor-se limitações à discricionariedade administrativa, ampliando-se o âmbito de apreciação do ato administrativo pelo Poder Judiciário”.<sup>42</sup>

---

<sup>38</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 32

<sup>39</sup> NERY JÚNIOR, idem, *ibidem*, p. 32.

<sup>40</sup> MELLO FILHO, José Celso de. A tutela judicial da liberdade. RT 526 (1979), p. 298-299. *Apud* NERY JÚNIOR, Nelson. *Op. cit.*, p.42.

<sup>41</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>42</sup> DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. Direito Administrativo. 17 edição. São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 80.

A origem do *substantive due process* teve lugar justamente com o exame da questão dos limites do poder governamental, submetida à apreciação da Suprema Corte norte-americana no final do século XVIII. Decorre daí a imperatividade de o legislativo produzir leis que satisfaçam o interesse público, traduzindo-se essa tarefa no *princípio da razoabilidade das leis*. Toda lei que não for *razoável*, isto é, que não seja a *Law of the land*, é contrária ao direito e deve ser controlada pelo Poder Judiciário.<sup>43</sup>

Permite dito princípio que o judiciário analise a atuação do Executivo quanto à sua atuação razoável. “Assim, o devido processo legal substantivo foi adotado como sinônimo do princípio da razoabilidade”.<sup>44</sup> Deixa, assim, o princípio de possuir caráter meramente instrumental. Nesse sentido, reconhece-se uma nova faceta ao princípio, asseverando que a atuação estatal deve ter como base a igualdade para com os cidadãos. Assim, deve agir de modo não arbitrário.

### 2.3.5 Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional

Conforme previsão no art. 5º, XXXV da CF, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. É conhecido também como Princípio do Direito de Ação.

Foi reconhecido expressamente apenas na Constituição de 1946, em seu art. 141, § 4º. No entanto, Celso Ribeiro Bastos ressalva que dito princípio já se encontrava implícito na Constituição de 1891, devido à sistemática processual então adotada.<sup>45</sup>

Cumprir observar, entretanto, que a Constituição de 1988 inovou na matéria, na medida em que ampliou o conteúdo do princípio para abarcar a “ameaça a direito”, o que não existia nas Constituições anteriores. Trata-se visivelmente do reconhecimento da tutela de urgência.<sup>46</sup>

---

<sup>43</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 39.

<sup>44</sup> OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Organizadores). Princípios Processuais Cíveis na Constituição. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008, p. 39.

<sup>45</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 17 edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p.197.

<sup>46</sup> MOTA, Leda Pereira Mota; SPITZCOVSKY, Celso. Curso de Direito Constitucional. 6ª edição. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 397.

“De igual maneira, suprimiu-se a exigência de trânsito forçado pelas vias administrativas, antes que a questão seja levada ao judiciário”.<sup>47</sup> Exceção são as causas de direito desportivo, conforme art. 217, §1º da CF<sup>48</sup>.

Com o princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, a Constituição garante a todos um amplo acesso à Justiça. É uma garantia que vai além da mera permissão de acesso ao judiciário, sendo uma garantia de obtenção da efetiva tutela jurisdicional.<sup>49</sup>

Atinge, assim, a todos indistintamente, inclusive o legislador, que não pode limitar na legislação infraconstitucional o acesso ao Poder Judiciário pelo jurisdicionado. Logo, a norma protege tanto os direitos individuais como os difusos e coletivos.<sup>50</sup>

O direito de ação é um *direito público subjetivo* exercitável até mesmo contra o Estado, que não pode recusar-se a prestar a tutela jurisdicional. O Estado-Juiz não está obrigado, no entanto, a decidir em favor do autor, devendo, isto sim, aplicar o direito ao caso que lhe foi trazido pelo particular. O dever de o magistrado fazer atuar a jurisdição é de tal modo rigoroso que sua omissão configura causa de responsabilidade judicial.<sup>51</sup>

Ademais, verifica-se que não pode ser negado o acesso ao judiciário àquele que não tem condições de arcar com os respectivos gastos. Melhor dizendo, este princípio traz como consequência a exigência de permitir aos necessitados a assistência jurídica, conforme delimitado no art. 5º, LXXIV da Constituição Federal.<sup>52</sup> “Diferentemente da assistência judiciária prevista na constituição anterior, a assistência *jurídica* tem conceito mais abrangente e abarca a consultoria e atividade jurídica extrajudicial em geral”.<sup>53</sup>

Seria inconstitucional a Lei de Arbitragem se vedasse à parte o acesso ao Poder Judiciário, instituindo, por exemplo, casos de arbitragem *obrigatória*.

<sup>47</sup> MOTA, SPITZCOVSKY, idem, *ibidem*, p. 397.

<sup>48</sup> “Art. 217, §1º da CF: O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas, após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva”. BRASIL. Vade mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 478.

<sup>49</sup> MOTA, SPITZCOVSKY, idem, *ibidem*, p. 397.

<sup>50</sup> MOTA, SPITZCOVSKY, idem, *ibidem*, p. 397.

<sup>51</sup> COUTURE, Eduardo J. Fundamentos Del derecho processual civil. 3. Ed. Buenos Aires, 1978, p.78; COMOGLIO, Luigi Paolo. La garanzia costituzionale dell'azione Ed Il processo civile. Padova, 1970, p. 91; GRINOVER, Ada Pelegrini. As garantias constitucionais do direito de ação. São Paulo, 1973, p. 76, *apud* JÚNIOR, Nelson Nery. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 103.

<sup>52</sup> Art. 5º, LXXIV, CF: o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

<sup>53</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 104.

Como não o fez, não há nenhuma inconstitucionalidade em permitir às *partes* a escolha entre o juiz estatal e o arbitral para solucionar a lide existente entre elas.<sup>54</sup>

Deve ser frisado também que a arbitragem instituída pela Lei nº 9.307/96 (Lei da Arbitragem)<sup>55</sup> não fere o princípio sob enfoque, na medida em que apenas pessoas capazes e detentoras de direitos disponíveis podem se valer de tal opção. Repita-se: trata-se de opção da parte a escolha desta via para a solução do conflito, e desde que o direito em discussão seja disponível.

### 2.3.6 Princípio do acesso à justiça

Não basta que a Constituição Federal garanta formalmente ao jurisdicionado a apreciação de lesão ou ameaça de lesão de seu direito pelo Poder Judiciário. Deve garantir meios concretos para que todo cidadão possa se valer do judiciário quando entender necessário.<sup>56</sup>

Daí defluiu do art. 5<sup>a</sup>, XXXV, da Constituição Federal,<sup>57</sup> mais uma de suas facetas, qual seja o acesso à Justiça, que não pode ser meramente formal. Há de ser um processo igualitário, sem discriminações que atentem contra a isonomia material das partes.

Possui grande correlação com o princípio da Inafastabilidade Jurisdicional, podendo ser inclusive tratados sob o mesmo foco<sup>58</sup>, na medida em que a inafastabilidade se concretiza quando são fornecidos todos os meios ao cidadão para que possa movimentar o Poder Judiciário quando sentir necessidade. Vale dizer, o direito lesado ou ameaçado do jurisdicionado pode ser facilmente levado à apreciação do Estado-juiz, se aquele assim o desejar.

---

<sup>54</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Op. cit.* p. 89.

<sup>55</sup> BRASIL. Vade Mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 7473.

<sup>56</sup> NERY JÚNIOR, idem, *ibidem*.

<sup>57</sup> BRASIL. Vade mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 181.

<sup>58</sup> Cássio Scarpinella Bueno trata especificamente da questão, ao afirmar expressamente que o princípio do “acesso à justiça” tem como sinônimos “acesso à ordem jurídica justa”, “inafastabilidade da jurisdição”, “inafastabilidade do controle jurisdicional” ou “ubiquidade da jurisdição”. In Curso Sistemático de Direito Processual. Vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 101. Prefere-se seguir a divisão didática proposta na obra organizada por Olavo de Oliveira Neto e Maria Elizabeth de Castro Lopes, apenas para uma melhor análise acerca do acesso em concreto da justiça. In Princípios Processuais Cíveis na Constituição. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008.



Verifica-se sua origem no momento em que o Estado Liberal se mostrou insuficiente para garantir a manutenção da população, sendo que a igualdade apenas formal tanto aclamada não mais fazia frente com relação ao poder conquistado pela burguesia por intermédio do capitalismo. Cresce a necessidade de uma justiça social voltada para políticas públicas que atendam com maior afinco as necessidades do cidadão.<sup>59</sup>

A análise desse aspecto deve levar em consideração a importância dos deveres do Estado, pois a vinculação de todos os poderes aos Direitos Fundamentais contém não só uma obrigatoriedade negativa do Estado de não fazer intervenções em áreas protegidas, mas também uma obrigação positiva de fazer tudo para a sua concretização. Nesse sentido, os atos emanados pelos Poderes estatais devem estar respaldados por um contexto jurídico-social, caracterizado pela nota da efetividade, no sentido plenamente material, portanto, substancial, para que, realmente, caracterize-se como um Estado Democrático de Direito.<sup>60</sup>

E este é o cerne da questão, garantir que haja efetividade aos direitos fundamentais do homem por intermédio do Estado, inclusive com a atuação positiva deste. Deve ser resguardada a dignidade da pessoa humana por meio de políticas públicas. O Estado deve proteger o cidadão diante de arbitrariedades. E tal é alcançado a partir do momento em que o Estado-juiz é municiado de elementos que lhe permitam atuar de modo a proteger os direitos do cidadão, inclusive contra atos do próprio Estado.<sup>61</sup>

Logo, o princípio do Acesso à Justiça é o elemento fundamental para que o cidadão possa valer seus direitos diante de qualquer infortúnio porventura existente e juridicamente relevante. E, a partir deste regramento constitucional, todo o modelo jurisdicional deve ser voltado para o efetivo acesso à justiça. Trata-se da concretização das garantias constitucionais.<sup>62</sup>

### 2.3.7 Princípio da isonomia

---

<sup>59</sup> OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Organizadores). Princípios Processuais Cíveis na Constituição. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008, p. 81-82.

<sup>60</sup> OLIVEIRA NETO; LOPES, idem, *ibidem*, p. 81-82.

<sup>61</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 32

<sup>62</sup> Idem, *ibidem*.

O *caput* do art. 5º da CF estabelece que todos são iguais perante a lei. Tal princípio é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, na medida em que preenche o significado dos direitos fundamentais. Trata-se de uma igualdade material, sendo que a lei deverá dar tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdades. Devem ser trazidas a um mesmo plano as pessoas que se interrelacionam, para que não haja prevalência indevida de interesses de uma para com a outra. É uma igualdade prevista para todos os sujeitos do sistema jurisdicional.<sup>63</sup>

Desde priscas eras tem o homem se atormentado com o problema das desigualdades inerentes ao seu ser e à estrutura social em que se insere. Daí ter surgido a noção de igualdade que os doutrinadores comumente denominam igualdade substancial. Entende-se por esta a equiparação de todos os homens no que diz respeito ao gozo e fruição de direitos, assim como à sujeição a deveres.<sup>64</sup>

Está previsto também no Código de Processo Civil, no artigo 139, I, ao afirmar que o juiz deve assegurar às partes igualdade de tratamento.<sup>65</sup> Trata-se de norma recepcionada pela Constituição Federal.

Assim, percebe-se claramente que é insuficiente a garantia de uma mera igualdade formal, onde todos seriam iguais perante a lei, sem distinção alguma a ser considerada quanto à situação na qual a parte se encontra.

O legislador, respeitando o espírito do constituinte, reconhece situações onde é necessário aplicar o conceito de igualdade material. Melhor dizendo, traz expressamente os indivíduos que se encontram em dada situação real de desigualdade para uma igualdade substancial através da via judicial. Verifica-se tal comprometimento do legislador, quando é dada ao juiz a possibilidade de inversão do ônus da prova nas ações entre empregado e empregador quando constatada a verossimilhança das alegações do empregado ou quando reconhecida sua hipossuficiência, segundo as regras ordinárias de experiência.<sup>66</sup>

---

<sup>63</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 17 edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, p.164-165

<sup>64</sup> BASTOS, idem, *ibidem*, p.164-165.

<sup>65</sup> BRASIL. Vade mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1807.

<sup>66</sup> GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. Vol. 1. 20 edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 66.

### 2.3.8 Princípio do contraditório

Dispõe o art. 5º, LV da Constituição Federal que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.<sup>67</sup>

De pronto, observa-se uma bem-vinda inovação com relação à carta constitucional anterior, na medida em que a garantia do contraditório só fazia menção explícita com relação ao processo penal. Atualmente, o princípio expressamente atinge o âmbito civil e administrativo. No entanto, era indiretamente aplicado ao processo civil.<sup>68</sup>

Está intimamente ligado ao Estado Democrático de Direito, defluindo o princípio da igualdade com que a Constituição Federal trata os litigantes, das garantias processuais ofertadas às partes. Tanto é verdadeiro, que “devido processo legal, contraditório e ampla defesa são princípios que guardam, entre si, íntima ligação.”<sup>69</sup>

Não é dado à parte que movimenta o judiciário ou a administração ter por acatada sua pretensão em detrimento de interesse alheio sem dar à outra parte conhecimento da ação e oportunidade de manifestar-se a respeito. Por parte, pode ser entendida tanto a pessoa física quanto a jurídica.<sup>70</sup>

Ademais, deve o Estado garantir a participação das partes no julgamento da ação, e que por sua vez têm o condão de influenciar neste. “Contraditório é a forma pela qual efetivam-se os princípios democráticos da República brasileira, que viabiliza ampla participação no exercício das funções estatais”.<sup>71</sup>

Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis.<sup>72</sup>

---

<sup>67</sup> BRASIL. Vade mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 186.

<sup>68</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 19 edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 55.

<sup>69</sup> BOTALLO, Eduardo Domingos. Lições de Direito Público. São Paulo: Editora Dialética, 2003, p. 163

<sup>70</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>71</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 108-109.

<sup>72</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 137.

Assim, o conceito de contraditório deve ser vislumbrado sob dois aspectos, o conhecimento ofertado à parte contra quem tem um direito em discussão e a possibilidade desta parte em manifestar-se a respeito. “Em síntese, o contraditório é constituído por dois elementos: a) informação; b) reação (esta, meramente possibilitada nos casos de direitos disponíveis)”.<sup>73</sup>

Como princípio constitucional que é, deve no processo civil o Contraditório ser observado não apenas no processo de conhecimento, mas também no processo de execução e cautelar. No entanto, importante mencionar que deverá ser interpretado conforme as peculiaridades de cada tipo de processo, não podendo servir de artimanha para alegações que o tumultuem. Assim, ao processo de conhecimento atuará o princípio amplamente, enquanto que nos demais tipo de processos atuará conforme respectivas especificidades, possibilidades de impugnação e matérias porventura passíveis de serem arguidas sem a desfiguração do respectivo processo.

Entende-se que no processo penal o princípio tem uma maior amplitude de interpretação. Quando o juiz verificar que o réu, muito embora possua advogado devidamente constituído para atuar em sua defesa, não a faz com o rigor imposto pela lei, sendo desidioso, deve o juiz declarar o acusado como indefeso e nomear outro defensor com qualidades técnicas suficientes para uma correta atuação. Nesse sentido, o artigo 497, V do Código de Processo Penal<sup>74</sup> aplica o princípio do contraditório em sua máxima. Trata-se do “contraditório efetivo, real, substancial”.<sup>75</sup>

Já no processo civil o princípio do Contraditório não tem essa mesma amplitude. Deve a parte ser comunicada a respeito de seu direito discutido. Caso não se movimente, sofrerá as consequências legais, salvo as hipóteses do art. 345 do Código de Processo Civil<sup>76</sup>. Não será sua desídia suprida pelo juiz, em caso de direitos disponíveis.

---

<sup>73</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 19 edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.57.

<sup>74</sup> BRASIL. Vade mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 2995-2996.

<sup>75</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 137.

<sup>76</sup> “Art. 345. A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se: I - havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação; II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis; III - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato; IV - as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos; II – se o litígio versar sobre direitos indisponíveis; III – se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato”. BRASIL. Vade mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1921-1922.

Com relação à ciência dos atos processuais, essa é dada por intermédio da citação, intimação e notificação.<sup>77</sup> No processo administrativo deve ser respeitado da mesma forma, em qualquer esfera de decisão do Estado acerca de discussão de direitos do administrado.

Importante apenas a ressalva quanto ao Inquérito Policial, haja vista entendimento de que não se trata de mero processo administrativo, mas de procedimento inquisitório que visa fornecer ao Ministério Público meios para que seja identificado o autor do fato e ser interposta medida judicial porventura pertinente. Pode-se ainda interpretar extensivamente a expressão “acusados em geral” da Constituição. Neste caso, havendo indiciamento do autor do fato, poder-se-ia pensar em acusado, incidindo então o princípio.<sup>78</sup>

Por fim, resta mencionar que esse princípio é aplicado conjuntamente com o princípio da ampla defesa, o qual será analisado a seguir.

### 2.3.9 Princípio da ampla defesa

O princípio da Ampla Defesa está intimamente relacionado com o princípio do Contraditório, sendo que ambos podem ser perfeitamente estudados conjuntamente. Está também expresso no art. 5º, LV da Constituição Federal.<sup>79</sup>

Assim como o princípio do Contraditório, trata-se a Ampla Defesa de garantia àquele contra quem se tem uma acusação (em sentido amplo), de meios verossímeis de rebater tais afirmações a ele dirigidas.<sup>80</sup>

Ademais, trata-se de uma garantia em sentido concreto, pois os meios de defesa a ele disponíveis devem ser de tal modo fortes a ponto de influir no julgamento da causa, na hipótese de carregarem em si alegações verossímeis.<sup>81</sup>

Quando da leitura do art. 5º, LV da CF - “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla

---

<sup>77</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 19 edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 56.

<sup>78</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 141.

<sup>79</sup> BRASIL. Vade mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 186.

<sup>80</sup> NERY JÚNIOR, idem, *ibidem*.

<sup>81</sup> NERY JÚNIOR, idem, *ibidem*.

defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”<sup>82</sup> – verifica-se que os “meios e recursos a ela inerentes” são mecanismos que devem existir ao acusado para que a ampla defesa seja, novamente, eficazmente exercida. Não se tratam apenas dos recursos propriamente ditos no âmbito processual, de acesso ao segundo grau de jurisdição quando há uma decisão que desagrade ao jurisdicionado, mas de todos os meios disponíveis à parte para fazer valer seu direito frente às alegações contra ela dirigidas.

É importante, por isso mesmo, não vincular a compreensão de “ampla defesa” ao plano do processo, *depois* que a atividade jurisdicional já tiver sido provocada. É fundamental para o cumprimento da expectativa constitucional do princípio que antes da provocação da atuação do Estado-juiz, antes e “fora” do plano do processo, portanto, o Estado crie condições mínimas de *conscientização* de direitos até como forma de garantir a própria tutela dos direitos no plano material, independentemente da atuação jurisdicional e, pois, da tutela *jurisdicional* de direitos.<sup>83</sup>

Devem existir meios para que a defesa seja exercida antes mesmo do início do processo, até como forma de ser evitado um processo desnecessário. Ademais, pode ser entendido como mecanismos de ampla defesa e existência de um Ministério Público e de uma Defensoria Pública fortes e firmemente estabelecidos, para que concretamente possam garantir a aplicação do princípio aos cidadãos que deles necessitem.<sup>84</sup>

Novamente, assim como estudado no princípio do Contraditório, é vital verificar que, com a aplicação do princípio da Ampla Defesa, todas as alegações afirmadas pelo réu/acusado devem ser consideradas pelo juiz ou autoridade responsável, quando da prolação da decisão. Trata-se da ampla defesa em sentido material, sendo que devem existir condições para que o princípio seja devidamente aplicado a favor da parte. Não é suficiente a mera previsão formal, o que significaria que na prática sua defesa não é considerada.<sup>85</sup>

Das alegações acima deflui-se que ditas manifestações de defesa devem ser adequadas. Por adequação deve ser entendido que o sistema deve garantir ao

---

<sup>82</sup> BRASIL. Vade mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 186

<sup>83</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 113.

<sup>84</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>85</sup> Idem, *ibidem*.

jurisdicionado mecanismos de defesa com peso e amplitude tal qual a afirmação contra a que é rebatida.<sup>86</sup>

Só se compreende a plenitude de defesa se for assegurado o direito de produzir prova das alegações. Com efeito, de nada valeriam a regular informação dos atos processuais e a oportunidade de manifestação nos autos sem o correspondente direito de demonstrar os fatos alegados.<sup>87</sup>

No plano processual, vale destaque que a decisão deve analisar todos os pontos relevantes indicados pelas partes no processo, para que haja a observância em concreto do princípio. Trata-se da motivação da decisão. “Temos para nós que a omissão quanto a ponto relevante da defesa deve acarretar a nulidade da decisão. Já a motivação equivocada ou insuficiente não implica nulidade, mas justifica a reforma da decisão.”<sup>88</sup>

No entanto, vale a ressalva de que não devem existir meios ilimitados ao réu do processo para a sua defesa, a ponto de que não chegue ao fim do processo. Deve o legislador prover o sistema jurisdicional de tal modo a conciliar dito princípio com o princípio da Razoável Duração do Processo, que seja analisado adiante.

### 2.3.10 Princípio do juiz natural

O princípio do Juiz Natural foi adotado expressamente na Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seu art. 5º, inciso XXXVII, o qual estabelece que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”, e no inciso LIII, afirmando que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.<sup>89</sup>

Já era previsto na Constituição de 1824 (arts. 149 e 179, XI e XII), passando pela de 1891 (art. 72, §§ 15 e 23), 1934 (art. 113, nº 25 e 26), 1946 (141, §§ 26 e 27, 1967 (150, § 15 e art. 153, § 15), mas nessa última apenas sob o enfoque da proibição

---

<sup>86</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>87</sup> OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Organizadores). Princípios Processuais Cíveis na Constituição. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008, p. 126.

<sup>88</sup> OLIVEIRA NETO; LOPES. *Op. cit.*, p. 126.

<sup>89</sup> BRASIL. Vade mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 181 e 186.

do juízo de exceção, uma de suas características. A única Constituição que não tratou expressamente do princípio foi a de 1937.<sup>90</sup>

Desse princípio, deflui-se que não haverá tribunal de exceção; todos devem ser julgados por um juiz competente e pré-determinado ao fato *sub judice*; e dito juiz deve ser imparcial. Nelson Nery Júnior utiliza-se da terminologia *Tridimensional*, quando estuda ditas facetas do princípio.<sup>91</sup>

Entende-se por Tribunal de Exceção aquele formado após a verificação de determinado caso, para que atue em seu julgamento, retirando a competência para tanto de outro órgão, anteriormente prevista em lei. Não importa se o tribunal já existia anteriormente ao fato, sendo relevante a falta de previsão de sua competência para atuar no caso. Assim, abarca-se a hipótese de avocação, quando não prevista em lei. É o chamado Tribunal *ad hoc*. É tribunal de exceção pois designado posteriormente ao caso, para atuar de modo parcial, prejudicando ou favorecendo alguma das partes.<sup>92</sup>

Assim como o poder do Estado é um só (as atividades legislativa, executiva e judiciária são formas e parcelas do exercício desse poder), a jurisdição também o é. E para a facilitação do exercício dessa parcela de poder é que existem as denominadas justiças especializadas. Portanto, a proibição da existência de tribunais de exceção, *ad hoc*, não abrange as justiças especializadas, que são atribuição e divisão da atividade jurisdicional do Estado entre vários órgãos do Poder Judiciário.<sup>93</sup>

Ademais, difere-se Tribunal de Exceção de prerrogativa de foro, na medida em que tal privilégio decorre de alguma característica da parte que a lei busca garantir, partindo-se da premissa de haver algum interesse público de maior relevo a ser garantido, como nos casos de prerrogativa de função, conforme art. 52, I da CF.<sup>94</sup> Nesse exemplo, a garantia é tão forte que não podem as pessoas elencadas no inciso abrirem mão de serem julgadas pelo Senado Federal, em razão do interesse público no qual se revestem os cargos por elas ocupados.

---

<sup>90</sup> OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Organizadores). Princípios Processuais Cíveis na Constituição. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008, p. 156.

<sup>91</sup> NERY JÚNIOR, N. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 66-67.

<sup>92</sup> NERY JÚNIOR, idem, *ibidem*.

<sup>93</sup> NERY JÚNIOR, idem, *ibidem*, p. 67.

<sup>94</sup> BRASIL. Vade mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 280-281.



É importante salientar que o princípio do juiz natural, como mandamento constitucional, aplica-se, no processo civil, somente às hipóteses de competência absoluta, já que preceito de ordem pública. Assim, não se pode admitir a existência de *mais de um* juiz natural (...). A competência cumulativa ou alternativa somente é compatível com os critérios privatísticos de sua fixação, isto é, em se tratando de competência relativa.<sup>95</sup>

Quando se está diante da competência relativa, o sistema processual regulou as matérias aí abarcadas como sendo de interesse das partes, não público, sendo, por conseguinte, disponível dentro dos limites legais. Pode, assim, ser prorrogada, tanto por inércia da parte como por acordo, sendo muitas vezes objeto de eleição.<sup>96</sup>

Deve a autoridade ser constituída previamente ao julgamento da causa. E tal característica está intimamente ligada com a independência do juiz, na medida em que o sistema acaba por impossibilitar a indicação de julgador com interesses obscuros. Logo, não pode o Poder Executivo indicar um juiz para atuar em determinado caso que lhe é conveniente.<sup>97</sup>

E a imparcialidade garante ao jurisdicionado um mínimo de respeito de que suas alegações serão consideradas quando da análise do caso, e posterior julgamento e decisão. Deverá o juiz analisar o mérito da causa sem proteger previamente direito não abarcado em hipótese legal. Neste caso, é importante mencionar que o juiz não é totalmente neutro, pois sendo ser humano, possui pré-conceitos que adquiriu ao longo da vida.

De fato, possui arraigado em sua natureza ideologias e formas de pensar e agir. No entanto, quando do julgamento, deve atuar de forma mais central e equidistante das partes, realizando um processo intelectual tal qual que lhe permita julgar racionalmente, sem impulsos. Devido a esta natureza humana, a legislação prevê hipóteses de impedimento (art. 134 do CPC e art. 252 do CPP) e suspeição (art. 135 do CPC e art. 254 do CPP)<sup>98</sup>. Nestes casos, o legislador previu expressamente situações que, caso o juiz nelas se encontre, agirá de tal modo parcial, pois possui algum interesse no direito em litígio.

---

<sup>95</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 69.

<sup>96</sup> NERY JÚNIOR, idem, *ibidem*.

<sup>97</sup> NERY JÚNIOR, idem, *ibidem*.

<sup>98</sup> OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Organizadores). Princípios Processuais Cíveis na Constituição. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008, p. 166.

Por fim, importante mencionar que o princípio também deve ser aplicado aos processos administrativos. “Fala-se, aqui, em princípio do *jugador natural*, dimensão do princípio constitucional do juiz natural no direito administrativo”.<sup>99</sup>

### 2.3.11 Princípio da motivação das decisões judiciais

Está previsto no art. 93, IX, da Constituição Federal, prescrevendo que

[...] todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.<sup>100</sup>

É decorrência lógica do Estado Democrático de Direito a necessidade de fundamentação das decisões.

No Estado de Direito onde os valores devem ser equilibrados, sem pendores unilaterais, a Justiça torna-se exata, no momento da afirmação de um pensamento. A fundamentação desse pensamento deve ser clara e objetiva. Já se estabeleceu entre os romanos o *fundamentum*, significando a firmeza, o fortalecimento. Mais alicerçada, mais forte será a decisão se ela tem os fundamentos. Esses são calcados nos motivos, ns razões de decidir. Motivar uma decisão significa, portanto, dar os motivos, a *ratio decidendi*.<sup>101</sup>

A motivação das decisões torna o juiz imparcial, na medida em que se auffle quais foram as razões que o levaram a decidir daquele modo. Rui Portanova ensina que “há vantagens em se poder verificar o grau de imparcialidade e o de arbítrio, a coerência e a razoabilidade do julgamento. Permite, ainda, apreciar a juridicidade do julgamento, as opções valorativas do julgador”.<sup>102</sup>

A necessidade de fundamentação das decisões também está prevista no CPC, em seu art. 489, II, que diz ser requisito essencial da sentença os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito. Assim, a fundamentação é

---

<sup>99</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 69.

<sup>100</sup> BRASIL. Vade mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 317.

<sup>101</sup> ROSAS, Roberto. Direito Processual Constitucional – Princípios Constitucionais do Processo Civil. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 43.

<sup>102</sup> PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. 4ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001, p. 249-250.

requisito obrigatório de todas as decisões judiciais. Há quem defenda que inclusive os despachos de mero expediente, dependendo do caso concreto, devam ser fundamentados.<sup>103</sup>

No entanto, demonstra Nelson Nery Júnior que, muitas vezes, o princípio não é respeitado pelos juízes e tribunais, como nos casos em que os pedidos das partes são indeferidos “por falta de amparo legal”<sup>104</sup>. É claro que o juiz deve fundamentar sua decisão, de modo a permitir à parte que saiba o porquê de seu pedido ser indeferido.

A consequência para a falta de fundamentação das decisões judiciais é a nulidade, conforme delimitado pela Constituição Federal.

E fundamentar não é apenas basear-se na letra da lei. Ensina Calamandrei, em citação de Roberto Rosas, que “a fundamentação da sentença é sem dúvida uma garantia de justiça quando consegue reproduzir exatamente, como num levantamento topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão, pois, se esta é errada, pode facilmente encontrar-se, através dos fundamentos, em que altura do caminho o magistrado se desorientou.”<sup>105</sup>

E complementando com a lição de Costa Machado, “[...] não basta o juiz transcrever lições doutrinárias ou citar a jurisprudência para ter como fundamentada uma sentença. É preciso que ele diga por que a lição ou a decisão referida tem aplicação à situação”.<sup>106</sup>

Deve o magistrado fundamentar sua decisão de forma substancial, a fim de demonstrar sua análise e conclusões quanto às questões essenciais da decisão prolatada.

E, por fim, ensina a doutrina moderna que o convencimento judicial está alicerçado muitas vezes em um juízo de verossimilhança, na medida em que a

---

<sup>103</sup> “[...] diante das peculiaridades de cada caso concreto, sequer está afastada a possibilidade da exigência de fundamentação, inclusive de despachos de mero expediente”. PORTANOVA, Rui. *Op. cit.*, p. 249. Em sentido contrário: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Organizadores) *Princípios Processuais Cíveis na Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008, p. 204.

<sup>104</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 184.

<sup>105</sup> CALAMANDREI, Piero. Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados - § X, *Apud* ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional – Princípios Constitucionais do Processo Civil*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 43.

<sup>106</sup> MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil Interpretado*. 5ª edição. Barueri: Editora Manole, 2006, p. 636.

“verdade” é algo quase sempre inatingível.<sup>107</sup> Logo, estar-se-ia buscando demonstrar, através da fundamentação, todo o raciocínio jurídico pelo qual passou o magistrado para se chegar na consequência legal determinada, tendo em vista que a verdade real dificilmente é concretamente alcançada.

### 2.3.12 Princípio da publicidade

Princípio expresso na Constituição Federal, em seu art. 5º, LX, onde diz que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse processual o exigirem”<sup>108</sup>, e no art. 93, IX, ao afirmar que

[...] todos os órgãos do poder judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.<sup>109</sup>

O Princípio da Publicidade está incluído no Estado Democrático de Direito. De fato, em um sistema onde é inconcebível atos secretos no que tange à jurisdição e administração dos direitos inerentes ao interesse público, deve o Estado prestigiar a abertura a todos quanto aos seus afazeres. Assim, ao judiciário não foge à regra, sendo o processo o meio pelo qual o princípio age de modo amplo.<sup>110</sup>

Em verdade, a abertura para o conhecimento público dos atos não é uma qualidade só do processo, mas de todo e qualquer sistema de direito que não se embasa na força, na exceção e no autoritarismo. A democracia não se compraz com o secreto, com o que não é notório.<sup>111</sup>

Com dito princípio, toda a população tem a prerrogativa de fiscalizar o Judiciário, de modo com que se minimize ao máximo possíveis arbítrios e abusos que

---

<sup>107</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 12 ed., conforme novo CPC. Salvador: JusPodvim, 2017, vol. 2, p. 263.

<sup>108</sup> BRASIL. Vade mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 187.

<sup>109</sup> Idem, ibidem, p. 317.

<sup>110</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>111</sup> PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. 4ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001, p. 167.

ocorrerem na obscuridade. Assim, a Constituição assegurou como regra a publicidade no sistema processual brasileiro.<sup>112</sup>

No entanto, existem exceções ao princípio. De fato, há casos em que não é viável uma publicidade plena sobre o assunto em discussão, seja porque o caso *sub judice* é tão preocupante que pode atuar de modo nocivo junto ao povo, ou porque o âmbito de interesse é tão restrito às partes, que o sistema as põe a salvo da curiosidade alheia. É o caso do art. 5º, LX, da Constituição Federal<sup>113</sup>, que deixa em aberto à possibilidade de que a lei restrinja a publicidade de atos processuais quando o legislador entenda que o interesse social ou a intimidade das partes assim o exigirem.

Vai a Constituição construindo todo um arcabouço ideológico, que permite uma interpretação precisa quanto ao princípio, pois no inciso X do mesmo artigo a Constituição afirma que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (...)”.<sup>114</sup> Assim, foi recepcionado o art. 189 do Código de Processo Civil, que prevê exceções ao Princípio da Publicidade.

O artigo 189 do CPC atua, nos mesmos moldes da Constituição quando trata de exceções a Publicidades, em duas frentes. No inciso I correm em segredo de justiça os processos em que o exigirem o interesse público ou social. E no inciso II existe, também, segredo de justiça quando o processo diz respeito a casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes.<sup>115</sup>

Observa-se facilmente um paralelismo com relação ao disposto na Constituição, estando muito claro no sistema o que se entende por exceção ao Princípio da Publicidade. Ensina Costa Machado que, no inciso I, o juiz irá analisar caso a caso, segundo seu prudente arbítrio, para decidir se o processo correrá em segredo de justiça, enquanto que no inciso II o rol é exemplificativo, haja vista que

---

<sup>112</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>113</sup> BRASIL. Vade mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 187

<sup>114</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>115</sup> Idem, *ibidem*, p. 1835-1836.

existem abordagens outras dispersas no CPC sobre o segredo de justiça, e inclusive no Código Civil, como no art. 1.705.<sup>116 117</sup>

Por fim, vale lembrar que, atualmente, os meios de comunicação de massa dão um novo aspecto ao princípio. Fácil compreender que, muitas vezes, um indivíduo colocado em situação de réu já é julgado e condenado pela população. Neste caso, há clara afronta à Constituição Federal, pois está-se ferindo a intimidade da pessoa.

Em vista desta situação, ensinam Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco que publicidade, como garantia política – cuja finalidade é o controle da opinião pública nos serviços da justiça – não pode ser confundida com o sensacionalismo que afronta a dignidade humana. Cabe à técnica legislativa encontrar o justo equilíbrio e dar ao problema a solução mais consentânea em face da experiência e dos costumes de cada povo.<sup>118</sup>

### 2.3.13 Princípio do duplo grau de jurisdição

O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição é entendido como a possibilidade conferida à parte de submeter a exame determinada matéria decidida pelo juiz de primeiro grau, para outro juízo, através da via recursal. No entanto, é interessante notar que não existe nenhuma menção expressa na Constituição Federal garantindo tal possibilidade.<sup>119</sup>

Existem alguns argumentos que rejeitam a existência do Duplo Grau de Jurisdição, alegando ser inclusive contra a lógica do sistema jurisdicional, na medida em que revelar-se-ia um despreparo dos julgadores, sendo que tais erros poderiam também ser cometidos pelos julgadores do recurso. Ademais, a decisão de segundo grau seria totalmente inútil, quando se confirma o julgado prolatado no juízo de origem. Também se afirma que, haveria um gasto inócuo de tempo até que se consagrasse a

---

<sup>116</sup> MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Código de Processo Civil Interpretado. 5ª edição. Barueri: Editora Manole, 2006, p. 214-215.

<sup>117</sup> Art. 1.705 do Código Civil: Para obter alimentos, o filho havido fora do casamento pode acionar o genitor, sendo facultado ao juiz determinar, a pedido de qualquer das partes, que a ação se processo em segredo de justiça.

<sup>118</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 19 edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 70.

<sup>119</sup> Idem, *ibidem*.

definitividade do julgado. Ou também a distância existente entre o julgador do recurso e as provas produzidas no juízo de origem poderia prejudicar o direito discutido.<sup>120</sup>

No entanto, importante verificar que, com a aplicação do princípio sob enfoque, o caso será analisado novamente por juízes com maior experiência e, constituindo-se em órgãos colegiados, haveria ainda uma maior segurança, pois se pressupõe que houve uma discussão acerca do decidido. Ademais, na medida em que o juízo *a quo* sabe que sua decisão pode ser revista, irá prolatá-la com maior cuidado. Também pode ser mencionado que, com a distância entre o julgador do recurso e as provas, o litígio pode ser vislumbrado sob outra perspectiva, trazendo-se uma maior neutralidade e independência para decidir a questão.<sup>121</sup>

Mas o principal fundamento para a manutenção do princípio do duplo grau é de *natureza política*: nenhum ato estatal pode ficar imune aos necessários *controles*. O Poder Judiciário, principalmente onde seus membros não são sufragados pelo povo, é, dentre todos, o de menor representatividade. Não o legitimaram as urnas, sendo o controle popular sobre o exercício da função jurisdicional ainda incipiente em muitos ordenamentos, como o nosso. É preciso, portanto, que se exerça ao menos o controle interno sobre a legalidade e a justiça das decisões judiciária. Eis a conotação política do duplo grau de jurisdição.<sup>122</sup>

Logo, importa verificar que a Constituição Federal adotou o princípio, não expressamente, mas de forma implícita, na medida em que previu expressamente a existência de tribunais, com competência recursal. Assim, perfeitamente recepcionado o sistema recursal do Código de Processo Civil.

Interessante mencionar o ensinamento de Nelson Nery Júnior, quando afirma que o princípio não se trata propriamente de uma garantia constitucional, mas de mera previsão, podendo o legislador infraconstitucional limitar a amplitude do direito ao recurso, como no caso do art. 1001 do novo CPC<sup>123</sup>, com exceção a limitações aos recursos especial e extraordinário, que somente pode haver por meio de previsão expressa na Constituição Federal.<sup>124</sup>

---

<sup>120</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>121</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002

<sup>122</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 19 edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 75.

<sup>123</sup> Art. 1001 do CPC – Dos despachos não cabe recurso.

<sup>124</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 175-176.

No entanto, tal entendimento é rechaçado pelo professor Cássio Scarpinella Bueno, ao ensinar que dito entendimento não se coaduna com o modelo constitucional adotado pelo processo civil, o qual impõe um modelo mínimo ao processo, que deve respeitar o direito ao recurso a um grau superior. Assim, não poderia a lei limitar a aplicação do princípio, indo contra a sistemática constitucional, pois o princípio só poderia ceder espaço quando oposto a outro princípio.<sup>125</sup>

#### 2.3.14 Princípio da proibição da prova ilícita

Está previsto no art. 5º, LVI, quando prescreve que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.<sup>126</sup>

Ensina Nelson Nery Júnior<sup>127</sup> que a doutrina acerca do assunto é dividida, entendendo alguns que a prova obtida por meio ilícito por ser utilizada sem ressalva alguma no processo civil, e outros entendendo que tal não pode ser utilizada em hipótese alguma. Fundando-se no Princípio da Proporcionalidade, defende uma tese intermediária, a qual parece ser a interpretação mais acertada, já que nenhum princípio constitucional é absoluto. Necessário, então, diante do caso concreto ponderar os valores constitucionalmente garantidos que estão sob análise, para que seja aplicada uma interpretação mais correta ao fato. No entanto, há de ser mencionado que tais hipóteses ocorrem com mais destaque no direito constitucional e processual penal.

Ademais, é também necessário conceituar prova ilícita. Cássio Scarpinella Bueno lembra que a Constituição Federal nos dá margem para diferenciar *provas ilícitas* de *prova obtida por meios ilícitos*. Assim, prova ilícita é aquela que por si só fere o ordenamento jurídico, enquanto que prova obtida por meios ilícitos é aquela que é considerada pelo sistema, mas que seu modo de formação fere o ordenamento jurídico. Logo, ambas são provas que não foram produzidas perante o magistrado.<sup>128</sup>

---

<sup>125</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 121.

<sup>126</sup> BRASIL. Vade mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 186.

<sup>127</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 158.

<sup>128</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 136.



No entanto, deve-se ter em mente que ambas as hipóteses são vedadas pela Constituição Federal.

Ademais, a doutrina também costuma distinguir entre prova *ilícita* e prova *ilegítima*. A primeira é aquele tipo de prova que viola direito material, enquanto que a segunda é a prova obtida com alguma violação de direito processual.

Deve ser lembrado, ainda, que a prova ilícita macula de nulidade todas as demais provas dela derivadas. É a chamada Teoria dos frutos da árvore envenenada.

Tal princípio está também presente no art. 5º, XII, da Constituição Federal, o qual diz que

[...] é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.<sup>129</sup>

Assim, caso uma prova seja levada ao processo com desrespeito ao preceito, deve ser desconsiderada. Importante frisar que, nesta hipótese, não será possível levar ao processo civil nenhuma prova, sendo possível apenas ao processo penal, conforme a exceção expressa na Constituição. Questão interessante é aquela onde há uma prova produzida no processo penal, proveniente de interceptação telefônica, e que vem posteriormente a ser empregada em outro processo, mormente no processo civil, a chamada Prova Emprestada. Neste caso, deve ser considerada normalmente, conforme defende a doutrina. O que não é possível é o juiz do cível determinar a quebra do sigilo telefônico diretamente.<sup>130</sup>

Deve apenas ser lembrado que, caso a parte contra quem a prova é utilizada não participou do processo penal, deverá esta ser ouvida no processo civil, dando-lhe a oportunidade de alegações a respeito do provado, em atendimento ao Princípio do Contraditório.<sup>131</sup>

Por fim, resta mencionar que está também presente na legislação infraconstitucional, no art. 369<sup>132</sup> do CPC. É o chamado Princípio da Atipicidade das

---

<sup>129</sup> BRASIL. Vade mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 175.

<sup>130</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 167

<sup>131</sup> NERY JÚNIOR, idem, *ibidem*, p. 167.

<sup>132</sup> “Art. 369 – As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”. BRASIL. Vade mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1933.

Formas, sendo que todo fato é passível de ser provado por qualquer meio que não atente contra os valores constitucionalmente reconhecidos.

### 2.3.15 Princípio da proporcionalidade

A proporcionalidade deriva da necessidade de o Estado atuar nos moldes a que estão dispostos os direitos fundamentais. E, quando existe o choque de princípios garantidos constitucionalmente, aparece a necessidade de resolver tal conflito.

Para a interpretação de princípios que no caso concreto estão conflitantes, deve ser aplicado o Princípio da Proporcionalidade. No entanto, tal não seria propriamente um princípio como os demais, mas uma regra. E regra, pois não traz em si um valor de conteúdo material. Melhor dizendo: não orienta propriamente o comportamento, materialmente considerado, dos indivíduos em sociedade, mas sim delimita uma estrutura formal para a aplicação dos demais princípios no caso concreto. Não se refere diretamente a comportamentos, mas indiretamente, na medida em que diz respeito a normas que por sua vez se referem a comportamentos.

Ademais, enquanto que os princípios são regras jurídicas que atuam como impositivos de conduta, a proporcionalidade é regra de interpretação e aplicação do direito. E, também não possui variações em seus efeitos, sendo aplicado de forma constante.<sup>133</sup> “Regra, e não princípio, justamente pelas suas características, em especial porque ela, regra da proporcionalidade, não admite qualquer hesitação, quanto à sua aplicação, em termos de preponderância valorativa”.<sup>134</sup>

Assim, a regra da proporcionalidade, e não princípio propriamente dito, será usado quando estiver em conflito princípios jurídicos diante de dado caso concreto.

Em uma divisão tripartite quanto à aplicabilidade da proporcionalidade, ensina a doutrina que três momentos devem ser considerados para que haja sua correta utilização, quais sejam *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*. Com relação à *adequação*, deve ser entendido como a possibilidade de ser obtido o fim almejado em contraposição ao direito objeto da restrição. *Necessidade*, como a inexistência de outros meios capazes de se chegar ao resultado almejado, sem que concorram meios menos prejudiciais. É o menor sacrifício frente ao objeto

---

<sup>133</sup> OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Organizadores). Princípios Processuais Cíveis na Constituição. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008, p. 293-294.

<sup>134</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 99.

pretendido. E, por fim, a *proporcionalidade em sentido estrito*, consistente em reanalisar todas as regras anteriores pela qual passou a interpretação do caso concreto, sopesando a intensidade dos direitos fundamentais inerentes ao caso, àqueles diminuídos em aplicabilidade frente a outro reconhecido como de aplicação plena, diante do resultado almejado.<sup>135</sup>

Em termos bem diretos, não é errado comparar a “regra da proporcionalidade” à balança que comumente é vista nas representações de Têmis, o símbolo da Justiça. Pela “regra da proporcionalidade”, é dado ao magistrado *ponderar* as situações conflitantes do caso concreto para verificar qual, diante de determinados pressupostos, deve proteger concretamente, mesmo que isto signifique colocar em situação de *irreversibilidade* a outra. É por intermédio desta “regra” que o magistrado consegue *medir* os valores dos bens jurídicos postos em conflito e decidir, concretamente, qual deve proteger, qual deve prevalecer, mesmo em detrimento (ou eliminação momentânea) do outro.<sup>136</sup>

Por fim, deve-se ter em mente que não é possível ao legislador prever que a dado caso concreto qual o princípio que deve prevalecer em detrimento de outro. Assim, deve a proporcionalidade estar estritamente atrelada ao princípio da motivação, pois ao magistrado não é dada a possibilidade de decidir sem demonstrar quais foram suas razões.

### 2.3.16 Princípio da efetividade

Está também previsto no art. 5º, XXXV, ao afirmar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.<sup>137</sup>

Trata-se de fazer com que os direitos lesionados ou ameaçados, quando reconhecidos pelo sistema jurisdicional, sejam efetivamente aplicados. Deve ser dado um efeito concreto ao direito. Não é suficiente que o sistema preveja apenas mecanismos que declarem e garantam o direito; deve também prever modos pelos quais o direito deva efetivamente existir no plano fático. Assim, àquela parte que vai

---

<sup>135</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 100.

<sup>136</sup> BUENO, idem, *ibidem*, p. 100.

<sup>137</sup> BRASIL. Vade mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 181.

ao Judiciário e obtém uma manifestação favorável deve ter garantido que seu direito seja aplicado concretamente.<sup>138</sup>

E a partir deste modelo constitucional deve o processo civil ser interpretado e aplicado de modo a que o direito reconhecido exista efetivamente. Assim, deve o processo ser um meio, e não fim em si mesmo, para assegurar e aplicar o direito da parte. Logo, um processo que siga as disposições constitucionais deve possuir meios aptos para que a parte possa efetivamente fazer valer seus direitos, sendo que tais meios devem ser alcançáveis sem que haja inúmeros e impossíveis pré-requisitos a serem preenchidos. E, por tais meios, devem ser entendidos tanto os de tutela de urgência, para assegurar o não perecimento do direito durante o processo, como quando da decisão que confere à parte ganhadora o direito em definitivo, sendo que neste momento dito direito deve ser o mais plenamente usufruível na sua essência, na sua utilidade original.<sup>139</sup>

Olavo de Oliveira Neto e Maria Elizabeth de Castro Lopes explicitam lição de Barbosa Moreira, que estudou especificamente o princípio aplicado ao processo, conforme termos abaixo:

O processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras disposições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, que resultam de expressa previsão normativa, que se possam inferir no sistema;  
Esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo de eventuais sujeitos;  
Impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade;  
Em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento;  
Cumpra que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias.<sup>140</sup>

---

<sup>138</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>139</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>140</sup> *Apud* OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Organizadores). *Princípios Processuais Cíveis na Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008, p. 246-247.

Ademais, ao lado e dando embasamento à efetividade do processo, não pode ser colocada em segundo plano, a técnica processual<sup>141</sup>, na medida em que é esta que dá um pano de fundo ao processo, pois garante e concretiza uma igualdade de condições nas manifestações das partes. Logo, não deve ser a técnica processual esquecida, em prol de uma suposta efetividade, pois ambos devem ser aplicados, de modo a garantir e respeitar o modelo constitucional, não trespassando sumariamente garantias outras constitucionais.

### 2.3.17 Princípio da razoável duração do processo

Trata-se de princípio expresso na Constituição Federal, introduzido por intermédio da EC nº 45, que adicionou ao artigo 5º o inciso LXXVIII, o qual estabelece que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.<sup>142</sup>

Dita Emenda Constitucional demonstra a preocupação do Poder Constituinte Derivado com relação à demora que assola o trâmite de muitos processos no Brasil. E tal deve-se ao fato de que, muito embora seja também garantia constitucional a efetividade do processo, esta não ocorre quando o processo demora tempo demasiadamente longo para ser finalizado. De fato, não são poucas as histórias de processos que demoram 10, 20 anos, ou até mais, sem que haja uma definição acerca do direito discutido. Logo, tem-se esvaziada por completo qualquer tentativa concreta de efetivação do processo, quando este demora infindáveis anos para ser concluído.<sup>143</sup>

E, em um Estado Democrático de Direito, não pode o jurisdicionado ficar sem uma solução definitiva ao seu direito discutido, o que atenta inclusive contra sua dignidade humana.

Logo, razoável duração do processo significa que, logo após a manifestação do autor perante o Judiciário, ou à Administração, a fim de dar início a um processo, que este seja finalizado, com uma decisão a respeito do direito sob disputa e, com os

---

<sup>141</sup> Por técnica processual devem ser entendidos os mecanismos previstos em lei à disposição das partes.

<sup>142</sup> BRASIL. Vade mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 191.

<sup>143</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 172.

procedimentos satisfativos nos casos necessários, no tempo estritamente necessário, sem delongas inúteis provenientes de causas independentes da natureza do litígio.<sup>144</sup>

Assim, torna-se necessário a existência de um sistema que propicie ao processo durar somente o tempo necessário, razoável, para ser julgado segundo seus critérios de complexidade. Igualmente, este sistema deve conceber que a razoável duração do processo deve ser apurada no caso concreto. E, dentro deste contexto, ensina Paulo Hoffman que deve ser aplicado o critério adotado pela Corte Europeia dos Direitos do Homem, chamado de “Critério da *posta in gioco*”, no qual deve ser analisado: a) a complexidade do caso; b) o comportamento das partes; c) o comportamento dos juízes, dos auxiliares e da jurisdição interna de cada país, para verificação em cada caso concreto sob violação do direito à duração razoável do processo.<sup>145 146</sup>

Logo, deve-se ter em mente que não é possível acelerar o processo demasiadamente, atropelando-se garantias outras constitucionais, e agindo de tal modo que não se tenha segurança a respeito do decidido, desestabilizando o sistema jurisdicional.

E, a par da necessária e urgente adequação dos tribunais no Brasil para que haja a efetiva aplicação do princípio em estudo, a legislação processual civil possui alguns instrumentos para agilizar o trâmite dos processos, conforme artigos 294 e ss., 497 do Código de Processo Civil, dentre outros.

No entanto, é forçoso admitir que, conforme afirma Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina,

[...] a reforma constitucional comentada institui princípios que constituem *aspirações políticas*, já que dispositivos como o ora estudado somente terão repercussão na realidade jurídico-social na medida em que aqueles que interagem com a realização da tutela jurisdicional efetivamente *cooperarem* para a realização tempestiva da ordem jurídica.<sup>147</sup>

---

<sup>144</sup> HOFFMAN, Paulo. Razoável Duração do Processo. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006, p. 62.

<sup>145</sup> HOFFMAN, Paulo. Razoável Duração do Processo. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006, p. 62.

<sup>146</sup> OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Organizadores). Princípios Processuais Cíveis na Constituição. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008, p. 328-329.

<sup>147</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil: Emenda Constitucional n. 45/2004 (Reforma do Judiciário); Lei 10.444/2002; Lei 10.358/2001 e Lei 10.352/2001. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 27.

Partindo-se da análise do Princípio do Devido Processo Legal, verifica-se que, conforme ensinamento de Nelson Nery Júnior trata-se de princípio constitucional maior, do qual decorrem todos os demais princípios constitucionais do processo civil.

## 2.4 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO PROBATÓRIO

Valendo-se do significado da palavra, *princípio* é entendido como aquilo que vem antes, início, nascedouro; ainda sob essa ótica, enuncia Nelson Nery Júnior<sup>148</sup> que “[...] se considera ciência *aquele* ramo de estudos que é informado por princípios. Estes, portanto, é que dão natureza de ciência a determinada matéria”.

Partindo dessa ideia, é de essencial importância falar sobre os princípios basilares que regem a prova no Direito Processual Civil, cuja importância, vale ressaltar, não só do instituto em tela, mas também em todas as outras áreas do ordenamento jurídico, aliás, os princípios deverão sempre ser respeitados e aplicados em toda constância de menção e utilização da prática forense.

Nesse item do presente trabalho são analisados o Princípio do Dispositivo, o Princípio da Oralidade, o Subprincípio da Identidade física do Juiz, o Subprincípio da Concentração dos Atos Processuais, o Subprincípio da Imediaticidade e o Princípio da Irrecorribilidade em separada das interlocutórias, todos em relação a seus reflexos e observância quanto à prova no processo.

### 2.4.1 A prova e o princípio dispositivo

Pelo princípio dispositivo ocorre ao magistrado a limitação ao poder-dever que lhe é dado na atividade de apreciação probatória. Essa limitação afirma ser defeso ao juiz a possibilidade em ordenar a produção de provas de ofício, tendo em vista, a exclusividade em alegar e juntar as provas que se achem necessárias ao processo, para a formação e convencimento da esperada decisão.

Conhecido também, ou ainda, que guarda intrínseca relação ao princípio da inércia da tutela jurisdicional, prevendo este a proibição ao magistrado em conhecer de ofício as matérias que a legislação exigir a livre iniciativa e disposição das partes.

---

<sup>148</sup>NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Em suma, o princípio dispositivo veda a ação por parte do magistrado quanto às ações em que lei impor ser exclusiva das partes pela iniciativa e andamento processual.

De outro giro, o que se admite pelo Código de Processo Civil, em seu artigo 370, no que diz “[...] Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias”<sup>149</sup>, ou seja, após e além das provas já apresentadas pelas partes.

#### 2.4.2 A prova e o princípio da oralidade

Inerente ao convencimento do juiz, o princípio da oralidade anteriormente tido por regra nas relações processuais, porém com o passar do tempo novas orientações foram sendo manifestadas. O que se tem atualmente com predominância no ordenamento jurídico do Brasil é a utilização do oral e do escrito, ou seja, um sistema de procedimentos mistos aplicados perante as relações processuais.

O princípio da oralidade possui algumas subdivisões, ou ainda melhor, elementos que o compõe e assim caracteriza o procedimento oral, são eles: o subprincípio da identidade física do juiz, o subprincípio da concentração dos atos processuais, o princípio da imediatividade e por fim, o subprincípio da irrecorribilidade em separado das interlocutórias, que serão todos comentados nos próximos tópicos abaixo.

Pelo mesmo viés, Ovídio A. Baptista, pondera o seguinte pensamento:

O princípio da oralidade e o princípio da publicidade incluem-se na categoria de princípios fundamentais, como, de resto, os subprincípios da imediatividade, da concentração, da identidade física do juiz e da irrecorribilidade das interlocutórias. Portanto regras de conteúdo ideológico e político, que se sujeitam à contradição e ao balanceamento entre si.<sup>150</sup>

Em outras palavras, mas retratando o mesmo sentido jurídico, Ada Pellegrini Grinover argumenta que: “a oralidade entre nós representa um complexo de ideias e de caracteres que se traduzem em vários princípios distintos, ainda que intimamente ligados entre si”.<sup>151</sup>

---

<sup>149</sup>BRASIL. Vade Mecum. Obra coletiva da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 425.

<sup>150</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento. v. 1, 5. ed. São Paulo: RT, 2000.

<sup>151</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. 7ª ed. São Paulo: RT, 1990, p. 290.



Dessa forma, percebe-se que o princípio da oralidade desenvolve, no sistema processual civil, a garantia e a facilitação ao acesso à justiça, bem como carrega em si a composição e o reflexo de outros princípios processuais, nos trazendo assim uma parte de grande importância para a prática forense.

#### 2.4.3 O subprincípio da identidade física do Juiz

Com fulcro no Código de Processo Civil, o subprincípio da identidade física do juiz vem como primeira exigência dedutível do princípio da oralidade. Esse princípio, como já dito, fundado pelo artigo 132 do antigo Código Processual Civil no que dizia: “O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor”.<sup>152</sup>

Tal condição se torna justificada ao pensar que terá melhores condições e propriedade para prolatar a decisão, aquele que se apropriou dos aspectos da colheita e deferimento probatório. Plagiando as palavras de Arruda Alvim<sup>153</sup>, “Seria, assim, sob mais este ângulo, exato o entendimento do não-desligamento do juiz [...]”.

O referido princípio não possui artigo correspondente no atual Código de processo civil, mas, de acordo com Silva<sup>154</sup>, podem ser lidos nas entrelinhas dos artigos 366 e 399.

Por este princípio, o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença (art. 399, §2º, CPP). Este comando tem por função proporcionar o contato direto entre o julgador e o acusado, de modo a auxiliá-lo na formação de seu convencimento. Antes de sua introdução não havia óbice para que a oitiva de testemunhas e do acusado fosse feita por um magistrado e a sentença fosse prolatada por outro, prejudicando o réu na maioria das vezes.<sup>155</sup>

Para Renato Brasileiro de Lima:

Diante da iminente revogação do art. 132 do antigo Código de Processo Civil, e o silêncio do novo CPC acerca das hipóteses que autorizam a mitigação ao princípio da identidade física do juiz, certamente surgirá o seguinte questionamento: será que as ressalvas à aplicação do referido princípio dele

<sup>152</sup>BRASIL. Vade Mecum. Obra coletiva da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 425.

<sup>153</sup>ALVIM Arruda E. Manual de Processo Civil. 12 Ed. V. 2. São Paulo: RT, 2008, p. 128.

<sup>154</sup> SILVA, Heitor Carvalho. O princípio da identidade física do juiz e sua aplicabilidade no Processo Penal. Revista Jus Navigandi, 03/2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56751/o-principio-da-identidade-fisica-do-juiz-e-sua-aplicabilidade-no-processo-penal>. Acesso em 20/12/2017.

<sup>155</sup> Idem, ibidem.

constantes – convocação, licença, afastamento por qualquer motivo, promoção ou aposentadoria –, continuam válidas para o processo penal (CPP, art. 399, § 2º)? A nosso juízo, a resposta é afirmativa. A despeito de o art. 132 do CPC estar na iminência de ser revogado pelo novo CPC, que não contempla o princípio da identidade física do juiz, é evidente que, em qualquer ressalva outrora listada pelo referido dispositivo, cessa a competência do magistrado instrutor para o julgamento do feito. A título de exemplo, por mais que determinado magistrado tenha presidido a instrução probatória de determinado feito como titular de uma vara criminal de 1ª entrância, a partir do momento em que promovido para uma vara criminal de 2ª entrância, este juiz deixará de ter competência para o julgamento dos feitos por ele instruídos naquela vara criminal. Por consequência, sob pena de se admitir que um princípio com status de lei ordinária – identidade física do juiz (CPP, art. 399, § 2º) –, possa se sobrepor a um princípio com envergadura constitucional – juiz natural (CF, art. 5º, incisos XXXVII e LIII) –, não se pode admitir que um juiz que deixou de ter competência para o julgamento do processo em virtude de afastamento legal, logo, incompetente, seja compelido a julgar o feito pelo simples fato de ter presidido a instrução probatória.<sup>156</sup>

Dessa forma, entende-se que o referido subprincípio não deixou de ser considerado no novo Codex, apesar de não explicitamente citado.

#### 2.4.4 O subprincípio da concentração dos atos processuais

Seguindo assim, pelo desmembramento e constituição dos subprincípios da oralidade, tem-se o subprincípio da concentração dos atos processuais. Esse princípio carrega o entendimento de que os atos processuais instrutórios deverão ser realizados os mais próximos possíveis, no caso em tela relativamente à instrução oral, como muito bem apontado pelo artigo 365 do Código de Processo Civil:

Art. 365. A audiência é una e contínua, podendo ser excepcional e justificadamente cindida na ausência de perito ou de testemunha, desde que haja concordância das partes. Parágrafo único. Diante da impossibilidade de realização da instrução, do debate e do julgamento no mesmo dia, o juiz marcará seu prosseguimento para a data mais próxima possível, em pauta preferencial.<sup>157</sup>

Expõe Arruda Alvim<sup>158</sup> o objetivo que o princípio da concentração dos atos processuais, em nome do princípio explanado no tópico anterior, afirmando:

[...] seja o mesmo juiz que colhe a prova o que vai julgar, dado que, tendo colhido a prova, tem mais condições de proferir sentença conforme a verdade. Se houvesse um grande lapso de tempo entre os atos instrutórios, esvanecer-se-iam provavelmente na sua memória os pormenores e

<sup>156</sup> LIMA, Renato B. Curso de Direito Processual Penal. São Paulo: Juspodivm, 2016, p. 578.

<sup>157</sup> BRASIL, op. Cit., p. 450.

<sup>158</sup> ALVIM, Idem, *ibidem*.

peculiaridades, observados na colheita da prova, e daí a razão da concentração dos atos instrutórios.

Em suma, racional se faz a preocupação que este princípio traz com relação ao tempo e a distância que ocorre entre uma audiência e outra, até porque, com o decorrer dos dias, sendo este em larga escala, a probabilidade em cair no esquecimento às circunstâncias em detalhes da prova oral, será maior, reduzindo a instrução apenas às provas documentais, e minando dessa forma, a importante utilidade dos pormenores da produção oral colhida pelo magistrado.

#### 2.4.5 O Subprincípio da imediaticidade

Tal princípio fora consagrado no ordenamento pátrio, com relação ao cuidado e tutela, referente à prova testemunhal e ao depoimento pessoal. Encontrava escopo no artigo 446 do antigo Código de Processo Civil, no que dizia: “Art.446 - Compete ao juiz em especial:(...) II - proceder direta e pessoalmente à colheita das provas;(...)”.<sup>159</sup>

Conforme o exposto pelo artigo, a aplicação do princípio da imediaticidade se tem a previsão da necessidade da colheita de prova (depoimento pessoal e prova testemunhal) ser realizada *pessoalmente* (pela pessoa do magistrado e diante deste) bem como ser a colheita probatória *imediate*, ou seja, não deverá ter interferência ou intermediação alguma. Esse momento processual deverá ser realizado com exclusividade entre a parte e o juiz, bem como este com a testemunha.

#### 2.2.6 O Subprincípio da irrecorribilidade em separado das interlocutórias

Este princípio busca a realização de mecanismos processuais, ou ainda, recursos, que sejam diferenciados para se confrontar as decisões interlocutórias, deixando de se usar assim o recurso de apelação.

No atual Código de Processo Civil, com fulcro no artigo 1015, tem-se a previsão, como regra geral, à utilização como ferramenta para contestar toda e qualquer decisão interlocutória, o agravo, esse com subida imediata e normalmente ficando retido nos autos.

---

<sup>159</sup> BRASIL. Vade Mecum. Obra coletiva da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p.449-450.

### 3 O CONCEITO DO ÔNUS DA PROVA

Com origem no latim, ônus significa “peso”, “encargo”, ou seja, *onus probandi*, com tradução sendo “o encargo de provar”. Entende-se assim, que este encargo, no sentido de ter interesse em provar, de alegar e fornecer provas para a formação do livre convencimento do magistrado quanto aos fatos alegados<sup>160</sup>.

Sabe-se que toda e qualquer pretensão judicial será constituída e decorrente de um fato. Este fato por sua vez, possuirá consequências que embasará o pedido do autor, ou ainda o objeto da lide. Sendo assim, numa linha cronológica, tem-se a afirmação do autor, podendo esta ser verídica ou não, logo após a ocorrência do contraditório, com a afirmação por sua vez do réu, podendo negar ou expor realidade oposta. Essa realidade pode ser ou não real, mas que sendo exposta poderá impedir, extinguir ou modificar a intenção inicial do autor.<sup>161</sup>

Nessa linha de pensamento, haverá como ponto principal de equilíbrio da esfera judicial probatória, o poder investigatório do juiz, porém limitado frente ao princípio do dispositivo, já explanado anteriormente.

Três princípios fundamentais sustentam a base do ônus da prova, sendo eles explicitados de forma genérica: 1. PRINCÍPIO DA INDECLINABILIDADE – prevê ser defeso ao magistrado negar-se a proferir decisão, a favor ou contra uma parte com alegação da complexibilidade da causa; 2. PRINCÍPIO DO DISPOSITIVO – Como já comentado anteriormente, zelar pela exclusividade das partes na produção probatória, cabendo ao juiz apenas a atividade de complementação; 3. PRINCÍPIO DA PERSUASÃO RACIONAL NA APRECIAÇÃO DA PROVA – enseja o entendimento de que deverá o livre convencimento do magistrado ser fundamentado no todo alegado no processo e não em suas convicções e experiências íntimas.<sup>162</sup>

Sob essa óptica, conclui-se a decorrente necessidade em serem estipuladas e estabelecidas às regras determinadas a respeito do encargo que recairá a cada parte, ou seja, a incumbência que cada parte terá de provar conforme as alegações firmadas nos autos, bem como o resultado acarretado pela sua não produção.

---

<sup>160</sup> TOALDO, Adriane Medianeira. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 104, set 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11908](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11908)>. Acesso 20/11/2017.

<sup>161</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 13 Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>162</sup> GRECO FILHO, V. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 16 ed. 2º Volume. São Paulo: Saraiva, 2003.

### 3.1 TEORIAS MODERNAS SOBRE O ÔNUS DA PROVA

Para falar das correntes doutrinárias atuais, interessante se faz entender a perspectiva em como o assunto era tratado no passado. Do direito romano, escassas referências podem ser encontradas quanto ao ônus da prova, razão essa, pelo fato da regência do próprio direito romano se fundamentar pelo princípio do livre convencimento do juiz, bem como porque cabia à cada parte a formulação de suas afirmações por conta e risco, e ainda, porque a época ao juiz era autorizado não se manifestar quando insuficientemente instruída era a lide.<sup>163</sup>

Nesse prisma, ressalta Vicente Greco Filho<sup>164</sup>, alguns princípios e brocados latinos decorrentes desse pensamento originado no direito romano, em que se têm: *actore non probante, réus absolvitur* (se o autor não fizer prova, absolve o réu); *probatio incubit quidicet, non quinegat* (a prova incube a quem afirma e não a quem nega); *in excipiendo réus fitactor* (apresentando exceção, o réu se torna autor); e *negativa non sunt probanda* (os fatos negativos não devem ser provados).

Diante disto, evidente se torna que o até os dias de hoje essas regras são usadas pelos operadores do direito na prática processual forense. Sabe-se ainda, que na época em que originadas, não possuíam caráter científico, porém, posteriormente foram arraigadas pela doutrina majoritária e serviram de esteio para a devida estruturação do atual artigo 333 do vigente código de processo civil.

No direito moderno, esse trabalho atentar-se-á de forma singela para quatro vertentes consagradas por seus autores, sendo eles: Chiovenda, Carnelutti, Betti e Micheli.

Para Chiovenda<sup>165</sup>, os critérios para repartição do ônus da prova, deveriam ser resolvidos pelo interesse que cada parte tem em provar determinado fato, ou seja, por mera oportunidade, pois deseja que seja considerado pelo juiz como verdadeiro.

Já Carnelutti critica o critério do interesse e o considera ser um equívoco. Acredita que o interesse na prova ambas as partes terão, porém com direções opostas, dessa forma acredita que a distribuição do ônus, não poderá se basear no interesse em provar, mas no interesse certo de provar certo fato, ou ainda, “ao autor interessa afirmar os fatos constitutivos de seu direito e, portanto, compete prová-los,

---

<sup>163</sup> GRECO FILHO, V. Direito Processual Civil Brasileiro. 16 ed.. 2º Volume. São Paulo: Saraiva, 2003.

<sup>164</sup> GRECO FILHO, idem, ibidem.

<sup>165</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. p. 442

e ao réu interessa afirmar fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor, daí também, o ônus de a estes provar”.<sup>166</sup>

Betti por sua vez, entende ser ambígua a afirmação de Carnelutti, pois para Betti, o ônus da prova recairá sobre o autor, que deverá provar no limite e suficientemente à sua pretensão, correndo o risco de não realizando as devidas provas sucumbir na demanda; Já ao réu, se limitará em contrapor as alegações realizadas pelo autor, mas não com o encargo do ônus *probandi*, mas apenas se limitando em expor fatos que impeçam o objetivo processual do autor.<sup>167</sup>

Micheli contribuiu doutrinariamente no para o entendimento de que as regras do ônus da prova são de fato regras práticas que auxiliam o julgamento da lide, ou seja, o ônus traz ao processo a resolução face à demanda, recaindo pela falta ou insuficiência de provar algum fato.<sup>168</sup>

### 3.2 SISTEMÁTICA LEGAL DO ÔNUS DA PROVA

Em retas palavras, no processo civil brasileiro, a expressão principiológica “*in dubio pro réu*” não existe, ou ainda, não tem influência sobre seus aspectos funcionais no devido processo legal. Nesse ramo do direito, sucumbirá na demanda aquele que deveria provar o fato e ou direito constituído e alegado, e não conseguiu.

Voltando à regra básica e geral do artigo 373, do Código de Processo Civil, percebe-se que recairá ao autor o ônus de realizar a prova do fato constitutivo de seu direito e, por sua vez, ao réu recairá o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado pelo autor em seus pedidos iniciais da lide.

Os fatos constitutivos, como ditos acima, serão levados em conta pela medida de sua relevância jurídica e seus efeitos, que definidos assim pelo direito material quanto aos seus respectivos fatos geradores de direitos subjetivos. Em suma, o autor na inicial deverá provar, com indícios mínimos de veracidade, a constituição do direito aludido; pois caso haja dúvida ou insuficiência de prova, isso militará contra si nos autos processuais, podendo o juiz determinar improcedente seu pedido.<sup>169</sup>

---

<sup>166</sup> CARNELUTTI, Francesco. Como se faz um processo. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. Belo Horizonte: Líder, 2002. p. 56.

<sup>167</sup> GRECO FILHO, V. Direito Processual Civil Brasileiro. 16 ed. 2º Volume. São Paulo: Saraiva, 2003.

<sup>168</sup> GRECO FILHO, idem, ibidem.

<sup>169</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Maria Rosa Andrade. Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. 3. ed. São Paulo: RT, p. 605.

Importante ressaltar que quanto à prova do fato constitutivo caberá ao autor, e assim, de grande interesse terá o réu em realizar sua contraprova. Ao final, o juiz analisará todo o montante processual de produção probatória (prova e contraprova); se ao término de sua apreciação restar indícios de dúvidas quanto à pretensão do autor, será a ação improcedente, valendo também, dessa forma, ao réu, que não trazendo aos autos produção convincente de contraprova, deixando dúvida quanto ao fato impeditivo, modificativo ou extintivo quanto ao pedido do autor, sucumbirá por sua vez.<sup>170</sup>

Por outro prisma, cumpre observar nas palavras de Moacyr Amaral Santos<sup>171</sup>, que o artigo 373 não poderá ser tido por regra “absoluta”, pois com o advento da Lei nº 8.078 de 1990, houve a possibilidade quanto à inversão do ônus da prova, ou seja, havendo em favor de certo fato uma presunção legal de existência ou veracidade, e se, restando provado os requisitos de hipossuficiência do autor e verossímil a alegação, será permitida a “inversão do ônus” para beneficiar o réu.

### 3.3 MOMENTOS DA PROVA

Trazido por Vicente Greco Filho<sup>172</sup>, a subdivisão em três momentos da prova: “o momento do requerimento, o momento do deferimento e o momento da produção”. Tendo em vista tal divisão, será possível observar que para cada momento mencionado, será marcado por um tipo determinado de ato processual correspondente.

Num primeiro momento, tem-se o requerimento, marcado pela peça da petição inicial, ajuizada pelo autor; e ao réu em sua devida contestação. Em dado momento, importante fazer menção ao princípio do dispositivo, cabendo às partes a exclusividade em produzir as provas e ao juiz somente em complementação, podendo assim de ofício requerer provas que suplementarão àquelas já trazida aos autos.<sup>173</sup>

O segundo momento, chamado de deferimento, pois aqui será onde o magistrado realizará o deferimento ou não de produções cabíveis, como por exemplo,

---

<sup>170</sup> SANTOS, Moacyr A. Comentários ao código de processo civil. v.4. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 36; MILHOMENS, Jônatas. A prova no processo. p. 180.

<sup>171</sup> SANTOS, Moacyr A. Comentários ao código de processo civil. v.4. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 38

<sup>172</sup> GRECO FILHO, V. Direito Processual Civil Brasileiro. 16 edições, 2º Volume. São Paulo: Saraiva, 2003.

<sup>173</sup> GRECO FILHO, V. Direito Processual Civil Brasileiro. 16 edições, 2º Volume. São Paulo: Saraiva, 2003.

exames periciais e designação de audiências, nestas onde as provas deverão ser ou não produzidas. Cumpre lembrar que não sendo arguidas e ou juntadas aos autos às provas de constituição do direito até a audiência de instrução e julgamento, não mais oportuna serão sua produção no processo.<sup>174</sup>

Último momento será o da produção das provas, ou seja, a “audiência de instrução e julgamento”, nessa realizar-se-á a prova oral e, ainda, em dado momento, poderão juntar as últimas provas para o cabimento da pretensão. Será levando em conta, como exceção, em casos de precatórias e ainda quando a parte, ou testemunha encontre-se enferma. Haverá ainda, a situação da produção antecipada da prova, que concedida em procedimento cautelar próprio.<sup>175</sup>

### 3.4 A VALORAÇÃO DA PROVA

Partindo da premissa que prevê o poder que o magistrado tem em apreciar livremente as provas acostadas aos autos, sabe-se que após, com base em seu livre convencimento e motivação será proferida a esperada decisão.<sup>176</sup>

Com isto, o estudo da valoração da prova, traz o entendimento de que o livre convencimento do magistrado e/ou sua decisão, deverá ser muito bem fundamentada, motivando assim suas convicções, ou seja, seu livre convencimento deverá se submeter à certa limitação, pois conforme o artigo 131 do vigente Código Civil:

O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.<sup>177</sup>

Nessas mesmas linhas, conforme o entendimento de Antonio Carlos de Araújo, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco<sup>178</sup>, preceituam:

O sistema acolhido da persuasão racional, ou do *livre convencimento*, é o acolhido em nosso direito, que o consagra através do art. 131 do Código de Processo Civil, *verbis*: “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na decisão, os motivos que lhe formaram o convencimento”. Deve ser orientada por essa regra explícita a interpretação do art. 157 do Código de Processo Penal (“o juiz formará a sua convicção

<sup>174</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Maria Rosa Andrade. Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 605

<sup>175</sup> NERY JUNIOR, idem, ibidem, p. 605

<sup>176</sup> Artigo 436 do código de processo civil / art. 155 do código de processo penal. BRASIL. Vade Mecum. Obra coletiva da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>177</sup> BRASIL. Vade Mecum. Obra coletiva da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>178</sup> ARAÚJO, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 131.



pela livre apreciação da prova”). Persuasão racional, no sistema do devido processo legal, significa convencimento formado com liberdade do intelectual, mas sempre apoiado na prova constante dos autos e acompanhado do dever de fornecer a motivação dos caminhos do raciocínio que conduziram o juiz à conclusão.

Sendo assim, tem-se que na sistemática da valoração da prova, o juiz deverá desenvolver seu convencimento, nos limites em que as provas forem lhe apresentadas, não podendo se valer de suas íntimas intuições que sejam contrárias a produção probatória, ou ainda, nem ir além do tema probatório ou objeto litigioso. Desta feita, será observado a preservação e aplicação do princípio do dispositivo e imparcialidade do juiz.

## 4 DO DIREITO DO TRABALHO

### 4.1 O DIREITO MATERIAL E O PROCESSO TRABALHISTA

O Direito do Trabalho é conceituado como o ramo da ciência jurídica, no qual constam um conjunto de princípios, regras, instituições e institutos próprios. Com o passar dos anos, este ramo jurídico criou sua autonomia em relação às demais áreas do direito, de modo que, com o auxílio da Constituição Federal e com a recente ampliação da sua competência, tem por finalidade disciplinar a relação de trabalho em geral, mas, principalmente a relação de emprego.<sup>179</sup>

Desde a criação da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, o legislador visa o estabelecimento de normas protetivas ao empregado, que na época se tratava da parte mais fragilizada, e vulnerável da relação de emprego. Ocorre que, o objetivo maior é a condição digna de labor ao trabalhador, que por muitas vezes é submetido às atividades abusivas e prejudiciais à sua saúde, seja física, ou psíquica.<sup>180</sup>

Deste modo, o Direito do Trabalho veio intervir nessa relação para melhorar a condição social do trabalhador, que como todas as pessoas desse país, encontram-se respaldados pela proteção garantida no artigo 1º, inciso III da Constituição Cidadã de 1988, no qual assegura:

[...] A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana.<sup>181</sup>

Ao relacionar o referido princípio com o Direito do Trabalho, ensina o autor Gustavo Filipe Barbosa Garcia<sup>182</sup>:

O Direito do Trabalho pode ser definido como o ramo do Direito que regula as relações de emprego e outras situações semelhantes. Como ramo do Direito, ele é composto de normas jurídicas, aqui incluídas as regras e os princípios, além de instituições, como entes que criam e aplicam as referidas normas, no caso, o Estado e certas organizações profissionais e econômicas. As regras jurídicas trabalhistas são as disposições normativas que regulam certas situações específicas e condutas, bem como estabelecem as

---

<sup>179</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. São Paulo: Atlas, 2010, p. 11.

<sup>180</sup> Idem, ibidem.

<sup>181</sup> BRASIL. Vade Mecum. Obra coletiva da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 9

<sup>182</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa, Manual de direito do trabalho. 2 ed. rev. e atual – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2010, p. 08.

respectivas consequências. Os princípios do Direito do Trabalho são as disposições estruturais desse ramo do direito. A finalidade do Direito do Trabalho é estabelecer medidas protetoras ao trabalho, assegurando condições dignas de labor. Esse ramo do direito apresenta disposições de natureza tutelar a parte economicamente mais fraca da relação jurídica, de forma a possibilitar uma melhoria das condições sociais do trabalhador.

Ainda nesse sentido, continua o autor:

A Constituição Federal de 1988 é considerada fonte formal de hierarquia superior no ordenamento jurídico, de grande importância inclusive no Direito de Trabalho, pois estabelece aspectos fundamentais desse ramo do Direito. Os principais dispositivos constitucionais sobre Direito do Trabalho encontram-se no Capítulo II (“Dos Direitos Sociais”) e de seu Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”). O Art. 7 da Lei Maior versa sobre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais. O Art. 8 trata de questões pertinentes ao Direito Coletivo de Trabalho. O direito de greve é assegurado no Art. 9. O Art. 10 prevê o direito de participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação. O Art.11 versa sobre a eleição de representante de empregados nas empresas de mais de duzentos empregados.<sup>183</sup>

O princípio da dignidade da pessoa humana serve de base para o ramo trabalhista, de forma que se fundamentando nele foram criadas diversas diretrizes, que são princípios de suma importância para a compreensão do direito trabalhista, quais sejam: o da não discriminação, o princípio da justiça social, e o princípio da equidade.<sup>184</sup>

Constata-se que os princípios têm de um modo geral, a função de estabelecer um regramento básico para fundamentar um determinado ramo jurídico, representam os alicerces do sistema jurídico vigente, tendo demasiada importância no sentido de informar, normatizar ou integrar e interpretar a norma jurídica.

O instituto que merece ser observado é a democratização do sistema de gestão trabalhista que vigora no país a partir da Constituição de 1988. Nesse sentido, Mauricio Godinho Delgado<sup>185</sup> faz importantes esclarecimentos a respeito do assunto, ao escrever que:

Do ponto de vista da criação de condições favoráveis a mais ampla participação dos grupos sociais na geração de normas jurídicas a comporem

---

<sup>183</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa, Manual de direito do trabalho. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2010, p. 08.

<sup>184</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. Os princípios na estrutura do Direito. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Ano 75, nº 3, jul. a set., 2009, p. 17 e ss.

<sup>185</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9 ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 115-116.

o universo normativo do país, democratizando o sistema de gestão trabalhista vigorante, parece claro que a nova Carta teve flagrante intenção de colocar a sociedade brasileira nesse caminho. Já em seu Preambulo, a Constituição fala em exercício de direitos sociais e individuais, faz menção a uma “sociedade pluralista” e defende a solução pacífica de conflitos. Nos Princípios Fundamentais, refere-se a valores sociais do trabalho e da livre iniciativa a uma sociedade livre, justa e solidaria, reiterando a noção de solução pacífica de conflitos. Mais que isso, Constituição de 1988 inova – de modo muito destacado- perante todas as Cartas anteriores ao estatuir que todo poder emana do povo, que o exercerá por meio de seus representantes eleitos ou diretamente.

À medida que se sabe que a norma jurídica é a consumação de um processo político bem-sucedido, pode-se concluir também que pretendeu a Constituição valorizar formas autônomas de exercício de poder, não apenas através de instrumentos políticos clássicos, ainda que raramente utilizados na história brasileira como o plebiscito e o referendun (Art. 14, CF/88), como ainda mecanismos de produção autônoma de Direito que traduzem meio notável de exercício do poder. Mais à frente, a Constituição confirmara essa intenção, ao acentuar a importância das convenções e acordos coletivos (arts 7º, XXVI, e 8º, VI, CF/88). No capítulo II, do Título II (artigos 6º até 11), a Carta de 1988 insculpiu seus principais preceitos de natureza trabalhista.<sup>186</sup>

Nesse espectro de normas, ressaltam-se aquelas que favorecem o caminho da normatização, autônoma, em especial: Art. 7, incisos VI, XIII, XIV, XXVI; Art. 8º, Art. 9º, Art.10 e, finalmente, Art. 11. Todos são preceitos que valorizam a atuação sindical, a participação obreira nos locais de trabalho e a negociação coletiva. O inciso VI, do Art. 7º autoriza, inclusive, em certa medida, redução salarial, mediante convenção ou acordo coletivo, dado que excepciona, em casos de normas autônomas expressas contrárias, o princípio da irredutibilidade salarial.

Embora este poder redutor não seja, evidentemente, ilimitado, nem deva ser exercido contrariamente aos fins sociais do Direito do Trabalho, sua presença denota a força conferida pela Carta Magna à negociação coletiva trabalhista. Proíbe a Constituição, ainda, correntemente com sua manifesta intenção democrática, qualquer interferência e intervenção do Estado nas organizações sindicais (Art 8º, I). Incorpora norma clássica de garantia de emprego ao dirigente sindical (Art.8 VIII). Estende-a, porém, ao empregado eleito para o cargo de direção da CIPA (Art. 10, II, “a”, ADCT, CF/88), suplantando, sobremaneira, nesse ponto, a timidez celetista

---

<sup>186</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9 ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 116.

anterior. Silencia-se, contudo, sobre a garantia ao representante obreiro eleito em empresas com mais de duzentos empregados (Art.11, CF/88) – figura criada, originalmente, pelo mesmo texto constitucional de 1988.<sup>187</sup>

## 4.2. DOS PRINCÍPIOS

### 4.2.1. Do Princípio da Proteção

Esse princípio pode ser classificado como o mais importante no ramo juristrabalhista, fundamentando-se na desigualdade existente entre empregado e empregador, sendo o empregado reconhecido como parte hipossuficiente em relação ao empregador. Portanto, o intuito deste princípio é protegê-lo, para minimizar a desigualdade existente, trazendo uma superioridade jurídica ao empregado.

Para uma melhor compreensão sobre o instituto, Mauricio Godinho Delgado<sup>188</sup> explica:

Informa este princípio que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro -, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho. O princípio tutelar influi em todos os segmentos do Direito Individual do Trabalho, influenciando na própria perspectiva desse ramo ao construir-se, desenvolver-se e atuar como direito. Efetivamente, há ampla predominância nesse ramo jurídico especializado de regras essencialmente protetivas, tutelares da vontade e interesse dos obreiros; seus princípios são fundamentalmente favoráveis ao trabalhador; suas presunções são elaboradas em vista do alcance da mesma vantagem jurídica retificadora da diferenciação social prática. Na verdade, pode-se afirmar que sem a ideia protetivo-retificadora, o Direito Individual do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente. Parte importante da doutrina aponta este princípio como o cardeal do Direito do Trabalho, por influir em toda a estrutura e características próprias desse ramo jurídico especializado. Esta, a propósito, a compreensão do grande Jurista Uruguaí Américo Pla Rodríguez, que considera manifestar-se o princípio em três dimensões distintas: o princípio *in dubio pro operário*, o princípio da norma mais favorável e o princípio da condição mais benéfica.

Deste modo, o que se entende é que o princípio da proteção ficou subdividido em 03 três âmbitos: Princípio *in dubio pro operario* (*in dubio pro misero*); Princípio da norma mais favorável; Princípio da condição mais benéfica.

### 4.2.2. In dúbio pró-operário

---

<sup>187</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9 ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 117.

<sup>188</sup> Idem, ibidem, p. 183.

Resumidamente este princípio traz o entendimento de que, no caso de uma norma jurídica causar dúvida de interpretação, podendo gerar duas ou mais correntes, que prevalecerá aquela que for mais favorável ao empregado.<sup>189</sup>

#### 4.2.3. Da norma mais favorável

É o princípio no qual está estabelecido que, havendo mais de uma norma trabalhista aplicável ao mesmo caso concreto, prevalecerá aquela mais favorável, ainda que hierarquicamente inferior.<sup>190</sup>

Este princípio causa uma diferença enorme no Direito Trabalhista em relação aos demais direitos, de modo que os outros ramos jurídicos obedecem ao princípio da Supremacia da Constituição, no qual está estabelecido que toda norma inferior deve respeitar, ser compatível, e encontrar seu fundamento de validade na norma superior, a Constituição Federal, de modo que, ficam sujeitas ao chamado controle de constitucionalidade.<sup>191</sup>

No ramo jurídico trabalhista, ao contrário dos demais, depara-se no ápice da pirâmide da supremacia das normas, com a norma mais favorável ao trabalhador, independentemente de sua posição na escala hierárquica. É o que ensina o autor<sup>192</sup> acima citado, em sua brilhante obra a respeito da questão:

O presente princípio dispõe que o operador do Direito do Trabalho deve optar pela regra mais favorável ao obreiro em três situações ou dimensões distintas: no instante de elaboração da regra (princípio orientador da ação legislativa, portanto) ou no contexto de confronto entre regras concorrentes (princípio orientador do processo de hierarquização de normas trabalhistas) ou, por fim, no contexto de interpretação das regras jurídicas (princípio orientador do processo de revelação do sentido da regra trabalhista). A visão mais ampla do princípio entende que atua, desse modo, em tríplice dimensão no Direito do Trabalho: informadora, interpretativa/normativa e hierarquizante. Na fase pré-jurídica (isto é, fase essencialmente política) age como critério especializado. Trata-se da função essencialmente informativa do princípio, sem caráter normativo, agindo como verdadeira fonte material do ramo justralhista. Essa influência é muito clara, especialmente em contextos políticos democráticos, colocando em franca excepcionalidade diplomas normativos que agridam a direção civilizatória essencial que é inerente ao Direito do Trabalho. Na fase jurídica (após construída a regra, portanto), o mesmo princípio atua quer como critério de hierarquia de regras jurídicas, quer como princípio de interpretação de tais regras. Como critério de hierarquia, permite eleger como regra prevalecente, em uma dada situação

---

<sup>189</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. São Paulo: Atlas, 2010, p. 22

<sup>190</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>191</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>192</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9 ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 184-185

de conflito de regras, aquela que for mais favorável ao trabalhador, observados certos procedimentos objetivos orientadores, evidentemente.

Destarte, a norma mais favorável, como princípio de interpretação do Direito, permite a escolha da interpretação mais favorável ao trabalhador, caso anteposto ao intérprete duas ou mais consistentes alternativas de interpretação, em face de uma regra jurídica enfocada. Ou seja, informa esse princípio que, no processo de aplicação e interpretação do Direito, o operador jurídico, situado perante um quadro de conflito de regras ou de interpretações consistentes a seu respeito, deverá escolher aquela mais favorável ao trabalhador, a que melhor realize o sentido teológico essencial do Direito do Trabalho.<sup>193</sup>

No tocante ao processo de hierarquização de normas, não poderá o operador jurídico permitir que o uso do princípio da norma mais favorável comprometa o caráter sistemático da ordem jurídica, elidindo-se o patamar de cientificidade a que se deve submeter todo processo de interpretação e aplicação do direito. Assim, o encontro da regra mais favorável não se pode fazer mediante uma separação tópica e casuística de regras, acumulando-se preceitos favoráveis ao empregado e praticamente criando-se ordens jurídicas próprias e provisórias em face de cada caso concreto – como resulta do enfoque proposto pela teoria da acumulação. Ao contrário, o operador jurídico deve buscar a regra mais favorável enfocando globalmente o conjunto de regras componentes do sistema, discriminando no máximo os preceitos em função da matéria, de modo a não perder, ao longo desse processo, o caráter sistemático da ordem jurídica e os sentidos lógico e teológico básicos, que sempre devem informar o fenômeno do Direito (teoria do conglobamento).<sup>194</sup>

#### 4.2.4. Da condição mais benéfica

Este princípio reza que as condições mais benéficas previstas no regulamento do estabelecimento ou no contrato de trabalho prevalecerão, sendo definitivamente incorporadas, e sem poder ser suprimidas ou reduzidas durante a prestação de serviço.

Demonstra Mauricio Godinho Delgado<sup>195</sup>:

---

<sup>193</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. Os princípios na estrutura do Direito. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Ano 75, nº 3, jul. a set., 2009, p. 17 e ss

<sup>194</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9 ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 187

<sup>195</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9 ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 187.

Este princípio importa na garantia de preservação, ao longo do contrato, da cláusula contratual mais vantajosa ao trabalhador, que se reveste de caráter de direito adquirido (Art. 5, XXXVI, CF/88). Ademais, para o princípio, no contraponto entre dispositivos contratuais concorrentes, há de prevalecer aquele mais favorável ao empregado. Não se trata aqui, como visto de contraponto entre normas (ou regras), mas cláusulas contratuais (sejam tácitas ou expressas, sejam oriundas do próprio pacto ou do regulamento da empresa). Não se trata também é claro de condição no sentido técnico-jurídico (isto é, “cláusula que subordina o efeito do ato jurídico a evento futuro e incerto” – Art.114, CCB/1916; Art.121, CCB/2002). O que o princípio abrange são as cláusulas contratuais ou qualquer dispositivo que tenha, no Direito do Trabalho, essa natureza. Por isso é que, tecnicamente, seria mais bem enunciado pela expressão princípio da cláusula mais benéfica. Incorporado pela legislação (Art.468, CLT) e jurisprudência trabalhistas (Sumulas 51, I, e 288, TST) o princípio informa que as cláusulas contratuais benéficas somente poderão ser suprimidas caso suplantadas por cláusula posterior ainda mais favorável, mantendo-se intocadas (direito adquirido) em face de qualquer subsequente alteração menos vantajosa do contrato ou regulamento da empresa (evidentemente que a alteração implementada por norma jurídica submeter-se-ia a critério analítico distinto). Na verdade, o princípio da norma mais benéfica traduz-se, de certo modo, em manifestação do princípio da inalterabilidade contratual lesiva, também característico ao Direito do Trabalho.

Dessa forma, insta esclarecer que ainda que haja superveniência de diploma normativo menos benéfico, ele não atinge os contratos de trabalho já existentes, e sim os novos contratos, observado o princípio do Direito Adquirido, o qual dispõe sobre aquilo que já se encontra incorporado no patrimônio jurídico de alguém, amparado pela Constituição de 1988 em seu artigo 5º, inciso XXXVI, e no artigo 6º da LINDB (Leis de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

#### 4.2.5 Da indisponibilidade dos direitos trabalhistas

Como o próprio nome indica, trata-se de uma regra na qual é estipulado que os trabalhadores não podem dispor de seus direitos, ou seja, sem poder renunciar, nem transacionar, porém a lei põe a salvo algumas situações em que é conferido ao trabalhador dispor parcialmente de alguns direitos específicos. Godinho esclarece:

A indisponibilidade inata aos direitos trabalhistas constitui-se talvez no veículo principal utilizado pelo Direito do Trabalho para tentar igualizar, no plano jurídico, a assincronia clássica existente entre os sujeitos da liberdade socioeconômica e emprego. O aparente contingenciamento da liberdade obreira que resultaria da observância desse princípio desaponta, a verdade como o instrumento hábil a assegurar efetiva liberdade no contexto da relação empregatícia: é que aquele contingenciamento atenua ao sujeito individual obreiro a inevitável restrição de vontade que naturalmente tem perante o sujeito coletivo empresarial. É comum a doutrina valer-se da expressão irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas para enunciar o



presente princípio. Seu conteúdo é o mesmo já exposto, apenas adotando-se diferente epíteto. Contudo, a expressão irrenunciabilidade não parece adequada a revelar a amplitude do princípio enfocado. Renúncia é ato unilateral, como se sabe.

O princípio examinado vai além do simples ato unilateral, interferindo também nos atos bilaterais de disposição de direitos (transação, portanto). Para a ordem justralhista, não serão válidas quer a renúncia, quer a transação que importe objetivamente em prejuízo ao trabalhador.<sup>196</sup>

#### 4.2.6 Do princípio da primazia da realidade

Utiliza-se esse princípio quando há um confronto entre a verdade real, e a verdade formal, prevalecendo a verdade real. Para um melhor entendimento o doutrinador Leone Pereira<sup>197</sup> leciona:

Sempre que uma forma relacionada ao vínculo empregatício não corresponder à realidade dos fatos, este deverá prevalecer, tendo em vista a hipossuficiência do trabalhador e o estado de subordinação inerente ao contrato de trabalho. Conforme o artigo 9º da CLT, serão nulos de pleno direito quaisquer atos praticados na relação de emprego com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação da proteção prevista na Consolidação das Leis do Trabalho. Por isso o contrato de trabalho é conhecido como *contrato-realidade*. Para o Direito do Trabalho, prevalece os fatos que acontecem na prática, rechaçando-se uma forma fraudulenta que não corresponda à essa realidade. Na prática, verificamos muitos comportamentos patronais praticados como forma de fraudar a proteção trabalhista, como por exemplo, o cartão de ponto britânico ou inglês, a falta de anotação na CTPS, a “pejotização, etc.”

Corroborando com esse entendimento, ensina Mauricio Godinho Delgado sobre o mencionado princípio:

No Direito do Trabalho, deve-se pesquisar, preferentemente, a prática concreta efetivada ao longo da prestação de serviços, independentemente da vontade eventualmente manifestada pelas partes na respectiva relação jurídica. A prática habitual – na qualidade de uso – altera o contrato pactuado, gerando direitos e obrigações novos as partes contratantes (respeitada a fronteira da inalterabilidade contratual lesiva). (...) O princípio da primazia da realidade sobre a forma constitui-se em poderoso instrumento para pesquisa e encontro da verdade real em uma situação de litígio trabalhista. Não deve, contudo, ser brandido unilateralmente pelo operador jurídico. Desde que a forma não seja da essência do ato (ilustrativamente, documento escrito para a quitação ou instrumento escrito para contrato temporário), o interprete e

---

<sup>196</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. Os princípios na estrutura do Direito. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Ano 75, nº 3, jul. a set., 2009, p. 188.

<sup>197</sup> PEREIRA, Leone. Prática Trabalhista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 53.

aplicador do Direito deve investigar e aferir se a substancia da regra protetiva trabalhista foi atendida na pratica concreta efetivada entre as partes, ainda que não seguida estritamente a conduta especificada pela legislação.

Ocorre que no direito do trabalho, as normas e regramentos contidos no ordenamento jurídico vigente foram elaboradas diante de uma visão do trabalhador como parte vulnerável na relação de trabalho, o que não se pode negar. Porém, atualmente os empregadores e seus empregados firmam uma relação de interdependência, sabendo cada um à sua devida importância na relação de trabalho, bem como no mercado, que se torna cada vez mais competitivo, o que ocasionou a valorização natural dos empregados diante de seus empregadores.<sup>198</sup>

#### 4.3 DO PROCESSO DO TRABALHO E SEUS REFLEXOS NA SOCIEDADE

O processo do trabalho é o ramo da ciência jurídica que se constitui um conjunto de princípios, regras, instituições e institutos próprios que regulam a aplicação do Direito do Trabalho às lides trabalhistas, disciplinando as atividades na Justiça do Trabalho, dos operadores do direito e das partes nos processos individuais, coletivos e transindividuais do trabalho.

A lide ocorre no momento em que as vontades se chocam, desencadeando uma disputa de interesses, na qual há uma resistência recíproca de ambas as partes envolvidas no litígio, razão pela qual, pode ser conceituada como um conflito efetivo de pedidos contraditórios, sobre o qual ao juiz é dada a competência de decidir. Esse o fenômeno do processo, o qual o brilhante doutrinador Carlos Henrique Bezerra Leite<sup>199</sup> explica com clareza:

Numa palavra, a teoria geral do processo permite, a um só tempo, o livre trânsito de ideias entre os diversos ramos do direito processual, propiciando uma fonte permanente de atualização dos diferentes subsistemas processuais, bem como as noções gerais das finalidades do direito processual. Isso não significa, porém, que não haja diferenças entre os diversos ramos do direito processual. Ao revés, é absolutamente necessário reconhecer as peculiaridades inerentes a cada ramo do direito processual, o que permite um estudo separado para cada espécie de processo. Essa separação decorre das diferentes origens e evoluções dos diversos tipos de processo, bem como pelo caráter instrumental de cada processo. Afinal, o processo contemporâneo deve estar a serviço do direito material, de modo que propicie ao cidadão não apenas ao acesso à jurisdição, mas, sobretudo,

---

<sup>198</sup> PEREIRA, Leone. Prática Trabalhista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 54.

<sup>199</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 8 ed. São Paulo: LTr 2010, p. 46.

a uma ordem justa, sob pena de não serem realizados os escopos, social, político e jurídico acima apontados. Nessa perspectiva, é que se deve compreender a autonomia de cada ramo do direito processual, propiciando, assim, que os diversos processos cumpram os seus escopos em harmonia com os valores objetivados pelos diferentes direitos materiais a que servem. Sintetizando, a teoria geral d direito processual, tem por objeto investigação ampla dos grandes princípios, dos grandes institutos, das grandes estruturas, das grandes garantias, dos grandes conceitos, dos grandes esquemas lógicos e universais comuns a todos os ramos do direito processual. Já a teoria do direito processual do trabalho tem por objeto mais delimitado, porquanto investiga setores específico do processo do trabalho, as suas estruturas peculiares, os conceitos próprios e os valores especiais almejados pelo direito material do trabalho. Sua finalidade primordial reside, sob a perspectiva do direito material do trabalho, bem como, por força da EC n. 45/2004, no que couber, de outros ramos do direito material, como o direito civil, o direito administrativo, penal etc.

A partir da proibição que o Estado determina às partes, no sentido de não realizar a autotutela valendo-se da força para alcançar seu objetivo, pode-se concluir que o Estado tem o poder-dever de solucionar a lide. Devido ao exercício dessa função jurisdicional, o Estado cria órgãos especializados que detém a competência para julgar e solucionar tais conflitos. Desta forma, ao cria-las o Estado impôs a estes órgãos as regras que irão ditar tanto a conduta, como o procedimento, sendo subordinados a um método de atuação, o conhecido **processo**.<sup>200</sup>

Conforme o artigo 111 da Constituição Federal, a justiça do trabalho possui três graus próprios de jurisdição, quais sejam: os juízes do trabalho, os Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunal Superior do Trabalho. Todavia, o objetivo dessa jurisdição é de realizar a justiça mediante a aplicação da prática do direito e suas normas, nas eventuais lides, por meio de uma sentença que contenha uma decisão de mérito.<sup>201</sup>

O procedimento seria o meio extrínseco e formal através do qual o processo se exterioriza, constituindo uma sequência de atos, finalizados por uma decisão. Pode-se dizer que o processo constitui o meio pelo qual a jurisdição opera e o procedimento como instrumento para o exercício legítimo do poder de dizer o direito.<sup>202</sup>

É importante destacar que o processo laboral ganhou força com a Emenda Constitucional 24/1999, que extinguiu a representação classista da Justiça do

---

<sup>200</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 8 ed. São Paulo: LTR 2010, p. 46

<sup>201</sup> BRASIL. Vade Mecum. Obra coletiva da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 50.

<sup>202</sup> OLIVEIRA, Leonardo Tadeu Rodrigues de. Jus postulandi na justiça do trabalho direito ou ameaça? JurisWay. 12/7/2007. Disponível em: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=322](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=322). Acesso em 20/12/2017.

Trabalho em todos os graus de jurisdição trabalhista; dessa forma, as antigas Juntas de Conciliação deram lugar às Varas do Trabalho, o que ocasionou uma enorme “turbulência” na justiça laboral, isto porque esta emenda não estava lavrada de forma clara, deixando déficits de comando acerca das mudanças que seriam empregadas.<sup>203</sup>

Ocorre que, a referida Emenda não definia o futuro daqueles que estavam em pleno cumprimento do mandato, onde se conclui que continuariam exercendo-os até terminados os mandatos vigentes. Outrossim, houve controvérsia quanto ao preenchimento das vagas abertas pelos juízes classistas, na qual a maioria doutrinária opinou que não seria cabível a troca destes pelos juízes togados, a não ser que fossem criadas novas vagas por meio de lei própria.<sup>204</sup>

Assim, a composição do TRT vigente em lei, no qual era previsto 23 juízes, sendo 8 classistas temporários e 15 togados, estaria prejudicada.

Com intuito de solucionar tais problemáticas, o TST editou a Resolução 708/00, na qual determinou que os cargos vagos decorrentes da nova organização judiciária seriam preenchidos nos termos da Constituição Federal, o ou não foi acatado pela doutrina, que não se conformou sob o entendimento de não haver vagas a serem preenchidas, devendo ser elaborada nova lei com a finalidade de preencher a lacuna ocasionada pela reforma da Emenda.<sup>205</sup>

O entendimento do Tribunal Superior do Trabalho foi o de extinguir as vagas que eram reservadas aos classistas, pois após a Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional 45/2004), a Constituição Cidadã de 1988 em seu artigo 111-A, estipulou de forma definitiva que a composição do TST será de 27 ministros togados e vitalícios, sendo ocupados por brasileiros, com mais de 35 anos, e menos de 65 anos, nomeados pelo Presidente da República, após a aprovação por maioria absoluta do Senado Federal, a chamada sabatina.<sup>206</sup>

Tendo em vista a observação da regra do quinto constitucional prevista no artigo 94 da CF<sup>207</sup>, onde um quinto das vagas são reservadas aos advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, notório saber jurídico e reputação

---

<sup>203</sup> OLIVEIRA, idem, ibidem.

<sup>204</sup> Idem, ibidem.

<sup>205</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 8 ed. São Paulo: LTr 2010, p. 48

<sup>206</sup> BRASIL. Vade Mecum. Obra coletiva da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 50.

<sup>207</sup> Idem, ibidem, p. 42-43.

ilibada; e um quinto aos membros do Ministério Público, com mais de dez anos de efetivo exercício da atividade, os demais lugares são ocupados dentre juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho, oriundos da magistratura da carreira indicados pelo próprio Tribunal Superior.

Vale destacar, que com o intuito de suprir todas as lacunas e aperfeiçoar as normas já existentes na justiça trabalhista, a EC 45/2004 trouxe consigo dois novos órgãos que funcionam junto ao TST, quais sejam: (i) a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho- ENAMAT, cabendo-lhe regulamentar os cursos oficiais para ingresso e promoção na carreira; e (ii) o Conselho Superior da Justiça do Trabalho, cabendo-lhe o exercício na forma da lei da supervisão administrativa, orçamentária, financeira e patrimonial da Justiça do Trabalho de primeiro e segundo grau, como órgão central do sistema, cujas decisões terão efeito vinculante.<sup>208</sup>

É de se esperar, que os legisladores ainda regularizem esta parte da legislação brasileira que apresenta grande caráter dúbio em seus preceitos.

#### 4.4 A OBRIGAÇÃO DE SE PRESTAR ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA

O acesso à justiça sempre foi um problema que o Estado tem enfrentado há anos com grande dificuldade. E, realmente é imprescindível que seja facultado o acesso ao poder judiciário à todas as pessoas. É evidente que a Justiça deve ser feita com os meios mais eficazes, mais céleres e com o mínimo de dispêndio econômico. Contudo, o processo deve igualar as partes e essa igualdade é impossível de ser obtida quando uma delas está sem advogado, pois o hipossuficiente tem direito a ele e se custos houver, deverão ser arcados pelo Estado, que tem o dever constitucional de viabilizar o acesso à justiça gratuita.

O problema da acessibilidade é tratado inclusive pelo autor Carlos Henrique Bezerra Leite<sup>209</sup>:

Finalmente, no sentido integral, acesso à justiça assume caráter mais consentâneo, não apenas com a teoria dos direitos fundamentais, mas, também, com os escopos jurídicos, políticos e sociais do processo. Seria então, o próprio acesso ao Direito, vale dizer a uma ordem jurídica justa

---

<sup>208</sup> OLIVEIRA, Leonardo Tadeu Rodrigues de. Jus postulandi na justiça do trabalho direito ou ameaça? JurisWay. 12/7/2007. Disponível em: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=322](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=322). Acesso em 20/12/2017.

<sup>209</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 8 ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 137.

(=inimiga aos desequilíbrios e destituída de presunção de igualdade), conhecida (=social e individualmente reconhecida) e implementável (= efetiva), contemplando e combinando, a um só tempo, um rol apropriado de direitos, acesso aos tribunais, acesso aos mecanismos alternativos (principalmente os preventivos) estando os sujeitos titulares plenamente conscientes de seus direitos e habilitados, material e psicologicamente, a exercer-los, mediante superação das barreiras objetivas e subjetivas (...) e, nessa última acepção dilatada, que acesso à justiça significa acesso ao poder. Mauro Cappeletti e Bryant Garth, em obra que se tornou clássica, esclarecem que o problema do acesso à justiça – no sentido integral, ressaltamos – pode ser visualizado por meio de três ondas. A primeira onda cuida de assegurar a assistência judiciária aos pobres; a segunda onda, também cognominada de coletivização do processo, propugna uma adequada representação dos interesses coletivos lato sensu, que abrangem os interesses difusos coletivos (stricto sensu) e individuais homogêneos; a terceira onda – também chamada pelos referidos autores de “enfoque ao acesso à justiça” – é mais abrangente, porque nela reside uma enorme gama de fatores a serem analisados para melhor aperfeiçoamento da solução de conflitos. É nessa última onda que surgem novos mecanismos judiciais que visam, sobretudo, a celeridade do processo, como os juizados especiais de pequenas causas, a antecipação de tutela, o procedimento sumaríssimo; além de outros institutos alternativos extrajudiciais, como a arbitragem, a mediação a conciliação, o termo de ajuste de conduta firmado perante o Ministério Público etc.

No direito, sabe-se que existe a obrigatoriedade de se prestar assistência jurídica gratuita aos pobres na forma da lei. É o que preconiza o inciso LXXIV, do Art. 5º, CF/88: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.<sup>210</sup>

É assegurado, como dita o inciso XXXIV, alínea ‘a’, do mesmo Art. 5º: “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”.<sup>211</sup>

Com base nesta linha de raciocínio, juntamente com os princípios que regem o ordenamento justicialista, espera-se que o Estado através de um processo realizará a justiça.

## 4.2 O CONCEITO DE HIPOSSUFICIÊNCIA E VEROSSIMILHANÇA

Um dos princípios do Direito do trabalho é o reconhecimento da vulnerabilidade do empregado. A vulnerabilidade consiste na presunção legal da fragilidade do empregado frente ao poderio econômico do fornecedor e ao fato de este gozar de

<sup>210</sup> BRASIL. Vade Mecum. Obra coletiva da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 13.

<sup>211</sup> Idem, ibidem.

melhores condições técnicas e jurídicas. Essa situação de fragilidade torna o consumidor mais suscetível a ser iludido, enganado ou ludibriado pelo fornecedor.<sup>212</sup>

Já a hipossuficiência é uma característica pessoal do empregado, que pode advir de sua condição econômica, social, cultural ou qualquer outra que possa influir no seu juízo sobre a relação tratada. Daí se conclui que vulnerabilidade e hipossuficiência não se confundem: A vulnerabilidade é um traço universal de todos os empregados. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns, até mesmo à uma coletividade, mas nunca a todos<sup>213</sup>.

---

<sup>212</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>213</sup> Idem, *ibidem*.

## 5 DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL TRABALHISTA

### 5.1 O CARÁTER EXCEPCIONAL DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Constitui direito básico do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos em juízo, conforme estabelece o art. 6º, inciso VIII, do CDC.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.<sup>214</sup>

Um dos meios que a lei prevê para promover essa facilitação é a inversão do ônus da prova em favor do consumidor. O ônus de provar as alegações incumbe, via de regra, a quem ajuíza a ação. O Código de Processo Civil possibilita que o ônus da prova seja invertido, ou seja, imposto ao empregador, para facilitar a defesa dos direitos do empregado.

Essa inversão acontecerá a critério do juiz quando este entender que o empregado é hipossuficiente e quando suas alegações lhe parecerem verossímeis (ou seja, tiverem aparência de verdade).

Essa regra vem estabelecida no art. 373, I e II, do CPC. Não se pode falar em dever de provar. Há ônus probatório, que, uma vez não atendido, deve acarretar consequências processuais negativas à parte que não o tiver observado, traduzidas na perda da oportunidade processual de provar os fatos supostamente constitutivos da afirmação de direito contida na inicial (art. 373, I) ou da defesa apresentada (art. 373, II).<sup>215</sup>

Humberto Theodoro Jr., diz que esse ônus, tratado pelo art. 373, vem a ser a “necessidade de provar, para vencer a causa”.<sup>216</sup> Concorde-se, no entanto, com as ressalvas feitas por João Batista Lopes, no sentido de que, ainda que a parte não exerça o ônus que lhe cabe, nem por isso irá, necessariamente, perder a demanda:

---

<sup>214</sup>BRASIL. Vade Mecum. Obra coletiva da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 855.

<sup>215</sup>BRASIL. Vade Mecum. Obra coletiva da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 442.

<sup>216</sup> THEODORO JR. Humberto. Curso de direito processual civil. 56 ed., revista, atualizada e ampliada. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 2015 p. 478.



No ônus, há a ideia de carga, e não de obrigação ou dever. Por outras palavras, a parte a quem a lei atribui um ônus tem interesse em dele se desincumbir; mas se não o fizer nem por isso será automaticamente prejudicada, já que o juiz, ao julgar a demanda, levará em consideração todos os elementos dos autos, ainda que não alegados pelas partes (CPC, art. 371).<sup>217</sup>

À obrigação e ao dever deve seguir, sempre, uma sanção (consequência desfavorável ao obrigado e àquele a quem incumbia o dever); no caso do ônus, sanção com igual perfil é possível, mas não necessária.

Caberá ao autor provar o fato constitutivo de seu direito (art. 373, I); ao réu, doutra parte, caberá a prova de fato, por ele articulado, que seja impeditivo, “modificativo ou extintivo” do direito do autor (art. 373, II).<sup>218</sup>

A respeito do ônus da prova, é pertinente referir a opinião de José Roberto dos Santos Bedaque:

As regras referentes à distribuição do ônus da prova devem ser levadas em conta pelo juiz apenas e tão somente no momento de decidir. São regras de julgamento, ou seja, destinam-se a fornecer ao julgador meios de proferir a decisão, quando os fatos não restarem suficientemente provados. Antes disso, não tem ele de se preocupar com as normas de distribuição do ônus da prova, podendo e devendo esgotar os meios possíveis, a fim de proferir julgamento que retrate a realidade fática e represente a atuação da norma à situação apresentada em juízo.<sup>219</sup>

Luiz Eduardo Boaventura Pacífico sustenta:

As normas pressupõem-se conhecidas do juiz, mas a instrução pode não esclarecer (ou esclarecer insuficientemente) os fatos relevantes e controvertidos do processo. Ainda assim, o juiz tem o dever (dever-poder) de julgar, sendo-lhe vedado pronunciar-se *non liquet*. Dessa forma, mesmo que o juiz não se convença acerca da realidade fática discutida no processo, ele deve pronunciar uma sentença pondo fim à lide. Tal é a função da regra de julgamento fundada no ônus da prova: permitir que o juiz alcance o conteúdo da decisão que deverá ser proferida em semelhante hipótese.<sup>220</sup>

Ao autor compete provar os fatos constitutivos dos seus direitos (art. 373, I), ressaltando ser recomendável requerer as provas necessárias na inicial. Doutra parte, ao réu, cumpre-lhe a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, nos termos do art. 373, II.<sup>221</sup>

Quer isso significar que, se o réu não alegar fato algum e apenas negar os fatos que tenham sido articulados pelo autor, o ônus de prova caberá ao autor. Se, porém,

<sup>217</sup> LOPES, João B. A prova no direito processual civil. São Paulo: RT, 2000, p. 34.

<sup>218</sup> BRASIL. Vade Mecum. Obra coletiva da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 442.

<sup>219</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 2. ed. São Paulo: 1994, p. 86.

<sup>220</sup> PACÍFICO, Luiz E. B. O Ônus da prova no direito processual civil. São Paulo: RT, 2001, p. 135.

<sup>221</sup> BRASIL. Vade Mecum. Obra coletiva da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 442.

o réu alegar algum fato que seja capaz de alterar ou eliminar as consequências jurídicas dos fatos narrados pelo autor, será seu, o ônus de prova-los. O ônus da prova é regra de juízo. Destina-se especificamente ao juiz, que deverá considerar os fatos por não provados se a parte, que tinha o ônus de prova-los, não se desincumbiu desse ônus adequadamente.

Uma interpretação mais abrangente do art. 370 permitiria, por exemplo, ao juiz restabelecer a verdadeira igualdade entre as partes. Parece, todavia, não ser esse o entendimento que melhor se compatibiliza com a regra do ônus da prova. Ao juiz caberá apenas, nos termos do art. 370, agir de forma subsidiária, como melhor se expôs acima, pelo menos quando estejam em pauta direitos disponíveis.<sup>222</sup>

É possível, em princípio, que as partes convençam de forma diversa acerca da distribuição do ônus da prova, salvo quando estiverem em pauta direitos indisponíveis (art. 373, parágrafo único, I) ou quando a convenção tornar excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito (art. 373, parágrafo 1º).<sup>223</sup>

Oportuno registrar que devem ser objeto de prova fatos suscetíveis de ser provados. Diz com pertinência Moacyr Amaral Santos: “Fatos há ainda, conquanto possíveis, cuja prova é impossível. Em razão disso, uma outra regra: não é objeto de prova o fato cuja prova é impossível”.<sup>224</sup>

Os chamados fatos negativos, que são não acontecimentos, segundo referido autor<sup>225</sup>, não são, por si sós, impossíveis de serem provados, pois, em muitos casos, uma negativa, pode ser convertida facilmente em uma afirmativa.

O que toma um fato negativo insuscetível de ser provado é a sua indeterminação ou indefinição, o que, segundo Moacyr Amaral dos Santos, equivaleria à prova negativa absoluta. São suas as palavras:

Realmente, há negativas de tal forma indefinidas ou absolutas, que a sua prova seria mesmo impossível, quiçá apenas difícilíssima. Assim, quando Caio nega, pura e simplesmente, que seja devedor de Tício, certamente, uma

---

<sup>222</sup> ALVIM Arruda E. Manual de Processo Civil. 12ª Ed. V. 2. São Paulo: RT, 2008, p. 480.

<sup>223</sup> BRASIL. Vade Mecum. Obra coletiva da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 442.

<sup>224</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. Prova judiciária no civil e comercial. vol. I, 2.ª Ed. São Paulo: Max Limond, 1952, p. 216.

<sup>225</sup> SANTOS, idem, ibidem, p. 166.

prova dessa natureza, se não impossível, seria difícilima pela soma enorme de afirmações em que se transforma tal negativa.<sup>226</sup>

Pode-se dizer que são insuscetíveis de prova os fatos absolutamente negativos, ao passo que é possível a prova dos relativamente negativos. Ensina Arruda Alvim que os fatos negativos

[...] deverão ser provados, quando uma parte, negando o(s) afirmados pela outra, a seu turno, fizer uma afirmação de fato (positivo), contrária e excludente do fato, por essa razão negado, caso em que o ônus da prova será bilateral. Somente os 'fatos' absolutamente negativos, as negativas-absolutas ou as indefinidas são insuscetíveis de prova, por quem as tenha feito; aqui, o ônus é só de quem alegou o fato.<sup>227</sup>

Deve se tratar, pois, de alegação verossímil ou de empregado hipossuficiente (e, ainda aqui, há de apresentar verossimilhança), para que se possa cogitar da inversão do ônus da prova.

Resta indagar em que acepção terá o legislador utilizado a expressão hipossuficiente. Afigura-se que tal termo compreende não apenas a hipótese de hipossuficiência econômica, como também abrange a hipossuficiência de dados e informações.

É uma situação concretamente agravada, pois o empregado é, por definição, sempre vulnerável. Quer-se com isso significar que é perfeitamente possível a inversão do ônus da prova se, por exemplo, o autor tiver de provar aspectos intrínsecos ao processo de trabalho do réu. Tenha-se presente, no entanto, que, para que se possa dar a inversão do ônus da prova, é preciso que o fato seja de difícil demonstração para o autor, mas suscetível de ser demonstrado pelo réu.

Por outras palavras, a possibilidade de inversão do ônus da prova não significa possa ser carreado ao réu o ônus de provar algo absolutamente impossível de ser provado.

## 5.2 O MOMENTO PROCESSUAL DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Há alguma divergência, seja em sede jurisprudencial, seja no âmbito doutrinário, a respeito do momento apropriado para o juiz determinar a inversão do

---

<sup>226</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. Prova judiciária no civil e comercial. vol. I, 2.<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Max Limond, 1952, p. 167.

<sup>227</sup> ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Manual de direito processual civil. 11 Ed. V. 2. São Paulo: RT, 2007, p. 460-461.

ônus da prova. Há julgados, que se tem por mais corretos, que entendem que o momento adequado para a inversão é o de saneamento do processo.

Mais recentemente, o STJ definiu:

A inversão do ônus da prova é regra de juízo e não de procedimento, sendo irrelevante a decisão em agravo de instrumento afastando a inversão do ônus probatório no curso do processo, pois é na sentença o momento adequado para o juiz aplicar as regras sobre o ônus da prova (STJ, AgRg na MC 11.970/RJ, 3ª. T.j. 07.12.2006, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 18.12.2006).

Esse entendimento, de que a inversão do ônus da prova diz com ato de juízo, além de ferir o senso comum, é, segundo parece, inconstitucional, por violação do princípio do contraditório. E isso porque a regra geral é a do art. 373. Se for alterada essa regra, mudando os ônus e as expectativas das partes, dever-se-á sinalizar essa mudança, para que a parte sobre a qual venha a pesar o ônus não seja surpreendida pela decisão.

Parece, assim, que é por ocasião do saneamento do processo que o juiz deve determinar as provas pertinentes, encerrando com ele a fase postulatória e inaugurando a fase instrutória. Parece ser evidente que, se não determinar, de forma clara e inequívoca, a inversão do ônus da prova nesse momento processual, não será possível fazê-lo posteriormente, pois isso criaria para aquele a quem é transferido o ônus probatório um elemento "surpresa", em claro desrespeito ao princípio da segurança jurídica e ferindo de morte o princípio do devido processo legal.<sup>228</sup>

A respeito da inversão do ônus da prova, calha referir a chamada teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova, segundo a qual, em determinadas hipóteses, o ônus probatório deve recair sobre aquele que tem melhores condições de produzi-la. Deveras, como observa Arruda Alvim,

[...] casos haverá em que se poderá ter dúvida a respeito da distribuição, in concreto, do ônus da prova. Um dos critérios preconizados é o de, então, atentar-se para a facilidade com que um litigante faria a prova do fato que lhe interessa, e, correlatamente, a extrema dificuldade que essa mesma prova acarretaria se fosse feita pelo outro litigante.<sup>229</sup>

Aduzem Freddie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira:

---

<sup>228</sup> ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Manual de direito processual civil. 11 Ed. V. 2. São Paulo: RT, 2007, p. 470.

<sup>229</sup> ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Manual de direito processual civil. 11 Ed. V. 2. São Paulo: RT, 2007, p. 471.

Nosso CPC acolheu a teoria estática do ônus da prova (teoria clássica), distribuindo prévia e abstratamente o encargo probatório, nos seguintes termos: ao autor incumbe provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu provar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos (art. 373, CPC). Sucede que nem sempre autor e réu têm condições de atender a esse ônus probatório que lhes foi rigidamente atribuído - em muitos casos, por exemplo, veem-se diante de prova diabólica. E, não havendo provas suficientes nos autos para evidenciar os fatos, o juiz terminará por proferir decisão desfavorável àquele que não se desincumbiu do seu encargo de provar (regra de julgamento).<sup>230</sup>

Dessa forma, deve-se ter presente que o juiz pode inverter o ônus da prova não apenas quando a questão a ser resolvida envolver relação de consumo, mas sempre que a solução o exigir. Percucientes as observações de 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 não possa assim proceder diante de outras situações de direito material [...]ou seja, a inversão do ônus da prova é imperativo de bom senso quando ao autor é impossível, ou muito difícil, provar fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou muito mais fácil, provar sua inexistência.<sup>231</sup>

Por essa teoria, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, pode o magistrado afastar o rigor do disposto no art. 373 e determinar a produção da prova necessária à solução do litígio a quem tenha melhor possibilidade de produzi-la<sup>232</sup>, admitida pela doutrina e pelos Tribunais, na busca de um processo efetivo e de um resultado justo. Explica Antonio Janyr Dall'Agnol Jr.:

A solução alvitrada tem em vista o processo e sua concreta realidade, ignorando por completo a posição nele da parte (se autora ou se ré) ou a espécie de fato (se constitutivo, extintivo, modificativo, impeditivo). Há de demonstrar o fato, pouco revela se alegado pela parte contrária, aquele que se encontra em melhores condições de fazê-lo. [...] Pela teoria da distribuição dinâmica dos ônus probatórios, portanto, a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; b) ignorável é a posição da parte no processo; c) desconsiderável se exhibe a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos etc. Revela, isto sim, a) o caso em sua concretude e b) a 'natureza' do fato a provar - imputando-se o encargo àquela das partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra em melhor condição de fazê-lo. [...] O que ocorre, pelo visto, é uma flexibilização da doutrina tradicional, em homenagem ao princípio da efetividade da tutela jurisdicional, na medida em que essa objetiva, sem dúvida, garantir o direito a quem realmente o titule.

<sup>230</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil. Salvador: JusPodvim, 2017, p. 61, vol. 2.

<sup>231</sup> MARINONI, Luiz G.; ARENHART, Sérgio L. Processo de conhecimento. 6. Ed. São Paulo: RT, 2007, p. 267-270.

<sup>232</sup> DALL'AGNOL JR., Antônio J. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios, RT 788/92.

[...] A doutrina da carga dinâmica da prova, assim, vem a ser um instrumento a mais, para a correta solução do caso, encontrando plena realização em sistemas que operam com o princípio da persuasão racional, segundo os termos do art. 131 do CPC.<sup>233</sup>

Cabe mencionar que o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos prevê, expressamente, a distribuição dinâmica do ônus da prova. Dispõe o art. 12 e seu § 1º:

Art. 12. Provas-São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem. § 1º O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.<sup>234</sup>

Quanto ao tema, tenha-se presente interessante colocação de Eduardo Cambi:

A moderna teoria da carga dinâmica da prova - incorporada, em 2004, ao Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América - sugere a distribuição do ônus da prova não com base na regra tradicional do art. 333 do CPC [...] nem com base na técnica adotada no art. 6.º, VIII, do CDC [...] no Código Modelo o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre fatos, ou maior facilidade na sua demonstração, não requerendo qualquer decisão judicial de inversão do ônus da prova. Assim, a facilitação da prova para a tutela do bem jurídico coletivo se dá por força da lei (*ope legis*), não exigindo a prévia apreciação do magistrado (*ope iudicis*) de critérios preestabelecidos de inversão do *onus probandi*, como se dá no art. 6.º, VIII, do CDC (verossimilhança da alegação ou hipossuficiência do consumidor), bem como não restringe esta técnica processual às relações de consumo. Com efeito, não há na distribuição dinâmica do ônus da prova uma inversão, nos moldes previstos no art. 6.º, VIII, do CDC, porque só se poderia falar em inversão caso o ônus fosse estabelecido prévia e abstratamente. Não é o que acontece com a técnica da distribuição dinâmica, quando o magistrado, avaliando as peculiaridades do caso concreto, com base nas máximas de experiência (art. 335 do CPC), irá determinar quais fatos devem ser provados pelo demandante e pelo demandado. [...] Portanto, a distribuição do ônus (ou da carga) da prova se dá de forma dinâmica, posto que não está atrelada a pressupostos prévios e abstratos, desprezando regras estáticas, para considerar a dinâmica - fática, axiológica e normativa - presente no caso concreto, a ser explorada pelos operadores jurídicos (intérpretes).<sup>235</sup>

Aliás, explicam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira que:

Parece-nos que a concepção mais acertada sobre a distribuição do ônus da prova é essa última: a distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a

<sup>233</sup> Idem, ibidem.

<sup>234</sup> *Apud* RODRIGUES, Marcelo Abelha. A distribuição do ônus da prova no anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. *In*: GRINOVER, Ada P.; MENDES, Aluísio G. C.; WATANABE, K. (Coords.). Direito processual coletivo e o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: RT, 2007.

<sup>235</sup> CAMBI, Eduardo. A prova civil – Admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006, p. 340-342.

qual a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto.<sup>236</sup>

Na justiça do trabalho, a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) estatui em seu artigo 818 que “a prova das alegações incumbe à parte que as fizer”, consagrando semelhante critério adotado pelo CPC, não se podendo falar em aplicação subsidiária do diploma processual civil, por não ser a norma processual trabalhista omissa quanto à matéria.

Então, caberia a cada parte comprovar as alegações formuladas nas peças processuais, mesmo que a relação processual seja perante a justiça do trabalho, na qual é evidente a desigualdade verificada entre o reclamante (empregado) e o reclamado (empregador).

Observe-se que, a aplicação da regra do artigo 818 da CLT no processo do trabalho, apesar da semelhança com a norma do Código de Processo Civil, não ocasiona as mesmas consequências para as partes no processo civil. Exemplo claro, é o pedido de horas extras, em que alega o reclamante (empregado) que realiza trabalho em jornada extraordinária, mas não produzindo prova quanto às referidas alegações, sob a égide do artigo 373 do CPC, teria seu pedido rejeitado pelo órgão julgante, pois o encargo de provar os fatos constitutivos de direito incumbe a quem alega ser titular desse direito. Contudo, apreciando-se a matéria sob a ótica do artigo 818 da CLT, o reclamado (empregador), ao contestar a pretensão do reclamante firmando que ele não trabalhou em jornada extraordinária, atraiu para si, automaticamente, o ônus da prova, visto que expôs uma alegação relevante e substitutiva da anterior; não o fazendo, ter-se-ia como verdadeira a alegação do reclamante.

Verifica-se, também, a diferença entre a sistemática das provas no processo civil, e o processo trabalhista, quando da análise da existência ou não de vínculo empregatício, com base no art. 3º da CLT, nesse caso, a prova da existência da relação de emprego é do empregado, porém, quando o empregador nega o vínculo de emprego e afirma que o trabalho foi prestado a outro título, ao reclamado (empregador) cabe o ônus da prova.

---

<sup>236</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 12 ed., conforme novo CPC. Salvador: JusPodvim, 2017, p. 61-62, vol. 2

Há uma tendência, baseada na maior na fragilidade do empregado nas relações de emprego, que tenta atribuir maior ônus de prova ao empregador, que esbarra no princípio da isonomia das partes do processo.

Dessa forma, pode-se enxergar a diferença existente entre os referidos artigos da CLT e do CPC, pois em conformidade com Manoel Antônio Teixeira Filho,

Isto nos leva afirmar, por conseguinte, a grande tarefa da doutrina trabalhista brasileira, que tanto se tem empenhado em cristalizar o princípio da inversão do ônus da prova, em benefício do trabalhador, o qual consistirá em encontrar, no próprio conteúdo do art.818, da CLT, os fundamentos que até então vêm procurando, abstratamente, para dar concreção ao princípio do encargo da prova em prol do trabalhador. Vale dizer: o caminho sugerido é o da elaboração de uma precisa exegese daquele artigo, cujo verdadeiro sentido ainda não foi idealmente apreendido pela inteligência doutrinária.<sup>237</sup>

Então, o art. 818 da CLT, desde que o intérprete saiba captar, com fidelidade, o conteúdo ontológico, tem de ser o dispositivo legal aplicado para dirimir os problemas, nas demandas trabalhistas, decorrentes do ônus da prova, de forma singular, ou seja, sem a aplicação subsidiária do art. 333, do CPC, tendo em vista a autonomia do processo trabalhista.

Tal inclinação em beneficiar o empregado, também se encontra aceito nas súmulas 68 e 212 que já deram uma sobrecarga no *onus probandi* do empregador, parte muito mais equipada e favorecida para produção, como será demonstrado adiante.

Ainda que o Código de Processo Civil, em seu artigo 373, estabeleça que as partes poderão regular, através de contratos, que uma das partes deverá obrigar-se a demonstrar em juízo suas alegações em face da outra e mesmo não existindo tal disposição na CLT, isso não pode ser utilizado de forma subsidiária nas relações trabalhistas, porquanto o empregador poderia forçar o empregado a aceitar tais determinações, sob pena de perder seu emprego, tendo em vista o poder daquele, frente ao empregado.

Portanto, não é cabível a estipulação de que terão dever de demonstrar as provas em juízo, mediante prévia convenção.

Conforme demonstrado alhures é dever de cada parte comprovar suas alegações, através dos meios permitidos em lei. No entanto, existem algumas

---

<sup>237</sup> TEIXEIRA, Manoel Antonio. A prova no processo do trabalho. São Paulo: Ltr., 2005.



exceções, nas quais é invertido o ônus da prova para que o empregador comprove tais fatos. Conforme foi citado alhures, estabelece a súmula 68 do C. TST que: “[...] é do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial” e a súmula 212 do C. TST, diz que:

O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.<sup>238</sup>

Em sendo assim, nota-se a forte influência dos tribunais da Justiça do Trabalho para a inversão do ônus da prova para benefício da parte mais vulnerável da relação, para que o empregador seja compelido a comprovar em juízo isto. Importante ensinamento do eminente Amauri Mascaro Nascimento *in* Curso de Direito Processual do Trabalho:

Em processo trabalhista deve reger o princípio da igualdade das partes em matéria de ônus da prova. Entretanto, a lei cria numerosas presunções legais em favor dos trabalhadores, dispensando-os, assim, parcialmente, dos ônus probatórios.<sup>239</sup>

Observe-se, outrossim, como está sendo julgado no colendo Tribunal Superior do Trabalho acerca do assunto:

Enunciado do TST. Nº 338. Jornada. Registro. Ônus da prova - Nova redação - Res. 121/2003, DJ 21.11.2003. É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário.

Desse modo, prova quem pode. Esse posicionamento justifica-se nos princípios da adaptabilidade do procedimento às peculiaridades do caso concreto, da cooperação e da igualdade. Enfim, de acordo com essa teoria: a) o encargo não deve ser repartido prévia e abstratamente, mas, sim, casuisticamente; b) sua distribuição não pode ser estática e inflexível, mas, sim, dinâmica; c) pouco importa, na sua subdivisão, a posição assumida pela parte na causa (se autor ou réu); d) não é

---

<sup>238</sup> BRASIL. Vade Mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016, p.8944.

<sup>239</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito processual do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2001.

relevante a natureza do fato *probando*, se constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo de direito, mas, sim, quem tem mais possibilidades de prová-lo.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto do ônus da prova é instrumento que vem sendo usado pelos tribunais brasileiros. Conforme já analisado, a inversão do ônus da prova, derivada da hipossuficiência do consumidor ou da verossimilhança de suas alegações, consagrada no art.6º, VIII, do CDC, parece ser construção derivada da distribuição dinâmica do ônus probatório.

A ideia de atribuir-se tal ônus à parte que tem melhores condições de produzir a prova no caso concreto é a principal justificativa dessa regra. Ao contrário do que se pode pensar, a regra do art. 6º, VIII, do CDC não é privativa somente das relações de consumo, aplicando-se à todas as hipóteses em que as regras do art. 333, do CPC venham a gerar concreta desigualdade entre as partes ou tornar excessivamente onerosa a demonstração da verdade fática que a uma delas interessa.

O ônus da prova no Processo do Trabalho tem como regra geral o disposto no artigo 818 da CLT, ou seja, a prova das alegações incumbe à parte que as fizer. No entanto, em alguns casos específicos, como os estudados acima, ocorre a inversão do *onus probandi*, tendo em vista a hipossuficiência do empregado, que não tem as mesmas condições e facilidades do empregador para formar a prova. Nesse sentido, sobre o reclamado recairá o ônus da prova sempre que ele (o empregador) expor uma alegação oposta à do empregado e capaz de eliminá-la. Logo, a inversão do ônus da prova é uma exceção à regra do artigo 818 da CLT, aplicando-se apenas aos alguns casos.

Em que pese às opiniões dos mestres citados, filiamo-nos a corrente doutrinária que acredita, que o ônus da prova deve recair sobre aquele que, devido as circunstâncias, tiver maiores condições de produzir a prova.

A inversão do ônus da prova é realizada quando este se encontra em prejuízo e quando as provas apresentadas pela outra parte, a empresa, podem ser usadas para inocentar o consumidor.

Dependerá do polo da demanda a ser ocupado pelo consumidor, pois haverá inversão do ônus da prova se a posição processual dele for de quem assume a defensiva, diante da afirmativa de inveracidade ou incorreção da informação ou comunicação publicitária, pois nessa hipótese, pelas regras já vistas no presente trabalho, o ônus da prova seria do consumidor.

## REFERÊNCIAS

ALVIM Arruda E. **Manual de Processo Civil**. 12 Ed. V. 2. São Paulo: RT, 2008.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. **Manual de direito processual civil**. 11 Ed. V. 2. São Paulo: RT, 2007.

ARAÚJO, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. Vol. 1, 5ª ed. São Paulo: RT, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 17 edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Podere s instrutórios do juiz**. 2. ed. São Paulo: 1994.

BOTALLO, Eduardo Domingos. **Lições de Direito Público**. São Paulo: Editora Dialética, 2003.

BRASIL. **Vade Mecum**. Obra coletiva da Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2016.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. Vol. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Princípios Processuais Cíveis na Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil – Admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. Belo Horizonte: Líder, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 4ª ed. São Paulo: Bookseller, 2008.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 19 edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **La garanzia costituzionale dell'azione Ed Il processo civile**. Padova, 1970.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos Del derecho processual civil**. 3. Ed. Buenos Aires, 1978.

DALL'AGNOL JR., Antônio J. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios, **RT 788/92**.

DELGADO, Maurício Godinho. Os princípios na estrutura do Direito. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Ano 75, nº 3, jul. a set., 2009.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17 edição. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória**. 12 ed., conforme novo CPC. Salvador: JusPodvim, 2017, vol. 2.

DOS SANTOS, Ernane Fidélis. **Manual de Direito Processual Civil. Vol 1**. 5ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.594. (grifos do autor).

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa, **Manual de direito do trabalho**. 2 ed. rev. e atual – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2010.

GRECO FILHO, V. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 16 ed. 2º Volume. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. Vol. 1. 20 edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo, 1973.

GRINOVER, Ada Pellegrine. **Teoria geral do processo**. 7ª edição. São Paulo: Revista dos tribunais, 1990.

HOFFMAN, Paulo. **Razoável Duração do Processo**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário da língua portuguesa**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

JÚNIOR, Nelson Nery. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12 edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

LIMA, Renato B. **Curso de Direito Processual Penal**. São Paulo: Juspodivm, 2016.

LOPES, João B. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: RT, 2000.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado**. 5ª edição. Barueri: Editora Manole, 2006.

MARINONI, Luiz G.; ARENHART, Sérgio L. **Processo de conhecimento**. 6. Ed. São Paulo: RT, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010.

MILHOMENS, Jônatas. **A prova no processo**. Rio de Janeiro, Forense, 1986.

MOTA, Leda Pereira Mota; SPITZCOVSKY, Celso. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Maria Rosa Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (Organizadores). **Princípios Processuais Cíveis na Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008.

OLIVEIRA, Leonardo Tadeu Rodrigues de. **Jus postulandi na justiça do trabalho direito ou ameaça?** **JurisWay**. 12/7/2007. Disponível em [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=322](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=322). Acesso em 20/12/2017.

PACÍFICO, Luiz E. B. **O Ônus da prova no direito processual civil**. São Paulo: RT, 2001.

PEREIRA, Leone. **Prática Trabalhista**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 4ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. A distribuição do ônus da prova no anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. *In*: GRINOVER, Ada P.; MENDES, Aluísio G. C.; WATANABE, K. (Coords.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: RT, 2007.

ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional – Princípios Constitucionais do Processo Civil**. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

SANTOS, Moacyr A. **Comentários ao código de processo civil**. v.4. Rio de Janeiro: Forense, 2015

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. vol. 2, 24. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, Heitor Carvalho. O princípio da identidade física do juiz e sua aplicabilidade no Processo Penal. **Revista Jus Navigandi**, 03/2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56751/o-principio-da-identidade-fisica-do-juiz-e-sua-aplicabilidade-no-processo-penal>. Acesso em 20/12/2017.

TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decision e giusta. *In*: **Sui confini- scritti della giustizia civile**. Bologna: Il Mulino, 2002.

TEIXEIRA, Manoel Antonio. **A prova no processo do trabalho**. São Paulo: Ltr., 2005.

THEODORO JR. Humberto. **Curso de direito processual civil**. 56 ed., revista, atualizada e ampliada. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TOALDO, Adriane Medianeira. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *In*: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 104, set 2012. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11908](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11908)>. Acesso 20/11/2017.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil: Emenda Constitucional n. 45/2004 (Reforma do Judiciário); Lei 10.444/2002; Lei**

**10.358/2001 e Lei 10.352/2001.** 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.