



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA  
CAMPUS I  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PRÁTICA JUDICANTE**

**GUSTAVO DE OLIVEIRA SANTOS**

**O ATIVISMO JUDICIAL E A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS  
PROBATÓRIO COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA**

**CAMPINA GRANDE – PB  
2014**

**GUSTAVO DE OLIVEIRA SANTOS**

**O ATIVISMO JUDICIAL E A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS  
PROBATÓRIO COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA**

Monografia apresentada ao Curso de  
Especialização em Prática Judicante  
da Universidade Estadual da Paraíba,  
em cumprimento à exigência para  
obtenção do grau de especialista.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>Dr<sup>a</sup> Rosimeire Ventura Leite

CAMPINA GRANDE – PB  
2014

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

S237a Santos, Gustavo de Oliveira

O ativismo judicial e a distribuição dinâmica do ônus probatório como meio de efetivação do acesso à justiça [manuscrito] / Gustavo de Oliveira Santos. - 2014.  
48 p.

Digitado.

Monografia (Especialização em Prática Judicante) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2014.

"Orientação: Profa. Dra. Rosimeire Ventura Leite, Departamento de Direito Público".

1. Ativismo Judicial 2. Ônus Probatório 3. Distribuição Dinâmica I. Título.

21. ed. CDD 347.05

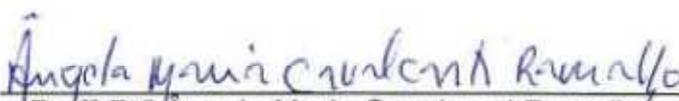
GUSTAVO DE OLIVEIRA SANTOS

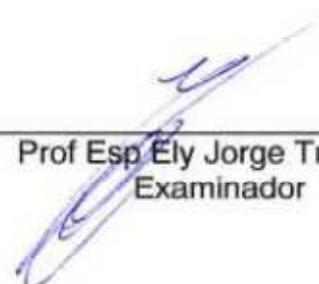
O ATIVISMO JUDICIAL E A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO  
COMO MEIO DE ACESSO À JUSTIÇA

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Prática Judicante da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de especialista.

Aprovada em 16/07/2014.

  
Profª Drª Rosimeire Ventura Leite  
Orientadora

  
Profª Drª Angela Maria Cavalcanti Ramalho  
Examinadora

  
Prof Esp Ely Jorge Trindade  
Examinador

## RESUMO

A presente pesquisa analisa o Ativismo Judicial e a Distribuição Dinâmica do ônus Probatório como instrumentos de efetivação do acesso à justiça. As atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial desencadearam a necessidade de estabelecer meios de proteção ao cidadão. As Constituições, então, passaram a prever um rol de direitos e garantias considerados fundamentais e os seus princípios tornaram-se o centro do ordenamento jurídico. Fundamentada na onda Neoconstitucionalista surge a Teoria do Ativismo Judicial, que possibilita ao juiz realizar uma interpretação mais expansiva da norma, buscando, dentre as opções, o sentido que possibilite atribuir maior aplicabilidade ao direito. O Acesso à Justiça é tido como o direito de receber do Poder Judiciário uma decisão justa e efetiva. A busca pela concretização dos objetivos do Acesso à Justiça possibilita que o Ativismo Judicial abra espaço para a aplicação da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus Probatório, a qual exerce uma maior interferência no processo para alcançar a maior proximidade com a verdade real dos fatos. O presente trabalho tem como objetivo analisar a relação entre as teorias do Ativismo Judicial e da Distribuição Dinâmica do Ônus Probatório. Ou seja, verificar se as referidas teorias são capazes de estabelecer a igualdade processual das partes e garantir a efetividade do Acesso à Justiça. A metodologia utilizada é a revisão bibliográfica, com utilização de livros e artigos científicos relacionados ao tema. Ao final do estudo, sustenta-se que a conjugação das teorias mencionadas possibilita que o juiz atribua, no processo, maior igualdade material as partes para ao final conseguir realizar um julgamento mais próximo da ideia de justo indicada pelo Acesso à Justiça.

**Palavras-chave:** Ativismo Judicial. Ônus Probatório. Distribuição Dinâmica.

## **ABSTRACT**

This research analyzes the Judicial Activism and Dynamic Distribution of the burden Evidentiary as instruments of effective access to justice. The atrocities committed during the Second World War triggered the need to establish safeguards to the citizen. The Constitutions then started to provide a list of fundamental rights and guarantees and their principles have become the center of the legal system. Grounded in Newconstitucionalism wave arises The Judicial Activism Theory, allowing the judge to conduct a more expansive interpretation of the rule, seeking, among the options, the meaning that enables assigning greater applicability to the right. The Access to Justice is seen as the right to receive the Judiciary a fair and effective decision. The quest for achieving the goals of the Access to Justice provides that the Judicial Activism open space for the application of the Theory of Dynamic Distribution of Burden of Probation, which exerts a greater interference in the process to achieve greater proximity to the real truth of the facts. This study aims to analyze the relationship between the theories of Judicial Activism and Dynamic Distribution of Burden of Probation. In other words, check if those theories are able to establish the procedural equality of the parties and ensure the effectiveness of the Access to Justice. The methodology used is the literature review, using books and scientific articles related to the topic. At the end of the study, it is argued that the combination of the theories mentioned allows the court considers, in the process, greater material equality parties to the end accomplish a closer idea of fair trial indicated by the Access to Justice.

**Keywords:** Judicial Activism. Evidentiary. Burden. Dynamic Distribution.

# SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	6
<b>2. REFERENCIAL TEÓRICO</b> .....	9
<b>2.1 ATIVISMO JUDICIAL E ACESSO À JUSTIÇA</b> .....	9
<b>2.1.1 Ativismo judicial</b> .....	9
<b>2.1.2 Princípios embaixadores do ativismo</b> .....	13
<b>2.1.2.1 Princípio do dispositivo</b> .....	14
<b>2.1.2.2 Princípio do contraditório</b> .....	15
<b>2.1.2.3 Princípio da igualdade processual – Isonomia</b> .....	17
<b>2.1.2.4 Princípio da cooperação</b> .....	19
<b>2.1.2.5 Princípio da motivação das decisões e da publicidade</b> .....	19
<b>2.1.2.6 Princípio da proporcionalidade</b> .....	20
<b>2.1.3 Acesso à Justiça</b> .....	21
<b>2.2 DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO</b> .....	23
<b>2.2.1 Ônus probatório no Código de Processo Civil</b> .....	23
<b>2.2.2 Teoria da Carga Dinâmica Probatória</b> .....	27
<b>2.2.3 Ativismo Judicial e a carga dinâmica da prova sob o enfoque da jurisprudência</b> .....	31
<b>3. CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	34
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	36

## 1. INTRODUÇÃO

O momento pós Segunda Guerra Mundial fez surgir um movimento de redemocratização das Constituições. A derrubada de algumas ditaduras marcou o início de uma considerável mudança na valorização dos direitos do cidadão. Com isso, as novas Constituições passaram a ampliar o rol dos Direitos Fundamentais e estabelecer mecanismos de proteção desses, mesmo em face do legislador.

Nesse novo ambiente, os Direitos Fundamentais deixaram de ser meras normas programáticas e passaram a ter aplicabilidade imediata, tornando-se parâmetros em busca da justiça social. A teoria da separação dos poderes foi mitigada por uma visão mais ampla, a qual permite ao Poder Judiciário exercer uma atuação mais abrangente em defesa dos valores e princípios constitucionalmente estabelecidos.

Os princípios constitucionais passaram a ser o centro irradiador do ordenamento jurídico, iniciando um movimento denominado de Neoconstitucionalismo, que tem como foco principal as normas. Passou-se a buscar a efetividade da Constituição a partir da interpretação que se extrai do seu texto, ocasionando um distanciamento entre o Direito Constitucional e a Teoria Geral do Estado e uma aproximação daquele com o Direito Processual.

Surgiram, assim, novas perspectivas para a análise da lei e do processo, tornando este um instrumento de concretização dos valores consagrados no sistema constitucional.

A aplicação do Neoconstitucionalismo possibilita uma participação mais ativa do juiz em todo o sistema jurídico, permitindo, com isso, o surgimento da Teoria do Ativismo Judicial. Com essa teoria, o livre convencimento do juiz, previsto no art. 131 do Código de Processo Civil (CPC), e a produção de provas, prevista no art.130, passaram a ser pautados pelo senso de responsabilidade; pela noção de justiça social extraída da força normativa dos princípios.

Dentre os Direitos Fundamentais garantidos na Constituição de 1988 está o Acesso à Justiça. Este não deve ser entendido simplesmente como acesso à máquina judicial, mas como um instrumento de obtenção de uma tutela

jurisdicional justa. Este princípio exige dos Poderes um comprometimento na qualidade dos seus serviços para que possa solucionar as lides em conformidade com os valores do Estado Democrático de Direito.

Hoje, a dimensão do Acesso à Justiça concretiza-se através de uma relação jurídica processual que respeita o devido processo legal e possibilita as partes litigantes uma atuação mais produtiva, baseada no contraditório, na participação igualitária e na imparcialidade do juiz.

Cumprindo as novas exigências do Acesso à Justiça, o Ativismo Judicial permite a aplicação da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus Probatório, rompendo com a literalidade do art. 333 do CPC, atribuindo o ônus da prova àquele que possuir as melhores condições de produzi-la, estabelecendo no processo a igualdade de armas e maior proximidade com a realidade fática das partes, possibilitando, ao final, um julgamento considerado justo.

O objetivo desta pesquisa é analisar as teorias do Ativismo Judicial e da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova e os novos mandamentos do Acesso à Justiça. Na elaboração do trabalho será utilizado como tipo de pesquisa a revisão bibliográfica e a documental. A pesquisa bibliográfica irá abordar parte da teoria já tornada pública em relação ao tema em estudo. A pesquisa documental irá investigar o tema em fontes que não foram elaboradas para estudo científico, como a jurisprudência.

Justifica-se o tema por analisar a importância da Teoria do Ativismo Judicial e da Distribuição Dinâmica do Ônus Probatório no alcance dos objetivos do Acesso à Justiça.

Inicialmente será feita uma abordagem sobre o Ativismo Judicial e o Acesso à Justiça, analisado os fatores históricos que fizeram surgir tais movimentos e suas influências. O ativismo será abordado como um movimento presente em nossa jurisprudência que possibilita um novo meio de interpretar as normas, permitindo ao juiz realizar uma participação mais atuante no processo, retirando do ordenamento maior eficácia da lei para garantir ao cidadão maior usufruto aos seus direitos.

O Acesso à Justiça será explorado, principalmente, na sua vertente material, onde se analisa não a simples concessão do acesso ao Judiciário, mas a maneira como é garantido tal acesso. Este deve preocupar-se com a

satisfação das partes e ao final possibilitar o deferimento de uma sentença considerada justa.

Por ultimo será abordada a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus Probatório. Será analisada a sua origem e aplicação na jurisprudência nacional, posteriormente, será analisada como um meio utilizado pelo Ativismo Judicial para garantir o Acesso à Justiça e conferir aos cidadãos maior aplicabilidade aos seus direitos.

## **2. REFERENCIAL TEÓRICO**

### **2.1 ATIVISMO JUDICIAL E ACESSO À JUSTIÇA**

#### **2.1.1 Ativismo judicial**

As atrocidades cometidas na 2ª Guerra Mundial desencadearam um movimento de redemocratização das Constituições que, fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana, possibilitou um avanço significativo nos direitos dos cidadãos.

As arbitrariedades cometidas pelo Estado fizeram surgir à necessidade de criar e garantir direitos para o cidadão frente à atuação deste. Assim, as leis foram reformuladas, expandindo os direitos fundamentais e buscando meios de proteção, inclusive frente ao legislador. As Constituições deixaram de ser um mero documento político, sem autoaplicabilidade, para ser um documento jurídico de onde se extrai a interpretação e a fundamentação das demais normas do ordenamento.

Nesse sentido Marinoni e Mitidiero (2008, p.47) afirmam que:

Se a lei passa a se subordinar aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais, a tarefa da doutrina deixa de ser a de simplesmente descrever a lei. Cabe agora ao jurista, seja qual for a área de sua especialidade, em primeiro lugar compreender a lei à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 é o marco das mudanças acima descritas, pois estabelece a mudança de um Estado autoritário para um Estado Democrático, preocupado com a justiça e igualdade social, bem como pela concretização dos direitos estabelecidos.

Neimar Batista (2011), abordando este movimento de redemocratização, afirma que nenhum ramo do Direito restou incólume, com destaque especial para as reestruturações hermenêuticas do Direito Constitucional, Civil e Processo Civil, cujos frutos virtuosos acabam por afetar também a atividade judicial. Não se pode afirmar que se tenha alterado a função do Estado-juiz, mas seu exercício também foi revisado, o que levou ao gradativo abandono da tecnocracia jurídica para lhe conferir maior participação na construção das normas.

Assim, as mudanças no modo de pensar e interpretar o Direito ocasionaram uma alteração nas atribuições do Poder Judiciário. Este passou a ser mais forte e teve seu âmbito de atuação ampliado, permitindo a formação da Teoria do Ativismo Judicial. Essa teoria possibilita ao juiz uma participação mais efetiva, abrangente, buscando encontrar nos fatos fornecidos a maior proximidade com a verdade real para, conseqüentemente, aplicar o direito da forma mais correta, mais justa.

O Ativismo permite ao juiz abandonar a interpretação literal da lei substituindo por uma interpretação sistemática, onde se observa determinada norma com base nos princípios e direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos. Neste sentido cabe mencionar a lição de Marinoni (2005, p.65):

Diante da transformação da concepção de direito, não há mais como sustentar as antigas teorias da jurisdição, que reservavam ao juiz a função de declarar o direito ou de criar a norma individual, submetidas que eram ao princípio da supremacia da lei e ao positivismo acrítico. O Estado constitucional inverteu os papéis da lei e da Constituição, deixando claro que a legislação deve ser compreendida a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais. Expressão concreta disso são os deveres de o juiz interpretar a lei de acordo com a Constituição [...] O juiz tem o dever de encontrar na legislação processual o procedimento e a técnica idônea à efetiva tutela do direito material. Para isso deve interpretar a regra processual de acordo, tratá-la com base nas técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto e suprir a omissão legal que, ao inviabilizar a tutela das necessidades concretas, impede a realização do direito fundamental à tutela jurisdicional”

Dessa forma, percebe-se que a Teoria do Ativismo Judicial é fruto do Neoconstitucionalismo, que estabeleceu mudanças no sistema Constitucional e terminou por alterar o modo de pensar e exercer o direito.

Barroso (2009), explicando essa teoria afirma que o Ativismo Judicial expressa um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas para ir além do legislador ordinário. Assim, o Ativismo consiste em um meio de contornar o processo político quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso.

Assim, o Ativismo Judicial apresenta como característica a aplicação dos princípios constitucionais na interpretação da lei; objetiva potencializar os direitos garantidos pelo sistema, e retira do Estado-juiz a observância irrestrita da literalidade do texto legal, possibilitando, conforme a análise do caso concreto, a formação da norma.

Ao abordar o Ativismo Judicial Alvim (2008, p. 3) afirma que:

O ativismo judicial, de um lado, põe em realce a instrumentalidade do processo, possibilitando ao juiz chegar à verdade real em vês de contentar com verdade apenas formal, e, de outro, exorciza alguns mitos processuais como a neutralidade do juiz e o *quod non est in actis non est in mundo*. O ativismo judicial traduz também a posição do juiz no processo, tendente a suprir a desigualdade processual das partes, decorrente de omissões processuais de seus patronos, com o objetivo de concretizar o princípio da igualdade material das armas.

Diversas críticas surgiram frente a esta nova atuação do Poder Judiciário, afirmando que o juiz, ao deixar de aplicar a literalidade da lei, formando uma norma para o caso concreto, estaria ultrapassando a sua competência e cumprindo a função de legislador, bem como, ferindo sua imparcialidade. Mauro Cappelletti observando estas alegações afirma que não há nenhuma ilegitimidade na atuação deste Poder, pelo contrário, é um meio de assegurar o contrapeso entre os demais Poderes. Assim ele afirma (CAPPELLETTI, 1993, p.107):

Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de checks and balances, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder (não governativos ou quase-governativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas.

Portanto, o Ativismo não chega a ferir as competências estabelecidas aos Poderes constitucionais, pelo contrário, permite que o Judiciário realize um controle dessas atribuições, impedindo que a literalidade da lei seja utilizada para ferir demais direitos.

Também em defesa do ativismo Leite (2009, p.3) afirma que:

O ativismo do juiz atua sobre o comportamento deste no processo, em busca de um direito judicial, menos submisso às leis ou à doutrina estabelecida e às convenções conceituais. Não importa numa simples, embora ágil, aplicação da norma e que a deixe inalterada. Nem é atitude *voluntariosa*, mas tomada de consciência no presente e diretriz de decisões futuras.

Assim, o Ativismo Judicial não se apresenta como uma violação a Constituição, pelo contrário, consiste numa nova maneira de interpretá-la e de integrar o sistema jurídico com base nos princípios por ela estabelecidos. Não viola a separação dos Poderes, pois o juiz não passa a legislar, mas a buscar o equilíbrio entre os Poderes, trazendo para o caso concreto o sentido abstrato da norma.

Portanto, o Ativismo Judicial consiste em uma ação, com vista a extrair o máximo de aplicabilidade da lei, através da interpretação dos princípios constitucionais. Embora semelhante, o ativismo não se confunde com a judicialização. Segundo Barroso (2009, p.6) a judicialização significa que:

Algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

Assim, percebe-se que a judicialização da política é um fato decorrente da própria Constituição, já o Ativismo Judicial é algo que decorre da postura dos tribunais, que fornecem uma interpretação mais abrangente dos princípios, principalmente quando relacionados ao da igualdade e dignidade da pessoa humana.

### **2.1.2 Princípios embaixadores do ativismo**

Como visto, o direito processual passou a sofrer profunda influência dos princípios constitucionais. O ordenamento passou a ser visto como um sistema harmônico, onde inexitem contradições. Freitas (2002) afirma que por princípios fundamentais entende-se os critérios ou as diretrizes basilares do sistema jurídico, que se traduzem em disposições hierarquicamente superiores, do ponto de vista axiológico, às normas e aos valores, sendo linhas mestras de acordo com as quais guiar-se-á o intérprete quando se defrontar com antinomias.

Para melhor entender o Ativismo Judicial se faz necessária à análise dos princípios que o fundamentam.

### 2.1.2.1 Princípio do dispositivo

O princípio do dispositivo, também conhecido como da inércia ou da iniciativa das partes, determina que o juiz não deve, salvo os casos permitidos em lei, iniciar o processo de ofício, pois atuando desta forma estará dando indícios de como realizará o julgamento, violando a imparcialidade.

Wambier (2008; p.83) assim explica o princípio em comentário:

O princípio do dispositivo é aquele segundo o qual cabe à parte, isto é, àquele que se diz titular do direito que deve ser protegido, colocar em movimento a máquina estatal (isto é, a estrutura do Poder Judiciário), para que dela obtenha uma concreta solução quanto à parcela da controvérsia, ou do conflito (a essa parcela denomina lide) trazida a juízo. Na esfera do direito processual civil, o Poder Judiciário é absolutamente inerte, só se manifestando (em amplo sentido) mediante a solicitação (provocação) do interessado.

Este princípio determina que o juiz deverá julgar a causa conforme os fatos contidos no processo e as provas que foram produzidas durante a instrução; impede também que o juiz decida a causa de modo diverso do requerimento inicial, concedendo além, aquém ou fora do pedido.

O dispositivo encontra-se positivado no art. 2º do Código de Processo Civil, ao dispor que nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte interessada a requerer, nos casos e formas legais, bem como no art. 128 quando diz que o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe proibido conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige a iniciativa das partes.

A análise do nosso ordenamento nos leva à conclusão de que o Brasil adotou o princípio do dispositivo com alguns toques do sistema inquisitivo, formando um sistema misto. Neste sentido afirma Neves (2012, p.70):

Além desse dispositivo legal, uma análise de nosso sistema demonstra o acerto do entendimento que aposta para a existência de

um sistema misto. O juiz está vinculado aos fatos jurídicos componentes da causa de pedir, o que depende da vontade da parte, mas as provas a respeito dos fatos podem ser determinadas de ofício pelo juiz (art.130 do CPC), o que demonstra uma característica do sistema inquisitivo.

Assim, o juiz não poderá, por sua vontade, iniciar o processo, contudo, após instaurado por iniciativa da parte, este terá poderes para instruir com as provas que achar necessárias e suficientes para o deslinde do feito.

### 2.1.2.2 Princípio do contraditório

O princípio do contraditório e da ampla defesa decorre do princípio democrático estabelecido em nosso sistema jurídico. Encontra fundamento em nossa Constituição, ao estabelecer em seu art. 5º, LV que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes”.

A doutrina afirma que este princípio pode ser dividido em duas garantias: a participação no processo e a possibilidade de influenciar o juiz na tomada da decisão final.

Decorrente do princípio do devido processo legal, o contraditório assegura aos litigantes a possibilidade de contradizer os argumentos expostos pela parte adversária e as provas por esta produzida. Neste sentido explica Neves (2012, p 64):

Tradicionalmente, considera-se ser o princípio do contraditório formado por dois elementos: informação e possibilidade de reação. Sua importância é tamanha que a doutrina moderna entende tratar-se de elemento componente do próprio conceito de processo. Nessa perspectiva, as partes devem ser devidamente comunicadas de todos os atos processuais, abrindo-se a elas a oportunidade de reação como forma de garantir a sua participação na defesa de seus interesses em juízo. Sendo o contraditório aplicável a ambas as partes, costuma-se também empregar a expressão “bilateralidade da audiência”, representativa da paridade de armas entre as partes que se compõem em juízo.

Assim, para que este princípio seja respeitado faz-se necessário que as partes sejam informadas dos atos processuais realizados, utilizando o Poder Judiciário, para tanto, das intimações e citações. Este elemento é de fundamental importância, pois impede que as partes sejam surpreendidas com uma sentença com conteúdo diverso do esperado.

Quanto ao segundo elemento, a reação, para que o princípio em comento seja respeitado, basta que tenha sido fornecido às partes os meios de intervir no processo. Assim, se a parte foi informada dos atos e lhe foi assegurado o direito de manifestar e esta permaneceu inerte, não há que se falar em desrespeito ao contraditório. Ressalta-se que quando a matéria tratada referir-se a direitos indisponíveis deve haver uma reação efetiva, dessa forma, a lei cria mecanismos de efetivá-la, como a previsão do art. 320, I do CPC, que impede o efeito da revelia. Nesse sentido leciona Gonçalves (2012, p.60):

Na esfera cível, o réu se defende se desejar, tanto nos processos que versem sobre interesses disponíveis quanto indisponíveis. A diferença entre ambos é que, se o réu optar por não se defender, no primeiro tipo de processo o juiz presumirá verdadeiros os fatos narrados na petição inicial, podendo dispensar a produção de provas e promover o julgamento antecipado da lide. Já naqueles que versam sobre interesses indisponíveis, a falta de defesa não gera a presunção de veracidade.

A doutrina afirma que a reação no processo não é somente manifestar-se, mas contribuir na formação do convencimento do juiz, influenciando-o na elaboração da sentença.

Neves (2012, p.65) ao abordar o princípio do contraditório afirma que:

A completa realização do princípio do contraditório, em especial quando analisado como forma de garantir a “paridade de armas” no processo, exige uma igualdade real entre as partes para que as reações possam efetivamente igualar suas

situações no processo. Essa é a razão pela qual existem normas que permitem a assistência aos meios e a indicação de patrono gratuito pelo Estado, além de outros tratamentos diferenciados.

Assim, o princípio do contraditório é uma garantia constitucional que está presente em todos os processos judiciais e administrativos, conferindo às partes o direito de ter conhecimento do processo e de produzir atos que garantam a defesa dos seus direitos.

### **2.1.2.3** Princípio da igualdade processual – Isonomia

O princípio da isonomia garante às partes processuais um tratamento igualitário, conforme prevê o art. 5º, I, da CF/88 ao estabelecer que todos são iguais perante a lei; e, conforme art. 125 do CPC que determina ao juiz, ao dirigir o processo, a obrigatoriedade de assegurar às partes a igualdade de tratamento. Este princípio possui como objeto evitar o desequilíbrio de uma parte em face de seu opositor.

Assim, as partes processuais devem estar em juízo em paridade de armas, ou seja, devem lutar por seus interesses em pé de igualdade, com as mesmas condições. Observando essa lógica, o juiz deve fornecer às partes desiguais um tratamento diferenciado com o fim de estabelecer a igualdade processual.

Percebendo a necessidade deste tratamento diferenciado para alcançar a igualdade, Neves (2012, p.72) faz o seguinte comentário:

O princípio da isonomia, entretanto, não pode se esgotar num aspecto formal, pelo qual basta tratar todos igualmente que estará garantida a igualdade das partes, porque essa forma de ver o fenômeno está fundada na incorreta premissa de que todos sejam iguais. É natural que, havendo uma igualdade entre as partes, o tratamento também deva ser igual, mas a isonomia entre sujeitos desiguais só pode ser atingida por meio de um tratamento também desigual, na medida da

desigualdade. O objetivo primordial na isonomia é permitir que concretamente as partes atuem no processo, dentro do limite possível, no mesmo patamar. Por isso, alguns sujeitos, seja pela sua qualidade, seja pela natureza do direito que discutem em juízo, têm algumas prerrogativas que diferenciam seu tratamento processual dos demais sujeitos, como forma de equilibrar a disputa processual.

Portanto, a aplicação do princípio da igualdade, durante a instrução processual, tem por fim estabelecer a igualdade material entre as partes para que essas possam buscar a defesa dos seus direitos utilizando dos mesmos recursos.

Hans Kelsen *apud* :Piscitelli (2010, p.01) afirma que:

A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devem ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles.

É em função do princípio da isonomia que existe a assistência judiciária gratuita para prestar auxílio àqueles que não têm como arcar com os honorários advocatícios e custas judiciais, possibilitando a esses requererem/defenderem seus interesses em juízo.

Didier Junior (2012) ensina que o princípio da igualdade processual impõe a criação de uma série de regras processuais adequadas às particularidades de cada sujeito do processo. Nesse sentido, a igualdade processual confunde-se com a adequação subjetiva do processo. Assim, para estabelecer a igualdade das armas, o juiz, analisando a situação de cada parte no processo, poderá inverter o ônus da prova atribuindo-o àquele que melhor tiver condições de produzi-la, observando, com isso, a posição da parte que não possui tal capacidade, mas que depende da prova para garantir seu direito.

A doutrina afirma que embora o princípio da isonomia seja de observância obrigatória pelo juiz, o seu principal destinatário é o legislador, sendo-lhe proibido criar normas distintas para pessoas e situações idênticas.

#### **2.1.2.4** Princípio da cooperação

Estruturado na boa-fé e no contraditório, o princípio da cooperação determina que a condução do processo deixa de ser direcionada unicamente pela vontade das partes, passando a depender de uma atuação mais ativa do juiz. Este princípio reflete um modelo de processo democrático onde as partes possuem deveres processuais ligados ao fato discutido e não com o seu direito. Desta forma, surge para as partes a obrigação de contribuir com o processo, independente se tal contribuição será benéfica ou prejudicial ao seu interesse.

Neves (2012) afirma que o objetivo principal do princípio em comento é exigir do juiz uma participação mais efetiva, entrosando-se com as partes de forma que o resultado do processo seja o resultado dessa atuação conjunta de todos os sujeitos processuais. O juiz passa a ser um integrante do debate que se estabelece na demanda, prestigiando esse debate entre todos, com a ideia central de que, quanto mais cooperação houver entre os sujeitos processuais, a qualidade da prestação jurisdicional será melhor.

A doutrina costuma dividir os deveres de cooperação das partes processuais em três: deveres de lealdade, esclarecimento e de proteção. O dever de lealdade encontra fundamento nos artigos 14, II e 17 do CPC, conferindo às partes a tarefa de observar a boa-fé processual; o dever de esclarecimento confere às partes o ofício de elaborar sua participação de forma coerente e clara, e para o juiz o dever de requerer das partes explicações sobre suas alegações; o de proteção proíbe a parte de realizar atos que venham a prejudicar a parte adversária, e para o juiz, o dever de apontar eventuais falhas, possibilitando suas correções.

#### **2.1.2.5** Princípio da motivação das decisões e da publicidade

O princípio da motivação das decisões judiciais encontra-se previsto no art. 93, XI da CF/88, ao determinar que “todos os julgamentos dos órgãos do

Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”. Este princípio mostra-se de extrema importância no Estado Democrático de Direito, pois informa ao cidadão a fundamentação para aquele posicionamento, fornecendo-o fundamento para, se insatisfeito, questionar a decisão em segunda instância.

Neves (2012), abordando o princípio da motivação das decisões, explica que uma decisão ausente de fundamentação contém um vício sério, pois, além de afrontar o texto constitucional expresso, impede o acesso da parte sucumbente aos tribunais, impede a atuação desse órgão na revisão da decisão e, pior do que tudo isso, permite que se façam ilações a respeito da imparcialidade e lisura do julgador.

A decisão não deve ser somente motivada. para ter validade é necessário que a mesma seja publicada, possibilitando a todos o seu conhecimento para a partir desse poder exercer o direito de impugná-la, caso a considere injusta.

#### **2.1.2.6** Princípio da proporcionalidade

Considerado pela doutrina como o princípio dos princípios a proporcionalidade é um meio disponibilizado ao operador do direito para potencializar a aplicação dos direitos fundamentais, mesmo que estes se encontrem em conflito. Assim, busca evitar que direitos fundamentais sejam restringidos, fazendo com que, em situação de conflito, todos sejam aplicados, cada um em seu limite de alcance, conforme o caso concreto.

Cristóvam (2011, p.01) afirma que:

A proporcionalidade é uma máxima, um parâmetro valorativo que permite aferir a idoneidade de uma dada medida legislativa, administrativa ou judicial. Pelos critérios da proporcionalidade pode-se avaliar a adequação e a necessidade de certa medida, bem como, se outras menos gravosas aos interesses sociais não poderiam ser praticadas em substituição àquela empreendida pelo poder Público.

Assim, a proporcionalidade, também chamada de razoabilidade, impede que direitos fundamentais, quando em conflitos, deixem de ser aplicados, seja na esfera legislativa, administrativa ou do Judiciário; busca o equilíbrio entre esses direitos para que haja harmonia entre os interesses conflitantes.

### **2.1.3 Acesso à Justiça**

Com as mudanças constitucionais que valorizaram direitos sociais e individuais, exigiu-se do Estado uma maior atuação no sentido de garantir a efetividade e proteção desses. O princípio do acesso à justiça, também chamado de princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, surgiu como um mecanismo de garantir a reivindicação dos direitos.

Positivado no art.5º, XXXV da CF/88, quando determina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”, o Acesso à Justiça consiste num meio disponibilizado ao indivíduo para procurar o Poder Judiciário com o objetivo de resolver seus conflitos, devendo receber deste uma decisão rápida e justa. Grinover *apud* Arruda (2004, p.01) define este direito da seguinte forma:

Acesso à justiça não se identifica, pois, com a mera admissão ao processo, ou possibilidade de ingresso em juízo. Como se verá no texto, para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente (inclusive em processo criminal), sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequeno valor, interesses difusos); mas, para a integralidade do acesso à justiça, é preciso isso e muito mais.

Inicialmente este direito era visto como o simples direito de propor uma ação em juízo ou de defender-se de alguma acusação, sem realizar qualquer

análise quanto à igualdade material das partes. Com alguns movimentos sociais, novos direitos foram surgindo, exigindo do Estado uma posição mais ativa em busca de efetivá-los, ocasionando uma modificação no antigo conceito para ir além do simples acesso ao Poder Judiciário. Nesse sentido afirma Watanabe (2000, p.27):

A partir desse princípio tem-se entendido que o texto constitucional, em sua essência, assegura uma tutela qualificada contra qualquer forma de denegação da justiça, abrangendo situações processuais e substanciais. Esse propósito tem servido de apoio à concepção de um sistema processual que efetivamente tutele todos os direitos, seja pelo esforço interpretativo que procure suprir as eventuais imperfeições, seja pela atribuição a certos institutos processuais, que possui a função de cobrir as falhas existentes no sistema processual

Portanto, o constitucionalismo moderno possibilitou o desenvolvimento do Acesso à Justiça em sentido material, o qual se preocupa em satisfazer as partes com o fornecimento de um resultado justo, utilizando, para isto, de meios que reduzam as desigualdades processuais existentes entre as partes, divergindo da antiga visão do acesso, que apenas conferia às partes uma atuação jurisdicional sem qualquer compromisso.

A doutrina, fundamentada nos estudos de Mauro Cappelletti, afirma que o Acesso à Justiça se desenvolveu diante de três ondas. Na primeira buscou levar a assistência judiciária aos menos favorecidos; a segunda está relacionada à representação nos interesses metaindividuais e a terceira que pretende garantir a proteção ao direito das partes.

Por sua vez, Carneiro (2000) afirma que o Acesso à Justiça está ligado a quatro subprincípios: a acessibilidade, que consiste na possibilidade do cidadão estar em juízo livre de obstáculos; a utilidade, pelo qual o cidadão através do processo deve ter assegurado tudo o que lhe é de direito, de forma célere e proveitosa; a operosidade, que impõe a todos os participantes da relação processual o dever de atuar de forma a obter o melhor da sua produção; e a proporcionalidade, que determina o modo de atuação do juiz

diante do conflito de interesses, devendo aplicar o direito que menos viole o outro conflitante.

O moderno conceito de Acesso à Justiça requer, portanto, um comprometimento daqueles que são responsáveis por seu fornecimento, estruturando-o com o fim de satisfazer o jurisdicionado com a tutela fornecida, concedendo-o um resultado considerado justo.

Desta forma, o Acesso à Justiça revela-se como um dos mais importantes direitos concedidos ao cidadão, devendo ser analisado conjuntamente com outras garantias como o devido processo legal, o juiz natural, a publicidade, o contraditório e a ampla defesa. Pressupõe a isonomia entre as partes, a qual que não se limita a igualdade formal. Deve-se, para um acesso justo, estabelecer a igualdade material entre as partes, tratando-as conforme suas diferenças, aproximando-as. Deve-se observar a realidade dessas, quais os obstáculos que as impedem de ter acesso a seus direitos e buscar meios de superá-los, um destes meios é o Ativismo Judicial, que, entre suas diversas vias, possibilita a Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova.

## **2.2 DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO**

### **2.2.1 Ônus probatório no Código de Processo Civil**

A prova é um meio de auxiliar o juiz no convencimento dos fatos alegados. Montenegro Filho (2012) afirma que se refere à demonstração, pela parte, da veracidade das alegações suscitadas no processo, conduzidas pela petição inicial e pela contestação, determinando a procedência ou a improcedência da ação ou dos pedidos.

Há situações em que existe uma ausência ou insuficiência de provas no processo que impede o juiz de chegar a uma verdade mais próxima da real. Diante dessa situação o ordenamento estipula regras para que o juiz possa sentenciar. Essas regras fixam a distribuição do ônus da prova. Neste sentido, Wambier (2008, p.258) afirma que:

[...] mediante a distribuição do ônus da prova, estabelecem-se regras destinadas a nortear a atividade do julgador e sistematiza-se o procedimento probatório, evitando-se diligências desnecessárias e indesejáveis. Então, as normas sobre ônus probatório, por um lado, são “regras de julgamento”, isso é, são dirigidas ao julgador, no momento de sentenciar. Por outro, fornecem parâmetros para as partes previamente estabelecerem sua estratégia probatória: autor e réu primeiramente se concentrarão em provar os fatos sobre os quais recaem os seus respectivos ônus.

Assim, as regras sobre o ônus da prova determinam não só a quem é atribuída à faculdade de produzir a prova, como também guiam o juiz na hora de realizar o julgamento. Theodoro Junior (2007, p.478) ensina que o ônus da prova:

[...] consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz. Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente.

O art. 333 do Código de Processo Civil estabelece a regra para a distribuição do ônus da prova, que consiste numa atitude da parte em comprovar a veracidade de suas alegações e é direcionada conforme a posição que a parte atua no processo.

O citado artigo determina que cabe ao autor a tarefa de provar os fatos constitutivos de seu direito, ou seja, provar os fatos que levam a procedência do seu pedido, e ao réu, a tarefa de provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Neste caso, a não manifestação do réu em comprovar a ilegitimidade das alegações feitas pelo autor na inicial não o colocará em situação de desvantagem no processo. A situação prejudicial, não se dará pela ausência de produção de provas pela sua parte, mas pela produção pela parte autora.

Gonçalves (2011) faz uma breve distinção entre ônus probatório e obrigação. Segundo este o ônus distingue-se da obrigação porque esta é uma atividade que o sujeito faz em benefício da outra, enquanto o ônus é uma atividade que a pessoa desempenha em favor de si, não da parte contrária. Assim, quem tem o ônus de provar é aquele que sofrerá as consequências da ausência da prova no processo.

Abordando o tema, Wambier (2008, p.458) explica que:

O ônus da prova é de fundamental importância quando não há prova de determinado fato no processo. Como a prova não pertence a parte, cabe-lhe manuseá-la a seu favor, tentando extrair dos fatos demonstrados a consequência jurídica que pretende. Se a prova vem aos autos, independentemente de quem a produziu, compete ao juiz reconhecer os efeitos que ela produziu.

A doutrina costuma dividir o ônus probatório em dois ramos, o ônus subjetivo e o ônus objetivo. O ramo subjetivo analisa a quem é atribuído o dever de provar, já o objetivo analisa a regra aplicada ao julgamento quando as provas são inexistentes ou insuficientes para comprovar os fatos, situação que o juiz analisará de quem era a obrigação de comprovar e o colocará em situação de desvantagem processual.

Neves (2012, p.418) assim resume o ônus da prova:

O ônus da prova é, portanto, regra de julgamento, aplicando-se para as situações em que, ao final da demanda, persistem fatos controvertidos não devidamente comprovados durante a instrução probatória. Trata-se de ônus imperfeito porque nem sempre a parte que tinha o ônus de provar e não produziu a prova será colocada num estado de desvantagem processual, [...]. Mas também é regra de conduta das partes, porque indica a elas quem potencialmente será prejudicado diante da ausência ou insuficiência da prova.

Assim, conforme a sistemática apresentada pelo art. 333 do CPC o réu deverá comprovar suas alegações sempre que apresentar um fato novo que seja impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Neves (2012) explica que a regra contida no art. 333,II, do CPC só possui relevância no processo quando o autor tiver se desincumbido de seu ônus probatório, pois a existência de um fato impeditivo, modificativo ou extintivo só passa a interessar na decisão do juiz quando este se convencer da existência do fato constitutivo do autor. Assim, se nenhuma das partes se desincumbir do ônus de provar e o juiz tiver de julgar conforme a regra do ônus da prova, o pedido será julgado improcedente.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê a possibilidade de inverter o ônus da prova, esta inversão consiste em modificar as regras naturais de distribuição do ônus. Conforme a doutrina, existem três espécies de inversão: a convencional, a legal e a judicial, que levam em consideração, respectivamente, a vontade dos litigantes, de determinação legal ou judicial.

A inversão convencional poderá ocorrer antes ou durante o processo e encontra limitações no parágrafo único do art. 333 do CPC. Assim, não poderá ser objeto de convenção a inversão quando a prova recair sobre direito indisponível da parte, bem como quando tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

O art. 51, IV do Código de Defesa do Consumidor (CDC) veda a inversão convencional sempre que esta estiver em prejuízo do consumidor.

Na inversão judicial, o juiz, analisando o preenchimento de alguns requisitos determinará a inversão do ônus da prova, conforme a previsão em lei. O art. 6º, VIII do CDC estabelece a possibilidade de o juiz inverter o ônus da prova em favor do consumidor quando ficar provador este ser hipossuficiente ou que suas alegações são verossímeis.

A inversão legal é aquela prevista em lei e que sua aplicação independe da análise judicial quanto ao preenchimento de requisitos, pois estes presumem-se presentes na situação. Exemplo deste tipo de inversão é a previsão do art. 37,§ 6º da CF/88, que estabelece a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado que prestam serviço público pelos danos que seus agentes, atuando nessa qualidade, causarem a terceiros.

No que se refere ao controle da produção de provas pelas partes, o art.130 do CPC determina que caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias a instrução do processo, indeferindo

as diligências inúteis ou meramente protelatórias. Este artigo permite ao juiz a possibilidade de produzir provas sempre que as provas produzidas pelas partes não forem suficientes para gerar seu convencimento.

### **2.2.2 Teoria da Carga Dinâmica Probatória**

O Código de Processo Civil (CPC) acolheu em seu artigo 333 a teoria estática do ônus da prova. Em contraposição, surgiu a Teoria da Carga Dinâmica, que teve origem na doutrina argentina, com os ensinamentos de Jorge W. Peyrano e Augusto M. Morelo, os quais afirmam que primeiramente se analisam as circunstâncias do caso para depois atribuir o ônus de provar àquele que possui as melhores condições de produzi-la, fundamentando este pensamento nos princípios da lealdade, boa-fé e solidariedade entre as partes, conforme leciona Celeste (2013).

No Brasil esta teoria ainda não se encontra positivada, contudo, é amplamente difundida em nossa jurisprudência. Segundo Borge (2010), está capitaneada pelo REsp. 693.09/SC, de lavra do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, que, ao aplicar a Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, responsabilizou profissional da área da saúde por determinado fato jurídico, já que competia ao profissional esclarecer ao juízo sobre os fatos da causa, pois nenhum outro tem como ele os meios de comprovar o que aconteceu nasala cirúrgica.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do REsp 1.286.704/SP (STJ, 2013) abordou que:

Embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual esse ônus recai sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso.

Desta forma, o STJ demonstrou a possibilidade de mesmo na ausência de previsão legal o juiz inverter o ônus da prova para melhor aplicar o direito, utilizando para tal ato o Ativismo Judicial.

Ribeiro (2011) afirma que dois princípios norteiam a Distribuição Dinâmica da Prova: o princípio da cooperação, que gera para as partes o dever de cooperar com o órgão jurisdicional sem se refugiar no seu mero interesse particular e o princípio da igualdade, que prevê que o efetivo Acesso à Justiça pode ser comprometido caso as partes não recebam um tratamento diferenciado para neutralizar as desigualdades existentes entre elas, pois tratar desigualmente os desiguais significa a aplicação da verdadeira isonomia.

Dall’Agnol Junior (2001, p.98) afirma que a aplicação da Teoria Dinâmica do Ônus Probatório estabelece um vínculo processual com os fatos e não com a posição da parte ou com a espécie do fato, se extintivo, modificativo, constitutivo ou impeditivo. Assim ele afirma:

Pela teoria da distribuição do ônus probatório, portanto, a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; b) ignorável é a posição da parte no processo; c) e desconsiderável se exhibe a distinção já tradicional entre os fatos constitutivos, extintivos etc. Releva, 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.

Assim, a aplicação da teoria dinâmica rompe as barreiras introduzidas pela regras do CPC, tornando-as mais flexíveis, adaptáveis a cada situação em concreto. Permite ao juiz observar, conforme a relação processual estabelecida, qual das partes possui a melhor condição de produzir a prova, seja esta condição técnica, financeira, dentre outras. Com isso, se a parte a quem foi imputado o ônus não produzir a prova ou a produzir de forma deficitária, recairá sobre ela as consequências estabelecidas no CPC.

Dinamarco, citado em decisão do STJ no REsp nº 540.179 –SP (2004,p. 07), ao analisar a prova no processo civil afirma que:

Prepondera largamente no processo civil a regra de que em princípio competem às partes a busca de fontes de prova e a iniciativa de incluí-las na instrução processual, não cabendo ao juiz senão recebê-las, processar os meios de prova segundo os procedimentos que a lei estabelece e afinal levar em conta os resultados, ao julgar. Essa passividade judicial integra os modelos do processo civil dispositivo clássico, em que ao juiz é imposto um comportamento estático e receptivo, sem outra missão no curso do procedimento senão a de dirigi-lo e chamá-lo à ordem quando necessário.

[...]

Essa concepção radical tende no entanto a ser superada, mitigando-se gradualmente a lógica do raciocínio privatista que lhe está a base, seja porque nem só de direitos disponíveis o processo civil trata, seja porque ao juiz de hoje cabe um comportamento dinâmico no processo. Não há mais clima para tanto predomínio do princípio dispositivo, que exclui os comportamentos inquisitivos do juiz no processo e na sua instrução.

Observa-se que a aplicação da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova é fruto do Ativismo Judicial. É incontestável que ao permitir uma análise discricionária para identificar sobre quem deverá recair o ônus da prova a teoria exige uma participação mais ativa do julgador. Deve-se observar que tal discricionariedade não é ilimitada. A atuação do juiz na distribuição do ônus probatório deve pautar-se nos princípios da igualdade, motivação, devido processo legal, ampla defesa, cooperação, dentre outros que permitem estabelecer o maior grau de igualdade entre as partes processuais. Neste sentido Didier Junior. (2012, p. 97) afirma que:

Nesse contexto, o juiz permanece no posto de gestor das provas e com poderes ainda maiores, pois lhe incube avaliar qual das partes está em melhores condições de produzir a prova, à luz das circunstâncias concretas – sem estar preso a critérios prévios, gerais e abstratos. Pauta-se o magistrado em critérios abertos e dinâmicos, decorrentes das regras de experiência e do senso comum, para verificar quem tem mais facilidade de prova, impondo-lhe, assim, o ônus probatório. Explora a dinâmica fática e axiológica presente no caso concreto, para atribuir a carga probatória àquele que pode melhor suportá-la.

Parte da nossa doutrina afirma como exemplo da positivação da Teoria da Carga Dinâmica do Ônus Probatório em nosso ordenamento encontra-se no art. 6º, VIII, do CDC. Contudo, conforme visto nos itens anteriores, tal artigo consiste em aplicação da inversão judicial do ônus da prova. Não consiste em positivação da teoria mencionada porque praticamente não permite ao juiz realizar uma avaliação discricionária pautada nos princípios constitucionais estabelecidos. O artigo ora enfatizado somente permite a aplicação da inversão do ônus da prova quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente.

Com vista a possibilitar uma maior aplicação da Teoria da Carga Dinâmica do Ônus da Prova, que é amplamente difundida em nossa doutrina e jurisprudência, o Projeto de Lei do novo Código de Processo Civil – Projeto de lei nº 8046/2010, no art. 358 pretende positivizar tal teoria nos seguintes termos:

Art.358. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observando o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

§ 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 357, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

Percebe-se que o projeto de lei do novo CPC permite uma importante mudança nas regras do ônus probatório, possibilitando ao juiz, diante do desequilíbrio de condições em produzir a prova entre as partes, adequar a regra de distribuição conforme o caso concreto.

Aplicar, a partir do Ativismo Judicial, a Distribuição Dinâmica da Prova não significa comprometer a imparcialidade do juiz no processo, bem como que este pode arbitrariamente alterar o ônus. A atuação deste deve sempre ser pautada em algum princípio ou norma presente em nosso ordenamento. Nesse sentido explica Dinamarco, citado em decisão do STJ no REsp nº 540.179/SP (STJ, 2004):

A experiência mostra que a imparcialidade não resulta comprometida quando, com seriedade e consciência da necessidade de instruir-se para melhor julgar, o juiz supre com iniciativas próprias as deficiências probatórias das partes. Os males de possíveis e excepcionais comportamentos passionais de algum juiz não devem impressionar o sentido de fechar a todos os juízes, de modo absoluto, as portas para um sadio ativismo.

Diante disso e na linha das tendências do processo civil moderno, o Código contém um conjunto harmônico de disposições que investem o juiz do poder-dever de tomar iniciativas probatórias em alguns casos. Isso é feito mediante (a) a genérica imposição do dever de assegurar a igualdade entre as partes (art. 125, inc. I), para efetividade da garantia instituída no art. 5º, caput, da Constituição Federal; b) a determinação, também ampla, de o juiz, a requerimento, ou mesmo de ofício, faça realizar todas as provas necessárias à instrução da causa (art. 130).

Assim, a Teoria da Distribuição Dinâmica da Carga Probatória permite estabelecer uma maior efetividade processual, tutelando o interesse daquele que aparentemente tem o melhor direito, contudo, não possui as melhores condições de produzir as provas.

### **2.2.3 Ativismo Judicial e a carga dinâmica da prova sob o enfoque da jurisprudência**

A Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus Probatório, conforme visto, ainda não se encontra positivada em nosso ordenamento, contudo, diversos são os julgados que a aplicam, utilizando como base o Ativismo Judicial, fundamentado nos princípios constitucionais que buscam garantir as partes o maior alcance da efetividade da prestação jurisdicional.

Além dos princípios constitucionais, nossa jurisprudência buscou no ordenamento diversos artigos que possibilitam tal aplicação. O art. 125, I do CPC compete ao juiz assegurar às partes a igualdade de tratamento. Os art. 14,16,17 e 18, também do CPC, tratam de regras que estabelecem o compromisso com a lealdade, a veracidade e a boa fé processual. O art. 339

do CPC determina que ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade. Assim, a junção de todos estes preceitos permitiu excepcionar a teoria estática do ônus da prova e aplicar a teoria dinâmica, buscando estabelecer uma maior efetividade processual.

Diversos são os julgamentos em que nossos tribunais aplicam tal teoria. No julgamento do REsp. 43.467/MG (STJ, 1996) o Superior Tribunal de Justiça afirmou a possibilidade de aplicação do Ativismo Judicial, colocando em prática a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus Probatório sempre que houver desproporção econômica ou sociocultural entre as partes. Neste sentido cabe mencionar:

DIREITOS CIVIL E PROCESSUAL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE.DETERMINAÇÃO DE OFICIO DE AUDIENCIA DE TESTEMUNHAS. POSSIBILIDADE. DIREITO INDISPONIVEL. ART. 130, CPC. DIREITO DE FAMÍLIA. EVOLUÇÃO.HERMENEUTICA. PRECEDENTES. RECURSO DESACOLHIDO.

I - Na fase atual da evolução do direito de família, é injustificável o fetichismo de normas ultrapassadas em detrimento da verdade real, sobretudo quando em prejuízo de legítimos interesses de menor.

II - Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, e certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório.

III - tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou socio-cultural entre as partes.

(STJ –Turma 4 – REsp 43467 MG – Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira – j. 12/12/1995 – DJ 18/03/1996 p. 7568)

No julgamento do REsp 1.195.642/RJ (STJ, 2012), o STJ decidiu que mesmo diante de ausência de relação de consumo uma empresa de telefonia deveria indenizar uma revendedora de veículos por falhas no serviço. Identificou que a produção de provas pela concessionária que demonstrassem a inexistência ou falha no serviço da Empresa de telefonia seria uma tarefa

impossível. Diante desse fato aplicou a Teoria da Distribuição Dinâmica para inverter o ônus probatório.

No AgRg no AREsp 216315/RS (STJ, 2012) aplicou a teoria em comento para exigir, de uma empresa de fornecimento de energia, a apresentação de documentos que encontravam-se em sua posse, justificando que não há ilegalidade em tal determinação, pois a Teoria da Distribuição Dinâmica proporciona a flexibilização do sistema, permitindo ao juiz modificar o ônus da prova, atribuindo-a à parte que tenha melhor condição de produzi-la.

Em todas essas jurisprudências ficou demonstrado que os tribunais brasileiros vêm conjugando a Teoria do Ativismo Judicial com a Distribuição Dinâmica do Ônus Probatório para possibilitar às partes um processo democrático, no qual busca-se eliminar as disparidades das partes para, ao final, aplicar uma sentença justa, em conformidade com os princípios e direitos estabelecidos no ordenamento pátrio.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa analisou que o momento pós Segunda Guerra Mundial fez surgir reivindicações que terminaram por atribuir aos cidadãos mais direitos e garantias, ocasionando mudanças em todo o ordenamento jurídico. Os princípios constitucionais passaram a definir as normas e possibilitaram o desenvolvimento de um novo modo de interpretar a lei, buscando, entre as opções, aquela que possibilite maior efetividade do direito previsto.

O Ativismo Judicial foi abordado como uma postura proativa do juiz, que, fundamentado nos princípios constitucionais, realiza uma interpretação mais expansiva da lei, atribuindo-a maior aplicabilidade. Assim, este vai além do previsto expressamente pelo legislador, contudo, dentro do âmbito de aplicabilidade dos princípios pelos quais fundamenta sua atuação.

Foi investigado se o Ativismo ultrapassa a competência do Poder Judiciário, invadindo a competência dos demais poderes ao estabelecer uma regra não prevista expressamente para determinado caso. Observou-se que a aplicação da teoria ativista está dentro da competência do Poder Judiciário, pois cabe a este interpretar e aplicar o direito. Assim, ao fazer uso do Ativismo o aplicador do direito não cria uma nova lei, apenas a aplica com base nos princípios estabelecidos pelo ordenamento pátrio.

Abordou-se que o Acesso à Justiça passou por uma evolução chegando a ser considerado não só como o acesso ao Judiciário, mas como o fornecimento, de uma resposta justa e efetiva aos requerimentos dos cidadãos, para tanto, necessita de mecanismos que venham a materializar tal garantia. Um desses mecanismos é o ativismo judicial, que permite ao juiz, durante a instrução processual estabelecer meios de garantir a paridade de armas entre as partes e formar um processo que ao final será considerado justo, sem surpresas para os litigantes.

A Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus Probatório foi analisada como um movimento derivado do Ativismo Judicial e que está diretamente relacionado à busca pela efetividade processual, conforme exige o Acesso à Justiça. Inverter o ônus da prova, quando necessário, mostra-se como um meio

de garantir a parte os meios legítimos de acesso a um processo justo, igualitário.

Assim, com a aplicação das teorias mencionadas o magistrado passou a ser um agente capaz de tornar efetivos os mandamentos do Acesso à Justiça, assumindo uma postura atuante na produção de provas, instruindo o processo, respeitando a imparcialidade, sempre na busca pela verdade real dos fatos.

Portanto, este trabalho analisou que a conjugação do Ativismo Judicial com a Distribuição Dinâmica do Ônus Probatório é uma opção colocada à disposição do juiz para atribuir ao processo maior igualdade material entre as partes, possibilitando, conseqüentemente, ao final, um julgamento mais próximo do ideal de justiça esperado pelas partes e indicado pelo princípio do Acesso à Justiça.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Neutralidade do juiz e ativismo judicial**.2008.Disponível em:

<[http://www.direitoprocessual.org.br/dados/File/enciclopedia/artigos/processo\\_civil/28%20J%20E%20Carreira%20Alvim%20-%20NEUTRALIDADE%20DO%20JUIZ.doc](http://www.direitoprocessual.org.br/dados/File/enciclopedia/artigos/processo_civil/28%20J%20E%20Carreira%20Alvim%20-%20NEUTRALIDADE%20DO%20JUIZ.doc)>. Acesso em 20.01.2014

ARRUDA, Rodrigo Chavari de. **Tutela específica na perspectiva do acesso à justiça**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 335, 7 jun. 2004 Disponível em: <[/jus.com.br/artigos/5308](http://jus.com.br/artigos/5308)>. Acesso em: 25.03.2014

BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade Democrática**. Ordem dos Advogados do Brasil. Revista nº 04. Janeiro/fevereiro 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 11/12/ 2012.

BATISTA, Neimar; PARODI, Ana Cecília. **O ativismo Judicial como meio para efetivação da função social do processo**. Jus Navegandi, Teresina, ano16, n.2778, 8 fev.2011, disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/18428>. Acesso em: 11.10.2012.

BRASIL. **Constituição Federal de 05 de outubro de 1988**. In: Vade Mecum. 15 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973** – institui o Código de Processo Civil. In: Vade Mecum. 15 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990** – Código de Defesa do Consumidor. In: Vade Mecum. 15 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 8046/2010**. Revoga a lei nº 5.869, de 1973 – Código de processo civil. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=D15D32A4D746757A3543FDF089D63535.node1?codteor=831805&filename=PL+8046/2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D15D32A4D746757A3543FDF089D63535.node1?codteor=831805&filename=PL+8046/2010)>. Acesso em: 02/02/2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 216315/RS**. Brasília, DF.

2012. Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1189626&num\\_registro=201201686355&data=20121106&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1189626&num_registro=201201686355&data=20121106&formato=PDF)>. Acesso em: 02/03/2014.

\_\_\_\_\_**REsp 43.467 MG**, Brasília, DF, 1996. Disponível em:

<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19980746/recurso-especial-resp-43467-mg-1994-0002624-2>. Acesso em: 02/03/2014

\_\_\_\_\_**REsp 69.309/SC**, Brasília, DF, 1996. Disponível em:

[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199500333414&dt\\_publicacao=26-08-1996&cod\\_tipo\\_documento=&formato=undefined](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500333414&dt_publicacao=26-08-1996&cod_tipo_documento=&formato=undefined). Acesso em: 02/03/2014

\_\_\_\_\_**REsp.nº 506.719 –PR**, Brasília, DF, 2004. Disponível em:

[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=915928&sReg=200201703560&sData=20031209&sTipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=915928&sReg=200201703560&sData=20031209&sTipo=51&formato=PDF). Acesso em:

\_\_\_\_\_**REsp nº 540.179/SP**, Brasília, DF, 2004. Disponível em:

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=446467&num\\_registro=200300594128&data=20040614&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=446467&num_registro=200300594128&data=20040614&formato=PDF). Acesso em: 02/03/2014

\_\_\_\_\_**REsp 1.195.642/RJ**. Brasília, DF.2012. Disponível em:

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1194152&num\\_registro=201000943916&data=20121121&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1194152&num_registro=201000943916&data=20121121&formato=PDF). Acesso em: 02/03/2014

\_\_\_\_\_**REsp 1.286.704/SP**. Brasília, DF. 2013. Disponível em:

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1285625&num\\_registro=201102426968&data=20131209&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1285625&num_registro=201102426968&data=20131209&formato=PDF). Acesso em: 02/03/2014

\_\_\_\_\_**REsp. 43.467/MG**. Brasília, DF. 1996. Disponível em:

[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199400026242&dt\\_publicacao=18-03-1996&cod\\_tipo\\_documento=&formato=undefined](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199400026242&dt_publicacao=18-03-1996&cod_tipo_documento=&formato=undefined). Acesso em: 02/03/2014.

BORGE, Felipe Dezorzi. **A distribuição dinâmica do ônus a prova:**

expressão do acesso à justiça. Jus Navegandi, Teresina, ano 15, n 2429, 24 de

fev. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/14401>. Acesso em: 26.10.2012.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988.

\_\_\_\_\_. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso á justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma sistematização da teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CELESTE, Bruna. **Distribuição dinâmica do ônus da prova**. 158ª ed. Revista JC, 2013. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/edicao/158/>>. Acesso em 15.04.2014

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Considerações acerca das máximas da razoabilidade e da proporcionalidade**. Jus Navegandi, Teresina, ano 16, n.3063, 20 nov. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/20468>. Acesso em 19.02.2014.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. **Distribuição dinâmica do ônus probatório**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2001.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 14ª. ed. Salvador: Juspodvm, 2012. Vol. 1

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEITE, Gueiros Evandro. **Ativismo Judicial**. Disponível em: [http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16980/Ativismo\\_Judicial.pdf?squence=1](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16980/Ativismo_Judicial.pdf?squence=1). Acesso em: 20.01.2014

MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil. Teoria geral do processo**; V.1 3ª. Ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no estado contemporâneo. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **Estudos de direito processual civil: homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil: teoria geral dos recursos, recursos em espécie e processo de execução**. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2012. Vol.2.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PASSOS, J.J. Calmon de. **Função social do Processo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n.58,1 ago.2002. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/3198>. Acesso em: 23.03.2014.

PISCITELLI, Rui Magalhães. **O Estado como promotor de ações afirmativas e a política de cotas para o acesso do negro à universidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n.2570, 15 jun.2010. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/16985>. Acesso em:24.03.2014

RIBEIRO, Flávia Pereira. **A carga dinâmica das provas**. 2011. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/flaviaribeiro/2011/08/15/a-carga-dinamica-das-provas/>>. Acesso em: 25.01.2014

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 47. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2007, Vol 1.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; *et al.* **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008

WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.