

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

BIANCA BARBATO VIEIRA

**A APLICAÇÃO DA TEORIA DINÂMICA DE DISTRIBUIÇÃO DOS ENCARGOS
PROBATÓRIOS NAS DEMANDAS CONSUMERISTAS**

Florianópolis

2014

BIANCA BARBATO VIEIRA

**A APLICAÇÃO DA TEORIA DINÂMICA DE DISTRIBUIÇÃO DOS ENCARGOS
PROBATÓRIOS NAS DEMANDAS CONSUMERISTAS**

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Carolina Medeiros Bahia

Co-orientador: Prof. Msc. Fábio de Souza Trajano

Florianópolis

2014

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Vieira, Bianca Barbato

A aplicação da teoria dinâmica de distribuição dos encargos probatórios nas demandas consumeristas / Bianca Barbato Vieira ; orientadora, Carolina Medeiros Bahia ; coorientador, Fábio de Souza Trajano. - Florianópolis, SC, 2014.

92 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Graduação em Direito.

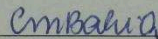
1. Direito. 2. Ônus da prova. 3. Distribuição dinâmica do ônus da prova. 4. Direito do Consumidor. 5. Inversão do ônus da prova. I. Bahia, Carolina Medeiros. II. Trajano, Fábio de Souza. III. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. IV. Título.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

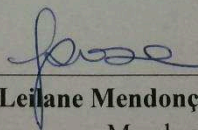
O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**A aplicação da teoria dinâmica de distribuição dos encargos probatórios nas demandas consumeristas**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Bianca Barbato Vieira**, defendido em **13/11/2014** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (Dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 13 de Novembro de 2014



Carolina Medeiros Bahia
Professor(a) Orientador(a)

Fábio de Souza T rajano
Coorientador(a)



Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa
Membro de Banca



Eduardo Luiz Venturin
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Claudia Maria Barbato Vieira e Alceu Vieira Neto, pelo exemplo de Ser Humano e por toda a formação do meu alicerce e caráter. Meu profundo agradecimento pelo sentimento de pertencimento a uma família tão amorosa e acolhedora, que jamais me faltou nas horas difíceis. Minha enorme gratidão pelos conselhos e por sempre acreditarem no meu potencial.

Ao meu irmão, Rafael Barbato Vieira, também meu exemplo de pessoa, por todo o carinho e palavras de apoio

Ao meu namorado, Mateus Eckert Xavier, minha grande fonte de carinho, amor e companheirismo, uma pessoa extraordinária com quem tenho o privilégio de partilhar minha vida.

Aos meus avós maternos, Moema Maria Dutra Barbato e Luiz Gonzaga Barbato, por terem, por anos, investido na minha formação e por serem grandes responsáveis pela minha graduação no curso de Direito.

Aos meus avós paternos, Maria Amália Cunha Vieira e Luiz Carlos Vieira, por toda a minha formação e consciência espiritual.

Aos meus padrinhos, Jacqueline Maria Barbato Peres e Célio Peres, por todo o amor e por serem, literalmente, minha segunda família.

À minha orientadora, Prof. Dra. Carolina Medeiros Bahia, de quem tive a honra de ser aluna na disciplina de Direito do Consumidor, cadeira responsável pela inspiração no desenvolvimento do presente tema. Meu grande agradecimento, também, por toda a dedicação e tempo a mim dispensados, além do infinito e eterno aprendizado.

Ao meu co-orientador, Prof. Fábio de Souza Trajano, pelo suporte acadêmico, sugestões e tempo a mim dispendido na corrida rotina.

RESUMO

A presente monografia objetiva expor os motivos da impossibilidade da aplicação da teoria dinâmica dos encargos probatórios nas demandas de consumo. Para o desenvolvimento do tema, utiliza-se o método dedutivo, através da análise de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, bem como da Constituição Federal, do Código de Processo Civil e do Código de Defesa do Consumidor. Com a análise das referidas fontes, busca-se apresentar os pressupostos da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, bem como da inversão do ônus da prova operada pelo Código de Defesa do Consumidor, para, após, sob a perspectiva das conjecturas constitucionais e legais que efetivam ambos os institutos, concluir que são eles diferentes entre si, em razão dos princípios do acesso à justiça, da ampla defesa e do contraditório, bem como diante da inafastabilidade do Diploma consumerista. Isso porque não se pode arredar da demanda de consumo a possibilidade que lhe foi aferida pelo legislador para facilitar o acesso do sujeito-vulnerável aos seus direitos. Ademais, salienta-se a impossibilidade de dispor-se requisitos legais arraigados à teoria dinâmica e a periculosidade de se permitir a aplicação dessa às demandas de consumo, uma vez que não se pode implicar prova diabólica ao consumidor. Já a inversão do ônus da prova não é uma faculdade conferida ao magistrado, pois, preenchidos os requisitos insculpidos em lei, deverá ele inverter o ônus da prova em favor do consumidor. Aliás, não se olvide que a aplicação do instituto consumerista estaria impossibilitada por impor prova diabólica ao fornecedor, uma vez que este já auferiu lucros de seu empreendimento e não seria justo que o consumidor encarasse mais este encargo – o da impossibilidade da prova – na relação de consumo. Portanto, em razão das peculiaridades de cada instituto não se pode confundir-los: a teoria dinâmica de distribuição dos encargos probatórios se presta a flexibilizar o ônus em demandas onde se vê o desequilíbrio na possibilidade de produção de provas entre os litigantes; e a inversão do ônus da prova - direito básico, inafastável e de ordem pública, concedido ao consumidor – aplica-se quando preenchidos um dos requisitos legais: a hipossuficiência ou a verossimilhança das alegações.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Direito Processual Civil. Ônus da prova. Ônus estático da prova. Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Inversão do ônus da prova. Acesso à justiça. Contraditório. Ampla defesa. Isonomia. Relação de consumo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO	10
1.1 A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO: DA AUTONOMIA DO PROCESSO CIVIL À EFETIVAÇÃO DOS SEUS ESCOPOS SOCIAIS	10
1.1.1 Os objetivos da jurisdição	12
1.1.2 A função da prova no Processo Civil	14
1.1.3 O direito constitucional à prova	17
1.2 O ÔNUS PROBATÓRIO.....	20
1.2.1 Breve histórico do ônus da prova e as teorias a respeito do ônus da prova	20
1.2.2 O ônus estático instituído pelo art. 333 do CPC	26
1.2.3 O ônus subjetivo, objetivo e a vedação do <i>non liquet</i>	28
1.3 O PROBLEMA DO ACESSO à JUSTIÇA NA INSTITUIÇÃO DO ÔNUS ESTÁTICO DA PROVA E A DINAMIZAÇÃO DOS ENCARGOS COMO SOLUÇÃO	30
1.4 OS PRESSUPOSTOS PARA A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA	33
1.5 A POSITIVAÇÃO DA TEORIA DINÂMICA NO NOVO CPC	37
2 A INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO OPERADA PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	40
2.1 A SOCIEDADE DE MASSA E A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR.....	40
2.2 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO CONSUMIDOR VULNERÁVEL	43
2.3 A RELAÇÃO DE CONSUMO: CAMPO DE APLICAÇÃO DO CDC.....	47
2.3.1 Quem é o consumidor?.....	47
2.3.2 Quem é o fornecedor?	51
2.4 REQUISITOS PARA A INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO DO ART. 6º, VIII, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	53
2.4.1 A hipossuficiência do consumidor.....	56
2.4.2 A alegação verossímil	57
2.5 OUTRAS POSSIBILIDADES DE INVERSÃO INSCULPIDAS PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	59

2.6 MOMENTO DA INVERSÃO: A ATUAL POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	61
3 A APLICAÇÃO DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DOS ENCARGOS PROBATÓRIOS NAS DEMANDAS DE CONSUMO	64
3.1 A DOCTRINA QUE IGUALA A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA INSTITUÍDA PELO CDC À TEORIA DINÂMICA DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	65
3.2 A DOCTRINA QUE DIFERE A INVERSÃO DO ÔNUS INSTITUÍDA PELO CDC DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA	67
3.3 ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS	69
3.4 ENTENDIMENTO DO STJ.....	76
3.5 CRÍTICAS E APONTAMENTOS A RESPEITO DAS ABORDAGENS DOCTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS	78
CONSIDERAÇÕES FINAIS	84
REFERÊNCIAS.....	87

INTRODUÇÃO

O Direito, hoje, não deve ficar alheio aos anseios sociais, necessitando com eles transmutar-se e pautar-se nos princípios constitucionais e nos direitos fundamentais. O processo, igualmente, não mais vive separado do caso concreto, visto que necessita com ele dialogar, para o alcance da justiça e da paz social. Do mesmo modo, o Direito do Consumidor, que necessita estar pautado nos mandamentos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 de proteção da parte vulnerável e nos valores da dignidade humana, da cidadania, da solidariedade, da igualdade material, entre outros.

O tema discutido mostra-se demasiadamente atual, em função da futura previsão da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no novo Código de Processo Civil (CPC). Nesse ínterim, muitas novas discussões serão fomentadas e será, mais do que nunca, necessária uma séria análise dos institutos estudados, separada e confrontadamente, para que se possa continuar efetivando o mandamento constitucional e legal de defesa do consumidor-vulnerável e não agravar, ainda mais, o desequilíbrio intrínseco da relação de consumo.

Destarte, não podendo ser relegados direitos consumeristas, diante da crescente e avassaladora relação entre fornecedor e consumidor, tem a discussão extrema importância na tutela do acesso à justiça e um inafastável papel de defesa das garantias consumeristas. Até porque, sem a garantia de defesa de direitos, frustra-se a possibilidade da concretização.

No presente trabalho, através da análise dos contextos históricos ensejadores da mudança percebida pelo Direito processual civil e pelo Direito do Consumidor e das raízes constitucionais e legais, busca-se entender a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e da inversão do ônus da prova, para após, travar discussão a respeito da utilização de uma teoria pela outra e os motivos que as individualizam.

Dentro desse contexto, objetiva-se destacar a impossibilidade de fixar o ônus da prova em detrimento do consumidor e de maneira que frustre seu direito de defesa, bem como trazer a opinião doutrinária e jurisprudencial que versa a respeito do tema.

Para a formulação das razões que ensejam a diferenciação entre os institutos, o método de pesquisa adotado foi o dedutivo, valendo-se de instrumentos doutrinários, jurisprudenciais e legais a respeito do tema.

Para melhor organização, dividiu-se o trabalho em três capítulos, além da introdução e das considerações finais.

No primeiro, ter-se-á, como ponto central, a explicitação dos pressupostos da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Para tanto, será exposta a evolução histórica que permeou os institutos processuais, desde a sua dependência com o direito material até o instrumentalismo vigente; o conceito de prova, com sua função processual e a importância de sua produção na efetivação dos princípios constitucionais de acesso à justiça, ao contraditório e à ampla defesa. Em seguida, abordar-se-á a evolução das teorias que estudaram o ônus da prova até chegar aos encargos estáticos instituídos pelo art. 333 do Diploma processual brasileiro; e, finalmente, o surgimento da teoria da distribuição dinâmica dos encargos probatórios e a sua futura previsão no novo CPC.

O segundo capítulo objetiva a apresentação dos requisitos e desdobramentos da inversão do ônus instituída como direito básico do consumidor no art. 6º, VIII, do Diploma Consumerista. Para tal, será trazido breve histórico da evolução das relações de consumo, desde a primeira Revolução Industrial até a positivação dos direitos consumeristas em tratados internacionais e, posteriormente, na Constituição e ordenamento brasileiros. Após, tecer-se-á comentários a respeito das garantias constitucionais que buscam dar efetividade aos direitos dos consumidores, bem como quem são os sujeitos da relação de consumo. Na sequência, serão estudadas as demais possibilidades de inversão do ônus da prova positivadas no Código de Defesa do Consumidor e, por fim, o momento processual para a inversão do ônus da prova.

Por último, no terceiro capítulo, serão resgatados os ensinamentos perpassados para trazer à baila os argumentos da doutrina que diferencia e da que iguala as teorias estudadas. Posteriormente, serão analisados diversos julgados dos tribunais de justiça brasileiros e o entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito da discussão. Por fim, será tecida crítica ao modo de enfrentamento dos institutos, que, conforme ficará demonstrado, não podem ser confundidos.

1 A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO

O processo deve ser compreendido como produto da cultura do homem e não como mera técnica, porquanto não é instrumento alheio à cultura de seu tempo e reflete o momento histórico em que está inserido (CARPES, 2010, p. 19). Na contemporaneidade, a noção de direito não mais se baseia somente na lei posta, mas a partir dos problemas, por meio dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais (*ibidem*, p. 34).

Ademais, o processo é um instrumento a serviço do direito material¹, através do qual dá-se a efetiva prestação jurisdicional, de modo a assegurar direitos violados ou em vias de serem (SANTOS, 2002, p. 26). Por isso, está o processo cercado de princípios cujos conteúdos revelam a busca da almejada e suprema justiça (*ibidem*).

Pretende-se, neste capítulo, a exposição da evolução histórica do processo, desde a sua dependência quanto ao direito material até as teorias instrumentalistas. Em seguida, explicitar-se-á o que viria a ser a prova, com a sua função permeada no processo e a importância da sua produção de acordo com as constituições modernas. Após, passar-se-á pela evolução do ônus da prova até chegar ao vigente art. 333 do CPC, que instituiu o ônus estático da prova no ordenamento. E, por fim, será analisado o surgimento da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova como contraponto à teoria estática, quando geradora de injustiças e entraves ao alcance dos ideais constitucionais de acesso à justiça, e sua previsão no projeto do novo CPC.

1.1 A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO: DA AUTONOMIA DO PROCESSO CIVIL À EFETIVAÇÃO DOS SEUS ESCOPOS SOCIAIS

O processo passou por três distintas fases até chegar à visão de hoje, menos impregnada de dogmatismos e rigidez da lei. Primeiro, o processo era visto como sendo uma forma de exercício dos direitos substanciais pela Teoria Imanentista ou Unitária; segundo, através da dissociação do processo ao direito material, houve a construção da sua independência acadêmica e de uma visão impregnada de dogmatismo jurídico, através da Teoria Dualista ou Pan-processualista; em terceiro, a Teoria Instrumentalista que passou a entender o processo

¹ Importante salientar que não se quer, aqui, fazer alusão à antiga visão de dependência do processo com relação ao direito material, mas, sim, que o direito processual não está alheio à sociedade e às situações concretas, devendo a elas se adaptar de acordo com os ideais constitucionais de efetivo acesso à justiça.

como fruto dos anseios sociais e inserido, inevitavelmente, num contexto histórico que o influencia, com a construção não somente de decisões, mas de julgados que tragam a justiça e a paz social.

Até o século das luzes (Século XIX) influenciado pelo pensamento iluminista e racionalista, o processo era visto como mera sucessão de atos, isto é, como mero conjunto de formas para o exercício do direito subjetivo lesado e a ação como o resultado da lesão ao direito subjetivo (DINAMARCO, 2002, p. 18). O juiz, inserido nesse contexto, tinha conduta pouco participativa, tendo como função primordial a condução dos procedimentos processuais (*ibidem*).

Tal visão sincrética e unitária do processo ruiu quando se passou a questionar o conceito civilista da ação (*ibidem*). Viu-se que ela não é direito material, mas processual; não se dirige à parte contrária, mas ao juiz; não tem por objeto o bem litigioso, porém a prestação jurisdicional (*ibidem*).

A partir de tais questionamentos, chegou-se à conclusão de que a ação e os demais institutos processuais são autônomos com relação ao direito material (*ibidem*, p. 19). Com isso, fundou-se uma ciência processual com a definição do seu objeto e premissas metodológicas, bem como com o desenho de sua estrutura sistemática, alcançando-se, assim, o ponto de maturidade do direito processual (*ibidem*, p. 20).

O formalismo e o positivismo jurídicos, permeados pelas ideias dos Estados liberais surgidos pós Revolução Francesa e consolidados pela *teoria pura do direito* de Kelsen, quiseram dar maior efetividade aos novos princípios processuais: publicidade, oralidade e igualdade no acesso ao tribunal (A. DE OLIVEIRA, 1997, p. 40). Nessa realidade, primava-se pelo aumento da dificuldade do jogo de influências e poderes no poder judicial, privilegiando-se as partes, através da defesa dos direitos dos litigantes (*ibidem*, p. 41).

No contexto, havia no direito processual um elemento extremamente rígido e formal, com vistas à segurança jurídica dos litigantes e diminuição dos poderes do juiz (*ibidem*, p. 42-44).

Após a Segunda Guerra Mundial, tomou-se consciência dos vínculos constitucionais do processo e dos valores ideológicos que influenciam sua formação e estudo (*ibidem*, p. 1). A partir dessas conclusões, permitiu-se: uma maior participação do juiz na preparação do provimento final; a garantia do devido processo legal; e a maior efetividade do processo com a inclusão de um real contraditório entre as partes litigantes (DINAMARCO, 2002, p. 22).

Consequentemente, por meio do surgimento dessa visão instrumentalista, compromissada com o estudo dos conceitos e institutos processuais, que primavam por uma postura teleológica, perceberam os processualistas que o Direito está inserido num contexto social e por ele é, e deve ser, influenciado (*ibidem*).

O caráter instrumental do processo faz com que o sistema processual permeie-se com um caráter publicista, almejando funcionar como instrumento do Estado para a realização dos seus objetivos² (*ibidem*, p. 64). O processo como instrumento preocupa-se com o interesse público colocando-o acima de qualquer visão individualista, de modo que nenhuma das partes possa prejudicar os interesses da outra (*ibidem*).

Por derradeiro, passa a instrumentalidade a ser o alargamento da via de acesso ao Judiciário, da ampla defesa e do contraditório, do aumento da participação do juiz e, também, da diminuição – quiçá eliminação - das disparidades com relação às oportunidades processuais, em razão da diferença econômica dos sujeitos litigantes (*ibidem*, p. 25).

O processo não deve mais ser uma ferramenta qualquer, mas um meio que se comprometa com a obtenção de um resultado justo, isto é, não somente um resultado que dê um direito a alguém, mas algo capaz de realizar todos os fins de tal direito, produzindo todos os efeitos a ele inerentes (CREMASCO, 2009, p. 6).

Nesse diapasão, importante ter-se em mente que falar em instrumentalidade sem indicar os objetivos que com ela se almeja é um tanto inócuo. Sendo assim, necessário fixar as finalidades que norteiam a instituição do processo, isto é, a visão teleológica, ou, ainda, os escopos da jurisdição.

1.1.1 Os objetivos da jurisdição

Os escopos da jurisdição passaram a ser vistos, pela moderna doutrina, através do tripé formado pelo Direito, o Estado e a Sociedade, conciliados e harmônicos entre si (DINAMARCO, 2002, p. 186).

Destaca-se, aliás, que as mudanças históricas pelas quais perpassam os elementos da jurisdição influenciam seus escopos, de modo que os conceitos atinentes, por exemplo, à justiça,

² “Os objetivos da jurisdição”, os quais serão traçados a seguir.

à liberdade ou à igualdade não serão os mesmos em razão das influências culturais advindas de cada época (*ibidem*, p. 190-191).

Via de consequência, torna-se necessário analisar os escopos da jurisdição decorridos daqueles três âmbitos: o social, o político e o jurídico.

O primeiro desenvolve-se a partir da unidade teleológica entre jurisdição (como expressão do poder político do Estado) e legislação: a paz social e a pacificação dos conflitos (*ibidem*, p. 193). São as insatisfações no âmbito dos direitos e, por conseguinte, a eliminação delas, que justificam a atividade jurídica do Estado (*ibidem*, p. 194). Esse, ao legislar e exercer o poder jurisdicional, gera a expectativa de fim aos estados de insatisfação social e emergência da paz entre os homens (*ibidem*). Mas não se pode pensar que a função social pacificadora da jurisdição possa pôr fim aos conflitos mediante quaisquer decisões; pelo contrário, além de alcançar a paz, deve-se eliminar o conflito mediante critérios justos, os quais são os escopos sociais primordiais da jurisdição (*ibidem*, p. 196).

Outro objetivo social da jurisdição é conscientizar a sociedade de seus direitos e obrigações, visto que, confiando no Poder Judiciário, os cidadãos passam a ser mais zelosos com os seus direitos e com o do próximo (*ibidem*, p. 197). A conscientização, nesse sentido, é a educação da população através de um adequado exercício jurisdicional, o qual chama à postulação das insatisfações junto ao Poder Judiciário (*ibidem*, p. 198).

Dentre outros objetivos da jurisdição, necessário analisar aqueles que perfazem o âmbito político, porquanto, o sistema processual é intensamente comprometido com a política e os institutos do processo estão intimamente ligados à vida do Estado como tal e nas suas relações com seus cidadãos (*ibidem*, p. 204). A jurisdição terá o papel, pois, de atingir escopos políticos, como: 1) afirmar o poder do Estado, porque, sem ele, não teria razão de ser as leis postas que o legitimam; 2) concretizar a liberdade ao limitar os contornos do exercício do poder; e, por fim, 3) assegurar a participação popular nos destinos da sociedade política (*ibidem*).

Nesse aspecto, poder e liberdade devem andar juntos, porquanto a participação da população, isto é, a democracia, é que dá legitimidade ao processo político, na medida em que pode dar maior estabilidade às instituições estatais, principalmente, no que diz respeito ao exercício da jurisdição através do processo, com a produção de decisões mais justas e estáveis (segurança jurídica) (*ibidem*, p. 205-208).

O escopo jurídico, por sua vez, apresenta-se na atuação do juiz sob a limitação da lei (*ibidem*, p. 257). A sentença não pode produzir resultados não queridos pelo direito, uma vez

que são nas disposições jurídico-substanciais que residem as escolhas políticas e sociais da sociedade (*ibidem*, p. 258-259).

Porém, importante frisar que o escopo jurídico da jurisdição não pode ser visto como um produtor de decisões, ou de coisa julgada, pois isto faz parte de uma percepção extremamente introspectiva e pan-processualista do processo (*ibidem*, p. 215-222)³. O exercício da jurisdição através do processo não pode ser mera produtora de subsunções da lei ao fato, deve-se atrelar às causas sociais e às demandas da sociedade (*ibidem*). Essas são os escopos primordiais (*ibidem*).

Os objetivos a serem atingidos com a prestação jurisdicional através do processo devem ter como base a concatenação dos objetivos sociais, políticos e jurídicos. Sendo assim, deve o processo ser pautado na lei, porquanto esta é a vontade positivada das demandas sociais, mas não deve ser alheio aos anseios políticos e sociais. A visão instrumentalista do processo vem com isso a calhar. Não há como predispor termos na lei sem perceber que o direito é impregnado de história e está nela inserido.

Nesse meio, a prova é de suma importância, uma vez que, é através dela e da sua correta valoração que se formará uma decisão justa e apta a alcançar os escopos da jurisdição. Portanto, necessário delinear a função da prova e seus institutos afins.

1.1.2 A função da prova no Processo Civil

A prova está atrelada à tarefa necessária e obrigatória de construir o estado de convencimento no espírito do juiz, isto é, ela é o meio utilizado para demonstrar a veracidade entre o fato concreto (a verdade material), a dedução postulatória com base em determinado fundamento jurídico⁴ e a demonstração da verdade processual (BURGARELLI, 2000, p. 100). Após isso, caberá ao julgador aplicar a lei com base na premissa fática estabelecida pelo estudo das provas postas (*ibidem*, p. 53).

³ A visão de que o objetivo do processo é a produção de decisões, coisas julgadas e títulos executivos não podem ser tidas como corretas na visão contemporânea de instrumentalidade: primeiro, porque excluiria a fase executória, uma vez que, nessa fase, as decisões se dispõem em meios para realizações práticas; segundo, porque não é o procedimento que faz com que as decisões se revistam com o manto da coisa julgada material, mas a autoridade da lei que a embasa; terceiro, porque pensar no processo com o fim de criação de títulos executivos excluiria não só a fase de execução, mas também a cognitiva declaratória ou constitutiva, porquanto sentenças condenatórias ensejam títulos para execução forçada (DINAMARCO, 2002, p. 217-219).

⁴ O que está atrelado à construção da petição inicial com a indicação do “fato e os fundamentos jurídicos do pedido” (cf. art. 282, III, do CPC/73).

Assim, para que o magistrado se certifique da veracidade dos fatos alegados, os quais culminaram no pleito do direito, deverá apreciar as provas (TEODORO JÚNIOR, 2008, p. 421)⁵. Em contrapartida, quando o litigante não o convence da veracidade do que alega, prova não houve, mas, sim, a mera apresentação de elementos através dos quais se pretendia provar (*ibidem*, p. 422).

Destarte, considerando a prova tanto como meio de reconstrução da verdade, quanto como um elemento de argumentação, há entre essas duas abordagens um elemento comum que converge em um destinatário: o juiz (SARAIVA NETO, 2010, p. 99). De tal modo, uma vez que destinada à formação do conhecimento, é inquestionável que a prova estará sempre ligada a situações do mundo real e pretéritas, pois é a partir da demonstração desta realidade que será dada a prestação jurisdicional (*ibidem*).

Sabendo disso, é possível enxergar dois aspectos na prova: um objetivo e outro subjetivo (TEODORO JÚNIOR, 2008, p. 421-422). Os aspectos objetivos são os instrumentos hábeis à produção da prova e à demonstração da veracidade um fato⁶ (*ibidem*). No aspecto subjetivo, tem-se um estado psíquico (a certeza) quanto ao fato, em virtude da produção da prova, ou, melhor dizendo, é a dimensão da prova que se presta ao convencimento do julgador em torno do fato alegado (*ibidem*).

Necessário, aqui, salientar que, não sendo o objetivo concreto do juiz encontrar a verdade absoluta, mas a verdade processual, a prova passa a ser um meio retórico de argumentação, indispensável ao debate travado na lide (MARINONI; ARENHART, 2013, p. 254). Portanto, o objetivo não é a reconstrução do fato, mas o convencimento dos demais sujeitos processuais a respeito dele (*ibidem*).

Nesse diapasão, terão incidência aqueles fatos que necessitam ser provados. No curso do processo, a demanda é impugnada pelo réu, ficando controvertido o direito que fundamenta o pedido do autor (MACHADO, 2012, p. 3). A partir daí, surgem as questões de fato e as questões de direito (*ibidem*). As questões de direito seriam aquelas resolvidas por mero exercício cognitivo do julgador, fixando-se um posicionamento a respeito da interpretação da norma aplicável; já as questões de fato seriam aquelas controvérsias estabelecidas a partir da alegação

⁵ Marinoni e Arenhart (2013, p. 262), em sentido oposto, asseveram que a prova não se destina a provar fatos, mas “afirmações de fato”, porquanto é a afirmação e não o fato que pode corresponder, ou não, com a realidade. O fato, simplesmente, existe, ou não existe. Portanto, são as afirmações do fato que podem assumir relevância tal que devam ser provadas em juízo.

⁶ Como exemplo elucidativo, podem-se citar os documentos, as testemunhas, a perícia, entre outros meios de prova.

das partes e que necessitam de um exercício intelectual próprio, através da instrução probatória (*ibidem*).

Além disso, imperioso que sejam alegados e provados somente os fatos principais⁷, isto é, aqueles que se destinam a demonstrar quem está com a razão (MARINONI; ARENHART, 2013, p. 262). Os fatos secundários⁸ poderão ser apreciados pelo juiz ainda que não afirmados pela parte, pois se destinam somente a demonstrar que a afirmação do fato principal é verdadeira (*ibidem*).

Há acontecimentos, porém, que não necessitam de prova, como aqueles elencados no art. 334 do CPC⁹ (SARAIVA NETO, 2010, p. 94). O fato notório é aquele conhecido e aceito no momento e no lugar em que a decisão é proferida e faz parte da cultura do lugar e do tempo em que foi articulado (MARINONI; ARENHART, 2013, p. 277). A confissão é a situação em que a parte contrária admite como verdadeiro um fato ou um conjunto de fatos favoráveis à pretensão da outra parte e gera presunção, quase que absoluta, de veracidade sobre o fato confessado (*ibidem*, p. 279-280). A não contestação implicará na não controvérsia do fato alegado pelo autor, não implicando, pois, em fato que necessite de prova (*ibidem*, p. 280). A presunção legal de existência e veracidade são aqueles fatos cuja avaliação fática não importa para o juiz, porquanto a conclusão lançada pela própria lei o vincula (*ibidem*, p. 285)¹⁰.

Visto isso, tem-se três critérios conhecidos na história para se perquirir a valoração do acervo probatório: o positivo ou legal, o da livre convicção e o da persuasão racional ou livre convencimento motivado (SARAIVA NETO, 2010, p. 101). O primeiro, já superado, diz respeito aos casos em que a prova tem o seu valor tabelado, isto é, tem o juiz um papel quase autômato, apenas aferindo as provas conforme um critério hierárquico aprioristicamente estabelecido¹¹; o segundo, em lado diametralmente oposto ao critério legal, dá total liberdade ao magistrado para a valoração das provas, não estando vinculado a qualquer regra legal¹²; o

⁷ Também chamados de essenciais ou diretos (MARINONI; ARENHART, 2013, p. 262)

⁸ Também chamados de fatos indiciários (indícios), os quais são diferenciados das provas indiciárias (*ibidem*). Estas se prestam a demonstrar a veracidade de um fato que é indiciário e aqueles são um mero fato que ainda deve ser demonstrado como verdadeiro através da prova indiciária (*ibidem*, p. 297).

⁹ Art. 334. Não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos, no processo, como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. (BRASIL, 1973)

¹⁰ Importante lembrar, nesse contexto, que diferente das presunções absolutas, as presunções relativas (ou *iuris tantum*) admitem prova em contrário e, portanto, situam-se no campo da prova (MARINONI. ARENHART, 2013, p. 285)

¹¹ Segundo Theodoro Júnior (2008, p. 425), era o sistema adotado pelo direito romano primitivo e do direito medieval em que prevaleciam as ordálias ou juízos de Deus, os juramentos.

¹² Aqui, tem-se o magistrado como soberano na busca da verdade e investigação das provas e o que deve prevalecer é a íntima convicção do juiz (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 425)

terceiro é o critério adotado pelo CPC brasileiro (SARAIVA NETO, 2010, p. 101) (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 425).

Nesse último critério, há um aprimoramento em relação à livre convicção, porquanto, dá-se ao magistrado uma liberdade com limitações legais, devendo levar em conta os contornos probatórios legais, contudo, com liberdade para, a partir das provas produzidas, inclinar-se para a alegação que melhor o convença (SARAIVA NETO, 2010, p. 101).

Destarte, vista a função da prova como meio para a descoberta da verdade processual, bem como os fatos que necessitam ou não ser provados e como proceder a valoração daquela, necessário atentar para o direito fundamental à prova como efetivação dos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

1.1.3 O direito constitucional à prova

Ainda que inexista expressa disposição constitucional quanto ao direito fundamental à prova, esse pode ser perfeitamente inferido pela positivação de outras garantias, como o acesso à ordem jurídica justa, o direito ao devido processo legal, o direito à ampla defesa e ao contraditório (SOARES, 2006, p. 83).

O direito à prova constitui fundamental importância na efetivação da garantia constitucional à ação e à defesa e o seu não exercício implica em consequências tão mais graves quanto for o grau de disponibilidade do direito substancial discutido na lide (DINAMARCO, 2002, p. 248).

O direito fundamental ao devido processo legal, por exemplo, insculpido no art. 5º, LIV, da CRFB/88¹³ revela que os sujeitos da relação jurídico processual devem ter a sua disposição todos os meios possíveis para sua melhor atuação possível perante o Judiciário, sendo a prova um desses meios (RAMIRES, 2002, p. 10).

Sem a efetividade do direito à prova não seria possível a garantia do direito ao processo (DINAMARCO, 2009b, p. 46). É o direito à prova “o conjunto de oportunidades oferecidas à parte pela Constituição e pela lei, para que possa demonstrar no processo a veracidade do que afirmam em relação aos fatos relevantes para o julgamento.” (*ibidem*)

¹³ Art. 5º [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (BRASIL, 1988).

No plano infraconstitucional, o direito à prova pode ser inferido de dispositivos normativos como o art. 332 do CPC¹⁴ (*ibidem*). Na Constituição, o direito à prova insculpe-se do conjunto de garantias ao processo justo, ramificadas nos princípios do contraditório e ampla defesa, convergindo, novamente, na observância da garantia do devido processo legal (*ibidem*, p. 47).

Nesse norte, pode-se dizer que o direito fundamental à prova compõe-se em quatro aspectos: a) o direito de produzir provas; b) o direito de participar da produção da prova; c) o direito a manifestar-se a respeito do que foi produzido; d) o direito ao exame da prova produzida pelo magistrado (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2012, p. 18).

Quanto ao primeiro aspecto extrai-se a finalidade da prova com relação ao alcance da prestação jurisdicional justa. Tal direito, porém, não é absoluto, quando colide com outros direitos fundamentais¹⁵ (*ibidem*, p. 19). Já o direito à participação na produção da prova advém do direito fundamental ao contraditório, com vistas a vedar qualquer produção secreta de prova e a sua utilização contra quem não participou da respectiva produção (*ibidem*). O direito de manifestar-se a respeito da prova produzida está inserido em dispositivos do CPC como o art. 433, parágrafo único¹⁶, o qual permite a oposição de laudo pericial produzido pela outra parte para contrastar com o outro laudo apresentado, bem como o art. 454, *caput*, do CPC¹⁷, que possibilita a apresentação das razões finais após a audiência de instrução (*ibidem*, p. 20). Por fim, direito ao exame da prova produzida decorre do direito a sua produção, até porque, de nada adiantaria dar o direito a produzir prova se o juiz pudesse ignorá-lo (*ibidem*).

A recusa do magistrado em examinar as provas constitui grave ofensa à garantia do contraditório, às garantias de ação e defesa dele decorrentes e ao direito constitucional à prova, esvaziando, por assim dizer, a garantia de acesso à justiça e o sistema do livre convencimento motivado (SOARES, 2006, p. 95).

¹⁴ “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.” (BRASIL, 1973)

¹⁵ Segundo SOARES (2006, p. 99) as restrições ao direito a prova devem ter amparo constitucional, a exemplo do direito à intimidade resguardado no art. 5º, XII, da CRFB/88, no que diz respeito à inviolabilidade de correspondência e comunicações telegráficas (BRASIL, 1988) (SOARES, 2006, p. 99); do impedimento da dilação probatória no mandado de segurança (Art. 5º, LXX e LXXI, da CRFB/88) (*ibidem*); e a impossibilidade de utilização de provas ilícitas, insculpido no art. 5º, LVI, da CRFB/88 (*ibidem*).

¹⁶ “Os assistentes técnicos oferecerão seus pareceres no prazo comum de 10 (dez) dias, após intimadas as partes da apresentação do laudo” (BRASIL, 1973).

¹⁷ “Finda a instrução, o juiz dará a palavra ao advogado do autor e ao do réu, bem como ao órgão do Ministério Público, sucessivamente, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por 10 (dez), a critério do juiz.” (BRASIL, 1973)

Nesse sentido, a tutela jurisdicional efetiva, estabelecida pelo art. 5º, XXXV, da CRFB/88¹⁸, somente poderá ser alcançada através da completa apreciação dos fatos narrados pelas partes pelo julgador, já que são o autor e o réu quem titularizam o direito à prova, o qual tem natureza constitucional por ser corolário da garantia ordem jurídica justa (art. 5º, XXXV, da CRFB/88), do *due process of law* (art. 5º, LIV, da CRFB/88¹⁹), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CRFB/88²⁰) (*ibidem*, p. 85).

Dentre esses, o direito à ordem jurídica justa representa o seu fundamento maior, uma vez que o acesso real e efetivo à justiça somente poderá ser alcançado quanto mais houver ampla possibilidade de influência na formação do convencimento do juiz em todas as etapas (*ibidem*, p. 84).

Do devido processo legal extrai-se a efetivação dos dois últimos princípios citados: o do contraditório e da ampla defesa, na medida em que pressupõe a atuação real e efetiva da parte na formação do livre convencimento motivado do juiz competente (*ibidem*, p. 85-86). Aliás, quanto aos princípios dele decorrentes, tem-se, com relação ao contraditório, que é a partir da sua garantia que se abre a possibilidade da parte incidir ativamente sobre o desenvolvimento do processo, permitindo, inclusive, a oposição de resistência por uma das partes a alguma pretensão da *ex adversa* (*ibidem*, p. 87).

Outrossim, possuindo *status* de direito fundamental, conferindo, pois, destaque no ordenamento jurídico, será inconstitucional qualquer ato normativo que esvazie o conteúdo desse direito (*ibidem*, p. 90).

Portanto, a garantia constitucional de ação e defesa, marcada, atualmente, como se viu, pela instrumentalidade do processo na direção do acesso da ordem jurídica justa, à luz dos dispositivos constitucionais, dependem do exercício adequado, concreto, permanente e participativo do direito à prova (*ibidem*, p. 89).

Isso exposto, feitas as considerações a respeito da importância de se assegurar o direito à prova como sendo um direito fundamental, passar-se-á a analisar o ônus da prova instituído pelo ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁸ “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;” (BRASIL, 1988)

¹⁹ “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;” (BRASIL, 1988)

²⁰ “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;” (BRASIL, 1988)

1.2 O ÔNUS PROBATÓRIO

Os ônus probatórios são encargos atribuídos às partes, jamais uma obrigação (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2012, p. 76). Ônus será, pois, um imperativo de interesse da parte, que, se ignorado ou não satisfatório o desempenho, coloca o sujeito em situação desvantajosa com relação àquele sobre o qual não recaia o encargo de provar (*ibidem*).

Noutras palavras, ônus difere de dever, porquanto este pressupõe sanção, enquanto aquele ensejará uma consequência processual, um favorecimento em maior ou menor escala, dependendo do modo como a parte se desincumbiu (ALVES, 2007, p. 207). O que caracteriza o ônus da prova é a ideia de risco nele contido (*ibidem*, p. 208).

Portanto, quando praticado, o ônus de provar trará proveito àquele que o cumpriu, caso contrário, o resultado será somente a ausência de uma situação proveitosa pretendida pela parte sobre a qual recaia o encargo (SARAIVA NETO, 2007, p. 110).

Importante salientar, nesse contexto, que a repartição do ônus da prova é a espinha dorsal do processo civil, em razão do fundamental papel que representa a prova judiciária no alcance das finalidades do processo (CARPES, 2010, p. 45). Não foi à toa que foi reservado no CPC, cento e onze dispositivos que cuidam da prova judiciária (CARPES, 2007, p. 33).

Portanto, resta esclarecer e apresentar o ônus da prova que foi instituído pelo sistema processual brasileiro, através de uma regra de distribuição estática, pelo art. 333 do CPC, mas, antes, necessário um panorama histórico de evolução das teorias a respeito do ônus probatório.

1.2.1 Breve histórico do ônus da prova e as teorias a respeito do ônus da prova

Não se pretende, neste tópico, a análise à exaustão das teorias que cuidaram do ônus probatório. O que se quer é a exposição do panorama que deu ensejo e influenciou a positivação da distribuição instituída pelo diploma processual brasileiro de modo a melhor entender os motivos que levaram o legislador a positivar a teoria que será exposta no tópico seguinte (Tópico 2.2.2). Para tal, basear-se-á nos ensinamentos do jurista Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, o qual conseguiu expor e sintetizar o emaranhado de teorias e contextos históricos.

A natureza pública que passou ter o processo no período do Império Romano de Otaviano Augusto (27 a.C.), na *cognitio*²¹, deu ao magistrado o poder-dever de examinar as provas e proferir a sentença (PACÍFICO, 2011, p. 49). Pela primeira vez na história do processo civil romano a sentença não era mais um ato exclusivo do cidadão romano, mas centrada na atuação do magistrado na qual era exprimida a vontade do soberano (*ibidem*). Resultado dessas mudanças, foi o aparecimento do princípio da vedação da pronúncia de *non liquet*, muito observada nos teoremas da prova da idade moderna (*ibidem*).

Ademais, foi nessa época, também, com o fim de dar maiores instrumentos ao juiz para decidir, que se estabeleceram disposições legais a respeito da prova como: a prova escrita que prevalece sobre a testemunhal; o depoimento de uma só testemunha não tem validade; bem como a instituição das presunções relativas e absolutas (*ibidem*, p. 50).

Em período anterior, nas “ações da lei”, foi desenvolvido o primeiro princípio jurídico sobre o ônus da prova, o qual teria se sedimentado no período clássico, e que se consubstanciou na premissa de que “a prova incumbe ao autor” (*ibidem*, p. 56). Outro princípio, posterior e complementar a esse primeiro, estabeleceu a máxima de que o réu, com relação à exceção, assume a posição e os ônus do autor (*ibidem*, p. 58).

Visto isso, a despeito das invasões bárbaras e da queda do Império Romano do Ocidente (476 d.C.), é incontestável a influência das instituições romanas na produção do direito na Alta Idade Média, embora, somente no Século XI, com o surgimento das cidades e do comércio, que o direito romano passou a ser objeto de investigações científicas. (*ibidem*, p. 63).

Importante salientar, nesse contexto, que, ao lado do estudo do direito romano, também catalogou-se análise a respeito do direito canônico, em razão da influente presença da igreja e da vontade dessa pela sistematização do direito (*ibidem*, p. 65).

Como marco nessa sistematização perquirida pela igreja, está a coletânea de fontes do ensino religioso formulada por Graciano – O decreto (1140) – que harmonizou os textos discordantes da época (*ibidem*). Nesse texto, não se teve um cuidado quanto às provas processuais, sendo percebidos institutos somente quanto ao juramento e à prova testemunhal de proeminente valor moral e espiritual, bem como no pecado que era cometido no caso de transgressão às regras do testemunho (*ibidem*, p. 66).

²¹ Segundo Pacífico (2011, p. 53), a maioria dos autores, como Ernest Levy, Kaser, De Sarlo, Gianetto Longo e Michete, atribui valor jurídico às regras a respeito do ônus da prova somente na fase da *cognitio* romana.

Paralelamente, na Universidade de Bolonha, foram percebidos estudos quanto ao direito romano-justiniano, resultando num sistema jurídico romano-canônico (*ibidem*, p. 67).

Já os escritores do direito comum eivaram esforços para explicar os princípios do ônus da prova formados pelo direito romano, concluindo que havia uma consagração segundo a qualidade (se afirmativa ou negativa) do fato objeto da prova e não em virtude da qualidade jurídica que aquele que sustenta a existência do fato tem no processo (*ibidem*). Na verdade, o que havia era a necessidade que o autor provasse os fatos colocados como fundamento da sua intenção e o réu a verdade dos fatos colocados como fundamento relativos à exceção ao direito do autor (*ibidem*, p. 68).

Na Idade Média, em suma, percebeu-se a estabilização dos princípios distributivos da prova do direito romano, com o desenvolvimento da ideia de que os fatos negativos não seriam objeto de prova (*ibidem*, p. 73). Prevaleceu, portanto, o critério firmado na qualidade dos fatos afirmados, se positivos ou negativos, segundo o qual os negativos não seriam objeto de prova (*ibidem*, p. 90).

Em específico, nessa mesma época, no direito hispano-lusitano, em razão da forte influência exercida pelo processo dos povos germânicos (o qual era público, oral e formalista, assim como o processo romano), eram escassos os meios de prova, os quais se permeavam, basicamente, no exame do depoimento segundo um juízo divino (*ibidem*, p. 77). Nesse aspecto, a prova era endereçada mais ao adversário do que ao juiz, porquanto, uma vez apresentada como uma vantagem, essa competia habitualmente a quem era atacado (*ibidem*). Isso porque a demanda do autor era uma acusação contra o réu, quem era incriminado por ter contrariado um costume local, reagindo esse com a oferta de elementos de prova da sua inocência (*ibidem*).

Com o passar do tempo, o processo passou a dividir-se em duas partes por uma sentença de prova: num primeiro momento, o juiz decidia a quem competia provar, com base nos elementos aduzidos pelas partes, conduta processual, etc e, num segundo momento, o resultado do processo, que se dava pela consequência do cumprimento satisfatório, ou não, desse ônus (*ibidem*, p. 79). Tal método de distribuição culminou na sucessiva elaboração da teoria do ônus da prova (*ibidem*).

Foram nas Ordenações Afonsinas (mantida pelas Ordenações Manuelinas e Ordenações Filipinas) que foram positivadas as supramencionadas influências, sentidas na máxima de que o ônus da prova incumbe ao autor, e, quanto à exceção, ao réu, bem como na impossibilidade de produção de fatos negativos (*ibidem*, p. 85). Tais ordenações do reino repercutiram o legado

do direito romano no direito brasileiro, através da Ordenações Filipinas, que aqui vigoraram por mais de três séculos até 1917 (*ibidem*, p. 87).

Noutra época, as grandes teorias a respeito do ônus da prova desenvolvidas no Século XIX, permeadas pelo Estado Liberal, pelo positivismo e pela Primeira Revolução Industrial²², foram as elaboradas por Bentham, Webber, Benthman-Hollweg, Fitting, Gianturco e Demogue, bem como, no âmbito das teorias baseadas na natureza dos fatos afirmados (constitutivos, impeditivos, extintivos e modificativos), Chiovenda, Carnelitti e Betti (*ibidem*, p. 91).

Tais linhas foram alvos de críticas pelos juristas modernos sendo lançadas as teorias de Rosemberg e Micheli (*ibidem*).

A doutrina de Bentham lecionava que a obrigação da prova deve ser imposta, caso a caso, a quem puder satisfazê-la com menos inconvenientes, menores despesas, menor perda de tempo e menor incômodo (*ibidem*, p. 95). Tal escolha da parte a quem incumbiria a prova era permeada por critérios apriorísticos, como a presunção contra certas pessoas (pobre, ébrio, etc.) ou deixando a critério do juiz a avaliação da honestidade das partes (*ibidem*, p. 96).

A teoria de Webber fundamentava-se na máxima de que quem procura fazer valer um direito é obrigado a provar os fatos incertos, esses responsáveis pelo direito ou pela libertação (*ibidem*, p. 97). Para tal, aduzia que, para a demonstração do fundamento do direito pleiteado, bastariam as provas de suas condições essenciais para lhe dar origem, enquanto a ausência dessas condições deveria ser provada pelo réu (*ibidem*).

A doutrina de Benthmann-Hollweg pregava a impossibilidade de positivação dos princípios do ônus da prova (*ibidem*). Cristalizou somente a máxima romana de que quem afirma um fato tem a obrigação de prova-lo (*ibidem*, p. 98). Assim, a prova de um direito só poderia ser obtida pela prova indireta mediante a dedução dos outros fatos que lhe deram origem; bem como a prova da origem de um direito é fornecida pela demonstração de requisitos próprios, imediatos e essenciais que lhe deram origem; e que provada a origem do direito, presume-se a sua persistência (*ibidem*). Nesse norte, caberia ao réu provar os fatos que impediriam a origem do direito ou os fatos que o extinguiram (*ibidem*).

Na teoria de Fitting houve o estabelecimento de premissas como: diante da ausência de prova determinado fato esse não pode ser tido como verdadeiro; o objeto da prova são os fatos

²² Além disso, pode-se destacar grande influência da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que destacava, dentre outros, a igualdade como direito supremo e que influenciou, inclusive, o Código Civil francês e as codificações que se seguiram (PACÍFICO, 2011, p. 93).

e não o direito; bem como que o ônus da prova não é um dever imposto e não constitui um conceito jurídico independente. Ademais, havendo, em suma, a necessidade de que uma das partes prove a relação de fato ainda não provada, não importa quem produziu a prova, tão somente a sua realização (*ibidem*, p. 99). Por isso que, quem invoca uma norma-regra deve provar os pressupostos fáticos que a constituem, e à parte adversa incumbiria somente a demonstração da aplicação de uma norma-exceção e a prova dos fatos que a dariam ensejo (*ibidem*, p. 101).

Já, segundo Gianturco, o ônus da prova incumbia a quem quisesse auferir vantagem da prova (*ibidem*, p. 104). Esse deve limitar-se ao mínimo necessário, sendo dispensados os fatos tidos como verdadeiros pelas partes ou pela lei (presunções absolutas e relativas), assim como os fatos irrelevantes, bem como a prova de qualquer normalidade, necessitando de prova somente a modificação de um Estado inerte ou a persistência de um estado em constante mutabilidade (*ibidem*).

Para Demogue, na produção das provas, deveria prevalecer a solidariedade entre as partes (*ibidem*, p. 105). Assim, reproduzindo o princípio da normalidade, não há a obrigatoriedade de provar todas as condições necessárias para a existência de um direito, tão somente a sua verossimilhança (*ibidem*). Semelhante a Bentham, pregava que a obrigação da prova deveria ser imposta àquele que tem maiores facilidade em produzi-la (*ibidem*). Sua inovação estabeleceu-se na distinção entre as obrigações de meio e de resultado e suas influências diretas sobre a distribuição do ônus da prova (*ibidem*).

Tais teorias influenciaram, em suma, a dicção do Código Civil Napoleônico e italiano nos quais se estabeleceu o princípio legal segundo o qual quem demanda a execução de uma obrigação deve prová-la e quem pretende libertar-se deve provar o pagamento ou algum fato que a tenha extinguido (*ibidem*, p. 107).

Ainda nessa mesma época, das doutrinas que se amparavam na natureza dos fatos e que influenciaram a produção do art. 333 do diploma processual brasileiro, destacam-se os ensinamentos de Chiovenda, Carnelutti e Betti (*ibidem*, p. 109).

Chiovenda rechaçou a máxima romana da não necessidade de prova dos fatos negativos e considerou a distribuição do ônus da prova como um princípio de oportunidade e de igualdade distributiva (*ibidem*). Assim, ao autor caberia a prova dos fatos constitutivos e que normalmente produzem determinados efeitos jurídicos e ao réu caberia a prova da falta desses fatos (*ibidem*, p. 112).

Carnelutti adicionou um elemento à teoria, afirmando que se determinado fato alegado não foi provado, alguém deve sofrer as consequências da falta de convencimento do juiz, baseando-se na finalidade dessa prova e no interesse da parte que tinha que a produzir (*ibidem*). Adverte o jurista que tal regra não pode ser vista como absoluta, porquanto a lei, por vezes, estabelece presunções as quais fazem com que sobre o réu recaia o ônus da prova do fato constitutivo, por exemplo (*ibidem*, p. 114).

Betti fez críticas à teoria de Carnelutti afirmando que o interesse da afirmação é bilateral, uma vez que o réu teria interesse em provar a inexistência do direito do autor, mas, enquanto este não provar os fatos que o constitui, não teria o ônus de provar sua afirmação (*ibidem*, p. 115). Para ele, portanto, o ônus divide-se em ônus da ação e da exceção, sendo diferenciados pelo critério da normalidade, isto é, pelas regras da experiência (*ibidem*, p. 116).

As doutrinas mais modernas formuladas por Rosemberg e Micheli, criticavam o critério da normalidade como critério para a determinação de quem terá o ônus de provar (*ibidem*, p. 124). Para Rosemberg, o critério da normalidade não passa de critério para a valoração das provas pelo magistrado e não serve para o campo da distribuição dos riscos da ausência de prova (*ibidem*, p. 125).

Leo Rosemberg atribuiu grande importância ao ônus objetivo da prova (ônus da certeza) em razão da vedação ao *non liquet* (*ibidem*, p. 128). Assim, cada qual deve afirmar e provar os pressupostos fáticos da norma que lhe é favorável, uma vez que será a norma quem dirá quais fatos são importantes para a sua aplicação (*ibidem*, p. 129).

Para tal, classificou as normas em constitutivas, impeditivas, destrutivas e exclusivas de direito (*ibidem*, p. 130) e, para ele, os fatos concretos não podem ter o condão de alterar os pressupostos da norma (*ibidem*, p. 133). Nesse diapasão, deverá o juiz considerar primeiramente as características abstratas da norma, para, depois, verificar se os fatos alegados se moldam a elas (*ibidem*, p. 134).

Micheli revelou a grande importância da regra de julgamento do ônus da prova em razão do escopo processual da eliminação da incerteza (*ibidem*, p. 136). Razão disso, dizia ser de suma importância o estabelecimento do critério distributivo com relação às normas de direito material (*ibidem*, p. 137). Para tal, sustentou que é preciso a consideração tanto de critérios materiais, quando processuais, que consistem na posição das partes com relação aos efeitos pretendidos através do processo (*ibidem*).

Assim, ponderou Micheli que a avaliação estática do fenômeno da distribuição do ônus da prova tão somente na invocação dos critérios da norma de direito material não é suficiente para o estabelecimento de um critério abstrato, uma vez que é preciso levar em conta as pretensões deduzidas pelas partes no processo (*ibidem*, p. 143).

Analisadas as teorias, necessário apresentar o ônus estático instituído pelo CPC brasileiro de 1973, o qual sofreu influência das teorias distributivas do ônus da prova, quando estabeleceu o critério do ônus baseado na natureza dos fatos e na posição das partes no processo (*ibidem*, p. 148)²³.

1.2.2 O ônus estático instituído pelo art. 333 do CPC

Os institutos probatórios passaram por diversas transformações ao longo dos tempos, adequando-se às mudanças sociais e processuais (RAMIRES, 2002, p. 31). Os períodos religioso ou das provas divinas e o período laical ou das provas humanas marcaram tais transformações e modos de disciplinar as provas no processo (*ibidem*).

No período religioso da Idade Média, as provas advinham da religião e os meios de prova eram as ordálias, os juramentos e os duelos (*ibidem*). As ordálias eram os juízos divinos, de Deus, nas quais a verdade aparecia conforme a vontade divina; o juramento era o meio pelo qual havia a invocação de uma divindade suprema como testemunha da verdade alegada e, caso não falasse a verdade, seria castigado pelos deuses; por fim, os duelos consistiam em lutas entre duas pessoas com escudos, bastões e armas, com a mentalidade de que Deus não deixaria que aquele que tivesse a razão fosse derrotado (*ibidem*, p. 32).

A racionalidade do processo surge de forma lenta e gradual, como filha do Estado Liberal e Individualista e através do afastamento da ideia de existência de uma verdade absoluta e divina. (ALVES, 2007, p. 2005).

O caráter individualista e liberal do CPC/73 já se encontrava, antes da promulgação da CRFB/88, em contradição com as linhas mestras do sistema constitucional e tradições do direito brasileiro, como, por exemplo, na ausência de regramento das demandas coletivas (A. DE OLIVEIRA, 1997, p. 106).

²³ Carpes (2010, p. 47-48), de maneira diferente, leciona que a *teoria das normas*, de Leo Rosemberg - segundo a qual cada parte deve provar os pressupostos fáticos da norma que lhe é favorável, da norma cujo efeito jurídico se resolve em seu proveito – foi a que influenciou a criação do nosso sistema processual.

Foi nesse contexto que se primou pela efetivação de um ônus estático da prova, uma vez que a intenção do legislador foi zelar pela segurança jurídica e pela igualdade formal entre as partes (CARPES, 2010, p. 68-69).

Assim, tem a distribuição do ônus da prova, insculpida no art. 333 do CPC²⁴ papel de inenarrável importância dentro do procedimento probatório, visto que é através dessa regra que será discriminado a qual das partes caberá os esforços para a produção de determinada prova e qual das partes sofrerá o ônus da sua não produção (CARPES, 2007, p. 34).

Da leitura do referido dispositivo conclui-se que há uma situação jurídico-processual previamente estatuída, já que as partes sabem, de antemão, o papel que cada um terá na formação do caderno processual probatório (*ibidem*, p. 35).

Dessa maneira, quando o ônus das provas é instaurado pelo CPC, leva-se em consideração três fatores: 1) a posição que a parte tem na causa (se é autor ou réu); 2) a natureza dos fatos que fundam a pretensão (fatos constitutivos, extintivos, impeditivos ou modificativos do direito pleiteado); e 3) o interesse em provar o fato (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2012, p. 80). Assim, caberá ao autor provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos do direito que pleiteia a parte adversa (*ibidem*).

O *fato constitutivo* é aquele gerador do direito almejado pelo autor, que, enquadrado em uma hipótese normativa, constitui uma situação de direito que a parte afirma ser titular (*ibidem*). Deverá o autor, portanto, provar o fato que determinou nascimento do direito previsto em lei (*ibidem*).

Ao réu, conseqüentemente, caberá a defesa, podendo, simplesmente, negar os fatos trazidos pelo autor fazendo sua defesa direta (*ibidem*). Nesse caso, não recairá sobre ele qualquer ônus de provar (*ibidem*).

Entretanto, quando quiser trazer fatos novos, de modo a fazer contraprova, que impeçam, modifiquem ou extingam o direito do autor caberá, aí sim, o encargo de prova-los (*ibidem*).

O *fato extintivo* é aquele que retira a eficácia do que constitui o direito, fulminando a pretensão de vê-lo satisfeito (*ibidem*, p. 81). São casos como: o pagamento, a compensação, a prescrição, a exceção do contrato não cumprido e a decadência legal (*ibidem*).

²⁴ Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. (BRASIL, 1973)

O *fato impeditivo* é aquele que obsta a produção de efeitos do fato constitutivo e que o direito ali insculpido nasce (*ibidem*). Esse é, pois, um fato de natureza negativa, isto é, a falta de uma circunstância que deveria concorrer para que o fato constitutivo produzisse efeitos normais (*ibidem*, p. 82). São exemplos: a incapacidade, o erro, o desequilíbrio contratual, etc (*ibidem*, p. 81).

O *fato modificativo*, por fim, é aquele que altera a constituição do direito, como a moratória concedida ao devedor (*ibidem*).

Permite, ainda, o CPC, pela dicção do parágrafo único do art. 333, a distribuição de maneira diversa do ônus da prova mediante convenção entre as partes, sendo passível de invalidação caso incida nas hipóteses previstas nos incisos I e II do mesmo dispositivo (*ibidem*, p. 89). Assim, nula será a convenção diversa do ônus da prova se recair sobre direito indisponível da parte ou tornar excessivamente difícil a parte onerada o exercício do direito (*ibidem*).

Por isso exposto, tendo em vista tal regramento estático, perceptível que os critérios apriorísticos de que se valeu o legislador não levam em conta as particularidades e especificidades de cada caso concreto (condições sociais, econômicas e culturais das partes), revelando-se, por vezes, falho, conforme ficará delineado nos tópicos subsequentes (CREMASCO, 2009, p. 15).

1.2.3 O ônus subjetivo, objetivo e a vedação do *non liquet*

Das elucidações feitas acima, é possível extrair-se que é através da regra prevista no art. 333 do CPC que se discriminará a quem tocará os esforços da prova (caráter subjetivo do ônus da prova) e qual das partes sofrerá o ônus da sucumbência caso o acervo probatório não seja suficiente para a formação da convicção do magistrado (caráter objetivo do ônus da prova) (CARPES, 2007, p. 34).

Nesse contexto, tem-se que as regras de distribuição do ônus da prova não se esgotam em regra de julgamento a ser utilizada pelo juiz quando não há certeza dos fatos alegados, mas, também, como regra de procedimento e da atividade processual das partes, uma vez que permite dar conhecimento aos litigantes da sua parcela de responsabilidade na construção do contexto probatório (*ibidem*).

Destarte, fica claro o duplo papel exercido pela regra do ônus da prova: primeiro, aquele que tange ao comportamento das partes, e, segundo, aquele que, na insuficiência de provas aptas a formar o convencimento do juiz, ensejará na sucumbência da parte que não se desvencilhou do seu ônus respectivo de provar algo (*ibidem*, p. 34).

Nesse sentido, o ônus subjetivo (ou formal), é aquele que faz com que a parte onerada se esforce para a persuasão do julgador, enquanto o ônus objetivo (ou material) é aquele feito pela lei, através da distribuição dos riscos da não produção da prova, onerando aquele que não obteve sucesso no feitio do seu acervo probatório (ALVES, 2007, p. 208).

O juiz, passando a analisar se os resultados das atividades instrutórias foram satisfatórios ou não, aplicará o ônus da prova no aspecto objetivo, se incompleto estiver o acervo e, no aspecto subjetivo, se completo, contexto em que não importará quem produziu as provas, somente bastando para a convicção do julgador que o fato esteja provado (*ibidem*)²⁵.

Noutras palavras, uma vez que o caráter dialético é um traço marcante no processo para o convencimento do magistrado, perpassam as provas produzidas e a instrução probatória num terreno de suma importância para a formação da decisão (CREMASCO, 2009, p. 29). Nesse âmbito da dialeticidade e persuasão processual, se instala o ônus subjetivo do ônus da prova, através do qual os litigantes têm ciência de quem deve provar cada fato ou a quem interessa a produção de determinada prova (*ibidem*). Assim, será o ônus subjetivo uma regra de conduta, uma espécie de receita, a ser adotada pelos litigantes, caso queiram maior possibilidade de êxito na ação (*ibidem*).

O ônus objetivo, num outro norte, em razão da proibição de não produzir decisão e de se abster de solucionar o conflito, é aplicada somente nos casos de ausência de provas a respeito dos fatos e quando o juiz não dispõe de outros meios para reconstruir o fato pretérito (*ibidem*, p. 31). Importante salientar aqui que o ônus objetivo não pode ser confundido com um meio de prova ou com os métodos de valoração²⁶, uma vez que é um critério subsidiário e prévio que se põe à disposição do magistrado para que possa decidir (*ibidem*, p. 32).

Nesse aspecto, atenta Cremasco (2009, p. 33) que o critério subsidiário e prévio utilizado pelo juiz através do caráter objetivo do ônus da prova evita surpresa para as partes e o arbítrio

²⁵ Saraiva Neto (2010, p. 110-111) igualmente traz que o sentido objetivo do ônus de provar é regra de julgamento destinada ao juiz quando não há prova para determinar algum fato ou quando não há dúvida perante os fatos essenciais; no sendo subjetivo, a regra do ônus da prova toma um viés dirigido às partes, para dar-lhes ciência de quais fatos lhes incube provar.

²⁶ Conforme visto no Tópico 1.1.2.

do magistrado, uma vez que as “regras do jogo” são conhecidas previamente. Ainda que tal critério nem sempre conduza a uma decisão justa, já que a ausência de prova de um fato nem sempre advém da inércia daquele que incumbia prová-lo, há, no estabelecimento de tal aspecto objetivo, uma presunção dada pelo ordenamento que privilegia o acesso à justiça e a pacificação social ao impor, pela vedação do *non liquet*, a obrigatoriedade da prestação da tutela jurisdicional, promovendo o encerramento do litígio, ainda que minimize a justiça e a verdade da decisão prolatada.

Assim, mesmo sem prova ou sem acervo probatório suficiente, impõe-se ao juiz o dever de julgar, porquanto é vedado abster-se de proferir seu julgamento (vedação do *non liquet*) (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2012, p. 76). Por isso, sendo o ônus objetivo da prova uma regra de julgamento, que indica como deverá o juiz julgar em caso de ausência de prova dos fatos, deverá ser aplicada somente nesses casos e, portanto, de maneira subsidiária, de modo que a parte que não se desincumbiu da prova sofrerá os ônus da sucumbência de ver seu direito não atendido ou o direito do autor concedido (*ibidem*).

Isso visto, perceptível que se tratam os ônus subjetivo e objetivo de elementos complementares entre si, sempre com vistas a permitir o pronunciamento judicial mais adequado possível (CREMASCO, 2009, p. 36).

1.3 O PROBLEMA DO ACESSO À JUSTIÇA NA INSTITUIÇÃO DO ÔNUS ESTÁTICO DA PROVA E A DINAMIZAÇÃO DOS ENCARGOS COMO SOLUÇÃO

Ao juiz, ao prolatar a sentença, é dada a grande tarefa de examinar as provas, subsumir os fatos à lei e interpretar de modo correto os textos legais à luz dos grandes princípios e exigências sociais (DINAMARCO, 2002, p. 238). Nesse contexto aparecem suas convicções sócio-políticas, que refletirão as aspirações da sociedade (*ibidem*). Por isso que um juiz indiferente às escolhas axiológicas dos cidadãos e que pretenda afundar-se no dogmatismo das leis tende a ser injusto, porquanto estende à palavra da lei generalizações intoleráveis, tratando casos diferentes como se iguais fossem (*ibidem*, p. 239). O juiz moderno deve compreender que a imparcialidade somente lhe é exigida para dar iguais oportunidades para cada uma das partes (*ibidem*).

O estabelecimento da instrumentalidade aos institutos processuais promete, através da observância do meio e contexto no qual se insere o Direito, bem como através do estudo

teleológico da jurisdição, alcançar os fins a que se destina o processo, comprometido com a manutenção da paz social e com a ordem jurídica justa (*ibidem*, p. 187).

Por isso, não se pode deixar de vislumbrar que, hoje, a partir da compreensão de que o processo desempenha função eminentemente pública, deve haver uma conciliação mais intensa dos deveres de cooperação das partes com os institutos do ônus da prova, no sentido de cada vez mais unir os propósitos entre o juiz e os litigantes (CARPES, 2010, p. 65) (A. DE OLIVEIRA, 1997, p. 151-152).

Nesse sentido, tem-se que o princípio da legalidade estrita não vigora no Estado de Direito contemporâneo, nem mesmo o juiz, hoje, pode ser concebido como mero locutor da lei, porquanto, a legalidade insculpida no Estado constitucional é a legalidade substancial, a qual impõe a correção da lei sob a matriz da Constituição (CARPES 2010, p. 72).

A nova conjuntura, perpetrada na complexidade da sociedade moderna, necessita de um processo mais dinâmico e atento, que prime não tanto e exclusivamente pela segurança jurídica, mas pela efetividade da prestação jurisdicional, em um compromisso de concreção do direito material, uma vez que a assimilação das exigências sociais reflete na estrutura processual (SARAIVA NETO, 2010, p. 64). Tal orientação aponta para uma ruptura com as concepções sincréticas e autonomistas do processo, dando maior enfoque instrumental (*ibidem*).

O reconhecimento dos direitos humanos de terceira dimensão, atinentes à solidariedade e transindividualidade, forçam a criação de mecanismos processuais capazes de dá-los efetividade (*ibidem*, p. 66). Por isso, é preciso refletir que o estudo do processo civil no atual Estado não pode estar dissociado da análise da Constituição, que, a par de sua magnitude, contém mandamentos diretos a respeito do tema (*ibidem*, p. 70).

O direito fundamental ao acesso à justiça, por conseguinte, passa a irradiar por todo o ordenamento, passando, inclusive, pelo processo, quando compreende-se o exercício da jurisdição como instrumento para a tutela dos direitos fundamentais.

Em razão disso é que a postura estática da prova em situações desiguais, pelo prisma da igualdade perante a lei do Estado Liberal, não implica na almejada imparcialidade do julgador, mas, ao contrário, acoberta uma parcialidade decorrente da inércia do juiz em não promover o equilíbrio entre as partes (*ibidem*, p. 89). O resultado do processo passa a ser fruto do envolvimento conjunto entre todos os sujeitos processuais, com escopo no compromisso com a busca da verdade, ainda que inatingível (*ibidem*, p. 90-91).

A partir dessa percepção do processo como ferramenta pública indispensável para o alcance da justiça e pacificação social e o reconhecimento do processo como fenômeno cultural que se aportou o novo modelo denominado formalismo-valorativo, esculpido na Escola Gaúcha de Processo Civil e que foi responsável pela compreensão do processo na contemporaneidade (CARPES, 2007, p. 29).

O direito fundamental ao contraditório, nesse contexto, não por nada inserido no Título II da Constituição da República de 1988 – “dos direitos e garantias fundamentais” – ao lado de outros direitos e garantias fundamentais, passará a ser concretizado pela garantia constitucional de participação no processo (*ibidem*, p. 31). Imprescindível, portanto, abrir às partes a possibilidade de participar tanto da indicação da prova, quanto da sua formação (*ibidem*, p. 32).

Por isso que, tomando-se por base a regra rígida de distribuição dada pelo art. 333 do CPC, há situações em que tal preceito não responde adequadamente à solução da lide, comprometendo a igualdade entre as partes e, por consequência, os ideais de justiça (*ibidem*, p. 36).

E é nesse terreno fértil que vem ganhando aceitação pelos tribunais brasileiros a teoria da “distribuição dinâmica do ônus probatório”, a qual preconiza uma alternativa ao esquema estático instituído em lei, para que, consideradas as peculiaridades do caso em exame, possa-se onerar a produção de determinadas provas a parte que tem melhores condições profissionais, técnicas ou de fato para produzi-las (*ibidem*, p. 37).

A doutrina das cargas dinâmicas pressupõe um afastamento do ônus estático da prova (ALVES, 2007, p. 214). Diante do caso concreto, passará o encargo probatório a recair sobre aquela parte que tem melhores condições de dele desvencilhar-se, independentemente se é autor ou réu e da espécie de fato de que se estará diante (se modificativos, impeditivos, extintivos ou constitutivos, pouco importa) (*ibidem*). Com isso, almeja-se a aplicação do princípio da solidariedade, da efetiva colaboração das partes com o órgão judicial e da igualdade das partes no contexto factual (*ibidem*).

Assim, ainda que não firmemente baseada na noção de direitos fundamentais e do processo no âmbito do formalismo-valorativo, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, desenvolvida pela doutrina argentina de Jorge W. Peyrano, foi a primeira que deu a possibilidade da relativização da distribuição legal dos encargos probatórios por ordem do juiz, passando-se a questionar mais enfaticamente o problema da repartição estática do ônus da

prova, muito injusto em determinadas situações do mundo real (CARPES, 2010, p. 74) (PACÍFICO, 2011, p. 303).

Hoje, é crescente a tendência a flexibilizar o critério apriorístico da repartição do ônus da prova e seus limites através da distribuição dinâmica do ônus da prova, dando ao juiz maior aplicabilidade aos seus poderes instrutórios e maior possibilidade na efetivação do princípio de cooperação entre as partes na construção de um resultado justo (CREMASCO, 2009, p. 17).

Entendida a necessidade do afastamento dos critérios estáticos para a distribuição dos encargos probatórios em alguns casos, prima-se por analisar os pressupostos desenvolvidos pela doutrina que dão ensejo à dinamização do ônus da prova.

1.4 OS PRESSUPOSTOS PARA A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

A doutrina do ônus dinâmico da prova foi desenvolvida a partir da percepção de que determinadas situações fáticas do mundo real demandam tratamento diferente ao conferido pelas regras gerais de distribuição do ônus probatório, de modo a evitar o resultado injusto (PACÍFICO, 2011, p. 222). Por isso que, com vistas aos ideais de justiça no caso concreto, por vezes, a jurisprudência atenua e relativiza a aplicação dos princípios distributivos dos encargos da prova (*ibidem*).

O estudo a respeito do ônus dinâmico teve como pioneiros os juristas argentinos Jorge W. Peyrano e Julio O. Chiappini, no ano de 1976 (*ibidem*). Tal construção teórica destacou-se, como dito, por revelar a orientação jurisprudencial de que o ônus da prova deverá recair sobre a parte que esteja em melhores condições profissionais, técnicas ou fáticas para produzir a prova do fato objeto da controvérsia (*ibidem*, p. 223).

O caso que deu ensejo à percepção da insuficiência das regras tradicionais de distribuição do ônus da prova foi uma ação ajuizada por um paciente em decorrência de cirurgia malsucedida (*ibidem*, p. 224). *In casu*, se aplicada a teoria estática do ônus probatório, ao autor caberia comprovar o erro do cirurgião, pois é *fato constitutivo* (*ibidem*). Porém, fazer com que o autor provasse tal fato seria o mesmo que lhe negar toda e qualquer chance de êxito na demanda (*ibidem*).

Nesse contexto, de acordo com Pacífico (*ibidem*, p. 225), o critério de atribuição do encargo de provar à parte que tem mais condições não é novo, porquanto outras doutrinas como as de Bentham e Demogue, utilizaram-se desse fato para regular a distribuição do ônus da

prova. O que há de mais novo na doutrina argentina de distribuição dinâmica dos encargos probatórios é a sua utilização de maneira subsidiária e suplementar, isto é, tão somente nos casos em que os critérios gerais não conduzam a um resultado justo (*ibidem*).

Assim, suplantando para a realidade brasileira, tendo em mente que o principal escopo da teoria da distribuição dinâmica é a facilitação da vinda da prova do fato objeto da controvérsia, tem a aludida teoria contribuído para o alcance de uma tutela jurisdicional mais efetiva do direito reclamado (CREMASCO, 2009, p. 86).

O principal critério que justifica a aplicação da teoria das cargas dinâmicas é a impossibilidade ou dificuldade de o litigante produzir a prova respectiva, por razões de cunho social, econômico, informacional, técnica, hierárquica, ou até de acessibilidade, devendo encontrar-se, em contrapartida, maior facilidade ou melhor condição do outro litigante para a sua realização (*ibidem*, p. 86-87).

O foco da teoria da distribuição dinâmica, seria, pois, a facilidade e a acessibilidade do litigante à prova, de forma a possibilitar que ela seja efetivamente produzida e útil ao alcance da justiça processual (*ibidem*).

Recordando o caráter subsidiário e suplementar insculpido pela teoria argentina, não diferentemente no Brasil, a carga dinâmica incide somente nos casos em que o regramento estático é insuficiente e inadequado, não havendo limitações à dinamização decorrentes de previsão legislativa (*ibidem*, p. 76).

Dentro dessa seara da produção dificultosa de prova, encontra-se a “prova diabólica”, sentida somente por aquela parte a quem compete provar tal circunstância de fato impossível de ser demonstrada por meio de prova (CARPES, 2010, p. 90). Impor à parte ônus impossível de ser suplantado é o mesmo que vedar o acesso à justiça (*ibidem*, p. 91).

A prova diabólica pode estar vinculada tanto pelo estabelecimento do ônus de provar um fato negativo, quanto em razão da condição de hipossuficiência da parte onerada, pela distância do material probatório ou pela peculiaridade da controvérsia (*ibidem*).

Além disso, deve-se atentar para o fato no qual há a alteração superveniente das circunstâncias de fato e de direito que nortearam a distribuição inicial (CREMASCO, 2009, p. 92). No caso de superveniência de impossibilidade ou dificuldade quanto à prova, deve-se rever a repartição dos encargos enquanto não encerrada a instrução (*ibidem*). Ademais, a impossibilidade recíproca de produção da prova fará com que incida, no caso, a disposição estática instituída em lei (*ibidem*, p. 93).

A respeito da aceitação da teoria das cargas dinâmicas, em pesquisa no acervo jurisprudencial brasileiro, nota-se crescente utilização dos seus institutos na resolução dos conflitos buscando a concretude da solidariedade entre as partes e o combate à desigualdade processual.

Expressando renovação do princípio do devido processo legal, com vista a exigir sincera cooperação entre os litigantes, é possível aferir a aplicação da teoria das cargas dinâmicas em ações levadas ao Superior Tribunal de Justiça (STJ). Nesse contexto, cita-se precedente da Terceira Turma, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, no Recurso Especial n. 1.286.704²⁷,

²⁷ CIVIL E PROCESSO CIVIL. PEDIDO. INTERPRETAÇÃO. CRITÉRIOS. PROVA. ÔNUS. DISTRIBUIÇÃO. LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ. COBRANÇA DE DÍVIDA JÁ PAGA. LIMITES DE INCIDÊNCIA. DISPOSITIVOS LEGAIS ANALISADOS: ARTS. 17, 18, 125, I, 282, 286, 333, I E II, 339, 355, 358, 359, 460 E 512 DO CPC; E 1.531 DO CC/16 (940 DO CC/02). 1. Ação indenizatória ajuizada em 16.02.2001. Recurso especial concluso ao gabinete em 21.10.2011 2. Recurso especial em que se discute os limites da responsabilidade civil das rés pelo apontamento indevido para protesto de notas promissórias. 3. Não há como se considerar presente na espécie: (i) a litigância de má-fé (art. 17 do CPC), pois a resistência da parte compreendeu apenas a juntada de alguns documentos contábeis, que não se mostraram indispensáveis à realização do trabalho pericial – tanto que não houve a instauração de incidente de exibição de documentos – e cuja recusa na apresentação guardou coerência com a tese de defesa; tampouco (ii) o dolo na cobrança de dívida já paga (art. 1.531 do CC/16), ante a existência de dúvida razoável quanto à efetiva quitação do débito, tendo a própria devedora admitido a possibilidade de haver saldo em aberto, visto que as transferências de dinheiro por ela efetuadas não eram discriminadas e as partes mantinham complexas e diversificadas relações jurídicas, oriundas da celebração de vários contratos, muitos deles entrelaçados e prejudiciais uns aos outros, originando diferentes débitos, garantias e obrigações, parte deles sem nenhuma relação com as notas promissórias apontadas para protesto. Ademais, sendo uma só a conduta supostamente caracterizadora tanto da litigância de má-fé quanto do dolo na cobrança de dívida já paga – qual seja, a recusa de submeter parte dos livros contábeis à análise pericial – e não tendo o Tribunal Estadual enquadrado esse comportamento nas hipóteses do art. 17 do CPC, deve-se, por coerência, afastar também a incidência da sanção do art. 1.531 do CC/16. 4. No particular, não há como considerar incluído na indenização decorrente do protesto indevido das notas promissórias o pedido de compensação pelos prejuízos derivados da declaração de falência, na medida em que: (i) por ocasião da propositura da ação indenizatória, o pedido de falência sequer havia sido ajuizado, de sorte que as pretensões contidas na inicial certamente não abrangeram os danos advindos da quebra; (ii) o acórdão que decretou a falência ainda não transitou em julgado; (iii) a iniciativa de propor o pedido de falência foi exclusivamente de uma das empresas que figuram no polo passivo da ação indenizatória; e, mais importante, (iv) a autora ajuizou ação indenizatória autônoma objetivando especificamente o ressarcimento dos prejuízos advindos da decretação da sua falência, cujo pedido foi julgado improcedente em primeiro grau de jurisdição e que aguarda o julgamento da apelação interposta. 5. O pedido deve ser extraído da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, a partir da análise de todo o seu conteúdo. 6. Nos termos do art. 333, II, do CPC, recai sobre o réu o ônus da prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. 7. 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. 8. A litigância de má-fé deve ser distinguida da estratégia processual adotada pela parte que, não estando obrigada a produzir prova contra si, opta, conforme o caso, por não apresentar em juízo determinados documentos, contrários à suas teses, assumindo, em contrapartida, os riscos dessa postura. O dever das partes de colaborarem com a Justiça previsto no art. 339 do CPC, deve ser confrontado com o direito do réu à ampla defesa, o qual inclui, também, a escolha da melhor tática de resistência à pretensão veiculada na inicial. Por isso, o comportamento da parte deve sempre ser analisado à luz das peculiaridades de cada caso. 9. O art. 1.531 do CC/16, mantido pelo CC/02 em seu art. 940, institui uma autêntica pena privada, aplicável independentemente da existência de prova do dano, sanção essa cuja aplicação fica sujeita, pois, a uma exegese restritiva. 10. A aplicação da sanção prevista no artigo 1.531 do CC/16 – cobrança de dívida já paga – depende da demonstração de má-fé, dolo ou má-fé, por parte do credor. Precedentes. 11. Recurso especial da autora a que se nega provimento. Recursos especiais das rés parcialmente providos. (BRASIL, 2013)

julgado em 22 de outubro de 2013, em ação declaratória de nulidade de títulos cumulada com indenização por perdas e danos ajuizada pela Transbrasil S.A Linhas Aéreas contra as empresas General Eletric Capital Corporation, Alcyone Esc Corporation, Airpanes Holdins Limites, Aviations Financial Services (GE), Aercap Ireland Limited e Aercap Leasins USA II INC (AERCAP), pugnando a declaração de nulidade de seis notas promissórias sacadas contra a parte autora, com a condenação das rés ao pagamento de indenização por perdas e danos.

Os pedidos exordiais foram acolhidos pelo magistrado na sentença, que foi mantida em parte pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), por maioria, para condenar as rés ao pagamento de indenização correspondente ao dobro do valor de cada nota promissória anulada e demais danos materiais causados.

Foram interpostos recursos excepcionais pela Transbrasil, AERCAP e GE, aduzindo, em síntese, a negativa de prestação jurisdicional, a inépcia da inicial, a nulidade do laudo pericial, o julgamento *extra petita e reformatio in pejus*.

Foi no tocante à nulidade do laudo pericial que se arguiu violação ao art. 333, I, do CPC. Nesse contexto, trouxe a Ministra que, ainda que tacitamente, as instâncias ordinárias teriam aplicado a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, já que a empresa autora teria contribuído para o desdobramento da perícia, enquanto as empresas rés, não, e que, por isso, teria a recorrente suportado o ônus da não produção dos fatos que extinguissem, modificassem ou impedissem o direito do autor.

Salientou, aliás, que a teoria dinâmica, ainda que não prevista pelo CPC, seria conjecturável por uma análise sistêmica do ordenamento, como forma de distribuir o ônus da prova conforme as dificuldades/facilidades de cada litigante. Fundamentou, ainda, que o texto constitucional e legal dá bases a sua aplicação, sobretudo no tocante ao princípio da isonomia (art. arts. 5º, caput, da CRFB/88, e 125, I, do CPC), do devido processo legal (art. 5º, XIV, da CRFB/88), do acesso à justiça (art. 5º XXXV, da CRFB/88) e da solidariedade (art. 339 do CPC), bem como os poderes instrutórios do Juiz (art. 355 do CPC).

Em razão disso e por não ser possível o revolvimento dos fatos que deram ensejo à conclusão pericial, porquanto atrairia o óbice da Súmula 7²⁸ daquela Corte, entendeu não haver violação ao art. 333, I, do CPC.

²⁸ “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

Para finalizar, importante atentar que, em sendo excepcional o caráter da distribuição dinâmica do ônus da prova, deverá o juiz, de antemão, comunicar as partes que, tendo constatado maior aptidão de uma parte para a produção de determinada prova, distribuirá de maneira diversa os encargos (SARAIVA NETO, 2010, p. 138).

Por conseguinte, a responsabilidade do juiz será diretamente proporcional à importância da fundamentação das decisões, mandamento insculpido no art. 93, IX, da CRFB/88, ficando a atividade do magistrado controlada pela coerência do seu raciocínio e devendo ele fazer entender quais foram os critérios adotados para suplantar o ônus estático do art. 333 do CPC para lançar mão da técnica da dinamização do ônus da prova (CARPES, 2010, p. 129-130).

Cumpre, ainda, salientar que a dinamização dos encargos probatórios prescinde de requerimento das partes, uma vez que é dever do juiz, constatando a inconstitucionalidade fática da distribuição legal, deslocar o ônus da prova relativo à determinada circunstância, para que se dê efetividade ao processo justo (*ibidem*, p. 133).

Aliás, a decisão que pretende modificar o ônus da prova deve ser dada anteriormente à instrução probatória, isso porque qualquer alteração na estruturação da atividade probatória das partes deve se dar antes da produção de provas, evitando-se, por conseguinte, vícios insanáveis no processo em razão da violação do direito fundamental ao contraditório (*ibidem*, p. 137).

Destarte, perceptível que a proposta de redistribuição das cargas probatórias condiz com a natureza instrumental do processo e dos seus institutos afins, a qual, estimulando a produção da prova e o esclarecimento dos fatos litigiosos, possibilita a descoberta da verdade efetiva e evita o *non liquet* (CREMASCO, 2009, p. 75). Ademais, permite-se, assim, que a decisão seja efetiva e justa, apta a tutelar o direito substancial e provocar concretas alterações no mundo dos fatos, satisfazendo a pretensão do jurisdicionado (*ibidem*).

Feitas as devidas considerações, é de se saudar a inclusão do instituto da distribuição dinâmica do ônus da prova no projeto de novo CPC, alvo de críticas e aplausos dentre os doutrinadores brasileiros, conforme se passará a apresentar.

1.5 A POSITIVAÇÃO DA TEORIA DINÂMICA NO NOVO CPC

Iniciado no Senado (PL 166/2010) e já aprovado pela Câmara dos Deputados (PL 8.046/2010), o projeto do novo CPC promete avanços quanto ao instituto do ônus da prova

(BRASIL, 2014). A doutrina se divide entre aplausos e críticas, conforme passa-se a demonstrar.

O art. 357²⁹, inspira-se, claramente, no atual art. 333 do CPC vigente, estabelecendo as regras fundamentais de repartição dos encargos da prova (PACÍFICO, 2011, p. 303). Já o art. 358³⁰, consagra a teoria da distribuição dinâmica apresentada (*ibidem*).

Pacífico (2011, p. 318) chama a atenção para a importância de se explicitar, na própria norma, os limites da incidência da teoria das cargas dinâmicas, pois se corre o risco de seu uso indiscriminado causar decisões injustas. É preciso destacar que a teoria das cargas dinâmicas tem aplicação excepcional quando se esteja diante de substancial dificuldade probatória eivada pela distribuição estática dos encargos probatórios, bem como que a decisão que distribui de maneira diversa o ônus da prova deve ser efetivamente fundamentada (*ibidem*).

Sustenta, ainda, a exclusão dos §§ 1º e 2º do referido dispositivo, pois feito excessiva ênfase ao ônus subjetivo, contrariando a orientação de que o ônus da prova constitui, essencialmente, uma regra de julgamento, mesmo que o âmbito subjetivo seja importante (*ibidem*, p. 319).

Montenegro Filho (2011, p. 297) chama de “grande novidade” a instituição do art. 358 quanto ao modo de distribuição do ônus da prova. Considerando a teoria da inversão do ônus da prova instituída pelo art. 6º, VIII, do CDC como positivação anterior da técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova, leciona que o art. 358 tem como objetivo estender a inversão do ônus da prova para as relações cíveis em geral (*ibidem*). Sugere, ademais, que o pronunciamento judicial que distribui de modo diverso o ônus da prova deve ser incluído no rol das decisões que ensejam a interposição de agravo de instrumento, já que passível de geral grave prejuízo à parte (*ibidem*).

Tucci (2012, p. 6) aplaude a tentativa do projeto do novo Código de Processo Civil em assegurar a garantia constitucional do devido processo legal.

²⁹ Art. 357. O ônus da prova, ressalvados os poderes do juiz, incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

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

³⁰ Art. 358. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado 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.

§ 2º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção.

Machado (2012, p. 2), em análise crítica ao Projeto de novo Código, atenta que o art. 358 implicará em grande esforço hermenêutico e suscetível à subjetividade do julgador.

Noutro norte, F. de Oliveira (2012, p. 13) chama atenção para o abandono da postura privatista do processo civil, quando a produção probatória era exclusividade das partes, porquanto, agora, poderá o magistrado participar de modo ainda mais ativo da instrução. Frisa que o projeto abarca pressupostos indicados pela doutrina para a distribuição dinâmica, uma vez que prevê a fundamentação da decisão que dinamiza o ônus e aponta a necessidade de oportunizar à parte, a quem foi atribuído o ônus, a possibilidade de dele se desvencilhar (*ibidem*).

Interpretando o art. 358 do Projeto do novo CPC, Lima e Faneco (2014, p. 327) apontam que caberia ao juiz, na análise do caso concreto, onerar a parte que teria melhores condições para a produção da prova, devendo haver o que as autoras apontam como limitações materiais e processuais: materiais, no sentido de ser impossível solucionar a lide pela regra estática sem ofender o princípio da igualdade entre as partes; e processuais, na medida em que deverá o juiz modificar de maneira motivada a distribuição do ônus, assegurando à parte a possibilidade de se produzir a prova.

Nesse sentido, Coelho (2011, p. 2) destaca que, no âmbito do Projeto do novo CPC, haverá uma maior inibição do uso do processo com propósitos protelatórios, agravando-se o ônus financeiro pela litigância temerária e como forma de fazer as partes cumprirem com os deveres de lealdade e verdade, sem a criação de incidentes desnecessários. A tarefa do legislador seria, pois, conciliar a solução rápida do litígio com a emersão da justiça sem demoras com o direito ao contraditório, o qual assegura a segurança jurídica (*ibidem*, p. 1).

2 A INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO OPERADA PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Para que haja o alcance dos direitos fundamentais, dentre eles, a isonomia, faz-se necessária a elaboração e efetivação de institutos processuais que auxiliem a parte hipossuficiente da relação, como a inversão do ônus da prova insculpida no art. 6º, VIII, do CDC (SANTOS, 2002, p. 38).

Ademais, a garantia do devido processo legal torna-se efetiva somente quando exercitado o contraditório entre os litigantes, com vistas ao alcance da almejada verdade real (*ibidem*, p. 97).

Como corolário da garantia ao acesso à justiça do consumidor vulnerável apresentar-se-á, neste capítulo, a inversão do ônus da prova operada pelo CDC. Antes, necessário tecer comentários a respeito da história da construção da “classe” consumidor, bem como das garantias constitucionais que a protege, para, então, trazer ao leitor quem são os sujeitos da relação de consumo.

2.1 A SOCIEDADE DE MASSA E A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR

Foi através das mudanças na sociedade, no que concerne à velocidade de informação e produção, que o direito privado reconstruiu-se, passando preocupar-se com a proteção dos novos agentes econômicos: os consumidores (BENJAMIN; MARQUE; BESSA, 2013, p. 48).

O princípio da proteção ao consumidor foi uma forma de relativizar antigos dogmas do direito civil e comercial, como a autonomia da vontade, a força obrigatória dos contratos, os poderes da propriedade, a sujeição do devedor à obrigação, fazendo nascer as noções de boa-fé, de proteção da confiança legítima e de princípios como do equilíbrio entre as partes, a transparência, a segurança, a dignidade da pessoa humana (*ibidem*, p. 44) e a função social dos contratos.

Nesse sentido, segundo Miragem (2008, p. 23):

O paradigma individualista, sobretudo no direito privado, cede espaço a novos interesses igualmente reconhecidos pelo Estado, cuja intervenção em favor do sujeito reconhecido como vulnerável tem por objetivo a recomposição da

igualdade jurídica, corrigindo os elementos fáticos de desigualdade. (Destques no original)

A primeira Revolução Industrial, no Século XIX, gerou o crescimento das metrópoles, ocasionando um aumento de demanda e, por conseguinte, uma possibilidade de aumento da oferta (NUNES, 2004, p. 3). Isso fez nascer um modelo capaz de entregar, para um maior número de pessoas, mais produtos e mais serviços, o qual se culminou chamar de modelo da produção em série ou *standartização* da produção (*ibidem*).

A Segunda Revolução Industrial, ainda no Século XIX, traria, nesse contexto, o incremento da questão social com a massificação das contratações, nessa época passando a ser realizadas por contratos de adesão (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2013, p. 47). Isso resultou maiores conflitos entre os detentores da informação sobre o produto e o serviço e o leigo consumidor (*ibidem*).

Tal arquétipo cresceu e possibilitou, no início do século XX, a modificação do princípio da autonomia da vontade e o seu decorrente, *pacta sunt servanda*, em razão, também, das consequências trazidas pela I Guerra Mundial (1914-1918) (MIRAGEM, 2008, p. 26). Em função desse panorama, a teoria da imprevisão ganhou força, como forma de corrigir o desequilíbrio das prestações em contratos por alteração superveniente das circunstâncias trazidas pelas crises econômicas do final da década de 1910 e durante a década de 1920, as quais culminaram na quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque em 1929 (*ibidem*).

Com a II Guerra Mundial (1939-1945), o mundo assistiu profunda mudança na estrutura econômica dos países capitalistas e nos modelos de negócio, impulsionados pelo avanço tecnológico na área militar (*ibidem*, p. 26). Nesse contexto, surgiu uma crescente indústria dos bens de consumo em massa, a massificação do crédito e da atividade publicitária (*ibidem*). Por esse motivo, passaram os princípios clássicos do direito privado antes citados por uma ruptura, tornando-se necessária a proteção do mais fraco nas sociedades de consumo de massa (*ibidem*, p. 27).

Por sua vez, no cenário moderno, a Terceira Revolução Industrial e a globalização da economia trazem ainda maior mudança nas relações de consumo, aumentando ainda mais a vulnerabilidade do consumidor em relação à total despersonalização e desterritorialização da produção, tornando-se mundial, juntamente com o *marketing* e os

mercados que passaram a não ter mais fronteiras (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2013, p. 48).

As origens da preocupação com os direitos dos consumidores e da preocupação jurídica mais profunda a respeito do tema adveio, em 1962, com o discurso de John F. Kennedy no Congresso norte-americano que, além de frisar que “todos somos consumidores”, enumerou direitos básicos como a saúde, a informação, o direito de escolha e o direito a ser ouvido (MIRAGEM, 2008, p. 24) (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2013, p. 32).

Em 1972, em Estocolmo, foi realizada a Conferência Mundial do Consumidor e, no ano que se seguiu, a Comissão das Nações Unidas sobre os Direitos do Homem deliberou que o ser humano, enquanto consumidor, deveria gozar daqueles quatro direitos já enumerados por Kennedy (MIRAGEM, 2008, p. 24). No mesmo ano, a Assembleia Consultiva da Comunidade Europeia aprovou a Resolução n. 543, a qual deu origem à Carta Europeia de Proteção ao Consumidor (*ibidem*).

A Organização das Nações Unidas (ONU), em 1985, traçou diretrizes para a legislação e consolidação dos direitos consumeristas, tratando-os como direito humano de nova dimensão, um direito social e econômico, um direito de igualdade material do mais fraco, do leigo, do cidadão civil frente aos fornecedores de produtos e serviços que gozam de posição de poder (*Matchposition*) (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2013, p. 32).

No ordenamento jurídico pátrio, o microssistema do Direito do Consumidor surge com a promulgação do CDC como mandamento constitucional de proteção do consumidor vulnerável traçado pelo Constituinte de 1988. Segundo os ensinamentos de Nunes (2009, p. 2), o Código de proteção ao consumidor veio muito atrasado, pois se passou um século inteiro aplicando o Código Civil às relações de consumo.

Por derradeiro, foi com a determinação expressa no art. 48 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) de elaboração de um Código, que foi indicada uma organização normativa e sistemática de regras e princípios consumeristas, os quais se orientariam pela finalidade constitucional de proteção do mais fraco na relação de consumo (MIRAGEM, 2008, p. 31). Passar-se-á, pois, a analisar os dispositivos e princípios constitucionais que norteiam a relação de consumo.

2.2 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO CONSUMIDOR VULNERÁVEL

Como visto, a modificação das características das relações de consumo adveio com a sociedade de massa, época em que se abandonou a posição neutra e liberal do Estado para torná-lo, após a Revolução Francesa, intervencionista e protecionista com relação às situações desequilibradas e distorcidas sofridas pelo consumidor (SOARES, 2006, p. 39).

Por isso, deverá o Estado atuar protegendo a parte mais fraca da relação de consumo, motivo pelo qual a CRFB/88 incluiu a defesa do consumidor entre os direitos e garantias fundamentais, emanando comando ao legislativo para a produção de uma norma de ordem pública e incontestável interesse social (*ibidem*, p. 40).

Ademais, todo o sistema de proteção do consumidor se funda no reconhecimento da sua situação de vulnerabilidade³¹ perante o fornecedor de produtos ou serviços (*ibidem*, p. 42). Aliás, harmonizam-se com o comando constitucional de defesa do consumidor vulnerável os valores da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da solidariedade e da igualdade material ou substancial, sinalizando passo importante a ser dado na efetivação dos objetivos da República Federativa do Brasil, dentre os quais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com redução das desigualdades sociais (cf. Arts. 3º, 5º, XXXII, e 170, V, da CRFB/88) (*ibidem*).

O CDC surgiu, portanto, de expressa determinação constitucional insculpida no art. 48 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), da consagração do direito do consumidor como sendo direito fundamental no art. 5º, XXXII, da CRFB/88 e do princípio da ordem econômica no art. 170, V, da CRFB/88 (MIRAGEM, 2008, p. 33).

Além dessas determinações expressas, é possível destacar outros dispositivos constitucionais que protegem o consumidor de maneira implícita como o art. 24, VIII que institui a competência da União para legislar sobre a responsabilidade por dano ao consumidor; o art. 150, § 5º, que dá o comando ao estabelecimento, através da lei, de medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços; o art. 175, parágrafo único, II, determinando que a lei disponha a respeito dos direitos dos usuários de transporte público; o art. 220, § 4º, o qual trata a respeito da propaganda comercial de tabaco, bebidas alcólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias nos meios de comunicação; o art. 221, sobre diretrizes para

³¹ Os aspectos da vulnerabilidade do consumidor serão abordados nos tópicos subsequentes

produção e difusão de programas de rádio e televisão; além, ainda, de princípios constitucionais que podem, perfeitamente, ser aplicados à relação de consumo, como o princípio da igualdade, do devido processo legal, da inafastabilidade da jurisdição, do contraditório e da ampla defesa, bem como do acesso à informação (NISHIYAMA, 2002, p. 84).

Atentando-se aos princípios constitucionais estruturantes e que servem como guia para os demais princípios constitucionais, tem-se como norte e irradiador de todas os comandos de igualdade, justiça e equidade, bem como de tutela da defesa do cidadão, o princípio republicano (TRAJANO, 2010, p. 89-91).

Da mesma maneira, o fundamento da República Federativa do Brasil, insculpido no art. 1º, II, da CRFB/88, a cidadania, coaduna-se com a defesa do consumidor, destacando-se duas ideias que lhe são inerentes como: direitos universais garantidos por lei a todos os cidadãos e a igualdade consubstanciada no equilíbrio entre direitos e deveres, com iguais direitos de acesso aos tribunais, legislaturas e burocracias (*ibidem*, p. 97). É o segundo conceito exprimido do fundamento constitucional da cidadania que advém o tema do presente capítulo: a facilitação dos meios de defesa, inclusive, através da inversão do ônus da prova, insculpido no art. 6º, VIII, do CDC.

Nesse diapasão, conceituando o princípio da cidadania como sustentáculo do Estado Democrático e Social de Direito e que deve promover a defesa do consumidor, reequilibrando a relação de consumo, afirma Soares (2006, p. 52-53) que:

Não é *cidadão* nem exerce a cidadania a *pessoa* que padece de todos os males decorrentes do processo de exclusão social movido pela ideologia neoliberal, que alimenta o processo de *globalização*, com todos os seus terríveis conseqüências. Também não pode ser considerado no gozo da *cidadania* plena aqueles que são filhos da pobreza cada vez mais crescente e que sofrem com preconceitos e discriminações, cuja erradicação deve ser assumida como objetivo de todos, como sinaliza e obriga o texto constitucional (grifos pelo autor).

Como terceiro princípio constitucional importante para a compreensão da proteção conferida ao consumidor, tem-se o princípio da dignidade da pessoa humana (TRAJANO, 2010, p. 100). Com relação a esse princípio no CDC podem-se perceber inúmeros reflexos como: a diminuição da desigualdade entre o consumidor e o fornecedor, evitando-se que o primeiro seja objeto do arbítrio do segundo; a preocupação com a integridade física do consumidor (art. 6º, I, do CDC); a proibição de produtos e serviços acarretarem riscos à saúde e segurança do consumidor, exceto os riscos considerados normais e previsíveis (art. 8º do CDC); a exigência que o fornecedor de produto e serviço nocivo ou perigoso informe

clara, ostensiva e adequadamente sobre tais características, tipificando como crime a ausência (art. 9º e 63 do CDC); a instituição do *recall* e a tipificação como crime a sua não realização (art. 10, § 1º, e 64 do CDC); a adoção da responsabilidade objetiva nos acidentes de consumo (art. 12 e 14 do CDC) (*ibidem*, p. 104-105). Além desses, com fulcro no art. 4º do CDC, destaca-se a menção expressa ao respeito à dignidade dos consumidores como um dos objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo (*ibidem*, p. 108).

Ademais, é na dignidade da pessoa humana que se constrói a base do edifício marcado pela liberdade, justiça e solidariedade social (SOARES, 2006, p. 46).

Também a liberdade trazida nos arts. 1º, IV, 3º, I, e 5º, *caput*, IV, VI, IX, da CRFB/88 atrela-se ao Direito do Consumidor, principalmente, no que diz respeito à liberdade de o consumidor consumir e o fornecedor de empreender, traduzindo a ideia da livre iniciativa (TRAJANO, 2010, p. 116-117). Nesse contexto, é ponderado o princípio da defesa do consumidor com o da livre iniciativa, devendo o fornecedor, no caso de infringência a direitos consumeristas, arcar com ônus advindo do risco do negócio escolhido (*ibidem*, p. 118).

A justiça, também efetivada pelo objetivo da República Federativa do Brasil na construção de uma sociedade livre, justa e igualitária (art. 1º, IV da Constituição), igualmente relaciona-se à proteção conferida ao consumidor (*ibidem*, p. 127). As normas de proteção consumerista estão de acordo com os ideais de justiça, porquanto, em conformidade com a lei superior e com princípios basilares éticos e morais - isto é, a CRFB/88 em seus arts. 5º, XXXII, 170, V, e o art. 48 do ADCT -, bem como buscam a igualdade com a diminuição da desigualdade fática, jurídica e econômica entre o fornecedor e o consumidor, conferindo a esse, maior liberdade (*ibidem*, p. 130-132)³².

Por último, mas não menos importante na tríade dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, cita-se o princípio da solidariedade. A boa-fé objetiva, insculpida no art. 4º, III, do CDC, é reflexo da observação de tal princípio, pois reflete a ideia de que a relação de consumo deve ser pautada na relação respeitosa com o outro, levando em consideração suas expectativas e direitos (*ibidem*, p. 135).

O princípio da sustentabilidade que tem como fundamento a preservação dos interesses sociais, do meio ambiente, da vida da atual e futuras gerações, da dignidade da pessoa humana, ainda que implícito no texto constitucional, pode ser tido como princípio

³² Isso coadunando-se com as lições de Abbagnano, Norberto Bobbio e Kelsen, nas quais se embasou Trajano.

estruturante ou fundamental (*ibidem*, p. 140). O princípio da sustentabilidade se aproxima do Direito do Consumidor, através da ideia de consumo sustentável (*ibidem*, p. 144). No CDC, por sua vez, são observadas normas que se coadunam com a sustentabilidade como o art. 4º, *caput*, quando prega a melhoria da qualidade de vida dos consumidores, bem como no art. 51, IV, quando considera nulas de pleno direito cláusulas contratuais que infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais (*ibidem*).

Com relação aos princípios gerais e especiais atinentes à defesa do consumidor, destacando, inclusive, que a proteção consumerista é princípio constitucional geral (*ibidem*, p. 151), passar-se-á a analisar os direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição.

O direito à igualdade, hoje, compreendido como a igualdade feita pela lei, relaciona-se perfeitamente com a defesa do consumidor, porquanto este é um exemplo típico do conceito de igualdade contemporâneo. O Direito consumerista, quer, por sua vez, tornar igual uma relação jurídica que é intrinsecamente desigual e formada pela figura do consumidor vulnerável (*ibidem*, p. 191)

O direito à liberdade de expressão e sua restrição constitucional também se atrela ao Direito do Consumidor. A Constituição em seu art. 220, § 3º, II, deu a possibilidade de que a lei federal estabelecesse meios legais que garantissem à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem da propaganda de produtos, prática e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente (*ibidem*, p. 198). Além disso, determinou em seu art. 220, § 4º, que a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias, estará sujeita a restrições impostas pela lei, devendo ler alertado sobre os malefícios decorrentes do seu uso (*ibidem*).

Há, também, os princípios constitucionais especiais que se propõem a dar concretude aos princípios constitucionais gerais. Dentre esses, destaca-se o da ordem econômica (art. 170, *caput*, da CRFB/88), estabelecendo, dentro de suas diretrizes, a defesa do consumidor, pois pautado na colocação de limites na atuação do empreendedor, baseando-se na ética, na justiça e no respeito ao ser humano (*ibidem*, p. 213). Para tal, deve o princípio especial da livre iniciativa estar pautado nos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, cidadania, construção de uma sociedade livre justa e solidária, isonomia e sustentabilidade, antes expostos (*ibidem*, p. 229)

Desdobramento do Direito do Consumidor como direito e garantia fundamental são as normas serem de ordem pública e interesse social (*ibidem*, p. 184-185). Ser norma de ordem pública implica na inafastabilidade dessa através de disposição entre as partes contratantes; já ser de interesse social denota que o CDC possui objetivo maior do que proteger um grupo específico de vulneráveis diante de práticas abusivas do livre mercado, mas, principalmente, a transformação da realidade social ao impor uma nova conduta nas relações (*ibidem*).

Vista a espinha dorsal do direito do consumidor, isto é, seus fundamentos constitucionais, necessário delinear e conceituar os sujeitos da relação de consumo para que se possa reconhecer quem são os indivíduos vulneráveis amparados pelas garantias do nosso denso texto constitucional.

2.3 A RELAÇÃO DE CONSUMO: CAMPO DE APLICAÇÃO DO CDC

Para que haja uma verdadeira proteção ao consumidor, necessário que o intérprete, o juiz ou o aplicador da lei determine que se trata de uma relação de consumo para que se possa determinar o campo de aplicação do CDC (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2013, p. 89).

Em se tratando o campo de incidência do CDC de um campo de aplicação relacional, entre fornecedor e consumidor (*ibidem*, p. 91), necessário se faz delimitar e definir quem são os sujeitos que compõem a relação de consumo, para que se possa dar efetividade ao mandamento constitucional de proteção ao consumidor vulnerável.

2.3.1 Quem é o consumidor?

O âmbito de aplicação do CDC com relação ao consumidor não visa somente proteger o adquirente de um produto ou serviço, mas também as vítimas dos atos ilícitos pré-contratuais, como as publicidades enganosas e das práticas comerciais abusivas, sejam ou não compradoras, sejam ou não destinatárias finais (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2013, p. 92). Além disso, há uma preocupação com a coletividade atingida com as práticas abusivas ou violadoras de igualdades raciais, sexuais, etárias, etc., além, também, da proteção de todas as vítimas do fato do produto ou do serviço (*ibidem*).

Importante ter-se em mente, antes de tudo, que o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor insculpida no art. 4º, I, do CDC³³ é a pedra de toque da proteção dos direitos do consumidor e o motivo pelo qual se tenta equilibrar através da lei a relação intrinsecamente desigual entre consumidor e fornecedor (MIRAGEM, 2008, p. 61).

Nesse contexto, para análise do sujeito consumidor e fornecedor necessário fazer breve explanação a respeito das teorias que os definem (maximalista e finalista), para, após, trazer a corrente que vem sendo adotada pelo nosso microsistema consumerista, através de uma interpretação teleológica das normas: a teoria finalista mitigada ou finalismo aprofundado.

O art. 2º, *caput*, do CDC leciona que “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (BRASIL, 1990). As supramencionadas teorias, por sua vez, discutem o âmbito do conceito de “consumidor” através da definição do que seria “destinatário final” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2013, p. 93).

O conceito maximalista de consumidor é mais amplo e tende a enxergar o CDC como um novo regulamento do mercado de consumo, devendo o art. 2º ser interpretado da maneira mais ampla possível (*ibidem*, p. 95). Para essa teoria, não importa a destinação econômica do bem, bastando para o enquadramento no conceito de consumidor que o indivíduo retire a coisa da cadeia de produção (destinação fática) (*ibidem*).

Segundo Benjamin, Marques e Bessa (*ibidem*, p. 96) o problema dessa visão, por ser demasiadamente ampliativa, reside em transformar o CDC em um direito privado geral, uma vez que retiraria do Código Civil, quase todos os contratos comerciais, já que os comerciantes e profissionais reiteradas vezes consomem de forma intermediária insumos para sua atividade-fim.

Para os finalistas, “destinatário final” é aquele destinatário fático e econômico do bem ou do serviço, seja ele pessoa física ou jurídica (*ibidem*, p. 93). Logo, não basta retirar o bem da cadeia de produção (destinação fática), mas não se deve adquiri-lo para revender ou para uso profissional (destinação econômica) (*ibidem*, p. 94). Tal interpretação molda a figura do consumidor a quem adquire o bem ou serviço, tão somente, para uso próprio

³³ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; [...] (BRASIL, 1990).

ou familiar, não de maneira profissional, de modo que possa ser configurada a vulnerabilidade (*ibidem*).

Como um aprofundamento da teoria finalista, em razão da ampliação da noção de destinatário final e imediato e de vulnerabilidade, tem a jurisprudência e a doutrina aplicado nova teoria, a qual tem como conceito-chave a vulnerabilidade (*ibidem*, p. 97).

Esse novo conceito veio com a percepção da dificuldade que algumas pequenas empresas detinham ao utilizar insumos para a sua produção numa área que não era de sua especialidade, ficando provada, nesses casos, sua vulnerabilidade (*ibidem*).

Nesse sentido, a vulnerabilidade é presumida nos casos em que o consumidor for pessoa física³⁴, mas pode ser demonstrada quando for pessoa jurídica (*ibidem*). Isto é, quando a pessoa jurídica é o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, somente será beneficiada com a proteção do CDC quando demonstrada sua vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica com relação à outra parte (*ibidem*, p. 100).

A vulnerabilidade do consumidor insculpida no art. 4º, I, do CDC, ponto chave da teoria ora discutida, pode se manifestar de quatro formas: técnica, jurídica, fática e informacional (*ibidem*, p. 98).

Do ponto de vista técnico o consumidor não possui conhecimentos específicos a respeito do objeto ou serviço que está adquirindo, sendo facilmente enganado quanto as suas características ou utilidades (*ibidem*, p. 99). No caso do consumidor ser pessoa jurídica, essa espécie de vulnerabilidade ficará ligada a sua profissionalidade, ou não, quanto ao produto ou serviço adquirido (*ibidem*, p. 100).

A vulnerabilidade jurídica consiste na deficiência de sapiência a respeito dos direitos e das repercussões da relação jurídica estabelecida (MIRAGEM, 2008, p. 91).

Já a vulnerabilidade fática ou socioeconômica tem como pressuposto a disparidade econômica entre consumidor e fornecedor, ou, ainda, a essencialidade e a importância do serviço prestado no mercado (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2013, p. 103).

Por último, tem-se a vulnerabilidade informacional que é intrínseca ao consumidor (*ibidem*, p. 106). Na sociedade atual, é na informação que está o poder, sendo assim, a falta dela representa o principal fator de desequilíbrio da relação de consumo (*ibidem*). Tal

³⁴ Leia-se, por mais correto: “pessoa natural”.

vulnerabilidade é essencial à dignidade do consumidor, sobretudo em se tratando de pessoa física (*ibidem*).

Vistas as espécies de vulnerabilidade, além, também, da possibilidade de engajamento da pessoa jurídica como consumidor - quando verificada, *in concreto*, alguma dessas hipóteses -, atrelado à ideia da vulnerabilidade informacional que atinge a todos os consumidores, ainda que não exatamente destinatários finais dos produtos ou serviços, o CDC traz em seu texto alguns dispositivos que estendem o conceito de consumidor: são os consumidores equiparados (*ibidem*, p. 108).

O art. 2º, parágrafo único, do CDC dispõe que “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo” (BRASIL, 1990). Esse dispositivo é ponto de partida para levar em conta que muitas pessoas, ainda que não sejam consumidoras *stricto sensu*, isto é, ainda que não preencham as características de consumidor³⁵, podem ser atingidas pelas atividades ou produtos oferecidos ao mercado, porquanto a lei lhes confere uma posição de vulnerabilidade (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2013, p. 108-109). A esse terceiro, não-consumidor *strictu sensu*, foi dada a denominação pela doutrina de *bystander* (*ibidem*).

O art. 17 do CDC, aplicado aos fatos do produto e do serviço, ou melhor, aos acidentes de consumo, complementa o art. 2º, parágrafo único, do mesmo diploma dispondo que “Para os efeitos desta Seção [arts. 12 a 16], equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento” (BRASIL, 1990) (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2013, p. 109). Portanto, com fulcro na norma mencionada, para ocupar a posição de consumidor, basta ser vítima de um acidente ocasionado por um produto ou serviço defeituoso³⁶.

Além desse, traz o CDC em seu art. 29³⁷ mais uma disposição especial que se aplica às “Práticas Comerciais” (Capítulo V) e suas seções sobre oferta, publicidade, práticas abusivas, cobrança de dívidas, bancos de dados e cadastros dos consumidores, como também ao Capítulo VI, que se dedica à “Proteção contratual” (*ibidem*, p. 110). Com a

³⁵ Aquele que utiliza ou contrata produtos ou serviços como destinatário fático e econômico.

³⁶ Segundo o art. 12, § 1º, do CDC, produto defeituoso é aquele que “não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - sua apresentação; II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi colocado em circulação”. (BRASIL, 1990). Já segundo o art. 14, § 1º, do mesmo diploma, serviço defeituoso é aquele que “não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo de seu fornecimento; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi fornecido” (BRASIL, 1990).

³⁷ “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas” (BRASIL, 1990)

positivação da referida norma, buscou-se harmonizar os interesses presentes no mercado de consumo, para frear os abusos de poder e proteger os interesses econômicos dos consumidores em geral, que poderão utilizar os princípios da ética e da responsabilidade social do mercado expostas no diploma consumerista para combater as práticas comerciais abusivas (*ibidem*, p. 111).

Vista a possibilidade de equiparação a consumidor aos *bystanders*, importante destacar, por fim, que as pessoas jurídicas podem ser consideradas consumidoras perante duas formas: demonstrando sua vulnerabilidade no caso concreto, valendo-se da teoria do formalismo aprofundado, ou por equiparação às situações previstas nos dispositivos supra mencionados (*ibidem*).

Por derradeiro, tendo em mente as possibilidades de enquadramento nos conceitos de consumidor, necessário se faz delinear o sujeito do outro lado relacional: o fornecedor.

2.3.2 Quem é o fornecedor?

A definição *stricto sensu* de fornecedor está contida no art. 3º, *caput*, do CDC³⁸ (*ibidem*, p. 112). Os seus parágrafos subsequentes trazem a definição do que seria produto e serviço, cujo conceito é de suma importância para delimitar a relação de consumo (*ibidem*).

Dos parágrafos do art. 3º do CDC³⁹ lidos conjuntamente com o *caput* retira-se, ainda que não expressamente escrito, que a “atividade” do fornecedor deve ser habitual, porquanto é profissional e remunerada, excluindo-se do campo do diploma consumerista todas aquelas relações constituídas por dois consumidores, abrangidas pelo diploma civilista (*ibidem*) (MIRAGEM, 2008, p. 93).

A expressão “atividades”, na conceituação de fornecimento de produtos (§ 1º do art. 3º do CDC), é que indica a existência de reiteração, habitualidade e profissionalidade, deixando clara a intenção do legislador de incluir o maior número possível de fornecedores

³⁸ Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (*ibidem*)

³⁹ § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. (*ibidem*)

de produtos no campo de aplicação do CDC (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2013, p. 113).

Miragem (2008, p. 93) conceitua a profissionalidade como sendo uma ideia ligada a uma especialidade, um conhecimento especial e presumivelmente abrangente sobre a atividade que exerce, cujas características são conhecidas e utilizadas como um meio de vida. A profissionalidade indica, pois, uma superioridade perante o consumidor em termos de superioridade de conhecimento para com aquele produto que fornece (*ibidem*).

Diferentemente da ideia de profissionalidade de quem fornece produtos, no âmbito da prestação de serviços, a remuneração é o elemento caracterizador do prestador (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2013, p. 114). A expressão “remuneração” oferece importante abertura para fazer incluir todos aqueles serviços remunerados indiretamente, isto é, aparentemente gratuitos perante o consumidor individual que, entretanto, têm o preço diluído no preço do serviço para os outros consumidores (*ibidem*, p. 115).

O CDC também dispõe a respeito da “cadeia de fornecimento” (de fabricação, produção, transporte e distribuição de produtos e da criação e execução de serviços) equiparando todos aqueles que dela participam (*ibidem*, p. 117). O parágrafo único do art. 7º do CDC⁴⁰, por sua vez, especifica a solidariedade que há entre a cadeia de fornecimento (*ibidem*). As exceções a essa regra serão positivadas no bojo do próprio diploma consumerista, como no caso da responsabilidade subsidiária dos comerciantes por fato do produto e do serviço nos arts. 12 e 13⁴¹.

Delimitados, portanto, os sujeitos que compõem a relação de consumo, torna-se necessário adentrar, finalmente, no tema que se pretende discutir nesse trabalho: o instituto

⁴⁰ Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo. (BRASIL, 1990)

⁴¹ Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. § 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - sua apresentação; II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi colocado em circulação. § 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado. § 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. (*ibidem*)

Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando: I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados; II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador; III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis. Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso. (*ibidem*).

da inversão do ônus da prova e seus pressupostos como forma de efetivação do mandamento constitucional de proteção ao consumidor e facilitação dos seus meios de defesa.

2.4 REQUISITOS PARA A INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO DO ART. 6º, VIII, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A inversão do ônus da prova estabelecida pelo art. 6º, VIII, do CDC está de acordo com o moderno processo civil, sendo, pois, um instrumento para o alcance do direito material para um pronunciamento jurisdicional o mais próximo da realidade social (SANTOS, 2002, p. 70).

Tal regra visa atender ao dever constitucional de defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, da CRFB/88), ao caráter de ordem pública e interesse social que tem o diploma consumerista (art. 1º do CDC), ao reconhecimento da vulnerabilidade dos consumidores (art. 4º, I, do CDC), bem como à isonomia de tratamento com o fim de reequilibrar as forças em juízo e buscar a justiça (HOLTHAUSEN, 2006, p. 107).

O instituto adveio da necessidade de superação das desigualdades da interação de consumo (SANTOS, 2002, p. 69). Ademais, com ele, facilitam-se os meios de defesa do consumidor em juízo - parte mais fraca da relação processual ou, quase sempre, hipossuficiente (*ibidem*).

A necessidade da conformação do processo à Constituição fez nascer, pois, no diploma consumerista, disposições que melhor regulassem a participação do consumidor em juízo (CARPES, 2010, p. 73). O art. 6º, VIII, do CDC vem para impor ao juiz um dever de conformação constitucional do procedimento probatório, determinado a inversão do ônus da prova quando preenchido o requisito da verossimilhança das alegações do consumidor ou da hipossuficiência (*ibidem*).

As razões para o reconhecimento da inversão do ônus da prova como meio processual de facilitação da defesa do consumidor é a dificuldade prática dos consumidores de demonstrar os fatos que sustentam sua pretensão, uma vez que, na relação de consumo, é o fornecedor que detém o domínio do produto ou o serviço, ou conhecimento sobre o processo de produção (MIRAGEM, 2008, p. 136).

Assim, sabendo que a defesa judicial de interesses pressupõe a disposição de recursos técnicos e financeiros para a adequada demonstração do direito pleiteado, dispôs o legislador da inversão do ônus da prova ao consumidor (*ibidem*).

Tal instituto significará libertar o encargo probatório da parte autora, cabendo ao réu o ônus extraordinário de comprovar a não existência dos fatos que constituem o direito do autor e, ainda, o ônus ordinário de comprovar algum fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor (ALVES, 2007, p. 199).

Portanto, com o art. 6º, VIII, do CDC, quis-se afastar a aplicação do art. 333 do CPC, fazendo com que o consumidor, ainda que não comprovando suas alegações, não sofresse as consequências advindas da não produção da prova dos fatos constitutivos do seu direito (BROUWERS, 2001, p. 77-78).

A hipótese de inversão operada pelo art. 6º, VIII, do CDC é *ope judicis*, uma vez que fica à mercê da convicção do juiz a existência da verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do autor (ALVES, 2007, p. 210). A expressão “a critério do juiz”, ademais, não significa um poder discricionário de se inverter ou não os encargos probatórios, mas que o juiz utilizará de seus critérios para aferir a existência dos requisitos legais (*ibidem*).

Tal locução denota que a liberdade do julgador está somente na análise dos pressupostos para a aplicação da regra da inversão do *ônus probandi*, não existindo qualquer discricionariedade na subsunção do caso concreto à lei quando verificadas as hipóteses de verossimilhança das alegações do autor ou hipossuficiência do consumidor (SOARES, 2006, p. 201).

Nesse contexto, aparecem as “máximas da experiência”, as quais constituem uma categoria autônoma que deve ser aplicada com cuidado para não se cair em arbítrio do julgador (BAGGIO, 2007, p. 199).

São elas uma expressão da cultura dos juízes como intérpretes dos valores e experiências sociais, devendo eles estar sempre atentos e sensíveis ao contexto em que vivem, para que possam captar o significado dos fatos da vida ordinária (DINAMARCO, 2009b, p. 122). Tudo isso tendo em vista a prolação de decisões mais sensatas que coadunem com o que o homem comum sabe e com os conhecimentos e técnicas que transmitem (*ibidem*).

As “máximas da experiência” devem, pois, estar pautadas e ajustadas ao caso concreto, observando-se sua confiabilidade e aceitação social (BAGGIO, 2007, p. 199).

Soares (2006, p. 198) propõe que falar em inversão do ônus da prova, tanto *ope legis*, quanto *ope judicis*, pressupõe a retirada da carga da prova, a qual se refere aos fatos que embasam o direito, do consumidor. Assim, pressupõe que nas hipóteses dos art. 6º, VIII, 12, § 3º, 14, § 3º, e 38 do CDC não haveria inversão do ônus da prova propriamente dito, porquanto o que ocorre é uma presunção relativa da veracidade dos fatos alegados pelo consumidor, isentando-o do ônus que lhe recai por força do art. 333 do CPC (*ibidem*, p. 220).

Para exemplificar, aduz que

Na ação de indenização por danos causados por fato do produto, o dano, o defeito e o nexo de causalidade são fatos constitutivos do direito do consumidor ao ressarcimento, que tem o ônus de provar as suas alegações com relação ao primeiro e ao terceiro elemento, haja vista que a inexistência do defeito (fato impeditivo do direito à indenização) deve ser provada pelo fornecedor (CDC, artigos 12, parágrafo 3º e 14, parágrafo 3º). Assim, quando o juiz, com base no art. 6º, inciso VIII, do CDC, diante da verossimilhança das alegações ou constatada a hipossuficiência do consumidor inverte o ônus da prova daqueles fatos alegados pelo consumidor (dano e nexo de causalidade) nada mais faz do que presumi-los como provados até que o fornecedor produza prova em sentido contrário de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos daquele direito. (*ibidem*, p. 222)⁴²

Em mesmo sentido, Cavalieri Filho (2011, p. 355-356) traz que, quando constatados um dos requisitos autorizadores da inversão do ônus da prova operado pelo art. 6º, VIII, do CDC, nada mais acontece do que admitir como verdadeiros os fatos constitutivos do direito, sem que recaia sobre o consumidor o ônus da inexistência de prova desses fatos. A partir desse momento, caberá ao fornecedor a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do consumidor (*ibidem*).

Num outro assunto, adentrando à análise da partícula “ou” trazida pelo legislador do Diploma Consumerista no dispositivo ora analisado, tem-se que, como posição majoritária, preencher um dos requisitos já seria suficiente para o juiz operar a inversão do ônus da prova, uma vez que a intenção do CDC é de facilitar a defesa dos direitos dos consumidores (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2013, p. 85)⁴³.

⁴² Brouwers (2001, p. 98) e Miragem (2008, p. 279) trazem o defeito como sendo o nexo de causalidade. Miragem (*ibidem*), nesse sentido, leciona que “Em todas as hipóteses [trazidas pelos arts. 13, § 3º, e 14, § 3º, do CDC], observa-se que as causas de exclusão da responsabilidade representam a desconstituição do nexo de causalidade”.

⁴³ Em mesmo sentido: Soares, 2006; Santos, 2002; Marinoni e Arenhart, 2013, Miragem, 2008; Nunes 2009; Didier jr.; Braga; Oliveira, 2012.

Portanto, tendo em mente que para que se opere a inversão do ônus da prova insculpido no art. 6º, VIII, do CDC é necessária a verificação dos requisitos da hipossuficiência do consumidor ou da verossimilhança de suas alegações, passar-se-á a explicitar do que se trata e como se configuram os aludidos pressupostos. Para tal, explicitar-se-á a posição de doutrinadores a respeito dos temas, para que se possa ter ideia da dimensão da discussão que redundará os requisitos.

2.4.1 A hipossuficiência do consumidor

Maior parte da doutrina⁴⁴, como se verá, vale-se do conceito de hipossuficiência como sendo a dificuldade técnica em provar o fato constitutivo do direito imposto em juízo, em razão de disparidades, não só econômicas, como também sociais. Por conseguinte, para efeitos desse trabalho, analisar-se-á a posição da doutrina consumerista majoritária.

Quando se está diante de uma lide que envolve interesses consumeristas, não se pode esquecer que o consumidor está em posição de sujeição aos diversos “ataques” dos fornecedores, pelo que se pressupõe sua posição de vulnerabilidade (a qual não se confunde com o conceito de hipossuficiência, conforme se verá) (SOARES, 2006, p. 205). Os fornecedores, almejando lucro, estão sempre a agir com a intenção de estimular a aquisição de produtos e a utilização de serviços (*ibidem*). Para tal, valem-se de estratégias de agressivas de *marketing* para fazer florescer nos consumidores o sentimento de necessidade com relação aos seus produtos ou serviços (*ibidem*).

Afirma Santos (2002, p. 74) que o conceito de hipossuficiência deve ser entendido a partir da finalidade da norma insculpida no art. 6º, VIII, do CDC, isto é, para tornar mais fácil, no campo específico da instrução probatória, a defesa dos direitos do consumidor.

Tendo isso em vista, a hipossuficiência deve abranger não somente o aspecto técnico, mas também econômico (*ibidem*, p. 75). Desse modo deve a hipossuficiência estar pautada na impossibilidade de produção da prova, seja por não ser acessível à parte, seja por dificuldade de acesso à informação na qual estaria a prova do direito alegado consubstanciada, seja em razão da ignorância das condições de prestação do serviço ou de funcionamento do produto (*ibidem*).

⁴⁴ SOARES, 2006; SANTOS, 2002; ALVES, 2007; MIRAGEM, 2008; THEODORO JÚNIOR, 2002.

A contrário senso, leciona Santos (*ibidem*, p. 77) que, se a prova estiver em poder do consumidor, não há que se falar em inversão.

Alves (2007, p. 210), igualmente, traz que a hipossuficiência do consumidor não é somente econômica, porém, principalmente, técnica, devido à dificuldade de acesso às informações necessárias para o esclarecimento da pretensão ou produção das provas.

Miragem (2008, p. 136) coaduna com a posição acima exposta de que a hipossuficiência se daria no âmbito técnico e fático, porém, indo além, alerta que tal conceito não pode ser confundido com vulnerabilidade a qual é intrínseca à figura de todo o consumidor. Diferentemente da vulnerabilidade, a hipossuficiência não é presumida, mas, sim, verificada e demonstrada *in concreto* (*ibidem*).

Soares (2006, p. 209) explicita que a hipossuficiência autorizadora da inversão do ônus da prova é aquela que dificulta a pretensão do consumidor em juízo sob a ótica da carência técnica, econômica e cultural, as quais devem ser aferidas no caso concreto.

Theodoro Júnior (2002, p. 143) possui a igual posição aos autores supramencionados, entretanto destaca que a inversão não terá cabimento quando o consumidor se tratar de pessoa bem esclarecida e bem informada, quem somente poderá dar ensejo à inversão pela verossimilhança das suas alegações quando os indícios trazidos deem ensejo à chegada de um juízo de probabilidade.

2.4.2 A alegação verossímil

“Verossímil é o que parece verdadeiro e tem probabilidade de ser verdadeiro” (SOARES, 2006, p. 204): é o que explicita a maior parte dos doutrinadores a respeito do conceito de verossimilhança. Adiante, analisar-se-á o que a doutrina explora com relação ao “o que é o verossímil” e o que se considerou importante, nesse âmbito, para a compreensão dos requisitos da inversão do ônus da prova. Salienta-se, ademais, que não será aprofundada, na conceituação a seguir, aspectos filosóficos do tema, mas, tão somente, o que tem se exposto nas doutrinas de Direito do Consumidor e de Direito Processual estudadas.

De acordo com Miragem (2008, p. 348) a verossimilhança funcionará como um juízo de probabilidade, segundo as informações das partes no processo e verificando se tais disposições estariam, ou não, de acordo com um juízo de razoabilidade ou probabilidade

do que tenha ocorrido. Além disso, poderá o juiz, até mesmo, reconhecer a suficiência de provas apresentadas pelo consumidor, sendo oferecida ao fornecedor a oportunidade da contraprova (*ibidem*).

Nos casos de verossimilhança, o juiz se debruçará sobre as práticas conhecidas no mercado e o que normalmente acontece na relação de consumo estabelecida, bem como em informações de conhecimento público ou particular, devendo todas essas serem explicitadas na fundamentação da decisão que inverter o ônus da prova (*ibidem*, p. 349).

Nunes (2009, p. 781), em sentido semelhante, leciona que para a verificação do requisito da verossimilhança, no momento da leitura da peça exordial, deve-se aferir forte conteúdo persuasivo e que, em se tratando de medida extrema, deverá o juiz aguardar a peça de defesa para verificar o grau de verossimilhança relacionando-se com os elementos trazidos na contestação. Ademais, há que se ressaltar que, em razão da vagueza do requisito, deve-se atentar à razoabilidade e ao bom senso do juiz que inverte o ônus da prova (*ibidem*, p. 782).

Em sendo um juízo de probabilidade extraído de material probatório indiciário, deve o raciocínio se pautar em dados concretos que, como indícios, levem a crer que a veracidade da versão do consumidor é muito provável (THEODORO JR, 2002, p. 143).

Indícios, por sua vez, são fatos certos que permitem, por dedução lógica, a verificação de fatos incertos, de tal sorte que, dos indícios extrair-se-iam presunções (*ibidem*).

Cavaliere Filho (2011, p. 352) sustenta que verossímil é aquilo que é crível ou aceitável em face de uma realidade fática, não se tratando de prova robusta ou definitiva, mas “prova de primeira aparência” que decorre das regras de experiência comum e que permite um juízo de probabilidade.

Verossimilhança seria, portanto,

a aparência de veracidade que resulta de uma situação fática com base naquilo que normalmente acontece, ou, ainda, porque um fato é ordinariamente a consequência de outro, de sorte que, existente este, admite-se a existência daquele, a menos que a outra parte demonstra o contrário (*ibidem*).

Pacífico (p. 188-189) atenta para o fato de que a inversão do ônus da prova amparada na verossimilhança das alegações não se trata de inversão propriamente dita, pois o que acontece é que o magistrado considera provado algum fato que constituía o direito do autor,

cabendo a outra parte, por conseguinte, a prova dos fatos constitutivos, extintivos ou impeditivos do direito do autor⁴⁵.

A verossimilhança, seria, pois, a resultante da avaliação do acervo probatório disponível atrelada às regras da experiência e das presunções simples (*ibidem*). As regras da experiência estão na base das presunções simples, as quais pressupõem que um fato provado (indício) leva à conclusão da existência de outro fato, normalmente atrelado àquele (*ibidem*).

Esgotados os apontamentos a respeito dos requisitos necessários para a inversão do ônus da prova *ope judicis* operada pelo art. 6º, VIII, do CDC, necessário destacar que há outras hipóteses de inversão *ope legis* instaladas pelo diploma consumerista.

2.5 OUTRAS POSSIBILIDADES DE INVERSÃO INSCULPIDAS PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

As outras hipóteses de inversão do ônus da prova insculpidas nos arts. 12, § 3º, II⁴⁶, 14, § 3º, I,⁴⁷ e 38⁴⁸ do CDC operam-se *ex vi legis* (ALVES, 2007, p. 210).

Quanto aos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, tem-se que a inversão *ope legis* em situações tais, se deve ao fato de que, por muito tempo, coube ao consumidor a prova dos fatos constitutivos do seu direito, no entanto, a sua intrínseca vulnerabilidade sempre dificultou o acesso a essa prova (*ibidem*, p. 211).

A respeito do art. 12, *caput*, do CDC, Carpes (2010, p. 119-120) explica que a lei torna necessária a existência de defeito no produto e denexo causal entre este defeito e o dano sofrido pelo consumidor, termos em que o nexode causalidade entre o dano e o serviço ou produto permanece, em regra, com o consumidor, a não ser que preencha os requisitos insculpidos no ordenamento.

Leciona Soares (2006, p. 222), nesse ponto, que, em ação de indenização por danos causados por fato de produto ou serviço caberá a prova do dano, do defeito e do nexode

⁴⁵ Cavaliere Filho (2009, p. 352) coaduna com tal entendimento.

⁴⁶ O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexistente. (BRASIL, 1990)

⁴⁷ “O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistente.” (*ibidem*)

⁴⁸ “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”. (*ibidem*)

causalidade⁴⁹. *In casu*, caberia ao consumidor (caso não pudesse ser operada a inversão do ônus pelo art. 6º, VIII, do CDC) a prova do dano e do nexo de causalidade, enquanto, ao fornecedor, por conta dos arts. 12, § 3º, II, e 14, §3º, I, do CDC, caberia a prova da ausência do defeito (*ibidem*).

Por sua vez, a inversão *ope legis* insculpida pelo art. 38 do CDC dá-se em razão da dificuldade que o consumidor teria em provar o desvio da publicidade, ainda que demonstre e traga elementos que colaborem para a demonstração do dano (ALVES, 2007, p. 210).

Tal dispositivo refere-se a dois aspectos da publicidade: a veracidade e a correção (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2013, p. 272). A veracidade diz respeito à prova relativa à adequação com o princípio da veracidade o qual visa coibir a prática da publicidade enganosa⁵⁰ (*ibidem*). Já a correção refere-se aos princípios da não abusividade, da identificação da mensagem publicitária e da transparência da fundamentação publicitária (*ibidem*).

Por princípio da não abusividade insculpe-se a proibição da publicidade abusiva consagrada no art. 37, § 2º, do CDC⁵¹ (*ibidem*, p. 259). Por derradeiro, difere-se a publicidade enganosa da abusiva pelo fato de que a segunda não afeta diretamente o bolso do consumidor, limitando-se a transgredir outros valores da sociedade de consumo (*ibidem*).

Por sua vez, o princípio da identificação da mensagem publicitária, do art. 36, *caput*, do CDC⁵², advém da necessidade da publicidade poder ser identificada pelo consumidor, não havendo espaço para mensagens subliminares (*ibidem*).

Por fim, o princípio da transparência da fundamentação publicitária, em conexão com o princípio da inversão do ônus da prova está insculpida no parágrafo único do art. 36 do CDC o qual dispõe: “O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá,

⁴⁹ Brouwers (2001, p. 98) e Miragem (2008, p. 279) trazem o defeito como sendo o nexo de causalidade. Miragem (*ibidem*), nesse sentido, leciona que “Em todas as hipóteses [trazidas pelos arts. 13, § 3º, e 14, § 3º, do CDC], observa-se que as causas de exclusão da responsabilidade representam a desconstituição do nexo de causalidade”.

⁵⁰ Segundo o art. 37, § 1º, do CDC, “É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços”. (BRASIL, 1990)

⁵¹ “É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança” (*ibidem*)

⁵² “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal” (*ibidem*)

em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.” (*ibidem*).

Soares (2006, p. 224), insistindo na tese da impropriedade da palavra “inversão” do ônus da prova, salienta que, no art. 38 há, na verdade, uma dispensa ao autor-consumidor da prova dos fatos constitutivos do seu direito, os quais, *in casu*, são presumíveis *iuris tantum* como verdadeiros, cabendo ao fornecedor a prova dos fatos constitutivos, extintivos e modificativos do direito pleiteado⁵³. O mesmo ocorreria para os casos dos demais dispositivos (*ibidem*, p. 221).

Vistas as hipóteses de inversão independentes de mandamento judicial (*ope legis*), necessário se torna investigar a posição do STJ, consolidada pela 2ª Seção, quanto ao momento da inversão do ônus da prova, quando necessário o pronunciamento do juiz a respeito dos requisitos instituídos pelo art. 6º, VIII, do CDC (*ope judicis*).

2.6 MOMENTO DA INVERSÃO: A ATUAL POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por muitos anos perdurou a discussão a respeito do momento adequado para a inversão do ônus da prova com fulcro no art. 6º, VIII, do CDC, se antes ou na hora da sentença.

Autores, como Hoffman (2008, p. 240), coadunam com a atual posição do STJ, ao defender que a regra da inversão dos encargos probatórios será um critério de julgamento sob a ótica do juiz e uma regra de procedimento sob a ótica das partes, de modo que se permita aos litigantes a produção da prova, em respeito ao contraditório, à isonomia e à ampla defesa.

Em mesmo sentido, Nunes (2009, p. 784-785) afirma que, em razão da operação do instituto consumerista de inversão do ônus não ser automática, necessitando de um juízo do magistrado a respeito do preenchimento dos requisitos, faz-se necessário que haja uma decisão antes da fase instrutória, para não haver surpresa aos litigantes.

⁵³ Salienta, aqui, que não há modificação alguma do ônus instituído pelo art. 333 do CPC, porquanto ao fornecedor recairá a prova dos fatos modificativos, impeditivos e extintivos – os quais sempre lhe couberam (SOARES, 2006, p. 221).

Theodoro Júnior (2002, p. 148), também explicita a importância da garantia do contraditório e da ampla defesa, aduzindo a necessidade da decisão que opera a inversão se dar antes do julgamento da ação.

Em sentido diametralmente oposto e representando a doutrina dissidente, destaca-se Andrade (2008, p. 12), quem sustenta que o art. 6º, VIII, do CDC não seria *ope judicis*, mas, *ope legis*, porquanto não haveria discricionariedade alguma do julgador ao operar a inversão, devendo os requisitos serem apenas reconhecidos quando da prolação da sentença.

No âmbito do STJ, os entendimentos se dividiam entre a Terceira e a Quarta Turmas. A Terceira Turma, da qual se pode destacar o Recurso Especial n. 422.778⁵⁴, julgado em 19 de junho de 2007, que teve como relatora do voto vencedor a Ministra Nancy Andri ghi, sustentava ser pacífica a discussão dentre seus julgadores componentes que a inversão operada pelo art. 6º, VIII, do CDC consubstanciava-se em regra de julgamento e que, como preceito de ônus da prova, deveria ser utilizada somente quando o juiz encontrava-se em estado de dúvida.

A quarta turma, de maneira diferente, entendia que a norma de inversão deveria ser operada antes da instrução, de modo a informar as partes dos ônus que sobre elas recaem. Para ilustrar, traz-se o julgamento do Recurso Especial n. 716.386⁵⁵, sob a relatoria do Ministro Aldir Passarinho Júnior, julgado em 5 agosto de 2008, no qual ficou consignada a necessidade de haver decisão a respeito do preenchimento dos requisitos do art. 6º, VIII, do CDC antes da fase instrutória.

⁵⁴ Recurso especial. Civil e processual civil. Responsabilidade civil. Indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Causa de pedir. Cegueira causada por tampa de refrigerante quando da abertura da garrafa. Procedente. Obrigação subjetiva de indenizar. Súmula 7/STJ. Prova de fato negativo. Superação. Possibilidade de prova de afirmativa ou fato contrário. inversão do ônus da prova em favor do consumidor. regra de julgamento. Doutrina e jurisprudência. arts. 159 do CC/1916, 333, I, do CPC e 6.º, VIII, do CDC. [...] - Conforme posicionamento dominante da doutrina e da jurisprudência, a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII, do art. 6.º do CDC é regra de julgamento. Vencidos os Ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros, que entenderam que a inversão do ônus da prova deve ocorrer no momento da dilação probatória. Recurso especial não conhecido. (BRASIL, 2007)

⁵⁵ PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO REVISIONAL. CONTA CORRENTE. PESSOA JURÍDICA. PRETENSÃO DE INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ALMEJADA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO DISCUTIDA. RELAÇÃO DE CONSUMO INTERMEDIÁRIA. INAPLICABILIDADE DA LEI N. 8.078/1990. [...] III. A inversão do ônus da prova, em todo caso, que não poderia ser determinada automaticamente, devendo atender às exigências do art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/1990. (BRASIL, 2008)

Em 13 de abril de 2011, através do julgamento do Recurso Especial n. 802.832/MG⁵⁶, proferido pela 2ª Seção, sob a relatoria do Excelentíssimo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, o STJ pacificou a questão.

Tratava-se de recurso especial contra acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que deu provimento à apelação que visava desconstituir sentença que revelou inadequada a inversão do ônus da prova do art. 6º, VIII, do CDC somente na ocasião do julgamento.

Na prolação do seu voto vencedor, o Ministro Relator salientou que a hipótese de inversão do ônus da prova insculpida pelo dispositivo supra revelara-se mais tormentosa, porquanto a sua operação redundaria da avaliação casuística do julgador, a saber se presentes, ou não, os requisitos da verossimilhança e da hipossuficiência.

Para dirimir a controvérsia, pontuou os aspectos objetivo e subjetivo do ônus da prova, salientando que “A distribuição do ônus da prova apresenta extrema relevância de ordem prática, norteando, como uma verdadeira bússola, o comportamento processual das partes.” (BRASIL, 2011)

Assim, uma vez que a distribuição do encargo probatório influencia decisivamente no comportamento dos litigantes, deve ser dado a eles a ciência do ônus que lhes será atribuído, para que possam produzir as provas que acharem necessárias.

Em razão desses aspectos, concluiu-se que a inversão *ope judicis* do ônus da prova deve ocorrer preferencialmente no despacho saneador, quando o juiz decidirá as questões processuais pendentes e ditará quais as provas deverão ser produzidas (art. 331, §§ 2º e 3º, do CPC). Desse modo, conferir-se-á maior certeza aos litigantes acerca dos seus encargos, evitando sentimento de insegurança.

Concluindo, determinou o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau para que reabrisse a oportunidade para a indicação das provas e refazimento da fase de instrução processual.

⁵⁶ **RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE POR VÍCIO NO PRODUTO (ART. 18 DO CDC). ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO 'OPE JUDICIS' (ART. 6º, VIII, DO CDC). MOMENTO DA INVERSÃO. PREFERENCIALMENTE NA FASE DE SANEAMENTO DO PROCESSO.** (BRASIL, 2011, grifos no original)

3 A APLICAÇÃO DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DOS ENCARGOS PROBATÓRIOS NAS DEMANDAS DE CONSUMO

Conforme explorado nos capítulos anteriores, deve-se entender o processo como um instrumento preocupado e comprometido com a obtenção de um resultado efetivo e justo, e não somente como aquele que concede o direito ao titular (CREMASCO, 2009, p. 6). Deverá ele ser capaz de realizar seus fins, os quais se comprometem com os ideais de justiça e paz social (DINAMARCO, 2002, p. 187).

Destarte, estando o direito processual, no cenário atual, inserido na ideia de instrumentalidade – quando busca resultados reais e concretos e um processo justo e efetivo – percebe-se que a disciplina geral do ônus da prova instituída pelo art. 333 do CPC já não mais supre a dinamicidade das demandas judiciais (CREMASCO, 2009, p. 15).

Tal instituto estático não leva em conta as condições sociais, econômicas e culturais das partes, o conteúdo da controvérsia, o tipo de direito tutelado e a modalidade de prova que deve ser produzida ou o objeto a ser provado (*ibidem*). Tais ignorâncias circunstanciais acarretam, por vezes, obstáculos à instrução processual e, por conseguinte, a injustiças flagrantes na prolação da sentença (*ibidem*, p. 17). Isso porque, quando aplicada a regra do ônus da prova em detrimento da parte que não se desincumbiu do encargo, não se leva em conta a possível impossibilidade prática, por exemplo, de se produzirem as provas (*ibidem*).

Foi com o escopo de driblar mencionadas dificuldades que o legislador instituiu a inversão do ônus da prova no CDC, protegendo a parte mais fraca da relação – o consumidor – que não poderia se desvencilhar do encargo de provar certos fatos constitutivos do seu direito. Sem a positivação do instituto, por vezes, as chances de êxito na demanda seriam ínfimas, quando levada em consideração a vulnerabilidade intrínseca do sujeito-consumidor.

Além dessa possibilidade de abater a dificuldade de acesso à justiça positivada pelo ordenamento, a doutrina e a jurisprudência têm dinamizado o ônus da prova estático instituído pelo CPC através da aplicação da Teoria Dinâmica do Ônus da Prova que busca efetivar, sobretudo, os ideais constitucionais de acesso à justiça, ampla defesa e contraditório.

Neste capítulo, será apresentada a maneira como a doutrina versa a respeito das duas teorias entre si. Como será visto, há autores que entendem que o instituto do art. 6º, VIII, do CDC seria uma espécie de posituação da Teoria Dinâmica do Ônus da Prova, enquanto outros as separam. Além disso, aventar-se-á a forma como a questão é abordada pelos Tribunais de Justiça brasileiros e pelo STJ. Por fim, será tecida crítica quanto à forma como as duas teorias são tratadas pela doutrina e pelos magistrados.

3.1 A DOCTRINA QUE IGUALA A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA INSTITUÍDA PELO CDC À TEORIA DINÂMICA DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Didier Jr., Braga e Oliveira (2012, p. 97-98) são representantes da doutrina que faz equivalência entre a teoria da distribuição dinâmica e a inversão do ônus da prova do art. 6º, VIII, do CDC. Quando questionam se a teoria dinamização dos encargos probatórios teria sido adotada pelo ordenamento brasileiro, exemplificam com a técnica instituída pelo Diploma Consumerista, concluindo que é imposto ao juiz a decisão pela inversão do *onus probandi* toda vez que o fornecedor tenha melhores condições que o consumidor para produzir a prova (*ibidem*).

Carpes (2010, p. 116) sustenta que o termo “inversão” transmite a possibilidade da transferência integral dos ônus de provar à parte contrária, não sendo ressaltadas as circunstâncias de fato cujo encargo de prova deva ser transferido. Nesse norte, tem-se que o objeto litigioso é composto por inúmeros fatos relevantes (*thema probandi*), porém nem todos são aptos a fundamentar a transferência dos ônus probatórios, porque nem todos importarão em desigualdade no exercício de direito fundamental à prova (*ibidem*).

Vale dizer, não há como dinamizar o ônus da prova para simplesmente transferir a prova diabólica à outra parte (*ibidem*, p. 117). Nesse norte, a disposição contida no art. 6º, VIII, do CDC, quando reconhece o direito do consumidor à inversão do ônus da prova, não deve remeter à simples transferência da dificuldade do exercício do direito à prova, não havendo que se falar em inversão quando a transferência importar em prova diabólica para ao fornecedor (*ibidem*, p. 91).

Forçoso concluir dos ensinamentos de Carpes (2010, p. 133) que a denominação “inversão” dada pelo CDC deveria, na verdade, chamar-se dinamização, em razão da não implicância da transferência integral do ônus à contraparte quando preenchidos os

requisitos do art. 6º, VIII, do CDC, uma vez que “Aferidos os requisitos *in concreto*, o juiz deve atender a lei e promover a aludida ‘inversão’ que, substancialmente, como seu [*sic*] viu *supra* [...], revela-se *dinamização*.” (*ibidem*).

Montenegro Filho (2011, p. 297), ao fazer comentários a respeito da positivação da teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC, aduz que a positivação da técnica permitirá estender a inversão do ônus da prova das relações de consumo às relações cíveis, colocação que denota ser o autor adepto à doutrina que iguala a dinamização do ônus da prova com a inversão do art. 6º, VIII, do CDC.

Em análise pouco diferenciada, não obstante sustente que a carga dinâmica se diferencia da técnica da inversão do ônus da prova, por ser aquela uma distribuição originária, com o afastamento, por completo, da regra estática, e essa, tão somente, uma inversão, Baldini (2013, p. 91) explica que a teoria da distribuição dinâmica teria absorvido a técnica da inversão judicial do CDC, porquanto, com relação ao critério da hipossuficiência, estar-se-ia diante de exemplo da distribuição dinâmica e não de inversão, uma vez que, reconhecido tal pressuposto pela análise do caso concreto, o juiz afasta a incidência da regra prevista no CPC, atribuindo um ônus ao fornecedor e não o invertendo.

Nesse sentido, justifica o mesmo autor que seria melhor falar em dinamização judicial do ônus da prova (*ibidem*, p. 91-95). “Judicial”, porquanto operada pelo magistrado e não pelo abstracionismo da lei e “dinâmica”, pois relacionada com o caso concreto (*ibidem*).

Vicentini (2013), explicita que a dinamização do ônus da prova auferiu seu status de norma processual com o CDC. Nesse sentido, o critério utilizado para distribuir o ônus da prova vai além da posição das partes e da natureza dos fatos alegados, como expressa o art. 333 do CPC, para respeitar os anseios e dificuldades do consumidor em produzir a prova (*ibidem*). Destarte, atribui ao CDC a responsabilidade da positivação da teoria dinâmica dos encargos probatórios no ordenamento brasileiro desde 1990, sendo ele o marco inicial para a legalização expressa da teoria (*ibidem*).

Já Bueno (2012, p. 290), ao tratar do ônus estático da prova instituído pelo CPC, embora não se consiga aferir com clareza a posição a respeito da identidade, ou não, entre as duas teorias, deixa entender que considera que ambas possuem as mesmas diretrizes, porquanto amparadas no modelo de vinculação constitucional do processo civil e no direito fundamental à prova.

3.2 A DOCTRINA QUE DIFERE A INVERSÃO DO ÔNUS INSTITUÍDA PELO CDC DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Para inaugurar o tópico dos estudiosos que entendem que a inversão do ônus da prova do CDC é diferente da teoria da distribuição do ônus da prova, interessante colacionar os ensinamentos de Cremasco (2009).

Segundo autora, a flexibilidade do ônus da prova não pode ser confundido com sua simples inversão, porquanto o caráter dinâmico que se pretende dar aos encargos probatórios não parte de um critério apriorístico, pré-determinado (*ibidem*, p. 75). Seus pressupostos somente estabelecem uma cooperação entre partes quando da colheita da prova e não partem, essencialmente, de requisitos estabelecidos em lei, como ocorre com o art. 6º, VIII, do CDC (*ibidem*). Aliás, importante salientar que somente será aplicada a teoria dinâmica se for conveniente, segundo os critérios do juiz, ao caso concreto, já que não há um requisito legalmente positivado para tal (*ibidem*).

Ademais, a adoção da teoria dinâmica tem espaço em razão da insuficiência do regramento estático, sendo este afastado (*ibidem*). Assim, não há sentido em se falar em inversão de um ônus que, até a distribuição dos encargos pelo julgador conforme a acessibilidade da prova a cada litigante, não existia (*ibidem*).

Aliás, a carga dinâmica, além de não sofrer limitação decorrente de previsão legislativa, tem aplicação mais geral, voltada para qualquer tipo de processo no qual o regramento estático se mostre insuficiente ou inadequado e desde que alguma das partes tenha maior facilidade ou esteja em melhor condição de produzir determinada prova (*ibidem*, p. 76)⁵⁷.

Já a instituto do CDC, ainda segundo Cremasco (*ibidem*, p. 76), pressupõe a existência de uma responsabilidade pela produção da prova estabelecida *a priori*. A partir de critérios estabelecidos pelo regramento legal e verificados *in concreto* pelo magistrado é que se inverterá o ônus (*ibidem*). Nesses casos, não poderá ser julgada a conveniência da inversão, uma vez que, presentes os pressupostos legais, deverá fazer aplicar a lei consumerista (*ibidem*).

⁵⁷ Em nota, leciona a autora que há a possibilidade de adoção da teoria da distribuição dinâmica nas demandas consumeristas em que a inversão do ônus da prova importe em impossibilidade de produção de prova do fornecedor e maior facilidade do consumidor (CREMASCO, 2009, p. 76).

Vasconcellos (2009, p. 19), ao dissertar a respeito da aplicabilidade da teoria dinâmica do ônus da prova no Direito brasileiro, a diferencia da inversão do art. 6º, VIII, CDC, porquanto, neste último, tem-se requisitos arraigados e pré-estabelecidos, não havendo, em razão disso, discricionariedade do magistrado ao decidir se irá inverter ou não o ônus da prova.

Explicando que a inversão do ônus da prova decorre da previsão expressa na lei e pressupõe a existência de uma responsabilidade que, a princípio, é dada a uma das partes e, preenchidos os requisitos, é transferida à parte contrária e que a teoria dinâmica é dimensionada no caso concreto, conforme a facilidade da parte em provar algo, Friedrich (2013, p. 27) também alerta para a diferenciação entre os dois institutos⁵⁸.

Em importante passagem a respeito da possibilidade de efetivar a facilitação do acesso à justiça em demandas ambientais, Saraiva Neto (2010, p. 135) traz que a distribuição do ônus da prova segundo a aptidão da parte tem origem própria e engloba não só lides de matéria ambiental, mas todas envolvendo interesses difusos e coletivos. A maior facilidade em produzir a prova não seria, pois, argumento para autorizar a inversão do ônus da prova.

Destacando a identidade de propósitos das duas teorias, Machado (2012, p. 5) atenta para a não possibilidade de confusão entre elas. Em ambos os casos, quer-se evitar que dificuldades econômicas ou fáticas da parte em produzir determinada prova tolham o acesso à justiça e afetem a possibilidade de uma sentença favorável. Salienta, nesse contexto, que a atribuição do ônus dinâmico deve ser vista como regra geral e aplicável a todas as hipóteses; já a inversão do ônus do CDC, como regra subsidiária ao art. 333 do CPC, incidiria somente em casos excepcionais⁵⁹.

Alves (2007, p. 214-215) também se preocupou em deixar estabelecido que “a carga probatória dinâmica não é sinônimo de inversão da prova”, sustentando, ainda, que haveria a possibilidade, em situações que envolvem direito bancário, de aplicar a teoria dinâmica do ônus da prova, juntamente com o CDC.

⁵⁸ Nesse ínterim, também leciona a autora que para que a inversão ocorra não é necessário que o juiz analise as circunstâncias do caso concreto para decidir a respeito da inversão, mas, tão somente com base nos requisitos legais (Friedrich, 2013, p. 27). Nesse sentido, sinto-me à vontade para tecer a seguinte observação: o que seria análise dos requisitos legais, se não sua subsunção ao caso concreto? Não há como ver a possibilidade de preenchimento dos requisitos, sem observar os fatos. Ao menos, não consigo vislumbrar como.

⁵⁹ Como visto, Cremasco (2009), Pacífico (2011), por exemplo, entendem de forma diferente, aduzindo ser a distribuição dinâmica um caso excepcional ao art. 333 do CPC.

Igualmente, Marinoni e Mitidiero (2010, p. 104), em comentários a respeito da positivação da teoria dinâmica no novo CPC, frisam que tal instituto não significa inversão do ônus da prova, uma vez que a dinamização pressupõe um novo e originário ônus em atenção às circunstâncias da causa, já inversão seria transmudar um ônus já posto.

Azevedo (2007), em trabalho a respeito da recepção da teoria dinâmica no Direito brasileiro traz que, embora num primeiro momento e sem reflexões se pense na inversão do art. 6º, VIII, do CDC como um exemplo da aplicabilidade da hodierna teoria, assim não se pode concluir. Nas demandas de consumo não tem o juiz discricionariedade ao decidir se vai inverter ou não o ônus; na da distribuição dinâmica, encontra-se maior flexibilidade com relação ao juízo do magistrado, podendo ele atribuir ônus de maneira diferenciada ao instituído em lei, de acordo com o seu próprio convencimento e com fulcro na situação particular posta em litígio.

Por fim, convém trazer breve, mas interessante, reflexão de Santos (2002, p. 80) que “se o fornecedor tiver dificuldades de produzir da prova, que dirá o consumidor!!!”.

Passado o entendimento da doutrina a respeito da dinamização e a sua identidade, ou não, com a inversão do ônus da prova, passar-se-á a analisar como o assunto é trazido pelos tribunais brasileiros e pelo STJ.

3.3 ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS

Passar-se-á, no presente tópico, à análise do entendimento dos tribunais brasileiros a respeito da equivalência dos institutos estudados. Salieta-se, por oportuno, que a intenção da autora não é esmiuçar o objeto de cada julgado, mas trazer o juízo de cada um a respeito do tema do capítulo.

A vigésima Câmara Cível do TJ/RS, na Apelação Cível n. 70057165714⁶⁰, sob a relatoria da Desembargadora Ana Paula Dalbosco, em 29 de abril de 2014, em Cautelar de

⁶⁰ APELAÇÃO CÍVEL. BRASIL TELECOM. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO. - PERDA DO OBJETO: A juntada do documento pretendido no trâmite da ação é situação que enseja a extinção do feito, mas sob fundamento diverso àquele defendido pela demandada: reconhecimento do pedido, com julgamento de mérito, conforme artigo 269, inciso II do Código de Processo Civil. - ÔNUS DA PROVA: É daquele que melhores condições possua de provar. Princípio da carga dinâmica da prova e da inversão do ônus da prova. - DEVER DE INFORMAR: A exibição de documentos é procedimento cautelar específico para todo aquele pretenda promover ação contra outrem e necessite, para instruir o pedido, conhecer o teor de documento a que não tenha acesso. É dever da parte demandada exibir, inclusive por conta de sua obrigação de informar, a documentação reclamada. - ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. Princípio da causalidade. Possível a majoração. À UNANIMIDADE, NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DA RÉ. APELO ADESIVO DA PARTE AUTORA PROVIDO POR MAIORIA, EM MENOR EXTENSÃO, VENCIDA A RELATORA. (BRASIL, 2014a)

Exibição de Documento proposta em face da Brasil Telecom, entendeu que a repartição da prova deve se dar na forma da possibilidade de cada parte, de acordo com a facilidade de uma e dificuldade da outra de produzi-la. Dizendo isso, concluiu que a juntada de documentos que contenham informações acerca da relação entre as partes é obrigação de quem tenha melhor condições de fazê-la, seja pelo princípio da carga dinâmica, seja pelas disposições do CDC. Leva-se a crer, aqui, que houve uma consideração de identidade das duas teorias, pelo fato de ambas terem como um de seus pressupostos a facilitação da defesa daquele que, por ventura, tenha dificuldade de se desincumbir do ônus.

A décima sexta Câmara Cível do TJ/RS, na Apelação Cível n. 70054418744⁶¹, sob a relatoria do Desembargador Ergio Roque Menine, em 22 de agosto de 2013, deixou consignado a respeito da inversão do ônus da prova que essa deve atender aos princípios da carga dinâmica e da facilitação da defesa do direito do consumidor. Isto em razão da configurada relação de consumo decorrente de contrato de prestação de telefonia em que a demandada/recorrente, empresa de telefonia, ficou obrigada a exibir as faturas telefônicas do autor/consumidor em razão da facilidade que essas poderiam ser encontradas no seu banco de dados. Nesse sentido, por não ter a empresa provado que o consumidor contratou os serviços cobrados e por ter sido o consumidor compelido a pagar por estes, restou configurado o dano moral *in re ipsa*. Perceptível, mais uma vez, que o TJ/RS iguala, nesta decisão, as duas teorias de distribuição dos encargos probatórios.

No âmbito do TJ/SC, destaca-se a Apelação Cível n. 2010.077215-7⁶², julgada pela sexta Câmara de Direito Civil, sob a relatoria do Desembargador Joel Dias Figueira Júnior,

⁶¹ APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE COBRANÇA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO E DANO MORAL. Inversão do ônus da prova. No caso, o autor figura como usuário do serviço de telefonia, adequando-se à condição de consumidor (art. 2º, da Lei nº 8.078/90). Correta, portanto, a inversão do ônus da prova e a ordem de que a recorrente exiba as faturas mensais pagas pelo recorrido. Decisão que condoa com os princípios da carga dinâmica da prova e da facilitação da defesa do direito do consumidor, nos termos dos artigos 6º, inc. VIII, do CDC, 355 e 381, do CPC. Dano Moral. Constatado que os serviços cobrados pela requerida nunca foram solicitados pelo consumidor, é indevida a cobrança dos mesmos, impondo-se a condenação da ré, por dano moral *in re ipsa*. Quantum indenizatório. No tocante ao montante indenizatório, sabe-se que não há critérios predeterminados para a aferição do quantum. Contudo, este deve ser estipulado de forma a proporcionar ao ofendido a satisfação do abalo sofrido, levando-se em conta as condições sociais e econômicas da vítima e da pessoa obrigada, sem, no entanto, ensejar obtenção de vantagem excessiva, segundo orientação jurisprudencial e doutrinária dominante. Honorários Advocatícios redimensionados, em virtude ao novo alcance da decisão. DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME. (BRASIL, 2013a)

⁶² APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO, DEMANDA AJUIZADA CONTRA O PROFISSIONAL E HOSPITAL. AGRAVO RETIDO. ILEGITIMIDADE PASSIVA E PEDIDO DE DENUNCIÇÃO DA LIDE AFASTADOS. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO HOSPITAL E SUBJETIVA DO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA MANTIDA. TERMO DE INCIDÊNCIA DOS JUROS DE MORA CORRIGIDO DE OFÍCIO. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. [...] 5. No contexto fático-

em 25 de setembro de 2013, em ação de reparação por danos morais por erro médico, consistente no esquecimento de material cirúrgico na vagina da paciente. Na hipótese, subsumiu-se a paciente aos requisitos insculpidos no art. 6º, VIII, do CDC, reconhecendo a verossimilhança das alegações, bem como a sua hipossuficiência técnica, repassando ao médico o ônus da prova da ausência de culpa. Na conclusão da discussão, entendeu-se estar atendendo à técnica do ônus dinâmico da prova e da possibilidade de inversão do ônus da prova “atribuindo-se maior carga probatória ao sujeito da relação que mais condições tinha de produzi-la.” Depreende-se, portanto, que o Tribunal catarinense equipara, nesse julgado, a teoria da distribuição dinâmica dos encargos probatórios ao pressuposto da hipossuficiência técnica que dá respaldo à inversão do ônus da prova nas demandas de consumo.

No Agravo de Instrumento n. 276916-2⁶³, julgado em 21 de dezembro de 2004, pela primeira Câmara Cível, sob a relatoria do relator Desembargador Marcos de Luca Fachin, o TJ/PR, em ação de indenização por erro médico na condução de parto que levou à morte da criança, aplicou a inversão do ônus da prova do CDC, mas com a ressalva do não deslocamento total do ônus. O fundamento deu-se na teoria das cargas dinâmicas, uma vez que a total inversão do ônus de provar à ré implicaria em desequilíbrio processual. Assim, embora não tenha havido a referência ao instituto consumerista como positivação da teoria dinâmica, entendeu-se esta última ser aplicável na demanda, porquanto existiam provas, como as “circunstâncias do fato” que seriam mais facilmente produzidas pelo consumidor.

probatório dos autos, atendendo-se à técnica do ônus dinâmico da prova, bem como à possibilidade de inversão prevista no art. 6º, inc. VIII, do CDC, e, m consequência, atribuindo-se maior carga probatória ao sujeito da relação que mais condições tem de produzi-la, tem-se, no caso, comprovado o erro médico, com todos os seus consectários. 6. Considerando-se as particularidades do caso, verifica-se que o montante estabelecido na sentença mostra-se adequado e proporcional, não merecendo redução, especialmente considerando a capacidade econômica das destinatárias da condenação. [...] (BRASIL, 2013b)

⁶³ AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO INTENTADA EM FACE DO HOSPITAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. DECISÃO AGRAVADA QUE INVERTE O ÔNUS DA PROVA PARA QUE O HOSPITAL ASSUMA O ÔNUS. HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA DO PACIENTE EM RELAÇÃO AO HOSPITAL. VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NA RELAÇÃO DE CONSUMO. APLICAÇÃO DA TEORIA DAS “CARGAS PROBATÓRIAS DINÂMICAS OU COMPARTILHADAS”, MEDIANTE A QUAL O JUIZ, EM DETERMINADO MOMENTO, PODE FAZER COM QUE O SISTEMA DE ATRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA DEIXE DE SER PÉTREO, PARA SE TORNAR DINÂMICO.

1. É correta a decisão que procedeu à inversão do ônus da prova, quando está clara a relação de consumo, havendo vulnerabilidade do consumidor, sendo o paciente tecnicamente hipossuficiente em relação ao médico.

2. Muito embora o réu sofra o ônus da prova, em razão da inversão determinada pelo Código de Defesa do Consumidor, pode o juiz aplicar a teoria das “cargas probatórias dinâmicas ou compartilhadas”, porque “a carga probatória deve ser imposta, em cada caso concreto, àquela das partes que possa aportar as provas com menos inconvenientes, ou seja, menos demora, humilhações e despesas” (BENTHAM).

AGRAVO IMPROVIDO. (BRASIL, 2004)

O TJ/SP, no Agravo de Instrumento n. 2060214-69.2013.8.26.0000⁶⁴, julgado pela décima segunda Câmara de Direito Privado, sob a relatoria do Desembargador José Reynaldo, em 24 de junho de 2014, corroborou com a tese do magistrado *a quo* quanto à aplicação da carga das teorias dinâmicas, ainda que fosse uma relação de consumo, já que é inquestionável a maior facilidade do requerido de produzir a prova. O agravo interposto insurgia-se contra decisão em ação revisional de contrato bancário que determinou a prova pericial contábil e atribuiu à empresa ré o ônus de adiantar as despesas da produção da prova sob o manto da teoria das cargas dinâmicas. No aspecto concernente à aplicação da teoria dinâmica e da inversão do art. 6º, VIII, do CDC, parece haver uma separação entre as duas, porquanto ficou consignado que

ainda que se trate de relação de consumo, a MM. Juíza a quo não utilizou a faculdade que permite a inversão do ônus da prova conferida pelo inciso VIII do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, mas entendeu por adequar a distribuição de tal ônus segundo a “Teoria das Cargas Processuais Dinâmicas.” (BRASIL, 2014b)

Outra decisão do mesmo tribunal, no Agravo de Instrumento n. 2045666-05.2014.8.26.0000⁶⁵ interposto pela CVC Brasil – Operadora e Agência de Viagens, julgado pela vigésima primeira Câmara de Direito Privado, sob a relatoria do Desembargador Virgílio de Oliveira Junior, em face de decisão interlocutória que deferiu a tutela antecipada pretendida pela parte autora para suspender a negativação de nome, entendeu que caberia à empresa agravante a demonstração da contratação do pacote de turismo que deu ensejo à referida inscrição no cadastro de inadimplentes, em função da aplicação da teoria das cargas dinâmicas. Isso posto, diz ser a consumidora merecedora da proteção especial do art. 6º, VIII, do CDC. Nessa hipótese, parecem ter os julgadores daquela Corte entendido que as duas teorias se equivalem.

⁶⁴ Prova. Ônus. Inversão. Aplicação da “Teoria das Cargas Processuais Dinâmicas”. Adequação. Precedentes jurisprudenciais do E. Superior Tribunal de Justiça no sentido. Inconfundibilidade, ademais, entre aquela medida (inversão do ônus de provar) e a inversão do custeio da prova. Observância dos termos do artigo 19 e seu §2º e artigo 33, ambos do Código de Processo Civil, que impõem ao autor-agravado a obrigação de custear a prova quando por ele ou por ambas as partes for requerida, ou, ainda, quando determinada de ofício pelo Juiz. Restabelecimento do ônus de custear a prova. Adiantamento dos salários periciais a cargo do Poder Público, em razão da concessão dos benefícios da justiça gratuita ao autor-agravado. Agravo de instrumento provido em parte, com determinação. (BRASIL, 2014b)

⁶⁵ Ação declaratória c.c. indenização por danos morais. Serviço de turismo. Tutela antecipada. Suspensão da inclusão do nome da consumidora no rol dos inadimplentes. Agravo de instrumento. Teoria do ônus dinâmico da prova. Cabe aquele que possui melhores condições gerar a prova necessária ao desenlace da lide. Empresa ré que apenas questiona a ausência da prova do contrato e do seu cancelamento pela autora. Inteligência do art. 6º, VIII, CDC. Ausência de prova da contratação do serviço que permite a concessão da tutela antecipada para que a autora não tenha o seu nome, por ora, inscrito no rol dos inadimplentes. Sentença mantida. Recurso desprovido. (BRASIL, 2014c)

O TJ/RJ, no Agravo Interno nº 0218206-56.2012.8.19.0001⁶⁶, julgado pela vigésima sétima Câmara Cível, sob a relatoria do Desembargador Antonio Carlos do Santos Bitencourt, em 19 de março de 2014, numa ação interposta para declarar a inexistência de relação jurídica entre o Banco Santander Brasil S/A e consumidor que teve seu nome negativado por abertura de conta corrente e empréstimo, entendeu que a inversão do ônus da prova tem fulcro, isto é, relaciona-se com a teoria do ônus dinâmico.

Destaca-se, ainda, julgado proferido pela décima oitava Câmara Cível do TJ/MG, na Apelação Cível n. 1.0024.09.702556-3⁶⁷, em 12 de agosto de 2014, sob a relatoria do Desembargador Anacleto Rodrigues. Tratou-se de ação de indenização por danos morais em razão de suposta abordagem excessiva de consumidora no interior de estabelecimento comercial, no qual a sentença julgou improcedentes os pedidos exordiais em função da ausência de prova do abuso. Nesse caso, ainda que houvesse sido invertido o ônus probatório pela dicção do art. 6º, VIII, do CDC, entendeu-se que a ré logrou êxito na comprovação de ausência de ato ilícito ensejador de reparação moral. Aliás, em tal oportunidade, o acórdão faz referência à inversão do ônus da prova como “adotada a Teoria Dinâmica do ônus da prova” o que leva a crer que a Câmara as consideram análogas.

A quinta câmara Cível do TJ/BA, na Apelação Cível n. 0208330-43.2007.8.05.0001⁶⁸, em 17 de outubro de 2012, julgou, sob a relatoria da Juíza Convocada

⁶⁶ AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS APTOS A ENSEJAR A ALTERAÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA HOSTILIZADA, QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO DO RÉU. DECISÃO ASSIM EMENTADA: “APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C/C DANOS MORAIS E PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADO. NEGATIVAÇÃO INDEVIDA. Inversão do ônus da prova. Art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Ausência de comprovação das contratações (abertura de conta corrente e empréstimo). Teoria do ônus dinâmico da prova. Dano moral caracterizado, revelado o caráter *in re ipsa*. Quantum indenizatório arbitrado na sentença, que se mostrou razoável, atendendo os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Mantido o percentual arbitrado na sentença a título de honorários sucumbenciais. Incidência do juro moratórios a partir do evento danoso. Súmula 54 do STJ. Provimento parcial do apelo da autora e desprovimento do apelo do réu, com fundamento no art. 557, caput e § 1º -A do CPC”. DESPROVIMENTO DO AGRAVO INTERNO. (BRASIL, 2014e)

⁶⁷ APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO -ABORDAGEM EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL - COMPORTAMENTO ABUSIVO DOS PREPOSTOS - NÃO OCORRÊNCIA - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO - RECURSO NÃO PROVIDO. [...] V.V. PEDIDO DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - INDEFERIMENTO - DECISÃO REFORMADA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – SENTENÇA QUE JULGA IMPROCEDENTE O PEDIDO APLICANDO A TÉCNICA DO ÔNUS DINÂMICO DA PROVA . 1. O momento oportuno e tecnicamente correto para o juiz determinar a inversão probatória é o que antecede a instrução do feito, sob pena de ferir os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como do devido processo legal. 2. Se o pedido de inversão do ônus da prova é indeferido e posteriormente a decisão é reformada em grau recursal, configura-se o cerceamento de defesa no julgamento que aplicou o disposto no art. 333,I do CPC. (BRASIL, 2014d)

⁶⁸ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. PRELIMINAR. LITISPENDÊNCIA. REJEIÇÃO. MÉRITO. INCLUSÃO INDEVIDA DO NOME DO CONSUMIDOR EM CADASTROS DE INADIMPLENTES. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO IN RE IPSA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. EXORBITÂNCIA DO VALOR FIXADO. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA A PARTIR DO ARBITRAMENTO. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO PARCIALMENTE

Lígia Maria Ramos Cunha Lima, caso de ação por danos morais em razão da inclusão indevida do nome do consumidor no cadastro de inadimplentes. Entendeu-se que, por ser prova diabólica a demonstração da inexistência de contratação com o fornecedor, nem seria o caso de inversão do ônus da prova, mas, na verdade, de dinamização. A sentença de procedência foi mantida, em parte, pela demandada não ter se desincumbido do ônus de comprovar a existência de vínculo como consumidor.

A segunda Câmara Cível do TJ/SE, no julgamento da Apelação Cível n. 201415780⁶⁹, em 30 de setembro de 2014, sob a relatoria do Desembargador Cezário Siqueira Neto, em ação onde a consumidora reclamava de fraude de contratação de serviços telefônicos com a Nextel Telecomunicações LTDA sem a sua anuência, aduziu que, por ser a ação regida pelas regras do CDC, inclusive no que tange à distribuição dinâmica, a requerida não fez prova de que a consumidora tenha contratado os serviços, devendo prevalecer a alegação autoral de falsificação do contrato. Resta claro, aqui, que o TJ/SE atribuiu a teoria dinâmica à inversão instituída no CDC.

A quinta Câmara Cível do TJ/PE, decidindo a Apelação Cível n. 0097608-35.2009.8.17.0001⁷⁰, em 15 de outubro de 2014, sob a relatoria do Desembargador José Fernandes, em ação de responsabilidade por erro médico, fez entender que considera a

PROVIDO. 1. É ônus da parte comprovar a ocorrência de litispendência, do que não se desincumbiu a apelante. Ademais, tendo a própria recorrente afirmado que a primeira citação válida nos processos que reputa idênticos ocorreu na presente demanda, não há como reconhecer a litispendência alegada. 2. A inclusão indevida dos dados do consumidor em cadastros restritivos de crédito impõe ao fornecedor o dever de indenizar os prejuízos morais suportados, independentemente da existência de culpa, por se tratar de responsabilidade objetiva. 3. O quantum indenizatório deve ser fixado em valor suficiente à reparação do prejuízo experimentado pela vítima e à punição do ofensor, não podendo importar em enriquecimento sem causa. Mostrando-se excessivo o valor fixado em primeiro grau, diante das peculiaridades do caso concreto, é imperiosa a redução da indenização para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). 4. Nos termos dos precedentes do STJ, a correção monetária incide nas indenizações por danos morais a partir da data do arbitramento, merecendo censura, no particular, a decisão farpeada. (BRASIL, 2012)

⁶⁹ Apelação Cível – Ação Declaratória de Inexistência de Débito c/c Indenização por Danos Morais e Tutela Antecipada – Responsabilidade civil - Inscrição da autora junto ao SPC – Fraude na contratação – Uso indevido dos dados da autora - Responsabilidade da prestadora de serviços que negativamente o nome sem a obrigatória conferência dos dados da parte contratante - Dano moral - Configuração – Pleito de redução do quantum indenizatório arbitrado a título de dano não patrimonial – Não acolhimento - Manutenção do valor fixado pelo Juízo singular (R\$ 10.000,00), em observância ao princípio do non reformatio in pejus, já que esta corte estipula o valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) em casos como o jaez – Recurso que se conhece para lhe negar provimento - Decisão Unânime. (BRASIL, 2014f).

⁷⁰ DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ERRO MÉDICO. CULPA DEMONSTRADA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA CONFIGURADA. 1. A responsabilidade civil do médico, em regra, depende da demonstração de sua conduta culposa, como causa do dano moral material, moral ou estético a ser reparado. 2. As provas documentais presentes nos autos são suficientes para a comprovação do Erro Médico, pois, a radiografia juntada aos autos comprova que o parafuso foi alocado de maneira errada, ocasionando dor e inflamação na mão do paciente. 3. Falha na prestação do serviço, o qual foi prestado fora do padrão técnico, presença de erro a justificar a indenização por dano moral, fixado em R\$ 20.000,00. 4. A operadora do plano de saúde, na condição de fornecedora de serviço, responde perante o consumidor pelos defeitos em sua prestação, seja quando os fornece por meio de hospital próprio e médicos contratados ou por meio de médicos e hospitais credenciados, nos termos dos arts. 2º, 3º, 14 e 34 do Código de Defesa do Consumidor, art. 932, III, do Código Civil de 2002.

inversão do ônus da prova como teoria de distribuição dinâmica. Nesse sentido, colhe-se excerto em que fica clara a não distinção:

É verdade que tal dispositivo não isenta os prestadores de serviços médicos da observância das normas de proteção ao consumidor, nem exclui o paciente das garantias oferecidas pela legislação consumerista para a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive a possibilidade da inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII). Porém é certo também que a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova não é automática, pois depende da verificação dos seus pressupostos e de pronunciamento judicial. (BRASIL, 2014g)

A segunda Câmara Cível do TJ/MT, no julgamento da Apelação Cível n. 78523/2013⁷¹, sob a relatoria da Desembargadora Marilsen Andrade Addario, em 12 de fevereiro de 2014, deixou consignado, em ação de indenização por danos morais em razão de negativação indevida de nome do consumidor, que, não pela regra do art. 6º, VIII, do CDC, mas por força da distribuição dinâmica do ônus da prova deveria ter o demandado colacionado aos autos o instrumento contratual que deu ensejo à negativação. Da análise, retira-se que o TJ/MT diferencia as duas teorias, mas aplica a teoria dinâmica em detrimento do CDC, ainda que se tratando de relação de consumo.

Por fim, a segunda Câmara Cível do TJ/AC, na Apelação Cível n. 024197-37.208.8.01.001⁷², relatada pela Desembargadora Regina Ferrari, em ação de indenização por dano moral proposta por consumidor contra a Brasil Telecom S/A que negativou seu nome em razão de ligações interurbanas cobradas e não efetuadas, inverteu o ônus da prova com fulcro no art. 6º, VIII, do CDC, pela maior facilidade que a empresa apelante teria em

⁷¹ APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZATÓRIA POR DANO MORAL – PROCEDÊNCIA – COMPRAS A CRÉDITO PARA PAGAMENTO EM BOLETO – DESISTÊNCIA DO CONSUMIDOR QUANTO À FORMA DE PAGAMENTO – SUBSTITUIÇÃO POR CARTÃO DE CRÉDITO – NOME DO CONSUMIDOR NEGATIVADO QUANDO VENCIDAS, E DEVIDAMENTE PAGAS, DUAS DAS QUATRO PRESTAÇÕES AVENÇADAS - DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA – REQUERIDA QUE NÃO DEMONSTRÓU A REGULARIDADE DO DÉBITO INSCRITO – DANO MORAL QUE SE OPERA IN RE IPSA, PRESCINDINDO DE PROVAS – DANO SUPERVALORIZADO – NECESSÁRIA REDUÇÃO DO QUANTUM – APELO PARCIALMENTE PROVIDO. Em atenção à chamada distribuição dinâmica e lógica, do ônus da prova, segundo a qual fica encarregado de provar determinado fato, quem, dentre os litigantes, tiver as melhores condições de fazê-lo, uma vez comprovada a inscrição do nome do cliente em cadastros de inadimplentes, incumbe ao fornecedor demonstrar a existência e regularidade do débito negativado, sobretudo quando há nos autos provas de que as prestações do negócio efetivamente havido entre as partes vinha sendo regularmente honrada pelo adquirente.[...] (BRASIL, 2014h)

⁷² PROCESUAL CIVIL E CIVIL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PROVA DIABÓLICA. DEMONSTRAÇÃO DA ORIGEM DA COBRANÇA. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DANO MORAL *IN RE IPSA*. RECURSO IMPROVIDO. 1. A prova impossível ou excessivamente difícil de ser produzida, comumente denominada de prova diabólica, autoriza a inversão do ônus probatório, para afastar do autor o ônus de demonstrar fato negativo. 2. Na ação declaratória de inexistência de relação jurídica, em virtude da natural dificuldade de se provar fatos negativos, compete ao credor no caso, a apelante comprovar a relação jurídica travada com o devedor, o que não ocorreu no caso concreto. 3. Injustificada a inclusão nos órgãos de proteção ao crédito, o dano moral é presumido, *in re ipsa*, sendo desnecessária a comprovação do dano moral, que decore do próprio fato da inscrição indevida em órgão de restrição ao crédito. 4. Recurso improvido. (BRASIL, 2013c)

demonstrar que as ligações foram, de fato, efetuadas do terminal telefônico da consumidora. No texto do acórdão, não fica claro se se entende como idênticas as duas teorias, mas, da leitura do julgado colacionado, isto é, o Recurso Especial n. 883.656 que será analisado a seguir, depreende-se que os julgadores daquela Corte julgam a inversão do ônus da prova do art. 6º, VIII, do CDC como positivamente da Teoria Dinâmica.

Importante registrar que nos Tribunais de Alagoas, Paraíba, Rio Grande do Norte, Ceará, Piauí, Tocantins, Goiás, Mato Grosso do Sul, Pará, Amapá, Rondônia, Amazonas e Roraima, não foram encontrados julgados que retratassem o entendimento a respeito da relação entre os institutos estudados.

Por derradeiro, passar-se-á a analisar acórdão do STJ no qual fica clara a posição da Superior Corte quanto à aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova e da inversão do ônus da prova do art. 6º, VIII, do CDC.

3.4 ENTENDIMENTO DO STJ

Colacionados entendimentos ilustrativos de alguns tribunais brasileiros, importante verificar a forma como o STJ entende e trata as teorias estudadas. Supremo quando o assunto é a legislação infraconstitucional, a tese disseminada pela Superior Corte influencia a produção jurídica de todos os tribunais.

Trata-se de Recurso Especial interposto com fundamento no art. 105, III, “a”, da CRFB/88 (n. 883.656⁷³), julgado em 9 de março de 2010, sob a relatoria do Emérito Ministro

⁷³ PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL. CONTAMINAÇÃO COM MERCÚRIO. ART. 333 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ÔNUS DINÂMICO DA PROVA. CAMPO DE APLICAÇÃO DOS ARTS. 6º, VIII, E 117 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ONUS PROBANDI NO DIREITO AMBIENTAL. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO NATURA. 1. Em Ação Civil Pública proposta com o fito de reparar alegado dano ambiental causado por grave contaminação com mercúrio, o Juízo de 1º grau, em acréscimo à imputação objetiva estatuída no art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81, determinou a inversão do ônus da prova quanto a outros elementos da responsabilidade civil, decisão mantida pelo Tribunal a quo. 2. O regime geral, ou comum, de distribuição da carga probatória assenta-se no art. 333, caput, do Código de Processo Civil. Trata-se de modelo abstrato, apriorístico e estático, mas não absoluto, que, por isso mesmo, sofre abrandamento pelo próprio legislador, sob o influxo do ônus dinâmico da prova, com o duplo objetivo de corrigir eventuais iniquidades práticas (a probatio diabólica, p. ex., a inviabilizar legítimas pretensões, mormente dos sujeitos vulneráveis) e instituir um ambiente ético-processual virtuoso, em cumprimento ao espírito e letra da Constituição de 1988 e das máximas do Estado Social de Direito. 3. No processo civil, a técnica do ônus dinâmico da prova concretiza e aglutina os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como expressa um renovado *due process*, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda. 4. O legislador, diretamente na lei (= *ope legis*), ou por meio de poderes que atribui, específica ou genericamente, ao juiz (= *ope iudicis*), modifica a incidência do onus probandi, transferindo-o para a parte em melhores condições de suportá-lo ou cumpri-lo eficaz e eficientemente, tanto mais em relações jurídicas nas quais ora claudiquem direitos indisponíveis ou

Antônio Herman Benjamin, em ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, contra Petróleo Brasileiro S/A e Refinaria Alberto Pasqualine S/A, pugnando pelo pagamento de indenização e adoção de medidas reparatórias e preventivas, em razão de dano ambiental gerado por contaminação com mercúrio. O TJ/RS manteve sentença que havia determinado a inversão do ônus da prova, fundamentando nos interesses coletivos que são defendidos pela *actio*.

Quanto à regra geral instituída pelo art. 333, *caput*, do CPC, traz o STJ que tal modelo abstrato e estático não é absoluto, podendo sofrer abrandamento através do ônus dinâmico da prova, com o objetivo de se corrigir dificuldades práticas na produção da prova e construir um processo mais virtuoso. O ônus estático sofre relativização pela natureza dos interesses em litígio e pela dificuldade de alguma parte se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. Nesse contexto, exemplifica com a previsão da inversão em benefício do consumidor, quando hipossuficiente ou verossímil a alegação, através do art. 6º, VIII, do CDC.

Entendeu, ainda, legítima a inversão do ônus da prova para além das demandas consumeristas, porquanto o art. 333 do CPC não poder servir de obstáculo para a tutela do meio ambiente. Nesse contexto, percebe-se da leitura do julgado que não se faz distinção entre as duas teorias, uma vez que são elas tratadas como implicação do acesso à justiça e facilitação

intergeracionais, ora as vítimas transitam no universo movediço em que convergem incertezas tecnológicas, informações cobertas por sigilo industrial, conhecimento especializado, redes de causalidade complexa, bem como danos futuros, de manifestação diferida, protraída ou prolongada. 5. No Direito Ambiental brasileiro, a inversão do ônus da prova é de ordem substantiva e *ope legis*, direta ou indireta (esta última se manifesta, p. ex., na derivação inevitável do princípio da precaução), como também de cunho estritamente processual e *ope iudicis* (assim no caso de hipossuficiência da vítima, verossimilhança da alegação ou outras hipóteses inseridas nos poderes genéricos do juiz, emanação natural do seu ofício de condutor e administrador do processo). 6. Como corolário do princípio *in dubio pro natura*, "Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução" (REsp 972.902/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.9.2009), técnica que sujeita aquele que supostamente gerou o dano ambiental a comprovar "que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva" (REsp 1.060.753/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.12.2009).

7. A inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, contém comando normativo estritamente processual, o que a põe sob o campo de aplicação do art. 117 do mesmo estatuto, fazendo-a valer, universalmente, em todos os domínios da Ação Civil Pública, e não só nas relações de consumo (REsp 1049822/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 18.5.2009). 8. Destinatário da inversão do ônus da prova por hipossuficiência - juízo perfeitamente compatível com a natureza coletiva ou difusa das vítimas - não é apenas a parte em juízo (ou substituto processual), mas, com maior razão, o sujeito-titular do bem jurídico primário a ser protegido. 9. Ademais, e este o ponto mais relevante aqui, importa salientar que, em Recurso Especial, no caso de inversão do ônus da prova, eventual alteração do juízo de valor das instâncias ordinárias esbarra, como regra, na Súmula 7 do STJ. "Aferir a hipossuficiência do recorrente ou a verossimilhança das alegações lastreada no conjunto probatório dos autos ou, mesmo, examinar a necessidade de prova pericial são providências de todo incompatíveis com o recurso especial, que se presta, exclusivamente, para tutelar o direito federal e conferir-lhe uniformidade" (REsp 888.385/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 27.11.2006. No mesmo sentido, REsp 927.727/MG, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJe de 4.6.2008). 10. Recurso Especial não provido. (BRASIL, 2010)

dos meios de defesa e ambas como colorarias da proteção do meio ambiente. Para corroborar, segue excerto da decisão em que fica clara tal posição:

A regra geral do art. 333 do CPC comporta, pois, exceções, justificadas pela natureza dos interesses em litígio e pela real dificuldade de o lesado se desincumbir do encargo probatório, a exemplo da expressa previsão da inversão em benefício da vítima, quando hipossuficiente ou verossímil a alegação (art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor – CDC).

[...]

Em contraposição à previsão de índole individualista-liberal estampada no CPC, na hipótese dos autos o que se tem, portanto, é uma distribuição dinâmica do ônus da prova, determinada pelo legislador, segundo a qual o encargo de provar deve ser suportado por quem melhor e mais facilmente possa fazê-lo, conforme as circunstâncias da demanda. (BRASIL, 2010)

Por derradeiro, desproveu-se o recurso especial formulado por Alberto Pasqualini S/A, dentre outras, por ausência de violação ao art. 333 do CPC, uma vez que, dado o princípio *in dubio pro natura*, transmuda-se a responsabilidade da demonstração da segurança da atividade potencialmente poluidora ao empreendedor.

3.5 CRÍTICAS E APONTAMENTOS A RESPEITO DAS ABORDAGENS DOCTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS

É inegável o avanço que a teoria da distribuição dinâmica e a inversão do ônus da prova do CDC trouxeram e trazem na busca do almejado processo justo, com o igual acesso à justiça aos cidadãos e igualdade entre os litigantes. Não há como concordar com o tratamento que lhes é dada pelos tribunais brasileiros, nem com a pouca – ou falta – de discussão a respeito da peculiaridade de cada instituto.

É perceptível o quanto se torna perigosa a liberação da aplicação da distribuição dinâmica nas ações de consumo, uma vez que, além de tais relações já estarem amparadas pela sua regra de inversão, correr-se-ia o risco de produzir aberrações no sentido de implicar ônus diabólico e impossível ao consumidor. Ora, uma vez invertida a carga probatória segundo os critérios pré-estabelecidos em lei são estes que passam a vigor, e não a distribuição do art. 333 do CPC. Assim, a falta de prova a respeito de fato que deveria ter sido provado pelo fornecedor fará com que este deva suportar os encargos.

Diz-se isso porque autores estudados, como Carpes (2010, p. 91), sustentam a impossibilidade de inversão do ônus probatório quando implicar prova diabólica ao fornecedor. Como diria Santos (2002, p. 80) “se o fornecedor tiver dificuldades de produzir da prova, que dirá o consumidor!!!”. Pois bem, difícil conceber - e aqui transmuda-se a máxima do

Direito Ambiental da injustiça de se impor à sociedade as consequências da degradação do meio ambiente enquanto o empreendedor fica com seu lucro (Princípio do poluidor-pagador) - que o fornecedor não arque com os riscos de seu empreendimento.

Embora não se discorde que dinamizar os encargos probatórios não significa, simplesmente, transferir a prova diabólica para outra parte (CARPES, 2010, p. 117), certo se torna afirmar que o CDC, com o instituto da inversão do ônus da prova, não teve a intenção de prejudicar o fornecedor, mas de possibilitar ao consumidor seu acesso à justiça e aos direitos consumeristas corriqueiramente lesados.

O que não se pode admitir é que, preenchidos os requisitos do art. 6º, inciso VIII, do CDC, deixe-se com o consumidor encargo impossível de ser desvencilhado, pois necessário pensar que, embora importe prova difícil para o fornecedor, esse auferiu lucro de sua atividade, de cuja má prestação de serviço ou produto não condizente com descrito na hora da venda seja suportado somente pelo consumidor.

Diariamente, vê-se uma enxurrada de violações aos direitos consumeristas, desde propagandas enganosas, até produtos defeituosos ou na iminência de causar um acidente de consumo. Os cidadãos, por vezes, suportam esses danos advindos da má relação de consumo e o fornecedor somente embolsa o lucro conseguido.

O consumidor, inevitavelmente, sabe menos a respeito daquele produto ou serviço do que aquele que o põe no mercado, sendo facilmente ludibriado. O CDC, como microssistema de normas que visa o amparo dessa vulnerabilidade intrínseca do sujeito consumidor, não pode ser afastado da relação de consumo, sob pena de prejudicar quem se quer proteger.

A inversão do ônus da prova, aliás, está situada no rol de direitos básicos do consumidor e, também, por estar inserida no microssistema do CDC, é inafastável e de ordem pública (art. 1º do CDC), não havendo que se falar em arredar a inversão do ônus da prova quando se torna difícil a prova para fornecedor, porquanto não é ele o sujeito que se quer proteger com o mandamento constitucional de defesa do consumidor e com as normas de proteção a esse sujeito vulnerável.

Além disso, tem o CDC, conforme pode depreender-se de tudo que já foi aduzido neste trabalho, a “missão” de reequilibrar a relação de consumo, reduzindo a desigualdade fática existente entre os sujeitos. E aqui nem chega a falar-se em igualar as forças no litígio entre os sujeitos dessa interação, pois essa isonomia entre os litigantes virá como reflexo

da igualdade de força e possibilidade de acesso à justiça entre consumidor e fornecedor, possibilitada pela igualdade na lei proposta pelo diploma consumerista.

Fala-se, também, na doutrina, na possibilidade de dinamização do ônus da prova quando, invertido o ônus da prova, o consumidor tenha, teoricamente, melhores “chances” de provar o fato constitutivo do seu direito. Carpes (2010, p. 91) exemplifica - e aqui não se quer fazer a análise do julgado em si, mas das afirmações feitas pelo referido autor - com um caso em que o consumidor solicitou o cancelamento da linha telefônica e foi a juízo reclamar que esta não teria sido feita pela operadora. Questiona-se, nesse ponto, que, se o consumidor tivesse a prova de tal fato o que o impediria de já tê-la colacionado nos autos? Até porque, com a prova do fato constitutivo do seu direito já teria, de pronto, desvencilhado-se de tal ônus, sem sequer precisar esperar o pronunciamento do juiz a respeito da inversão do ônus da prova e ainda correr o risco de sofrer os encargos advindos da não produção de prova.

O que se quer dizer é que, se a prova se torna diabólica para ambos os litigantes, no caso da demanda de consumo, e forem preenchidos os pressupostos para a inversão do ônus (hipossuficiência ou verossimilhança das alegações do consumidor), não há como conceber a não operação do instituto, porquanto isso redundaria em grave ofensa a direito do consumidor e à proteção constitucional a ele conferida.

Ademais, importante ter-se em mente que a dinamização do ônus da prova não pressupõe requisitos arraigados na lei, pois, se assim fosse, perder-se-ia toda sua liberdade diante do caso concreto. Já na inversão do *ônus probandi* do CDC, se, a critério do juiz, forem verificados os requisitos, **deve-se** inverter o ônus, ainda que haja prova diabólica ao fornecedor. Se fosse aplicada, nesse caso, a teoria da distribuição dinâmica⁷⁴, haveria dupla dificuldade em produzir a prova, o que não seria um terreno fértil a sua incidência.

Aliás, o pressuposto para a aplicação da teoria dinâmica é a impossibilidade de produção probatória por parte de um dos litigantes e, em contrapartida, a maior facilidade da parte adversa para a sua realização. Quando a dificuldade probatória torna-se recíproca, o ônus pela insuficiência da prova será dada pela lei. No caso de ter sido invertido o ônus da prova pelo preenchimento dos requisitos, tal lógica de distribuição dos encargos é que deverá ser aplicada no caso concreto.

⁷⁴ Conforme observação tecida a respeito de Cremasco (2009, p. 76), há a possibilidade de aplicação da teoria dinâmica nas demandas consumeristas quando a inversão do ônus da prova implicar em prova impossível ao fornecedor e facilidade ao consumidor.

Além disso, não há explícito no Diploma Consumerista a contrapartida da facilidade do fornecedor em desincumbir-se do ônus que foi invertido. O que se percebe de uma leitura sistêmica do ordenamento e do Texto Constitucional é a proteção da pessoa do consumidor pela sua vulnerabilidade intrínseca.

Aplicar a teoria dinâmica - se implicada dificuldade probatória para fornecedor e consumidor - às demandas consumeristas quando já invertido o ônus da prova é esquecer-se do pressuposto que o primeiro instituto prima; é deixar de lado o mandamento constitucional da igualdade entre as partes litigantes e do acesso à justiça. Isso porque nem mesmo os requisitos para a utilização da teoria dinâmica estariam preenchidos, porquanto não haveria a facilidade da outra parte para a produção da prova. Nesse sentido, colhe-se ensinamento de Cremasco:

Se a intenção da distribuição dinâmica é exatamente a de facilitar a produção da prova, não há sentido em que, por meio dela, imponha-se ao autor ou ao réu um encargo muito difícil, quando não impossível de se cumprir, inviabilizando o próprio acesso à justiça e o alcance de todos os princípios a ele correlatos. É indispensável, para que incida a teoria da carga dinâmica, que o litigante a quem se impõe o ônus tenha condições – e condições efetivas – de assumir e de cumprir com o encargo determinado, porque, do contrário, não só não há qualquer razão de ser para a adoção da teoria, como se corre o risco de ferir o princípio da igualdade entre as partes. (2009, p. 97)

Além do mais, importa ainda ressaltar que, quando promulgado o novo CPC e, por conseguinte, houver a positivação da teoria das cargas dinâmicas, o CDC é norma especial não podendo ser afastada sua aplicação das demandas de consumo.

Por derradeiro, é de se aplaudir decisão do STJ, julgada em 16 de novembro de 2010, sob a relatoria do Ministro Herman Benjamin, na qual se deu provimento ao Recurso Especial n. 1.135.661⁷⁵ interposto por consumidor contra fornecedor de energia elétrica que cobrou valor atinente à recuperação de consumo de energia elétrica em razão de suposta fraude no medidor.

⁷⁵ ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. FRAUDE NO MEDIDOR DE ENERGIA ELÉTRICA. COMPROVAÇÃO DA AUTORIA. NECESSIDADE. ÔNUS DA PROVA. 1. Recurso Especial em que se discute a possibilidade de responsabilização de consumidor de energia elétrica por débito de consumo, sem a comprovação inequívoca de sua autoria na fraude do medidor. 2. A empresa concessionária não tem direito à inversão do ônus da prova pelo Código de Defesa do Consumidor, porquanto não ostenta a qualidade de consumidor, mas de fornecedor do serviço. 3. In casu, constatou-se por prova técnica que o medidor encontrava-se fraudado, e contra isso não se insurgiu o consumidor. A empresa constituiu um título com o qual buscou pagar-se do preço, imputando, contudo, a autoria da fraude ao consumidor sponte sua. 4. Não se pode presumir que a autoria da fraude no medidor seja do consumidor em razão somente de considerá-lo depositário de tal aparelho e por este situar-se à margem de sua casa, como entendeu a Corte de origem. 5. A empresa concessionária, além de todos os dados estatísticos acerca do regular consumo, ainda dispõe de seu corpo funcional, que, mês a mês, verifica e inspeciona os equipamentos. Não é razoável que deixe transcorrer considerável lapso de tempo para, depois, pretender que o ônus da produção inverta-se em dano para o cidadão. 6. A inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor equivale a tornar objetiva sua responsabilidade, hipótese inaceitável nas relações de direito do consumidor, pois este se encontra em posição de inferioridade econômica em relação à concessionária. 7. A boa-fé no CDC é o princípio orientador das condutas sociais, estreitamente ligado ao princípio da razoabilidade, dele se deduzindo o

A ação de declaração de inexistência de débito havia sido julgada parcialmente procedente pelo magistrado *a quo*, decisão que foi reformada pelo TJ/RS, sob o fundamento de que teria ficado provada a autoria da fraude no medidor em razão do princípio do proveito econômico e do dever de custódia que tinha o cidadão para com o aparelho.

O STJ entendeu que não haveria que se falar em presunção de fraude, porquanto, na relação processual em questão, verifica-se, primeiramente, a necessidade de levar em conta que há um sistema de proteção ao consumidor. Salientou, nesse sentido, o direito básico do consumidor de inversão ao ônus da prova, devendo a concessionária provar a fraude que foi “presumida” extrajudicialmente com a cobrança a maior da tarifa.

Tendo o consumidor negado o fato da fraude ter sido de sua autoria, deveria a concessionária provar o contrário, sendo que, inverter o ônus da prova em detrimento daquele é inaceitável diante da sua posição de inferioridade econômica perante a concessionária e dos inúmeros mecanismos colocados à disposição da empresa no combate a fraudes. Nesse sentido, afirma:

Frise-se, a empresa concessionária, além de todos os dados estatísticos acerca do regular consumo, ainda dispõe de seu corpo funcional, que mês a mês verifica e inspeciona os equipamentos. Não é razoável que deixe transcorrer considerável lapso de tempo para, depois, querer que o ônus da produção seja invertido em prejuízo do cidadão (BRASIL, 2011).

E vai além, dizendo que a aceitação da inversão do ônus da prova em detrimento do consumidor nas determinadas circunstâncias deveria advir somente das presunções de culpa *iuris tantum*, como a presunção de paternidade na negatória de exame de DNA e a batida traseira em colisão. Portanto, as deduções presuntivas tidas pelo acórdão reformado não ensejam presunção de responsabilidade do consumidor e nem a inversão do ônus da prova em seu desfavor para que precise provar que não foi ele o responsável pela fraude do medidor.

Quanto aos demais julgados colacionados, corrobora-se com as ideias de Cremasco (*ibidem*, p. 103) a qual tece crítica a respeito da confusão que os tribunais fazem ao tratar dos dois institutos. Como visto, há um condicionamento da dinamização do ônus da prova à presença dos requisitos típicos da inversão estabelecida pelo CDC. Visão equivocada, uma vez que, além de as duas teorias possuírem sujeitos tuteláveis diferentes, não possuem pressupostos de aplicação idênticos, embora tenham como propósito o acesso à justiça.

comportamento em que as partes devem se pautar. Sob essa nova perspectiva contratual, não há espaço para presumir a má-fé do consumidor em fraudar o medidor. 8. Recurso Especial provido. (BRASIL, 2011)

Nesse sentido, realmente, não parece que os magistrados estejam fazendo uma séria análise ao aplicá-las. O que se vê é a tão conhecida técnica do “cópia e cola” que os leva, simplesmente, a soltarem as teorias de maneira aleatória no julgado para justificar a inversão do ônus da prova nas demandas de consumo. Como dito, necessário que se tenha uma séria análise dos institutos para não correr o risco de produzir aberrações jurisprudenciais que, em vez de facilitarem o acesso à justiça do consumidor, conforme se prima no inciso VIII do art. 6º do CDC, enterram ainda mais o seu pleito e seus direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente trabalho de conclusão de curso pretendeu-se mostrar que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e a inversão dos encargos probatórios instituída pelo CDC necessitam ser separadas entre si.

Através do estudo das três fases (Teoria Imanentista ou Unitária, Teoria Dualista ou Pan-processualista e a Teoria Instrumentalista) pelas quais passou o processo, buscou-se compreender o atual momento do Processo Civil, o qual prima pelo princípio da cooperação entre as partes, pela igualdade e pela flexibilização de institutos arraigados e desprovidos de conexão com o caso concreto.

Como fruto dessa nova perspectiva processual, surgiu, através de esforços doutrinários, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova a qual - almejando e prometendo conferir maior igualdade entre os litigantes e maior amplitude ao direito de acesso à justiça - distribui os encargos probatórios de acordo com a maior ou menor dificuldade ou facilidade da parte em desincumbir-se do ônus que lhe foi imposto.

Nesse mesmo contexto social de percepção dos reais conflitos e desigualdades sociais e com o crescimento da relação de consumo, surgiram os direitos do consumidor, que culminaram em legislações protetivas ao sujeito vulnerável da sociedade de massa que se instalara desde a Primeira Revolução Industrial.

Embora pouco atrasado, foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor brasileiro como promessa de alcance aos ideais constitucionais da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da solidariedade, da igualdade material, do acesso à justiça, da proteção ao vulnerável, entre outros.

Como norma inafastável e de ordem pública não poderão os direitos básicos insculpidos no Diploma consumerista ser relativizados. Nesse norte, o direito básico à inversão do ônus da prova, trazido pelo art. 6º, VIII, do CDC, quando preenchidos os requisitos da verossimilhança ou da hipossuficiência, procurou dirimir e amenizar as desigualdades intrinsecamente existentes nas demandas de consumo e conferir ao consumidor amplo acesso à justiça.

Mostrou-se, além dessa hipótese, outras possibilidades de inversão *ope legis* do ônus da prova estabelecidas pelo CDC e que, como visto, estabelecem, segundo alguns autores, presunções relativas com relação às alegações do consumidor que serão refutáveis através das

provas contrárias que deverão ser produzidas pelo fornecedor. Estão essas insculpidas nos arts. 12, § 3º, II, 14, § 3º, I, e 38 do CDC.

Por fim, conhecidos os liames dos institutos que seriam confrontados, procurou-se trazer à baila as opiniões doutrinárias que os comparassem. Percebeu-se que a parte da doutrina que os equipara trata da inversão do ônus da prova como uma mera positivação da teoria dinâmica do ônus da prova, bem como que o termo “inversão” não seria o mais adequado, pois poderia impor à parte contrária algum ônus diabólico.

Por sua vez, atentando-se à doutrina que separa as duas teorias, traz-se que a dinamização dos encargos da prova não possui critérios arraigados, pois, se assim fosse, seria retirada toda a flexibilidade quanto à distribuição do ônus probatório que se almeja ter com a sua utilização. Aliás, seria a teoria dinâmica um afastamento do regramento estático e, portanto, uma redistribuição originária do que deve ser demonstrado por cada litigante, enquanto o instituto da inversão dos encargos seria a contraposição do ônus instituído na lei, aplicável a toda demanda de consumo em que o consumidor preencha os requisitos da hipossuficiência técnica, fática ou informacional ou da verossimilhança. Ademais, subsumidos os requisitos legais à situação consumerista em concreto, não se torna faculdade do magistrado operar o instituto garantido pela lei.

Adentrando aos casos concretos e jurisprudenciais, procurou-se trazer exemplos de julgados dos tribunais de justiça brasileiros e do STJ que se utilizam das duas teorias como fundamento de decisão. Da apreciação das suas conclusões, fica claro que, em sua maioria, há a consideração de uma teoria pela outra e a confusão dos dois institutos.

Percebeu-se que não é feita, com exceção do julgado trazido pelo STJ, uma análise separada dos dois institutos. Deve-se entender que, embora tenham eles propósitos semelhantes de facilitar-se o acesso à justiça aos cidadãos, os sujeitos por elas tutelados são diferentes. A inversão do ônus da prova, como instituto criado para a facilitação da defesa do consumidor em juízo não pode ser afastada da relação com o consumidor, sob pena de violação dos preceitos constitucionais de defesa do sujeito consumidor-vulnerável. A teoria da dinamização do ônus da prova, noutro norte, não tem a obrigatoriedade da lei na sua aplicação, podendo verter-se à qualquer demanda em que haja dificuldade probatória das partes.

Por derradeiro, necessário, e se sugere a futuros estudiosos a respeito dos temas, que sejam feitos mais confrontos sérios a respeito das duas teorias, principalmente, em razão da previsão da dinamização do ônus da prova no novo Código de Processo Civil, que fomentará e

ampliará, ainda mais, a aplicação do instituto. Esse, se não for bem estudado e separado da inversão do ônus da prova, poderá trazer entraves às demandas de consumo, prejudicando aquele que demorou séculos para alcançar a tutela efetiva dos seus direitos.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Maristela da Silva Alves. Esboço sobre o significado do ônus da prova no Processo Civil. **Prova Judiciária: Estudos sobre o novo direito probatório**, Porto Alegre, p.203-218, 2007.
- ANDRADE, André Gustavo C. de. **A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor**: O momento em que se opera a inversão e outras questões. 2008. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=f879d446-6140-464d-bb61-8eafadf225c2>. Acesso em: 13 maio 2014.
- AZEVEDO, Antonio Danilo Moura de. A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no direito processual civil brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1500, 10 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10264>>. Acesso em: 30 out. 2014.
- BALDINI, Renato Ornellas. Distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual do Trabalho. 2013. 235 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 155)
- BRASIL, Câmara dos Deputados. **Câmara aprova novo Código de Processo Civil; texto retorna ao Senado**. 2014. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/464590-CAMARA-APROVA-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-CIVIL-TEXTO-RETORNA-AO-SENADO.html>>. Acesso em: 29 set. 2014.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988.
- _____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil**. Brasília, 1973.
- _____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Brasília, 1990.
- _____. Projeto de lei nº 8.046, de 2010. **Código de Processo Civil**. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>>. Acesso em jun. 2014.
- _____. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 422.788. Relator: Ministro Castro Filho. Brasília, DF, 19 de junho de 2007, **Diário da Justiça**, Brasília, 27 agosto 2007.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 883.656, Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 9 de março de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 28 de fevereiro de 2012.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.135.661. Relator: Ministro Herman Benjamin, Brasília, DF, 16 de novembro de 2010, **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 4 de fevereiro de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.286.704. Terceira Turma. Relator Ministra Nancy Andrichi, Brasília, DF, 22 de outubro de 2013, **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 28 de outubro de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 716.386. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Brasília, DF, 5 de agosto de 2008, **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 15 de setembro de 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 802.832. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, DF, 13 de abril de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 21 setembro 2011.

_____. Tribunal de Justiça da Bahia. Apelação Cível nº 0208330-43.2007.8.05.0001. Relator: Juíza Convocada Lígia Maria Ramos Cunha Lima, Salvador, BA, 17 de outubro de 2012. **Diário da Justiça**.

_____. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Apelação Cível nº 78523/2013. Relator: Desembargadora Marilsen Andrade Addario, Cuiabá, MT, 12 de fevereiro 2014h. **Diário da Justiça**.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0024.09.702556-3. Relator: Desembargador Anacleto Rodrigues. Belo Horizonte, MG, 12 de agosto de 2014d. **Diário da Justiça**.

_____. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Apelação Cível nº 0097608-35.2009.8.17.0001 Relator: Desembargador José Fernandes, Recife, PE, 15 de outubro de 2014g. **Diário da Justiça**.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº 2010.077215-7. Relator: Desembargador Joel Dias Figueira Júnior. Florianópolis, SC, 25 de setembro de 2013b. **Diário da Justiça**.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0000891-59.2011.8.26.0382. Relator: Desembargador Hélio Nogueira. São Paulo, SP, 7 de agosto de 2014b. **Diário da Justiça**.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2045666-05.2014.8.26.0000. Relator: Desembargador Virgílio de Oliveira Junior. São Paulo, SP, 15 de setembro de 2014c. **Diário da Justiça**.

_____. Tribunal de Justiça de Sergipe. Apelação Cível nº 201400820342. Relator: Desembargador Cezário Siqueira Neto, Aracaju, SE, 30 de setembro de 2014f. **Diário da Justiça**.

_____. Tribunal de Justiça do Acre. Apelação Cível nº 024197-37.208.8.01.001. Relator: Desembargadora Regina Ferrari, Rio Branco, AC, 12 de março de 2013c. **Diário da Justiça**.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. Agravo de Instrumento nº 276912-2. Relator: Desembargador Marcos de Luca Fanchin. Curitiba, PR, 21 de dezembro de 2004. **Diário da Justiça**.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo nº 0218206-56.2012.8.19.0001. Relator: Desembargador Antonio Carlos dos Santos Bitencourt, Rio de Janeiro, RJ, 20 de março de 2014e. **Diário da Justiça**.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70057165714. Relatora: Desembargadora Ana Paula Dalbosco. Porto Alegre, RS, 29 de abril de 2014. **Diário da Justiça**.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70054418744. Relator: Desembargador Ergio Roque Menine. Porto Alegre, RS, 22 de agosto de 2013a. **Diário da Justiça**.

BROUWERS, Silvana do Prado. **A responsabilidade civil e a inversão do ônus da prova nas lides de consumo: aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais**. 2001. 190 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-graduação em Direito, Departamento de Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

BURGARELLI, Aclibes. **Tratado das provas cíveis**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

CARPES, Artur Thompsen. Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório. **Prova Judiciária: Estudos sobre o novo direito probatório**, Porto Alegre, p.27-50, 2007.

_____. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CREMASCO, Suzana Santi. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela**. V. 2. 7ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **As instituições de direito processual civil**. V. 1. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009a.

_____. **As instituições de direito processual civil**. V. 3. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009b.

FRIEDRICH, Isabella Naccaratti André. **A aplicação da Teoria da Carga Dinâmica das provas no Processo Civil Brasileiro**. 2013. 32 f. Monografia (Especialização) - Curso de Pós-graduação em Direito, Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

HOFFMAN, Paulo. Inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor: Critério de julgamento (sob a ótica do juiz) e critério de procedimento (para o fornecedor). **Aspectos Processuais do Código de Defesa do Consumidor**, São Paulo, v. 1, p.223-241, mar. 2008.

HOLTHAUSEN, Fábio Zobot. **Inversão do Ônus da Prova nas Relações de Consumo: momento processual**. Tubarão: Ed. Unisul, 2006.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; FANECO, Livia Carvalho da Silva. Inversão do ônus da prova no CDC e a inversão procedimental no projeto de novo CPC: distinção entre institutos e afins. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 91, jan-fev. 2014.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: Análise crítica do Projeto de novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 208, p. 295-309, jun. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Luiz Cruz. **Curso de Processo Civil: Processo de conhecimento**. V. 2. 11ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: Críticas e propostas**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Ricardo Licastro Torres de. A inversão do ônus probatório nas relações de consumo. **Aspectos Processuais do Código de Defesa do Consumidor**, São Paulo, v. 1, p.223-241, mar. 2008.

MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Projeto de Novo Código de Processo Civil: confronto entre o CPC atual e o projeto de novo CPC com comentários às modificações substanciais**, São Paulo: Atlas, 2011.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A proteção constitucional do consumidor**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Vivian von Hertwig Fernandes de. A distribuição do ônus da prova no Processo Civil brasileiro: a teoria da distribuição dinâmica. **Revista de processo**, São Paulo, v. 231, p. 13-36, mai. 2014.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 917, p. 175-192, mar. 2012.

_____. **O ônus da prova**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Ônus da prova e o projeto de Código de Processo Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 913, n. 100, p.301-321, nov. 2013. Mensal.

RAMIRES, Luciano Henrique Diniz. **As provas como instrumentos de efetividade no processo civil**. 1ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SARAIVA NETO, Pery. **A prova na jurisdição ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SOARES, Fábio Costa. **Acesso do consumidor à justiça: Os fundamentos constitucionais do direito à prova e da inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOUZA, Landolfo Andrade de. **A inversão do ônus da prova no anteprojeto do novo Código de Processo Civil e sua repercussão no Direito do Consumidor**. 2011. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/doutrinas>. Acesso em: 10 jun. 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. V. 1. 49ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Direitos do Consumidor: A busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais de Direito Civil e do Direito Processual Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TRAJANO, Fábio de Souza. **Princípios constitucionais aplicáveis ao direito do consumidor e sua efetividade**. 2010. 255 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica, Departamento de Centro de Ciências Sociais e Jurídicas, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2010.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias constitucionais da duração razoável e da economia processual no projeto do Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 192, p.193-204, fev. 2011.

VASCONCELLOS, Marina Martins Gartz de. **O artigo 333 do Código de Processo Civil e a Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova**. 2009. 27 f. Monografia (Especialização) - Curso de Pós-graduação em Direito, Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

VICENTINI, Fernando Luiz. Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3633, 12 jun. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24683>>. Acesso em: 30 out. 2014.