

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA: uma análise de sua aplicação no Direito do Consumidor

Thayná Silva Campos¹

Resumo

O presente trabalho busca analisar o direito do consumidor de maneira geral, com o objetivo de estudar acerca da distribuição do ônus da prova nos casos relacionados a uma relação de consumo. Com isso, apurou-se sobre a produção de provas no Código de Processo Civil Brasileiro, considerando a teoria de distribuição adotada por este como regra no ordenamento jurídico brasileiro, realizando, então, uma comparação entre a teoria da distribuição estática do ônus da prova e a da distribuição dinâmica, adotada pelo Código de Defesa do Consumidor. Além disso, realizou-se um paralelo entre o Direito do Consumidor, objeto do estudo, com o Direito do Trabalho até mesmo no que diz respeito ao uso da inversão do ônus da prova. Assim, a partir dessa análise indaga-se sobre o momento adequado para aplicação da inversão do ônus da prova, tendo em vista que a própria norma não o estabeleceu, o que gerou divergências doutrinárias sobre o tema. Ressalta-se ainda a importância da regra prevista no artigo 6º, inciso VIII, do CDC, como expressão legal da teoria da distribuição dinâmica da prova, a qual deveria se estender por todo o Direito Brasileiro, por respeito ao princípio constitucional da isonomia. Dessa forma, conclui-se pela importância de aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório, respeitando em sua aplicação os princípios constitucionais do processo, bem como a necessidade de se controlar a discricionariedade do juiz no que diz respeito à aplicação ou não da norma de inversão do ônus da prova.

Palavras-chave: Ônus probatório. Inversão judicial. Relação de consumo. Código de defesa do consumidor. Princípios constitucionais do processo. Produção de provas. Distribuição dinâmica do ônus. Momento de aplicação.

¹ Graduanda em Direito pela PUCMINAS, unidade Coração Eucarístico, monitora de processo civil II, representante de turma e destaque acadêmico em 2012.

1 INTRODUÇÃO

É crescente o número de conflitos judiciais motivados por uma relação de consumo, tendo em vista o maior acesso à informação por parte do cidadão no que diz respeito aos seus direitos, bem como as atitudes das empresas que agregam o polo passivo dessa lide.

Assim, além das legislações comuns, o consumidor passou a contar, ainda, com uma legislação própria que visa protegê-lo, vez que é parte hipossuficiente da relação, na tentativa de proporcionar um equilíbrio para a lide. Com isso, um dos direitos proporcionados ao consumidor para viabilizar esse equilíbrio está na produção de provas, possuindo a regra a inversão do ônus da prova. Porém, atualmente, sua aplicação no sistema judiciário brasileiro tem dificultado que esse equilíbrio de fato seja alcançado, vez que há divergência acerca do modo e momento de aplicação desse direito no andamento processual.

Considerar-se-á, então, que o Código de Defesa do Consumidor, como legislação especial deve ser considerado em detrimento da norma geral no que couber. Assim, nas relações jurídicas de consumo devem-se aplicar as regras de produção e distribuição de provas previstas primeiramente no CDC, tendo em vista a hipossuficiência do consumidor em relação à parte contrária.

Diante do exposto, cumpre analisar o tema para esclarecer sobre o momento adequado de aplicação da inversão do ônus da prova nas lides que envolvem uma relação de consumo. Pretende-se, portanto, compreender qual a necessidade de, na realidade brasileira, ainda se proteger o consumidor, mesmo que em um mundo globalizado e com tanta informação.

Para isso, deve ser analisado o sistema processual de provas no ordenamento jurídico brasileiro e a dinâmica de distribuição do ônus da prova. Como ocorre, ou deveria ocorrer, no direito processual comum e no que tange ao Código de Defesa do Consumidor. Analisando, por fim, a eficácia e eficiência da regra no que se refere à sua aplicação prática na realidade brasileira.

2 HISTÓRICO DO DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL

Com a evolução das relações de consumo na civilização começou a ser necessária a

proteção no âmbito jurídico desse tipo de relação. Dessa forma, desenvolveu-se o Direito Consumerista, que no Brasil despontou e evoluiu com o enfoque no sujeito ativo das relações de consumo e, não nas próprias relações, como aconteceu em outros países. Assim, surge no país essa proteção ao consumidor frente ao fornecedor nas relações de consumo. Por isso, denominado Direito do Consumidor e, não, do Consumo ou Consumerista.

2.1 Evolução histórica da proteção ao consumidor no mundo

Embora recente a ideia do Direito do Consumidor no mundo, há, na história indícios de proteção ao consumidor desde o surgimento do comércio na civilização. Pois, com essa prática surgiu a necessidade de se proteger o consumidor das fraudes comerciais. É possível, então, verificar evidências dessa proteção ao consumidor desde a antiguidade. Como no Código de Hamurabi, o qual já havia algumas regras pontuais que, indiretamente, visavam proteger o consumidor, bem como no Código de Manu, buscando a proteção à saúde, segurança e qualidade dos serviços prestados.

A história do Direito do Consumidor no mundo ainda tem registros na idade média. Por exemplo, na República de Veneza existia uma prática comum em relação aos comerciantes de manteiga, que consistia em colocar pedra dentro dos tabletes de manteiga. Por isso, existia uma norma que dizia que o comerciante que praticasse esse tipo de fraude seria punido com escaldamento em praça pública. Apesar da sanção física era uma forma de se proteger o consumidor das fraudes comerciais.

Com a revolução industrial houve maior desenvolvimento do Direito do Consumidor. Assim, segundo Cavalieri Filho:

Para se conseguir entender a origem desse ramo autônomo que é o Direito do Consumidor, é mister empregar especial atenção à Revolução Industrial. Nesse sentido, tem-se que antes da Revolução Industrial a produção era limitada, haja vista que sua forma era artesanal e balizada ao núcleo familiar ou a uma pequena quantidade de pessoas. A revolução veio mudar esse modo de produção, aumentando, de forma considerável, a capacidade produtiva do ser humano. Por meio de utilização de maquinário, o fabricante, que antes dominava todos os meios de produção, desde o início da confecção até sua venda, passa a não mais possuir o total controle sob sua cadeia, em decorrência da demasiada produção e distribuição dos produtos. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 3)

Salienta-se ainda que, na década de 1960, nos Estados Unidos, o presidente John Kennedy lançou as bases do movimento consumerista norte-americano, o que consolidou o Direito Consumidor no mundo. De acordo com Fernando Costa de Azevedo:

A preocupação com o estabelecimento, nos ordenamentos jurídicos nacionais, de uma tutela das necessidades e interesses dos consumidores se consolidou na segunda metade do século XX, fruto das transformações ocorridas no sistema capitalista de produção de bens e serviços. (AZEVEDO, 2009, p. 34)

Dessa forma, o direito do consumidor se estabeleceu nos Estados Unidos pelo movimento consumerista. Sua reafirmação ocorreu em documentos como a Resolução n. 39/248, da Assembleia Geral das Nações Unidas – ONU, em 1985, que a partir de então, se estabeleceu a tutela ao consumidor no ordenamento jurídico dos demais países.

2.2 Histórico do Direito do Consumidor no Brasil

No Brasil, a sistematização do Direito do Consumidor se dá com a Constituição da República de 1988. Contudo, antes do texto constitucional, na década de 1970, foram criadas algumas entidades, associações e órgãos governamentais com o intuito de lutar pela defesa e proteção dos consumidores. Dessa forma, surgiram legislações esparsas com o objetivo de formar uma estrutura legal para amparar o consumidor.

No entanto, apenas na década de 1980 que o consumidor despertou de fato para seus direitos, após a implantação do Plano Cruzado e a problemática que gerou. Em seguida, com a Constituição em 1988, houve a consolidação do Direito do Consumidor e sua necessidade de proteção, tornando-se cláusula pétrea prevista no inciso XXXII de seu artigo 5º, prevendo-se que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (BRASIL, 1988). Ainda em nível constitucional, o Direito do Consumidor está previsto nos artigos 150, § 5º, e 170, inciso V, da Carta Magna.

Contudo, foi em 11 de setembro de 1990, quando passou a vigorar a lei n. 8.078, que segundo Fernando Borges Vieira (2012), “que o direito do consumidor ganhou uma nova perspectiva, não apenas e tão somente porque foram normatizados, mas porque a relação de consumo passou a ser orientada por novos princípios fundamentais”.

2.3 Diálogo entre o Direito do Consumidor e o Direito do Trabalho

Segundo Cláudia Lima Marques (2010), o método do diálogo das fontes esclarece a lógica de tutela e proteção especial ao sujeito consumidor do CDC, possibilitando uma visão geral do conjunto sistemático das normas. E, em uma breve análise da formação e princípios do Direito do Trabalho é possível verificar a relação do Direito do Consumidor com aquele instituto.

No que diz respeito à formação do Direito do Trabalho, este é produto do capitalismo, o qual despontou a presença dos elementos socioeconômicos, políticos e culturais, necessários à existência desse ramo. De acordo com Maurício Godinho Delgado (2012) o Direito do Trabalho surgiu da combinação de fatores econômicos, sociais e políticos. No Brasil sua institucionalização se deu em 1930, firmando sua estrutura jurídica e institucional até 1945, com o fim da “Era Vargas”. E, mantém seus efeitos com a Constituição de 1988.

A partir dessa breve análise da formação do ramo trabalhista do Direito, verifica-se a relação com ramo estudado, o qual se consolidou no país após o Direito do Trabalho. Contudo, os ramos do Direito em questão possuem suas semelhanças, tendo em vista que são segmentos jurídicos que cumprem objetivos sociais, além de possuírem importantes impactos econômicos, culturais e políticos.

Ademais, há que se analisar a principiologia básica dos referidos ramos. Com isso, buscam o Direito do Trabalho e do Consumidor a proteção à parte hipossuficiente da relação, visando atenuar, no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato. Assim, nota-se que os princípios básicos desses institutos objetivam a proteção do vulnerável e o equilíbrio contratual.

Diante desse breve diálogo de fontes especializadas do Direito, verifica-se a semelhança na sua formação, visto que surgiram das variadas situações fáticas que demonstravam a necessidade de proteção de um lado da relação, seja ela trabalhista ou de consumo. Por isso, alguns doutrinadores se arriscam em dizer que o Direito do Trabalho inspirou de certa forma o Direito do Consumidor. Entretanto, insta salientar que, trata-se de institutos autônomos e especializados cada um em sua área (Consumo e Trabalho), nos quais é possível fazer uma relação no que concerne sua formação, mesmo em se tratando de ramos diferentes do Direito, que possuem suas peculiaridades.

3 SISTEMÁTICA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

De acordo com o Dicionário Jurídico (SANTOS, 2001), código é “Coleção de leis, de regras ou preceitos; conjunto metódico e sistemático de disposições legais relativas a um assunto ou ramo do direito”. No que diz respeito ao CDC, lei nº 8.078/1990, trata-se de um conjunto sistemático de disposições legais relativas à proteção do consumidor. Assim, expõe o artigo 1º do CDC:

Art. 1º. O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos artigos 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e artigo 48 de suas Disposições Transitórias. (BRASIL, 2013).

Diante do exposto, é possível notar que o Direito do Consumidor é um direito fundamental e, seu sujeito, o consumidor, é protegido constitucionalmente. Por isso, a Carta Magna estabelece a criação de uma lei tutelar, determinando que esta seja em forma de Código. Assim, Cláudia Lima Marques conceitua:

Código (todo construído sistemático) de Proteção (ideia básica instrumental e organizadora do sistema de normas oriundas de várias disciplinas necessárias ao reequilíbrio e efetivação desta defesa e tutela especial) do Consumidor (sujeito de direitos protegidos). (MARQUES, 2010,p. 66)

O Código de Defesa do Consumidor é sistematicamente organizado, ressaltando-se os três primeiros capítulos como essenciais ao sistema. Isso porque definem o campo de aplicação, objetivos e princípios básicos da lei, bem como os direitos básicos do consumidor, facilitando a interpretação de suas normas e esclarecendo os princípios fundamentais.

3.1 Conceito de Consumidor

O artigo 2º do CDC trata de definir consumidor, o sujeito por ele protegido, dessa forma:

Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. (BRASIL, 1990)

Contudo, torna-se importante analisar a expressão “destinatário final” utilizada no referido artigo, considerando que o legislador não a definiu. Assim, trata-se de um

consumidor final, ou seja, aquele que retira o bem do mercado, colocando um fim na cadeia de produção. Nesse aspecto há divergências doutrinárias quanto ao fato de aquele profissional que adquire produto ou serviço a fim de utilizá-lo em sua profissão, com o intuito de lucro, ser ou não consumidor.

Acerca do assunto a doutrina se divide em três teorias: a finalista, que se restringe ao princípio da vulnerabilidade, sendo consumidor aquele que necessita da proteção do Estado, portanto, o profissional do caso acima não se enquadraria como consumidor; a finalista moderada, que admite a possibilidade de se reconhecer a vulnerabilidade de um profissional que adquire produto ou serviço fora de sua profissão e, ainda, no que diz respeito à pequena empresa; a maximalista, a qual defende o consumidor como aquele que retira a mercadoria do mercado não importando se irá ser utilizada em atividade lucrativa. Importante ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) defende a teoria finalista moderada, conforme pode se verificar da ementa de acórdão abaixo:

Direito do consumidor – Recurso Especial – Conceito de consumidor – Critério subjetivo ou finalista – Mitigação – Pessoa Jurídica – Excepcionalidade – Vulnerabilidade – Constatação na hipótese dos autos – Prática abusiva – Oferta inadequada – Característica, quantidade e composição do produto – Equiparação (art.29) – Decadência – Inexistência
– Relação jurídica sob a premissa de atos sucessivos – Renovação de compromisso – Vício oculto.

A relação jurídica qualificada por ser “de consumo” não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável, de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro. Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores empresários em que fique evidenciada a relação de consumo. São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas (STJ, REsp. 476428/SC, Terceira Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 19.04.2005).

No que tange ao parágrafo único do artigo em análise, há uma extensão do campo de aplicação da norma às pessoas que não se enquadram no conceito de consumidor *stricto sensu*, mas que podem ser atingidas de alguma forma pelas atividades dos fornecedores no mercado.

Insta salientar que, além de conceituar o consumidor, o CDC trata de definir o que seria fornecedor em seu artigo 3º, bem como conceitua nos parágrafos deste artigo, as expressões produto e serviço, elementos objetivos da relação de consumo.

Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou

estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviços.

§ 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. (BRASIL, 1990)

3.2 Princípios do Direito do Consumidor

No artigo 4º e 6º do CDC (1990) estão estabelecidos os rumos, bases e princípios do mencionado código. Dessa forma, os princípios básicos do direito do consumidor têm por objetivo dar equilíbrio à relação de consumo, tendo em vista a diferença que existe entre as partes. Assim, os princípios se dividem pela fase de formação do contrato e pela fase de execução do mesmo, sendo que naquela se destaca os princípios da transparência e o da boa-fé, enquanto nesta se destacam o princípio da equidade contratual e o da confiança.

O princípio da transparência visa regular as propagandas e as ofertas destinadas aos consumidores, devendo trazer informações claras e precisas sobre a relação de consumo a se firmar. Com isso, o fornecedor deve informar ao consumidor todas as informações sobre o produto e sobre o contrato. Aliado a esse princípio está o da boa-fé objetiva que significa que as partes contratuais devem agir sempre respeitando a confiança e os interesses do outro.

Ademais, o princípio da vulnerabilidade se relaciona à ideia de hipossuficiência do consumidor em relação ao fornecedor. Consagrado na Constituição da República, para que se garanta o princípio da igualdade na relação de consumo é necessário tratar desigualmente às partes dessa relação. Isso justifica a inversão do ônus da prova, bem como a hipótese de interposição de ações no domicílio do consumidor, dentre outras que consideram a desigualdade de tratamento como forma de se atingir o equilíbrio da relação de consumo.

Por fim, o princípio da equidade ou equilíbrio contratual atua junto com o da boa-fé objetiva garantindo a legítima expectativa das partes contratantes, principalmente do consumidor, impedindo que se imponham cláusulas abusivas e desvantajosas para ele.

3.3 Responsabilidade civil na sistemática do CDC

Cumprir analisar, ainda na sistemática do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade civil consumerista, vez que se difere da responsabilidade civil prevista como regra no Código Civil (2002).

Responsabilidade civil, segundo o Código Civil, diz respeito à obrigação de reparar o dano causado por ato ilícito por uma pessoa a outra. No Código de Defesa do Consumidor a responsabilidade civil trata da obrigação de reparar danos supervenientes de acidentes de consumo.

Dessa forma, existem dois fundamentos acerca da responsabilidade, os quais contribuem para diferenciar a responsabilidade civil consumerista da prevista no Código Civil. De um lado a culpa, baseada na teoria subjetiva e, de outro lado está o risco, referente à teoria objetiva, comuns em ambos os Códigos de maneira diferente.

Ressalta-se que, para caracterizar a responsabilidade civil se faz necessária a presença de alguns elementos, quais sejam: a conduta humana, o dano e o nexo causal, sendo este o vínculo entre ação e o dano causado. Assim, a ausência de algum desses elementos impossibilita a responsabilização.

O Código Civil adota a regra da denominada responsabilidade subjetiva, conforme se verifica nos artigos 186 e 187. Com isso, além dos elementos acima elencados, deve restar comprovada a culpa em sentido lato. Contudo, o referido código prevê como exceção a responsabilidade objetiva, quando não haverá necessidade de comprovação da culpa para que haja a obrigação de reparar o dano.

O Código de Defesa do Consumidor utiliza como regra a responsabilidade objetiva, a qual não necessita de comprovar a culpa para atribuir ao fornecedor a responsabilidade pelo dano. Esta opção legislativa se justifica pela vulnerabilidade do consumidor em relação ao fornecedor.

Com isso, da análise dos princípios do direito do consumidor e, agora, da responsabilidade civil consumerista, verifica-se fundamentos que justificam a previsão do instituto da inversão do ônus da prova, exceção no Direito Civil e Processual Civil, mas tido com regra nesse “microsistema jurídico” que é o CDC.

4 PROVAS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Os princípios institutivos do processo, previsto na Constituição da República de 1988, proporcionaram a participação das partes e a valorização do instituto da prova. Com isso, a partir da ideia do Processo Constitucional, necessário se faz entender a composição da garantia do devido processo legal para se estudar os institutos processuais na ordem constitucional vigente. Para Rosemiro Pereira Leal o devido processo legal é definido:

[...] pela coexistência dos princípios da ampla defesa (necessariamente aqui incluído o direito ao advogado) e do contraditório, acrescentando-se a isonomia à configuração da instituição do processo. (LEAL, 2010, p. 65)

A prova deve ser vista sob a égide do sistema constitucional estabelecido para sua adequação ao processo democrático. Dessa forma, o objeto desse instituto deixa de ser a verdade que se destina ao convencimento do juiz e passa a ser “a produção da estrutura do procedimento como requisito de causalidade da fundamentação legal (art. 93, incs. IX e X, CR/88) do provimento (ato decisório)” (LEAL, 2001, p. 350). Por isso, a prova deve ser entendida como um direito fundamental que deve ser assegurado pelo Estado.

Assim, para melhor se estudar os institutos processuais, neste caso a prova, no Estado Democrático de Direito, necessário se faz analisá-los no âmbito constitucional, a partir da principiologia e garantias constitucionais do processo.

4.1 Conceito de Prova

Segundo dicionário Michaelis, a palavra prova significa “aquilo que serve para estabelecer uma verdade por verificação ou demonstração, indício ou sinal”. No âmbito jurídico a ideia é semelhante, sendo conceituada como “atividade que os sujeitos realizam para demonstrar a existência de fatos formadores de seus direitos, que haverão de basear a convicção do julgador” (SILVA, 2002, p. 335). Dessa forma, prevê o Código de Processo Civil (1973) em seu artigo 332, que “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”.

Rosemiro Pereira Leal (2010, p. 204/205) ensina que “provar é representar e

demonstrar os elementos da realidade objetiva pelos meios intelectivos autorizados em lei”. Além disso, analisa o conceito desse instituto nas dimensões do espaço, tempo e forma, assim, este “seria o modo de concretização instrumental (verbal ou documental) pela síntese explicativa cartularizada do meio e elemento de prova”, esse “seria o meio de consciência da existência do elemento de prova” e, aquele “seria a condição de existência do elemento de prova”.

O conceito de prova ainda abriga princípios que o institui, conforme analisa, ainda, o professor Rosemiro Pereira Leal (2010, p. 205), quais sejam a indiciariedade, ideariedade e instrumentalidade. Assim, aquele trata da “existência de elemento sensível na realidade objetiva”, enquanto a ideariedade diz respeito a “apreensão, somatização e transmissão do elemento de prova pelo intelecto”, sendo o último a “materialização gráfico-formal desses elementos pelos meios intelectivos ou técnico-jurídicos permitidos”.

4.2. Produção e ônus da prova

Ônus, do latim, diz respeito à carga, fardo, peso. Com origem no Direito Romano, o ônus da prova tem como base a necessidade de sustentação que toda afirmação precisa. Assim, no Processo Civil Brasileiro, toda afirmação deve ser devidamente comprovada, para que seja considerada no âmbito legal. Por isso, o CPC prevê no artigo 333:

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. (CPC,1973)

Trata-se de um ônus que deve ser carregado pelas partes do processo e, não de direito de um, ou obrigação de outro. Com isso, como o processo é composto de fatos e direito, os fatos devem ser demonstrados para que se sustente o direito. Dessa forma, estabelece-se a regra de que à parte que alega a existência de determinado fato, para que dele derive a existência de algum direito, incumbe o ônus de demonstrar sua existência. Cabe-lhe, então, o ônus de produzir prova dos fatos afirmados em juízo.

As teorias processuais modernas relacionam o princípio da iniciativa das partes à atividade probatória. Assim, defendem a distribuição do ônus da prova de acordo com o

interesse das partes na demonstração da verdade dos fatos alegados. Dessa forma, Moacyr Amaral Santos ao analisar essas teorias destaca os ensinamentos de Carnelutti e Chiovenda:

O critério para distinguir a qual das partes incumbe o ônus da prova de uma afirmação – ensina Carnelutti - é o interesse da própria afirmação. Cabe provar – escreve ele - a quem tem interesse de afirmar; portanto, quem apresenta uma pretensão cumpre provar-lhe os fatos constitutivos e quem fornece a exceção cumpre provar os fatos extintivos ou as condições impeditivas ou modificativas. (SANTOS, 2004, p.356)

Para Chiovenda o ônus de afirmar e provar se reparte entre as partes, no sentido de que é deixado à iniciativa de cada uma delas provar os fatos que deseja sejam considerados pelo juiz, isto é, os fatos que tenha interesse sejam por estes tidos como verdadeiro. (SANTOS, 2004, p. 357)

Diante do exposto, Moacyr Amaral Santos interpreta o artigo 333 do CPC, conjugando a teoria de Chiovenda, assim, afirma que “compete, em regra, a cada uma das partes fornecerem a prova das alegações que fizer” (SANTOS, 2004, p. 358).

No que concerne a posição do juiz diante da produção das provas e fatos narrados pelas partes, como no sistema processual brasileiro vigora o princípio da autoridade, o qual estende os poderes do magistrado, depende da decisão deste para que haja a produção de prova conforme requerido pelas partes. Aliado a esse princípio está o da iniciativa oficial, vez que o juiz pode determinar, de ofício, a produção de provas quando entender necessárias à formação de sua convicção quanto à verdade dos fatos.

Insta ainda salientar que, atualmente, a concepção estática da distribuição do ônus da prova adotado pelo Código de Processo Civil passou a receber severas críticas por não observar as características do caso concreto e por pressupor a existência de igualdade entre as partes. Logo, diante da insuficiência dessa forma de distribuição do ônus da prova e baseando-se nos princípios processuais constitucionais, surge a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. No que tange esta teoria Leonardo Santos Magalhães ensina:

A distribuição dinâmica do ônus da prova baseada em princípios basilares dos direitos constitucional e processual brasileiro tem o intuito de fazer com que o processo alcance os seus verdadeiros fins e ofereça uma prestação jurisdicional digna e justa a quem invocou o Estado.

Defende, pois, a superação da concepção estática e inflexível da repartição do encargo probatório adotada por nosso Código de Processo Civil, de modo que o julgador, na condição de sujeito ativo no processo e destinatário da prova, possa impor o ônus à parte que tenha melhores condições de cumpri-lo.

A partir desta teoria, a prova é vista sob um caráter publicista, de modo que, acima do interesse das partes, é o próprio Estado Social quem objetiva a descoberta da verdade real para que seja proferida uma justa solução na lide posta à sua análise. (MAGALHÃES, 2011, p.234)

Assim, a necessidade de se garantir a igualdade entre as partes presentes em um processo é o que justifica a dinamização da produção de prova, independente de como se dá a desigualdade. Com isso, o magistrado é responsável por buscar promover a igualdade entre os

litigantes, então, no que diz respeito ao ônus da prova, deve-se deixar a cargo de quem possuir melhor e maior condição de produzi-lo.

Esta teoria é vista como uma exceção ao previsto no artigo 333 do CPC e, por isso, sua aplicação no Direito Processual Brasileiro é dificultada. Contudo, há algumas áreas específicas do direito, nas quais a desigualdade das partes já é algo sedimentado, o que torna possível a aplicação dessa teoria, como ocorre no Direito do Consumidor e do Trabalho. Mas para os defensores dessa teoria o sistema processual de prova deve ser regulado pela dinâmica da distribuição do ônus de prova em seu âmbito geral e, não apenas nos âmbitos específicos.

Diante disso, Leonardo Santos Magalhães (2011) defende as jurisprudências que utilizaram da teoria dinâmica quando da distribuição do ônus da prova:

Trata-se, pois, da adoção da dinamização das cargas probatórias como forma dar ao litígio uma solução justa, em clara manifestação da flexibilização da doutrina tradicional, em homenagem ao princípio da efetividade da tutela jurisdicional, na medida em que essa objetiva, sem dúvida, o direito de quem realmente o titule. (MAGALHÃES, 2011)

Por fim, o referido autor admite que, embora não esteja presente no CPC, há referências acerca desta teoria no âmbito, jurisprudencial, doutrinário e, até mesmo, legislativo. Exemplifica, então, com o objeto do presente estudo, a técnica de inversão do ônus da prova previsto do artigo 6º, inciso VIII, do CDC.

5 DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR

O artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor trata dos direitos básicos do sujeito da relação de consumo, o consumidor. E, dentre outras tutelas, aborda nos incisos VI, VII e VIII acerca da tutela jurídica processual, quais sejam:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
[...]

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; [...](BRASIL, 1990)

Para o presente estudo, importante se faz a análise do inciso VIII do artigo supracitado

e, para entendê-lo necessário se faz a alusão ao princípio constitucional da isonomia com previsão no artigo 5º, inciso I, da Constituição da República de 1988. Assim, para que esse princípio se torne efetivo deve-se conferir “tratamento desigual aos manifestamente desiguais, na exata medida de suas desigualdades”.

Com o intuito de adotar uma igualdade entre os sujeitos da relação de consumo, ou seja, entre fornecedor e consumidor, é que se assumiu a vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor. Dessa forma, foi reconhecida a condição de inferioridade do consumidor dentro da relação de consumo. Isso porque o fornecedor, normalmente, é quem possui as melhores condições para realizar provas ligadas diretamente à sua atividade.

Por isso, o CDC prevê a distribuição dinâmica do ônus da prova, defendendo o ônus subjetivo da prova, diferente do que é adotado pelo CPC. Ou melhor, o CDC aplica a denominada inversão do ônus da prova na tentativa de igualar as partes presentes em uma relação de consumo.

Além da regra do artigo 6º, inciso VIII, do CDC, o referido código se refere à inversão do ônus probatório de maneira distinta em outros dispositivos, são eles: artigos 12, § 3º; 14, § 3º, 38 e 51, inciso VI, os quais se relacionam às espécies de inversão do ônus da prova legal e convencional. Ressalta-se que há três espécies: inversão judicial, legal e convencional.

5.1 Da inversão judicial do ônus da prova

A norma prevista no artigo 6º, inciso VIII, do CDC, trata-se da inversão judicial do ônus da prova, vez que não ocorre de forma automática a partir da previsão legal e, sim, a critério do juiz que diante de uma das duas alternativas previstas no referido artigo proferirá decisão judicial pela aplicação da inversão do ônus da prova. São as alternativas: verossimilhança das alegações ou hipossuficiência. A ideia que justifica essa inversão é aquela da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, na qual atribui o ônus a quem possui melhor condição de produzir provas no caso concreto.

Assim, essa regra deve ser aplicada em todos os momentos que as regras previstas no artigo 333 do CPC venha a gerar entre as partes uma concreta desigualdade ou, até mesmo, se torne excessivamente onerosa a demonstração da verdade fática.

Dessa forma, no que concerne a regra do artigo 6º, inciso VIII, do CDC, não é suficiente para que haja a inversão do ônus probatório apenas que a relação de consumo se

comprove, pois a hipossuficiência não é condição para que seja considerado consumidor, trata-se, sim, de requisito para efeito de prova. Com isso, cabe ao juiz analisar o caso concreto e verificar se estão presentes os requisitos legais.

No que tange aos requisitos da verossimilhança das alegações, bem como da hipossuficiência do consumidor, a doutrina majoritária entende que o dispositivo legal deve ser entendido de forma literal. Bastando, então, a presença de um deles para que se legitime a inversão do ônus da prova. Desse modo, ensina Sérgio Cavalieri Filho:

Muito já se discutiu se esses pressupostos são cumulativos ou alternativos, mas hoje a questão está pacificada no sentido da alternatividade. A própria conjunção alternativa empregada pelo legislador no texto está a apontar nesse sentido. (FILHO, 2010, p. 326)

Quanto ao requisito da verossimilhança da alegação, este diz respeito às alegações fáticas do consumidor que devem, então, ser aparentemente verdadeiras. Assim, o juiz, para seu convencimento, analisa se aquilo normalmente ocorre em fatos semelhantes ao narrado pelo consumidor.

Já no que concerne ao segundo requisito, da hipossuficiência do consumidor, há o entendimento na doutrina de que essa hipossuficiência deve ser técnica. Assim, a condição econômica do consumidor não é relevante nesse caso, sendo importante para que ocorra a inversão que o fornecedor possua superioridade técnica, que deve se manifestar no caso concreto de forma que a ele seja viável a produção da prova. Do mesmo modo, se houver casos em que é mais fácil a produção da prova pelo consumidor, a este caberá o encargo probatório, vez que a regra do artigo 6º, inciso VIII, do CDC, tem por finalidade “proporcionar uma maior facilidade na produção da prova, com que o juiz se aproximará mais da verdade e proferirá uma decisão de melhor qualidade” (TARTUCE; NEVES, 2012, p. 520-521).

5.2 Da inversão legal do ônus da prova

Nesse caso basta a tipificação legal para a aplicação da inversão do ônus da prova, não sendo exigível decisão judicial que determine a inversão. Isso porque independe de análise do magistrado em relação ao caso concreto, basta para se inverter o ônus probatório a própria previsão legal. Essa inversão está presente em três passagens do Código de Defesa do Consumidor e todas dizem respeito à aplicação da responsabilidade objetiva do fornecedor.

Assim, no artigo 12, § 3º, do CDC é ônus do fornecedor provar que não colocou produto defeituoso no mercado ou que houve culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros pelos danos gerados. No que diz respeito às ações ajuizadas no âmbito do Direito do Consumidor motivadas por defeito do produto adquirido, basta o consumidor provar o nexo de causalidade entre o dano por ele experimentado com o fato danoso. Este se origina de um vício ou defeito apresentado pelo produto e, segundo a previsão do artigo 6º, inciso VI, do CDC, o consumidor tem direito à efetiva reparação e prevenção dos danos.

Ademais, o artigo 14, § 3º, do CDC estabelece que “cabe ao fornecedor provar que o serviço não possuiu defeito ou que existe culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro nos danos gerados” (BRASIL, 1990). Da mesma forma que na previsão anteriormente analisada, trata-se de responsabilidade objetiva do fornecedor no que concerne defeito de serviço.

Na prática, essas duas previsões analisadas são relacionadas ao artigo 6º, inciso VIII, do CDC, de maneira errada, claro, pois trata-se de espécies diferentes de inversão e autônomas quanto suas aplicações. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça exige a hipossuficiência do consumidor ou a verossimilhança da alegação deste para justificar a inversão do ônus da prova quando se tratar de dano motivado por defeito no produto ou no serviço, o que além de ir contra a previsão legal dificulta o acesso do consumidor à justiça.

Por fim, outra previsão acerca da inversão legal do ônus diz respeito à necessidade de o fornecedor provar a veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária que patrocina, conforme expresso no artigo 38 do CDC. Assim, analisa Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves:

Conforme a melhor doutrina, “a inversão aqui prevista, ao contrário daquela fixada no art. 6º, VIII, não está na esfera de discricionariedade do juiz. É obrigatória”. E além de obrigatória, por ser *ope legis*, independe “de qualquer ato do juiz. Logo, não lhe cabe sobre ele se manifestar, seja no saneador ou no momento posterior”. (TARTUCE; NEVES, 2012, p. 514)

5.3 Da inversão convencional do ônus da prova

A inversão convencional se origina da transação entre as partes sobre a produção de provas antes ou no curso do processo. Assim, o artigo 333 do CPC prevê limitações a este tipo de inversão, quais sejam: “I. recair sobre direito indisponível da parte; II. tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito” (BRASIL, 1973).

No Direito do Consumidor verifica-se essa espécie de inversão no que diz respeito à previsão do artigo 51, inciso VI, do CDC, o qual considera “nulo de pleno direito a cláusula contratual que estabeleça inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor”.

Assim, o acordo entre as partes no que concerne à inversão da prova é possível no direito do consumidor contanto que não “atribua ao consumidor um ônus probatório que seria legalmente do fornecedor” (TARTUCE; NEVES, 2012, p.512).

5.4 Momento de aplicação da inversão do ônus da prova

O momento adequado para se inverter o ônus probatório quando for caso de inversão convencional, ocorrerá a partir da convenção efetuada pelas partes, consumidor e fornecedor. Já no que diz respeito à inversão legal, também não há dúvidas quanto ao momento de sua aplicação, vez que verificado a previsão legal, desde o início da demanda é possível que se inverta o ônus da prova.

Contudo, acerca da inversão judicial é que a doutrina se divide, pois nesse sentido a norma do artigo 6º, inciso VIII, do CDC, a mais ampla, não estabeleceu o procedimento adequado para que ocorra a inversão. Dessa forma, a doutrina e jurisprudência tenta estabelecer esse momento processual, mas o tema ainda não foi pacificado.

Assim, existem três correntes identificadas pelos estudiosos da área que tentam estabelecer o momento adequado para inversão do ônus da prova previsto no artigo 6º, inciso VIII, do CDC, denominado inversão judicial da prova. Para a primeira corrente, o momento certo para que o magistrado inverta o ônus da prova é aquele de sua aplicação, ou seja, no julgamento do processo. Nesse sentido Sérgio Cruz Arenhart afirma:

[...] parece mais adequado entender que o sistema processual brasileiro vê na regra sobre o ônus da prova uma regra de julgamento, de modo que a modificação do *onus probandi* realmente só pode dar-se por ocasião da prolação de decisões judiciais. De fato, se é certo que a regra em questão informa ao magistrado como deve decidir em caso de dúvida, somente na oportunidade em que proferirá decisão procederá ele a avaliação de seu convencimento. (ARENHART, 2009, p. 350-351)

Há julgados do STJ nesse sentido, no qual até mesmo permite a inversão do ônus da prova em grau recursal, considerando como regra de julgamento. Contudo, há nessa corrente uma afronta ao princípio do contraditório, o que configura cerceamento de defesa, vez que desconsidera a fase instrutória e não dá oportunidade para que a parte realize a produção da

prova.

Grande parte da doutrina acredita que a inversão do ônus probatório ocorrerá na fase de saneamento do processo, isto é, antes da instrução processual. Assim, cabe ao juiz, de acordo com Alexandre Freitas Câmara (2003), organizar a instrução probatória, que no procedimento ordinário, ocorre na audiência preliminar (artigo 331 do CPC), quando ao determinar as provas que serão produzidas, inverterá, se for o caso, o ônus da prova. Nesse sentido o STJ também decidiu considerando que além de uma regra de julgamento, o ônus da prova é, ainda, uma regra de conduta.

Há ainda quem entende que a inversão deve ocorrer já no momento inicial da demanda, antes mesmo da citação do réu, o que não pode prosperar por ofender princípios basilares do processo, bem como por se tratar de uma fase ainda prematura da demanda.

Salienta-se, por fim, que em 29 de fevereiro de 2012 a Segunda Seção do STJ ao decidir acerca do recurso especial n. 422.778/SP, concluiu que a inversão do ônus da prova deve ocorrer antes da prolação da sentença, confirmando inúmeros outros julgados a respeito desse assunto. Assim, entendeu a Segunda Seção do STJ que a inversão deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, que seja assegurado à parte a produção de novas provas por aquele a quem se incumbiu esse ônus, após a instrução do feito. Dessa forma, buscou-se respeitar os princípios constitucionais processuais do contraditório e da ampla defesa.

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE INSTRUÇÃO.

A Seção, por maioria, decidiu que a inversão do ônus da prova de que trata o art. 6º, VIII, do CDC é regra de instrução, devendo a decisão judicial que determiná-la ser proferida preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurar à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo a reabertura de oportunidade para manifestar-se nos autos.

(EREsp 422.778-SP, Rel. originário Min. João Otávio de Noronha, Rel. para o acórdão Min. Maria Isabel Gallotti (art. 52, IV, b, do RISTJ), julgados em 29/2/2012.)

Diante do exposto, para a maior parte da doutrina e de acordo com os julgados do STJ sobre o assunto, o juiz no momento de saneamento do processo deve se manifestar sobre eventual possibilidade de inversão do ônus probatório, quando configurado os requisitos da verossimilhança da alegação ou hipossuficiência técnica do consumidor, para que o réu não seja surpreendido com esse fato quando já finalizada a instrução. Trata-se da necessidade de se sinalizar a possibilidade de inversão, pois pode ser que a mesma nem seja utilizada, caso a fase instrutória seja suficiente para a formação do convencimento do magistrado.

6 ANÁLISE COMPARATIVA: INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR E NO DIREITO DO TRABALHO

Conforme analisado anteriormente, o Direito do Consumidor e do Trabalho se relacionam no que se refere à finalidade e objetivo, vez que visam proteger uma das partes presentes nas relações de consumo e trabalhista. Por isso, necessário se faz a análise da distribuição do ônus da prova no Direito do Trabalho para complementar o presente estudo. Assim, ressalta-se a importância do estudo frente as formas de manifestação da inversão do ônus da prova nos diversos âmbitos do Direito Coletivo, tendo em vista que se comparado com o Direito Comum há sérias distinções a começar pela teoria adotada para a distribuição do ônus probatório.

Na CLT essa questão está disciplinada no artigo 818, “a prova das alegações incumbe à parte que as fizer” (BRASIL, 1943). Contudo, tendo em vista a simplicidade da regra, a doutrina majoritária considera sua aplicação, de forma subsidiária, com o artigo 333 do CPC, no que se refere aos incisos I e II. Dessa forma, cabe ao reclamante provar os fatos constitutivos de seu direito, sendo estes aqueles que constituem a pretensão e, caberá a reclamada demonstrar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito.

A súmula 6, inciso VIII, do TST afirma que “é do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial”. Ainda no que diz respeito ao ônus probatório importante se faz ressaltar as súmulas do TST sobre o assunto:

Súm. 16 do TST - Presume-se recebida a notificação 48 (quarenta e oito) horas depois de sua *postagem*. O seu não-recebimento ou a entrega após o decurso desse prazo constitui ônus de prova do destinatário;

Súm. 212 do TST - O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

Súm. 254 do TST - O termo inicial do direito ao salário-família coincide com a prova da filiação. Se feita em juízo, corresponde à data de ajuizamento do pedido, salvo se comprovado que anteriormente o empregador se recusara a receber a respectiva certidão.

Súm. 338 do TST - I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula nº 338 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex-OJ nº 234 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir. (ex-OJ nº 306 da SBDI-1- DJ 11.08.2003)

Além dessas regras específicas relacionadas à distribuição do ônus da prova, a doutrina e jurisprudência tem admitido a inversão desse ônus. Nesse sentido, há a possibilidade de transferir a produção da prova que, inicialmente era do empregado, para o empregador. Com isso, visa-se a proteção daquele que é considerado hipossuficiente na relação trabalhista. Isso porque, diante da simplicidade da norma prevista na CLT e, mesmo considerando a norma subsidiária do CPC, ainda não é suficiente para o fim que se tem o Direito do Trabalho.

Passou-se, então, a utilizar o princípio da aptidão da prova, retirado da teoria da distribuição dinâmica da prova, pois a partir dele o ônus probatório passa a ser daquele que possui condições de cumpri-lo. Considerando que o CDC consagrou o sistema processual de inversão do ônus da prova, de acordo com o artigo 6º, inciso VIII, grande parte dos doutrinadores trabalhistas passaram a defender que: “poderá o magistrado, considerando a hipossuficiência do empregado, determinar, caso não existam outras provas nos autos suficientes à formação do convencimento acerca dos fatos alegados pelas partes, a inversão do ônus da prova” (SARAIVA; MANFREDINE, 2013, p. 330).

Assim, por mais que segundo os artigos 8º e 769 da CLT no que se refere às normas que, de forma subsidiária, completam o Direito do Trabalho, não inclui o Código de Defesa do Consumidor, deve-se considerar que este possui características basilares semelhantes ao Direito do Trabalho. Superada esta questão, conclui-se que, tanto o direito do trabalho como o do consumidor possui como base a hipossuficiência de uma das partes, bem como não há na legislação trabalhista dispositivo que determine a vedação da inversão do ônus probatório.

Diante do exposto, a doutrina e jurisprudência atualmente considera perfeitamente aplicável a norma prevista no artigo 6º, inciso VIII, do CDC no Direito do Trabalho de forma análoga, considerando a semelhança das áreas no que concerne à sua finalidade. Mas, para a doutrina trabalhista a inversão do ônus probatório não é uma regra de julgamento, devendo sempre ser comunicada previamente pelo juiz às partes, quando este verificar a presença de um dos requisitos previstos na norma consumerista.

Nesse sentido, resume Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho:

Concluído o presente estudo, é possível apontar as seguintes constatações:

1) A produção probatória adquire especial relevância no processo do trabalho, sendo o ônus de sua distribuição disciplinado no artigo 818 da CLT, que, por sua simplicidade e pouca técnica, deve ser aplicado concomitantemente com o artigo

333, do CPC;

2) A inversão do ônus da prova é possível no processo do trabalho por aplicação subsidiária do artigo 6º, VIII do CDC, desde que concomitantemente presentes os elementos da verossimilhança das alegações e da hipossuficiência da parte, e os meios de prova necessários estejam na posse do empregador;

3) A inversão do ônus da prova deve ser sempre uma decisão interlocutória, jamais um critério de julgamento. (FILHO, 2007)

Portanto, ressalta-se a importância do estudo da distribuição do ônus da prova de acordo com o que preceitua o CDC, vez que essa teoria vem ganhando força no sistema processual brasileiro e, uma prova disso está na sua consolidação no Direito do Trabalho em diversos julgados do TST.

De maneira tímida, essa teoria também surge no direito comum em questões onde se discute a responsabilidade do profissional liberal médico ou em demandas do Direito Ambiental. Nesse sentido, é a jurisprudência do STJ:

ACP. DANO AMBIENTAL. ÔNUS. PROVA.

Trata-se da inversão do ônus probatório em ação civil pública (ACP) que objetiva a reparação de dano ambiental. A Turma entendeu que, nas ações civis ambientais, o caráter público e coletivo do bem jurídico tutelado e não eventual hipossuficiência do autor da demanda em relação ao réu conduz à conclusão de que alguns direitos do consumidor também devem ser estendidos ao autor daquelas ações, pois essas buscam resguardar (e muitas vezes reparar) o patrimônio público coletivo consubstanciado no meio ambiente. A essas regras, soma-se o princípio da precaução. Esse preceitua que o meio ambiente deve ter em seu favor o benefício da dúvida no caso de incerteza (por falta de provas cientificamente relevantes) sobre o nexo causal entre determinada atividade e um efeito ambiental nocivo. Assim, ao interpretar o art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei n. 7.347/1985, conjugado com o princípio da precaução, justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente lesiva o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento. Precedente citado : REsp 1.049.822-RS, DJe 18/5/2009. REsp 972.902-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 25/8/2009.

Isso porque, tem se tornado mais difícil uma demanda onde as partes possuem igualdade de condições. Logo, diante do princípio da isonomia, quando isso não ocorre deve, os operadores do direito, buscarem formas de equilibrar as condições das partes no conflito. A inversão do ônus da prova é uma dessas formas, pensadas no âmbito do Direito do Consumidor, mas aplicável em qualquer situação análoga, como ocorre no Direito do Trabalho nos dias de hoje.

7 CONCLUSÃO

Constatou-se, pela presente pesquisa, que a inversão do ônus probatório no que se refere às relações de consumo possibilitou o equilíbrio da relação processual entre fornecedor

e consumidor. Isso porque, na maioria dos casos, o fornecedor possui maiores e melhores condições técnicas para a produção de provas.

Assim, verificou-se a importância da previsão do artigo 6º, inciso VIII, do CDC, no âmbito geral do Direito, por ser esse dispositivo é o maior exemplo de aplicação legal da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Dessa forma, os demais ramos do Direito utilizam o referido artigo quando, por uma interpretação analógica, é necessária, para o melhor desenvolvimento processual, a inversão do ônus da prova, o que ocorre com o Direito do Trabalho.

Por isso, diante da ausência de estabelecimento legal expresso acerca do momento de aplicação da inversão do ônus da prova, constatou-se a necessidade de se determinar o momento adequado, considerando os princípios basilares do processo constitucional. Logo, deve ser respeitado o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório ao se inverter o encargo de produção de prova, pois o objetivo é igualar uma relação que já é desigual e, não, torná-la mais desigual.

Portanto, a partir das correntes analisadas sobre o tema, percebe-se que não cabe a ideia de que a inversão do ônus da prova seja uma regra de julgamento, vez que é nítido a ofensa aos princípios constitucionais basilares do processo, o que causaria cerceamento de defesa e, conseqüentemente, tornaria a relação processual das partes mais desigual. Entretanto, também não pode prosperar a ideia de se inverter o ônus probatório no início da demanda, pois além de prematura a decisão, ainda não é o momento oportuno para se verificar se há necessidade de se inverter ou não o encargo da produção de provas.

A posição mais acertada, então, é aquela defendida pelo Direito do Trabalho, trata-se de uma regra de instrução, que até pode ser utilizada em julgamento se obedecido alguns requisitos. Dessa forma, constatou-se que a inversão judicial do ônus da prova deve ocorrer, de preferência, com o despacho saneador, para ser utilizado, se for o caso, durante a fase de instrução. Contudo, se sua necessidade apenas ocorrer após a fase instrutória é possível que se inverta ônus probatório em julgamento, mas para isso deve o magistrado abrir prazo para o contraditório, sob pena de cercear a defesa da parte.

Ademais, verificou-se com o presente trabalho que a inversão do ônus da prova, previsto no artigo 6º, inciso VIII, do CDC, não é uma regra ou um direito do consumidor, mas também não se trata de ato discricionário do juiz. Na verdade, cuida-se de uma forma de se buscar equilíbrio na relação processual e, com o objetivo de facilitar a produção de provas, tão importante para se chegar a verdade real. Além disso, cabe ao juiz, se constatado a verossimilhança do alegado pelo consumidor ou sua hipossuficiência técnica, inverter o ônus

da prova.

Assim, na tentativa de tornar menos discricionária possível essa decisão faz-se necessário que o magistrado, diante de uma relação de consumo, busque as regras do CDC, como legislação especial, para, se necessário for, utilizar das regras do CPC. Isso porque, quanto ao ônus da prova, percebe-se que há um maior uso da norma geral do artigo 333 do CPC nos julgados relacionados ao consumidor sem analisar se este realmente é capaz de produzir as provas necessárias.

Por isso, o presente trabalho além de buscar o momento adequado para a aplicação da inversão do ônus da prova no âmbito do Direito do Consumidor, tem por objetivo mostrar a necessidade de aplicá-lo em detrimento ao disposto no CPC. Reconheceu-se, então, que cabe ao juiz inverter ônus da prova previsto no artigo 6º, inciso VIII, do CDC, independente de requerimento das partes, se configurado um dos requisitos disposto no referido artigo, durante a fase de saneamento e instrução processual. Ressalta-se ainda que, é possível que a inversão se dê em julgamento, como exceção, com o devido prazo para contraditório.

Outrossim, é dever do juiz quando diante de um litígio consumerista analisar as condições técnicas das partes, bem como a verossimilhança das alegações do consumidor para já sinalizar a ocorrência da inversão do ônus da prova. Assim, apenas após essa análise e, em último caso, é que deve o juiz usar da regra geral de ônus probatório do artigo 333, do CPC.

Abstract

This paper seeks to analyse the consumer protection law, in order to study the distribution of the burden of proof in cases related to a consumer relation. Thus, the production of evidence in the Brazilian Civil Procedure Code was examined, considering the distribution theory adopted by such Code as a rule in the Brazilian legal system, making then a comparison between the theory of static distribution of the burden of proof and the theory of dynamic distribution, adopted by the Code of Consumer Protection. Furthermore, this paper makes a parallel between the Consumer Law, object of the study, with the Labor Law even with regard to the use of reverse burden of proof. Therefore, from this analysis the appropriate moment for the application of reverse burden of proof is questioned, since there is no regulation expressed about it, which led to doctrinal differences on the topic. It is noteworthy in this

study the importance of the rule read in Article 6, section VIII of the Code of Consumer Protection, as legal expression of the theory of dynamic distribution of the proof, which should be extended to all Brazilian law, in respect to the constitutional principle of equality. Thereby, it is concluded that it is important to adopt the theory of dynamic distribution of the burden of proof, respecting the constitutional principles of the procedure and it is also necessary to control the discretion of the judge with respect to the application or not of rule of the reverse burden of proof.

Keywords: Burden of proof. Judicial reversal. Consumer relation. Code of Consumer Protection. Constitutional principles of the procedure. Production of evidence. Dynamic distribution of the burden. Moment of application.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, André Luiz Paes de. **CLT e Súmulas do TST Comentadas**. 10^a ed. São Paulo: Rideel, 2013, p. 284.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coord.). **Aspectos atuais do direito probatório**. São Paulo: Método, 2009.
- AZEVEDO, Fernando Costa de. Uma introdução ao direito brasileiro do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, a. 2009, n. 69. p. 34.
- BARATA, Pedro Paulo Barradas; PASCHOAL, Maximilian Fierro. **Inversão do ônus da prova nas relações de consumo**: fortalecimento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, anexo ao BI 2194. Disponível em: <<http://www.pinheironeto.com.br/publicacao/3679>>. Acesso em 26 de outubro de 2013.
- BRASIL. **Código Civil Brasileiro (2002)**. 15^a ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. (Série Vade Mecum)
- BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor (1990)**. 15^a ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. (Série Vade Mecum)
- BRASIL. **Código de Processo Civil (1973)**. 15^a ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. (Série Vade Mecum)
- BRASIL. **Consolidação das Leis Trabalhistas (1943)**. 15^a ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. (Série Vade Mecum)
- BRASIL. **Constituição da República (1988)**. 15^a ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

(Série Vade Mecum)

BRASIL. **Orientações Jurisprudenciais da SDI-1 do Superior Tribunal do Trabalho**. 15^a ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. (Série Vade Mecum)

BRASIL. **Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho**. 15^a ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. (Série Vade Mecum)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EResp 422.778-SP**. Rel. originário Min. João Otávio de Noronha, Rel. para o acórdão Min. Maria Isabel Gallotti (art. 52, IV, b, do RISTJ), julgados em 29/2/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 972.902-RS**, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 25/8/2009.

CALDEIRA, Mirella D'Angelo. **Inversão do ônus da prova**. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20080731150109.pdf>. Acesso em 26 de outubro de 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Tutela jurisdicional dos consumidores. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JUNIOR, Fredie (Coords.). **Procedimentos Especiais Cíveis**: legislação extravagante. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1093.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11^a ed. São Paulo: LTr, 2012.

DINIZ, Janaina Cristine Pinto. A iniciativa probatória do juiz e a rejeição liminar da prova no Estado Democrático de Direito. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Coord.). **Direito Processual**. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2011.

FILHO, Jorge Cavalcanti Boucinhas. **A inversão do ônus da prova no processo do trabalho**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/10176/a-inversao-do-onus-da-prova-no-processo-do-trabalho>. Acesso em: 27 de outubro de 2013.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de direito do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LACERDA, Edmundo Vieira de. **Judicialização dos Direitos do Consumidor**: a Expressão dos Direitos Humanos? Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_24573798_JUDICIALIZACAO_DOS_DIREITOS_DO_CONSUMIDOR_A_EXPRESSAO_DOS_DIREITOS_HUMANOS.aspx>. Acesso em: 15 de setembro de 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. 9 ed. São Paulo: Forense, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. A prova na teoria do processo contemporânea. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho (Coord.). **Temas atuais de direito processual civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MAGALHÃES, Leonardo Santos. A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Coords.). **Direito processual**. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2011.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIM, Antônio Hernan; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 187-191.

MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues>>. Acesso em: 06 de novembro 2013.

NETO, Antônio Prudente de Almeida. **História e evolução do Direito do Consumidor**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17500/historia-e-evolucao-do-direito-do-consumidor#ixzz2eyro2Oq1>>. Acesso em: 15 de setembro de 2013.

NOVAES, Humberto Pollyceno. **Diferenças essenciais entre responsabilidade civil e responsabilidade civil consumerista**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11318>. Acesso em 29 de setembro de 2013.

PEDRON, Flávio Quinaud; CAFFARATE, Viviane Machado. **Da Evolução Histórica do Direito do Consumidor**. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Publicacoes/Publicacoes_Discente/DA%20EVOLU%207%20C3O%20HIST%20D3RICA%20DO%20DIREITO%20DO%20CONSUMIDOR.htm>. Acesso em: 15 de setembro de 2013.

POLI, Leonardo Macedo. **Principiologia da Relação Jurídica de Consumo**. Disponível em: <http://ead10.virtual.pucminas.br/moodle/pluginfile.php/56423/mod_resource/content/1/Apostila_temas_direito_do_consumidor_poli_unidade_01.pdf>. Acesso em 29 de setembro de 2013;

POLI, Leonardo Macedo. **Evolução histórica da proteção do Consumidor**. Vídeo PUCVIRTUAL. Disponível em: <http://ead13.virtual.pucminas.br:8080/conteudo/material_pr/graduacao/presencial/0_2/01/>. Acesso em 26 de outubro de 2013.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**, 2º volume. 23ª ed. ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário Jurídico Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARAIVA, Renato; MANFREDINI, Aryanna. **Curso de direito processual do trabalho**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2013.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 6 ed. ver e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2012.

VIEIRA, Fernando Borges. **O Direito do Consumidor no Brasil e sua breve história**.

Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI163956,21048O+Direito+do+Consumidor+no+Brasil+e+sua+breve+historia>>. 2012. Acesso em: 15 de setembro de 2013.