



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Distribuição do Ônus Probatório nas Demandas Consumeristas à Luz das Normas
Constitucionais de Proteção do Consumidor

Marcelo Carrada Torres

Rio de Janeiro
2011

MARCELO CARRADA TORRES

A Distribuição do Ônus Probatório nas Demandas Consumeristas à Luz das Normas
Constitucionais de Proteção do Consumidor

Artigo Científico apresentado como exigência de
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Orientadores: Prof. Nelson Tavares
Prof^ª Mônica Areal
Prof^ª Neli Fetzner
Prof. Guilherme Sandoval
Prof. Rafael Iorio

Rio de Janeiro
2011

A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO NAS DEMANDAS CONSUMERISTAS À LUZ DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

Marcelo Carrada Torres

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO). Advogado.

Resumo: A diversidade de modos de aplicação das regras de distribuição do ônus probatório nas demandas consumeristas evidencia verdadeira ameaça à segurança jurídica e violações das normas constitucionais de proteção ao consumidor. A falta de padronização quando da avaliação sobre qual parte carrega o ônus de provar suas alegações, decorre, em análise mais detida, da ausência, no raciocínio de alguns julgadores, do prisma constitucional das normas de proteção ao consumidor. Este trabalho tem por escopo determinar, utilizando da fonte normativa constitucional, como a distribuição do ônus probatório deve ser feita, a fim de efetivamente garantir a defesa do consumidor.

Palavras-chaves: Relação de Consumo. Distribuição. Dinâmica. Ônus. Prova. Inversão. Defesa. Consumidor. Normas Constitucionais. Proteção. Hipossuficiência.

Sumário: Introdução. 1. Regras de Distribuição do Ônus Probatório no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor. 2. Normas Constitucionais Referentes à Proteção do Consumidor. 3. A Aplicação da Regra de Inversão do Ônus Probatório. 4. A Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda a temática da distribuição do ônus probatório nas demandas consumeristas, especificamente do caráter subjetivo da sua aplicação, feita pelo magistrado quando do julgamento do caso concreto.

Nos processos judiciais que envolvem relação de consumo, essa distribuição deve sofrer influência e se amoldar à norma constitucional que garante a proteção dos consumidores. Entretanto, a prática evidencia a multiplicidade de meios de aplicação das regras de distribuição do ônus probatório, nem sempre com respeito ao prisma constitucional e, por vezes, exigindo demasiada produção probatória dos consumidores, hipossuficientes.

Por isso, busca-se identificar o procedimento constitucionalmente guiado de distribuição do ônus probatório. A sugestão é uniformizar, objetivar a aplicação desses procedimentos, inclusive com prestígio a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, que criará um ambiente de efetiva proteção ao consumidor e segurança jurídica.

O estudo, que seguirá a metodologia do tipo bibliográfica e analítica jurisprudencial, se iniciará pela teoria geral da prova e a sistemática da distribuição do ônus probatório no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor, passará, posteriormente, à análise das normas constitucionais de proteção ao consumidor (art. 5º, XXXII e 170, V da CRFB) e sua influência na distribuição do ônus probatório. Ao longo do artigo, analisar-se-á, ainda, a aplicabilidade do instituto da inversão do ônus probatório e os temas polêmicos acerca desse instituto: a inversão *ope legis*, imposta pela lei, e a *ope judicis*, que orbita na esfera de discricionariedade do juiz. Ainda, será abordada a divergência sobre o momento de aplicação da regra de inversão, e as implicações decorrentes da aplicação nos diferentes momentos.

Por fim, a partir das conclusões extraídas no decorrer da obra, identificar-se-ão os procedimentos constitucionalmente adequados na distribuição do ônus probatório nas demandas que envolvem relação de consumo, e o entrelaçamento das conclusões desta obra com as conclusões extraídas do acolhimento da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

1. REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O vocábulo "prova" vem do latim *proba*, deriva de *probare*, que significa o ato de demonstrar, reconhecer.

O art. 332¹, que inaugura o capítulo das provas no Código de Processo Civil, dispõe que a atividade probatória das partes dirige-se a estabelecer a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou defesa. Assim, extrai-se a primeira premissa do estudo das provas, de que apenas os fatos são objeto de prova. Essa é a regra geral.

Não obstante haver exceção, no art. 337 do Código de Processo Civil, em que o direito é objeto de prova, tendo em vista o escopo desta obra, a análise ficará detida aos fatos como objeto da prova.

Na definição de Alexandre Freitas Câmara², prova será todo o elemento que contribui para a formação da convicção do juiz a respeito da existência ou ocorrência de determinado fato.

O objeto da prova são os fatos controvertidos e relevantes para o desfecho da lide, havendo dispensa legal para os demais fatos. Conforme prevê o art. 334³ do Código de Processo Civil, fatos notórios, afirmados por uma parte e confessados pela outra, os incontroversos e aqueles com presunção legal de veracidade (como efeito da revelia) não dependem de prova.

¹ BRASIL. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 12 set. 2011.

² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. I. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 397.

³ BRASIL. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 12 set. 2011.

No processo de conhecimento, para que o juiz possa formar seu convencimento e decidir o objeto do processo, é necessário que sejam produzidas provas dos fatos alegados pelos litigantes, porque é a partir delas que o juiz formará seu juízo de valor acerca dos fatos da causa.

A mera alegação de fatos, feita pelas partes, não é suficiente (*allegatio et non probatio quasi non allegatio*), sendo necessária a produção probatória, que tem como finalidade demonstrar que tais fatos são verdadeiros.

Sendo assim, conclui-se que o estudo da prova se situa na esfera do direito processual, em que pese ter por finalidade a reconstituição ou demonstração de fatos diretamente ligados ao direito material. De igual modo, os procedimentos de instrução também fazem parte do direito processual.

Ao assumir que o direito ao processo encontra respaldo constitucional, sendo corolário lógico dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, assume-se também que o direito à prova, além de ter natureza processual, repousa no ordenamento constitucional. Para Bacelar Filho⁴, o direito de defesa liga-se ao sistema probatório, compreendendo o direito das partes à prova. Enquanto o contraditório informa a participação na administração e produção da prova, a ampla defesa informa os meios de prova cabíveis no processo.

A produção probatória é tão importante para a efetivação do direito material e a consecução do objetivo de pacificação de conflitos do processo judicial que as normas e regras que tratam, direta ou indiretamente, desse tema ocupam quase a totalidade dos procedimentos nos diversos códigos processuais pátrios.

⁴ BACELAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 280.

No processo civil brasileiro, o ônus de provar está regulado no art. 333⁵ do Código de Processo Civil. O princípio clássico advindo do Direito Romano foi acolhido pelo nosso Código de Processo, como expõe Tânia Lis Tizzoni Nogueira⁶, o ônus da prova incumbe a quem alega e, nesta linha de raciocínio, ao autor incumbe provar os fatos alegados na inicial (constitutivos de seu direito), e ao réu caberá provar os fatos alegados em sua defesa, podendo fazer contraprova e a prova da exceção (fatos impeditivos, extintivos ou modificativos que obstem efeito ao fato alegado pelo autor).

Nessa esteira, é importante identificar e conceituar cada um desses fatos. Fato constitutivo é aquele de onde se originou a relação jurídica posta em juízo, como, por exemplo, numa execução de título de crédito, o próprio título de crédito é o fato constitutivo.

Contraprova é a prova da inexistência do fato constitutivo alegado pelo autor. Portanto, é a prova produzida pelo réu no sentido de demonstrar a inexistência ou a falsidade dos fatos alegados pelo autor.

Fato impeditivo, na doutrina de Alexandre Câmara⁷, é um fato de conteúdo negativo, em que há ausência de algum dos requisitos genéricos de validade do ato jurídico (agente capaz, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei).

Fato modificativo, por sua vez, é aquele que altera as condições iniciais da relação jurídica, como, por exemplo, o pagamento parcial de uma dívida que está sendo cobrada por inteiro.

Por fim, fato extintivo é aquele que faz cessar uma relação jurídica, como, por exemplo, o pagamento integral de dívida que está sendo alvo de demanda judicial de cobrança.

⁵ BRASIL. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 12 set. 2011.

⁶ NOGUEIRA, Tânia Lis Tizzoni. *Direitos Básicos do Consumidor*: a facilitação da defesa dos consumidores e a inversão do ônus da prova. v. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 55.

⁷ CÂMARA, *op. cit.*, p. 399.

A inobservância dessas regras não conduz à sucumbência automática da demanda, mas atrai conseqüências desfavoráveis àquele que não as observou. Como ensina Luiz Eduardo Boaventura Pacífico⁸, no ônus, o sujeito encontra-se livre para realizar ou não o ato contemplado pela norma, não obstante sua inobservância possa ensejar conseqüências desfavoráveis. Por outro lado, na obrigação, inexistente essa liberdade de agir, encontrando-se o sujeito passivo em estado de sujeição jurídica e de coerção; o titular do direito subjetivo pode exigir seu cumprimento, sob pena de aplicação de sanção jurídica.

A parte que, na análise do magistrado, não se desincumbe do ônus que lhe compete, acaba por gerar uma presunção de fragilidade dos próprios argumentos, o que, em consequência, deixará a parte contrária em situação favorável. Neste cenário, o magistrado, aplicando as regras de distribuição do ônus probatório emanadas do art. 333 do Código de Processo Civil, traduz o conjunto probatório do processo em fundamentação, motivação das decisões proferidas.

Quanto à natureza das regras de distribuição do ônus, a doutrina divide-se. Há entendimento⁹ no sentido de que seriam regras de procedimento, destinadas às partes, postas para determinar como elas devem proceder na produção das provas que lhes competem.

Contudo, majoritariamente¹⁰ entende-se que seriam regras de julgamento, dirigidas ao juiz, que as utilizará no momento da decisão, onerando a parte a quem caberia a prova do fato e não a fez de maneira satisfatória. Não à toa que essa é a corrente majoritária. Ao utilizar a palavra ônus, com o conceito já aqui explicado, o legislador parece ter optado por criar uma regra de julgamento, em que a parte não está obrigada a produzir a prova, mas não o fazendo, atrai a presunção de fragilidade dos próprios argumentos.

⁸ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: RT, 2000, p. 50.

⁹ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de direito do Consumidor*. 4. ed.. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 784-785.

¹⁰ CÂMARA, *op. cit.*, p. 404-405.

Ademais, o sistema de valoração da prova adotado pelo ordenamento nacional, o chamado livre convencimento motivado do juiz, também é um indicativo de que as regras de distribuição do ônus probatório são regras de julgamento. Isto porque, este sistema prescreve que, após a produção probatória, em que as partes têm a faculdade de produzir as provas que entendem necessárias, o juiz fará seu juízo de valor sobre esses elementos probatórios e decidirá.

Essa decisão, em respeito a princípios constitucionais outros, como o contido no artigo 93, inciso IX¹¹, da Constituição da República Federativa do Brasil, deverá ser fundamentada, cumprindo ao juiz indicar claramente os elementos de prova que o levaram a decisão, de tal modo que essa guarde coerência lógica com as provas dos autos.

A regra geral de distribuição do ônus probatório, prevista no artigo 333 do Código de Processo Civil, funciona bem em relações jurídicas que envolvem partes iguais. Entretanto, é cediço que nem todas as relações jurídicas têm nos pólos partes em igualdade de condições.

As relações consumeristas, por exemplo, ostentam um desequilíbrio que torna a norma processual civil insuficiente. Neste tipo especial de relação jurídica, em que o consumidor é vulnerável, a aplicação da regra estática do artigo 333 do Código de Processo Civil poderá implicar na violação de normas e direitos constitucionais de proteção ao consumidor.

Por isso, a doutrina especializada (consumerista) sedimentou entendimento de que a Lei n. 8.078/90 (CDC) constitui um subsistema, ou seja, goza de autonomia. Nos dizeres de Rizzato¹², o Código de Defesa do Consumidor (CDC) constitui-se em um sistema autônomo e próprio, sendo fonte primária (dentro do sistema da Constituição) para o intérprete.

¹¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 12 set. 2011.

¹² NUNES, *op. cit.*, p. 779

Dessa forma, no tocante à produção de provas nas lides consumeristas, as regras do CDC são aplicadas primariamente, complementando-se, a seguir, com as regras do Código de Processo Civil (art. 332 a 443).

Cumpra esclarecer que a doutrina¹³ enxerga no CDC um subsistema, e não mero microsistema, porque decorrente do sistema constitucional. O legislador constituinte, ao inserir, topograficamente, a defesa do consumidor nos direitos e garantias individuais (art. 5º, XXXII¹⁴, da Constituição da República Federativa do Brasil), fez com que o CDC pertença indubitavelmente ao sistema constitucional. Portanto, a Lei n. 8.078/90 (CDC) é subsistema do sistema constitucional.

Neste sentido, a produção de provas nas lides que envolvem relação de consumo passa, necessariamente, pela principiologia da Lei n. 8.078/90 (CDC), que pressupõe, entre outros princípios e normas, a vulnerabilidade do consumidor, sua hipossuficiência, enfim, todas as decorrências do princípio constitucional de proteção do consumidor.

2. NORMAS CONSTITUCIONAIS REFERENTES À PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

A Constituição (CRFB/88), ao cuidar dos Direitos e Garantias Fundamentais, estabelece, no inciso XXXII, do artigo 5º, que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor". É fundamental lembrar a importância de tal preceito, já que, ao tratá-lo no artigo 5º, o constituinte originário blindou-o com o *status* de cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV¹⁵, da CRFB/88).

¹³ ZOLANDECK, João Carlos Adalberto. *Ônus da Prova: No Direito Processual Constitucional Civil e no Direito do Consumidor*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 135.

¹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 12 set. 2011.

¹⁵ Ibid.

No capítulo da Ordem Econômica, da Constituição, a defesa do consumidor é apresentada como princípio de observância obrigatória para asseguarção de existência digna e motivo justificador da intervenção do Estado na economia, conforme se apura do artigo 170, inciso V¹⁶.

Esses dispositivos constitucionais que prevêm a defesa do consumidor, dentro da interpretação sistemática da Constituição da República, revelam verdadeira interconexão com a dignidade da pessoa humana, direito fundamental de gigantesca dimensão, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição¹⁷.

Como se não fosse suficiente, o legislador maior, no artigo 48¹⁸ do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), determinou que o "Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará Código de Defesa do Consumidor". Nessa esteira, nasceu a Lei n. 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor.

Em razão dessa origem inegavelmente constitucional e, acima de tudo, pelo prestígio dado pelo Legislador constituinte, está evidente que o CDC tem vida própria, dentro do sistema constitucional, como subsistema autônomo. Os elementos vitais que embasam a Lei n. 8.078/90 possuem influência direta e buscam fundamento em diversos princípios constitucionais, como, por exemplo, os já citados da dignidade e da defesa do consumidor.

Além disso, como observado por Rizzatto Nunes¹⁹, o CDC é uma lei principiológica, que ingressa no sistema jurídico fazendo um corte horizontal, atingindo toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo e que também esteja regada por outra norma jurídica infraconstitucional.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ BRASIL. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 12 set. 2011.

¹⁹ NUNES, *op. cit.*, p. 66.

Sendo assim, ainda conforme a excelente análise de Rizzatto Nunes, representante da vanguarda no tema consumerista, o CDC torna explícitos os comandos constitucionais, dentre os quais, especialmente, os Direitos e Garantias Fundamentais da República.

A origem e o fundamento constitucional da Lei n. 8.078/90 revelam sua similitude e influência do movimento de "constitucionalização do direito civil", pioneiro no reconhecimento da incidência mais sólida dos valores e princípios constitucionais no direito infraconstitucional.

Conforme explanado, de forma pioneira, pelo mestre Gustavo Tepedino²⁰, o movimento de constitucionalização introduz uma nova postura metodológica, a partir da qual a interpretação e a influência da legislação infraconstitucional passa pelos valores e princípios constitucionais. É a Constituição da República como raiz, filtro interpretativo para todo o sistema jurídico.

Nesse sentido, os mesmos valores e princípios que, no âmbito do direito privado, deram origem ao princípio da boa-fé incidem também no CDC. Não por outra razão que a Lei n. 8.078/90, em seu art. 4º, inciso III, faz menção expressa à boa-fé.

Esse complexo de valores e princípios constitucionais justificam a gama de garantias previstas na lei consumerista e auxiliam na interpretação do operador do direito. Dentro de uma interpretação "constitucionalizada", diversas situações de relações de consumo excluem, *prima facie*, soluções interpretativas contrárias aos direitos e garantias fundamentais.

3. A APLICAÇÃO DA REGRA DE INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

²⁰ TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil e o direito civil-constitucional. In: *Temas de direito civil*. tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 377.

A inversão do ônus da prova não significa o rompimento do princípio da isonomia entre as partes; pelo contrário, ela tem como objetivo buscar uma isonomia dentro do processo.

Nesse sentido, o primeiro passo para alcançar a isonomia foi o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, uma vez que este sempre esteve em desvantagem perante o fornecedor.

Na lição de Roberto Senise Lisboa²¹, a vulnerabilidade do consumidor decorre do princípio constitucional da isonomia, partindo-se da idéia segundo a qual os desiguais devem ser tratados desigualmente, na proporção de suas desigualdades, a fim de que se obtenha a igualdade desejada.

Em razão da sujeição às práticas de fornecimento de produtos e serviços no mercado de consumo, muitas vezes abusivas, é que a norma prevista no art. 4º, inciso I²², do CDC, passa a considerar o consumidor como a parte vulnerável em uma relação consumerista.

De fato, no âmbito da tutela especial do consumidor, é ele a parte mais fraca, vulnerável, se tiver em conta que os detentores dos meios de produção é que detêm todo o controle do mercado, ou seja, sobre o que produzir, como produzir e para quem produzir, sem falar-se na fixação de suas margens de lucro.

Com o intuito de alcançar essa isonomia, a inversão do *onus probandi* retira dos ombros do consumidor a carga da prova referente aos fatos do seu interesse. Presumir-se-ão verdadeiros os fatos por ele alegados, cabendo ao fornecedor a prova em sentido contrário.

Cabe ressaltar que não é possível a chamada inversão prejudicial do ônus da prova, ou seja, não se pode determinar contratualmente a inversão do ônus da prova contra o consumidor. Trata-se de uma proteção contratual prevista no artigo 51, inciso VI do CDC, que

²¹ LISBOA *apud* CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Direito do Consumidor: Fundamentos Doutrinários e Visão Jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 7.

²² BRASIL. Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 12 set. 2011.

dispõe serem nulas as cláusulas que “estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor”.

A doutrina²³, inclusive, sedimentou entendimento no sentido de que as inversões do ônus da prova estabelecidas pelo CDC (art. 6º, VIII, e 38) são de “ordem pública e interesse social” (art. 1º) e, portanto, inafastáveis por acordo de vontade entre consumidor e fornecedor. Cabe ao juiz, então, ao julgar a causa, desconsiderar quaisquer cláusulas contratuais que alterem a distribuição do ônus da prova prevista nos artigos 6º, inciso VIII e 38 do CDC.

Há casos em que a lei impõe a alteração das regras ordinárias de distribuição do ônus da prova, independentemente de pronunciamento do juiz ou requerimento das partes, é a chamada inversão *ope legis*. Essa inversão é obrigatória e não está na esfera da discricionariedade do juiz, motivo pelo qual não caberá a ele se manifestar sobre ela em qualquer momento do processo.

O Código de Defesa do Consumidor prevê duas hipóteses de inversão *ope legis*: na responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto e dos serviços (art. 12, § 3º e art. 14, § 3º) e na publicidade veiculada ao consumidor (art. 38).

Dispõe o art. 12, § 3º do CDC:

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.

§ 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.

Dispõe o art. 14, § 3º:

²³ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 303

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Em ambos os casos, o que a lei inverte é a prova quanto ao defeito do produto ou dos serviços, e não a prova da própria ocorrência do acidente do consumo, ônus esse do consumidor. A doutrina²⁴ alerta para esta necessária distinção.

Sem a prova da ocorrência do fato do produto ou do serviço não há lugar para presunção do defeito. Não cabe ao fornecedor fazer prova da não-ocorrência do acidente de consumo por não lhe ser possível fazer prova de fato negativo. Isso ocorre, porque a Lei n. 8.078/90 adotou o princípio da responsabilidade civil objetiva, que tem como fundamento a teoria do risco da atividade.

De acordo com o princípio da responsabilidade civil objetiva, não é necessário verificar a conduta do agente, ou seja, se é dolosa ou culposa. Ela é irrelevante para a configuração da responsabilidade pelos danos causados ao consumidor.

Dessa forma, para que o fornecedor seja responsabilizado, basta que tenha disponibilizado no mercado produto ou serviço que tenha causado dano, e que o consumidor prove o nexo de causalidade entre o fato e o dano sofrido. A única exceção é a do profissional liberal, que só responde depois de verificada sua culpa, como previsto no artigo 14, § 4º do CDC²⁵.

Há, também, a inversão do ônus da prova do artigo 38, *caput*²⁶, prevista no Capítulo das Práticas Comerciais, que determina que o ônus da prova da veracidade e correção da informação cabe a quem as patrocina.

²⁴ CARVALHO, *op. cit.*, p. 56.

²⁵ BRASIL. Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 12 set. 2011.

²⁶ *Ibid.*

O Decreto n. 2.181, de 20/03/1997, que regulamenta o CDC, também determina a inversão, em seu artigo 13, § 3º: “O ônus da prova da veracidade (não-enganosidade) e da correção (não-abusividade) da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”. Esse tipo de inversão, como o decreto acima citado explicita, tem relação com dois aspectos da publicidade, que são a veracidade e a correção.

A doutrina consumerista²⁷ explicita que a veracidade tem a ver com a prova de adequação ao princípio da veracidade. A correção, por sua vez, abrangeria, a um só tempo, os princípios da não-abusividade, da identificação da mensagem publicitária e da transparência da fundamentação publicitária.

Por outro lado, a inversão *ope judicis* está prevista no art. 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor. *Litteris*:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

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

Esse tipo de inversão é considerado um direito básico do consumidor, mas que depende de uma determinação do magistrado. Pode ocorrer, então, de ser requerido pelo consumidor e não concedido pelo juiz de 1ª instância.

Em razão de sua natureza e das consequências que traz, pode-se afirmar que o indeferimento da inversão é um problema de mérito e não processual, logo, essa decisão pode ser revertida a qualquer tempo nas instâncias superiores em benefício do consumidor.

Sendo essa inversão *ope judicis*, não decorre de uma imposição da lei, o que significa que sua aplicação não é automática nem tampouco obrigatória em todos os processos relacionados ao direito do consumidor.

²⁷ BENJAMIN, *op. cit.*, p. 211.

A regra, então, é a geral do artigo 333, inciso I do CPC, que impõe ao autor arcar com o ônus de provar suas alegações, podendo o juiz, ao verificar presentes os requisitos da verossimilhança e hipossuficiência, inverter o ônus da prova.

Logo, não basta que seja uma relação de consumo. É necessário, ainda, haver uma análise do juiz para verificação da presença dos pressupostos legais (verossimilhança e hipossuficiência) e, somente após, determinar a inversão ou não.

A expressão “a critério do juiz”, presente no artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor refere-se ao exame que o magistrado deve fazer em relação à presença dos requisitos para a inversão e não que estaria “a seu critério” a inversão do ônus da prova.

De acordo com o Desembargador Sergio Cavalieri Filho²⁸, em seu livro *Programa de Direito do Consumidor*, “a expressão legal critério do juiz não significa arbítrio, nem discricionariedade do magistrado. Critério é aquilo que serve de base para uma tomada de posição ou apreciação.”

Há, ainda, a presença da expressão “segundo as regras ordinárias de experiência”, que gera muitas dúvidas sobre seu real significado. Para explicar o que são as regras ordinárias de experiência, Mirella D’Angelo Caldeira²⁹ utiliza os ensinamentos de Nelson Nery, que as define como um conjunto de juízos fundados sobre a observação do que pode acontecer. Podendo, formula-se em abstrato por todo aquele nível mental médio. Servem de critério e guia para a solução relativa a questão, não sendo necessário que o juiz sobre elas se pronuncie expressamente na sentença.

Com a inversão do ônus da prova, não é criado nenhum novo encargo probatório para o fornecedor. Presentes os requisitos para sua inversão, cabe ao fornecedor provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito requerido pelo consumidor.

²⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Atlas, 2008, p. 293.

²⁹ CALDEIRA, Mirella D’Angelo. Inversão do ônus da prova. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 38, p. 169, abr./jun./2001.

Isso ocorre porque, na maioria dos casos, é muito mais fácil para o fornecedor fazer provas desses fatos, tendo em vista que ele possui um domínio completo sobre o produto ou serviço que está oferecendo ao mercado.

Uma das características principais da atividade econômica é o risco. Na livre iniciativa, o empreendedor lança-se com chances iguais de sucesso ou fracasso. Suas decisões e seu comprometimento determinarão o futuro da atividade. Como observado por Rizzato Nunes³⁰, um risco mal calculado pode levar o negócio à bancarrota, mas o risco é exclusivo do empreendedor, não podendo ser diluído aos consumidores.

Ao se lançar no mercado, o empreendedor deve assumir seus riscos. Se é certo que colherá o bônus, também deverá assumir o ônus das decisões tomadas. Assim, se opta por prestar determinado serviço por meio da internet, deve assumir a obrigação de permitir ao consumidor que exerça todas as faculdades que exerceria nas formas habituais de prestação daquele serviço.

Portanto, se o serviço diferenciado pode determinar um acréscimo no seu retorno financeiro, fazendo-o lucrar, eventual vício neste serviço atrai para o fornecedor o ônus de produzir provas paralelas às usualmente produzidas nos métodos convencionais de prestação daquele mesmo serviço.

Outro ponto que merece atenção diz respeito à possibilidade da inversão do ônus da prova ser determinada *de ofício*, ou seja, sem que a parte interessada faça o pedido ao magistrado.

Na visão José Carlos Maldonado de Carvalho³¹, partindo do pressuposto que a *ratio essendi* da norma é a busca do reequilíbrio processual da relação de consumo, tem o juiz o poder-dever de intervir na instrução do processo.

³⁰ NUNES, *op. cit.*, p. 167.

³¹ CARVALHO, *op. cit.*, p. 53.

Nesse contexto, fácil entender porque a jurisprudência consolidou-se aceitando que a inversão pode ser decretada *de ofício*, sem necessitar qualquer requerimento do consumidor. Entretanto, há que se ressaltar que a decisão de decretação da inversão, assim como toda decisão judicial, deve ser fundamentada, conforme exigência do artigo 93, inciso IX³² da Constituição (CRFB/88).

4. A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, de origem no direito comparado latino-americano, prega a flexibilização das regras positivadas no Código de Processo Civil sobre a distribuição do encargo probatório, tornando-as mais flexíveis e dinâmicas a partir da análise do caso concreto.

Para Jorge W. Peyrano³³, identificado como precursor dessa teoria, não importa a posição da parte, se autora ou ré; também não interessa a espécie do fato, se constitutivo, impeditivo, modificativo, ou extintivo; o importante é que o juiz valore, no caso concreto, qual das partes dispõe das melhores condições de suportar o ônus da prova, e imponha o encargo de provar os fatos àquela que possa produzir a prova com menos inconvenientes, despesas, delongas etc.

Com efeito, se a parte a quem o juiz impôs o ônus da prova não produzir a prova ou a fizer de forma insuficiente, as regras do ônus da prova sobre ela recairão em razão de não ter cumprido com o encargo determinado judicialmente.

³² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 12 set. 2011.

³³ PEYRANO, Jorge W. Aspectos procesales de la responsabilidad profesional. In: *Lãs Responsabilidades Profesionales*. La Plata: LEP, 1992, p. 263.

Nesse sentido, extrai-se que a raiz para construção da teoria é a mudança de paradigma na hermenêutica jurídica, em que a Constituição da República passa a ser o prisma, o filtro interpretativo de toda a legislação.

Assim, à luz dos princípios da veracidade, boa-fé, lealdade e solidariedade, a teoria das cargas dinâmicas conduz ao entendimento³⁴ de que é necessário levar em conta as circunstâncias do caso concreto para atribuir-se o ônus da prova à parte que tem melhores condições de produzi-la. E o magistrado, ao verificar qualquer violação ao dever das partes de cooperação e solidariedade na apresentação das provas, deve proferir decisão contrária à parte que não se desincumbiu de seu ônus.

Trata-se, portanto, de buscar a efetividade, o alcance dos fins pretendidos com o processo, ou seja, uma prestação jurisdicional justa. Ao romper com as regras rígidas e estáticas da distribuição do ônus da prova, retira-se o peso da atividade probatória de quem se encontra em condição de desvantagem, impondo-o sobre quem tem mais possibilidades técnicas ou econômicas.

Ao dar primazia à verdade jurídica objetiva para garantir o direito de quem realmente seja o possuidor, prestigia-se o princípio da efetividade da tutela jurisdicional.

Assim, confere-se ao juiz uma maior discricionariedade para avaliar a efetiva possibilidade de produção das provas, e distribuir o ônus entre as partes a partir dessa avaliação.

Entretanto, como se observa de obras³⁵ pioneiras sobre o tema, não se pode perder de vista que a atuação do juiz tem como fundamentos e limitadores naturais os princípios da motivação, legalidade, igualdade, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, cooperação, adequação e efetividade.

³⁴ VASCONCELLOS, Marina Martins Gartz de. O artigo 333 do Código de Processo Civil e a Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. *Revista de Artigos Científicos dos Alunos da EMERJ*. Rio de Janeiro, n. 1, p. 17, 1º Semestre de 2009.

³⁵ VASCONCELLOS, *op. cit.*, p. 18.

Portanto, o magistrado deverá modificar a regra geral para ajustá-la ao caso concreto, reduzindo a desigualdade material entre as partes e, assim, evitando a derrota da parte que possui o melhor direito, mas que não possui condições de prová-lo.

Conclui-se que a norma contida no artigo 333 do Código de Processo Civil não deve ser lida isoladamente, mas sim a partir de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, tendo como pedra angular a Constituição.

A doutrina pátria se divide sobre a aplicação da teoria das cargas dinâmicas no sistema jurídico nacional, sendo certo que vários mestres, dentre os quais Didier³⁶, asseveram que a distribuição dinâmica do ônus da prova seria decorrente, em primeiro lugar, da garantia constitucional do acesso à justiça.

Com efeito, o acesso à justiça, previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal como princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, representa não só a concessão de mecanismos de acesso ao poder judiciário, mas também de meios para que o processo possa ter seu curso de forma justa e célere.

Neste sentido, interpretando-se³⁷ esta garantia com fins de obtenção de uma tutela jurisdicional justa e efetiva, não se pode admitir que regras rígidas de distribuição do ônus da prova provoquem graves injustiças no caso concreto, deixando de lado a efetividade da tutela jurisdicional pretendida. Aplicar-se-á, assim, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Ademais, a interpretação do artigo 333 do Código de Processo Civil como regra estática violaria outra garantia constitucional do processo, qual seja, o princípio da igualdade, prevista no artigo 5º, caput da Constituição Federal e artigo 125, inciso I do Código de

³⁶ DIDIER JUNIOR. *et al. Curso de direito processual civil*. Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação de sentença e coisa julgada, v.2. Salvador: Juspodium, 2007.

³⁷ 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/revista/texto/10264>>. Acesso em: 26 set. 2011.

Processo Civil. Nesse mister, a doutrina³⁸ prega a paridade de armas entre as partes no processo, promovendo-se um equilíbrio substancial entre elas, o que se fará com a atribuição do ônus da prova àquela que possua meios efetivos de satisfazê-lo.

Portanto, para garantir às partes equilíbrio processual, deve-se atribuir o encargo probatório de acordo com as efetivas e reais possibilidades de cada um, o que verdadeiramente conduzirá ao ideal de igualdade material.

Ademais, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova decorreria do princípio da solidariedade, segundo o qual é dever das partes atuar em cooperação, cumprir deveres éticos e assim possibilitar ao magistrado o alcance da verdade dos fatos.

Nessa toada, infere-se que a teoria das cargas dinâmicas buscou fundamento e foi influenciada pelos modernos princípios processuais de lealdade e boa-fé, consolidando a visão de que o ordenamento pátrio não admite que as partes ajam ou se omitam de forma ardilosa, no intuito deliberado de prejudicar a outra parte.

O dever de cooperação entre as partes, inclusive por ter se originado como dever anexo da boa-fé, tem o condão de impedir comportamentos imorais ou abusivos das partes processuais, mitigando, assim, a regra do artigo 333 do Código de Processo Civil.

Não por acaso, a doutrina³⁹, a partir da interpretação sistemática da legislação processual, precipuamente à luz dos princípios da isonomia, boa-fé processual e do acesso à justiça, vêm entendendo pela recepção da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

CONCLUSÃO

³⁸ GRECO, Leonardo. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, nº 9, 2005, p. 127.

³⁹ VASCONCELLOS, *op. cit.*, p. 21.

Pelo exposto no decorrer deste trabalho, evidenciou-se a origem e fundamento constitucional das normas protetivas do consumidor, notadamente dos artigos 5º, inciso XXXII, e 170, inciso V da CRFB/88.

Com efeito, a partir do movimento de constitucionalização do direito, a Constituição passou a ser baliza, paradigma a influenciar o restante do ordenamento jurídico. Nesse sentido, é correto dizer que essa influência perpassa tanto as normas materiais quanto as normas processuais, servindo, assim, como prisma interpretativo para todas as normas que versem direta ou tangencialmente sobre a proteção do consumidor.

Partindo dessa premissa, de que as normas constitucionais originam e influenciam todo o ordenamento jurídico, servindo a Constituição, inclusive, como prisma interpretativo da legislação infraconstitucional, infere-se que toda interpretação, aplicação de norma ou procedimento jurisdicional que for de encontro ao texto ou aos preceitos constitucionais são inconstitucionais e devem ser rechaçados.

A temática das provas, no Direito pátrio, em que pese estar positivada no Código de Processo Civil, possui, conforme exposto, natureza material, e está intimamente ligada aos limites impostos pelos valores e preceitos constitucionais.

Por outro lado, a prática, o dia-a-dia jurisdicional consolidou algumas regras que, não obstante sejam de aplicação equivocada, aparentam correção por conta da repetição e, principalmente, por expressar dispositivos legais literais.

Entretanto, por mais atraente que seja a ideia da repetição em tempos de litigância de massa, como os atuais, os valores e, acima de tudo, a Constituição impõem um olhar individualizado, detido para cada conflito existente. É a casuística como expressão do princípio da isonomia. Cada detalhe diverso deve ser considerado quando do julgamento de um caso concreto.

É nesse contexto que se situa a discussão sobre a distribuição do ônus da prova nas demandas consumeristas. As lides que envolvem relação de consumo, pela particularidade desse tipo de relação, não podem se submeter apenas às regras estáticas de distribuição do ônus probatório do Código de Processo Civil. Tanto é assim que o legislador constitucional previu expressamente a proteção do consumidor.

Ao tratar o tema da proteção do consumidor na Constituição, o legislador quis que o tratamento normativo impregnasse todos os aspectos da relação de consumo, não sendo limitado por qualquer outro preceito ou valor que não tivesse a mesma estatura, qual seja, a estatura constitucional.

Por isso, em algumas situações, como nas relações consumeristas, a norma do artigo 333 do Código de Processo Civil é insuficiente para a determinação da distribuição do ônus probatório. E também por isso, a jurisprudência pátria, em especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ), vem flexibilizando as regras de distribuição do ônus probatório, utilizando, como fundamento, a teoria da carga dinâmica do ônus da prova.

Se a lide se funda em relação especial, como o é a relação de consumo, em que evidencia-se a vulnerabilidade de uma das partes perante a outra, então, imperativa a flexibilização da norma positivada no Código de Processo Civil. São os valores e preceitos constitucionais como instrumentos de flexibilização da norma infraconstitucional.

Conforme exposto, são os princípios da dignidade, do acesso à Justiça, da isonomia, da boa-fé, da lealdade, entre outros supramencionados, mitigando a regra infraconstitucional estática da distribuição do encargo probatório.

Diante de princípios constitucionais tão importantes, argumentos pontualmente encontrados na jurisprudência, como o da falta de prova pelo consumidor do fato constitutivo do seu direito, são rebatidos, atraindo um olhar mais detido do magistrado para verificação de qual das partes possui as melhores condições de produzir provas sobre os fatos sob análise.

Quando o fornecedor de produtos ou serviços, em sua atuação no mercado, oferece produtos ou serviços diferenciados, não o faz por caridade, mas sim porque acredita terá alguma vantagem diante de seus concorrentes no mercado. Deixando de lado a inocência dos que nunca tiveram uma experiência concorrencial na vida, a verdade é que no mundo dos negócios não há caridade.

Por isso, o Estado é chamado a intervir em algumas relações. No caso das relações de consumo, essa intervenção não pode ser ingênua, porque os fornecedores não o são. Trabalhar com regras estáticas, oriundas de outras épocas, possibilita que os fornecedores driblem a incidência das normas constitucionais.

Ao invés disso, deve-se estender a aplicação da Constituição e seus preceitos, possibilitando um tratamento diferente para cada caso. Cada modalidade diferente de prestação de serviço deve requerer um tipo de prova ou uma distribuição do ônus probatório diferentes. E se o fornecedor presta aquele serviço no mercado, mas não possibilita meios de prova, em caso de conflitos, para o consumidor, então, quem arca, mesmo que seja através de distribuição desigual do ônus probatório, deverá ser o próprio fornecedor.

Eis a comezinha regra de que quem tem o bônus deve suportar o ônus. A teoria do risco do negócio transportada para dentro do processo, de modo a influenciar a distribuição do ônus probatório. Uma interpretação mais abrangente dos princípios da isonomia e equitatividade, capaz de flexibilizar a antiquada ideia de aplicação absoluta do art. 333 do Código de Processo Civil, permitindo, ainda, uma análise casuística, respeitadora das peculiaridades de cada caso concreto.

Sendo assim, na análise de cada caso levado a juízo, o magistrado deverá, casuisticamente, em virtude dos ditames constitucionais, realizar a distribuição do ônus probatório sem perder de vista as normas protetivas especiais insculpidas nos artigos 5º,

XXXII, e 170, V, da CRFB/88, bem como as demais normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

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/revista/texto/10264>>. Acesso em: 26 set. 2011.

BACELAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CALDEIRA, Mirella D'Angelo. Inversão do ônus da prova. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 38, abr./jun./2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. I. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Atlas, 2008.

DIDIER JR. et al. *Curso de direito processual civil*. Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação de sentença e coisa julgada, v.2. Salvador: Juspodium, 2007.

GRECO, Leonardo. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, nº 9, 2005.

LISBOA *apud* CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Direito do Consumidor: Fundamentos Doutrinários e Visão Jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NOGUEIRA, Tânia Lis Tizzoni. *Direitos Básicos do Consumidor: a facilitação da defesa dos consumidores e a inversão do ônus da prova*. v. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de direito do Consumidor*. 4. ed.. São Paulo: Saraiva, 2009.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: RT, 2000.

PEYRANO, Jorge W. Aspectos procesales de la responsabilidad profesional. In: *Lãs Responsabilidades Profesionales*. La Plata: LEP, 1992.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil e o direito civil-constitucional. In: *Temas de direito civil*, tomo II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VASCONCELLOS, Marina Martins Gartz de. O artigo 333 do Código de Processo Civil e a Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. *Revista de Artigos Científicos dos Alunos da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ)*. Rio de Janeiro, n. 1, 1º Semestre de 2009.

ZOLANDECK, João Carlos Adalberto. *Ônus da Prova: No Direito Processual Constitucional Civil e no Direito do Consumidor*. Curitiba: Juruá, 2006.