

DIREITO DIFUSO E COLETIVO *LATO SENSU* E A POSSIBILIDADE DE REDISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Juliana Gomes Marques¹ (PG-UEMS)
Mário Lúcio Garcez Calil² (UEMS)

Resumo: Os direitos difusos e coletivos *latu sensu* originários da terceira dimensão dos direitos fundamentais e consagrados pela Constituição Federal de 1988 e Lei nº 8.078/90 é objeto vital no que tange a aplicação de regras e princípios específicos das demandas de interesse público. Por isso, as normas estampadas no microssistema pátrio, mormente, o artigo 6º, inciso VIII, do CDC e o princípio da máxima efetividade do processo coletivo são vetores norteadores das referidas demandas, e conseqüentemente, autoriza a redistribuição do ônus da prova respaldado na hipossuficiência técnica ou na verossimilhança do alegado. Deste modo, o presente trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade de inversão do ônus probatório fundamentado na hipossuficiência técnica do Ministério Público frente as possíveis lesões aos interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Assim, adotou-se as pesquisas bibliográficas e o posicionamento jurisprudencial como procedimento metodológico. Além disso, com o angariamento de dados buscou-se investigar a aplicabilidade da regra processual alinhavada no artigo 6º, inciso VII I, do CDC às ações civis públicas. Por conseguinte, após análise das normas do microssistema pátrio e o levantamento de dados bibliográficos foi possível concluir a probabilidade da inversão do ônus da prova no tocante as demandas de interesse primário, bem como, a aplicabilidade das regras e princípios próprios do processo coletivo, haja vista que a titularidade pertence a coletividade e o parquet é mero legitimado extraordinário nas ações civis públicas.

Palavras-chave: Microssistema. Inversão. Prova.

Introdução

As demandas de interesse público tutelam os interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos cuja consagração legal surgiu com o advento da Constituição Federal de 1988 e a compilação do microssistema processual coletivo.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor tornou-se crível a redistribuição do ônus da prova na hipótese de hipossuficiência técnica ou verossimilhança do alegado.

No mais, o encargo probatório quanto as demandas de interesse público encontram amparo no princípio da máxima efetividade do processo coletivo.

Nesse caminho, buscou-se pesquisar a sobredita e excepcional probabilidade de inverter o ônus da prova a fim de concretizar efetivamente a demanda de interesse público e

¹Aluno do curso de Direito, Unidade Universitária de Paranaíba; E-mail: july_15gomes@hotmail.com;

² Professor Doutor do curso de Direito da UEMS, Unidade Universitária de Paranaíba; E-mail: mario.calil@yahoo.com.br

garantir uma fiel proteção aos interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, os quais maiores do que aqueles estampados nos processos tradicionais.

A posição adotada é reflexo da preocupação com os interesses públicos primários, que foram insculpidos pela Magna Carta de 1215 como objetos tuteláveis pelo *parquet*, os quais merecem efetiva proteção a fim de conquistar uma maior pacificação social.

Com o fito de sanar a problemática, mesmo que academicamente, foi adotado como procedimento metodológico as pesquisas bibliográficas e o posicionamento jurisprudencial de alguns Tribunais Pátrios.

Desse modo, o levantamento dos referidos dados foi determinante na demonstração da possibilidade de redistribuição do ônus probatório, mormente, no que tange as demandas de interesse público.

1 Traço originário das demandas coletivas e sua distinção das Ações Individuais

Não obstante a relação com as ações individuais, as demandas coletivas não apresentam procedência concomitante, isso porque, o quadro histórico de ambas se enquadram em momentos políticos e filosóficos distintos.

Enquanto as ações individuais foram profundamente influenciadas pelo liberalismo e iluminismo, cuja centralização pertencia ao indivíduo, a ação popular, oriunda da antiga Grécia, e afirmada no Direito Romano, trazia a noção de que [...]“*a República pertencia ao cidadão romano*, era seu dever defendê-la” (DIDIER JR.; JR. ZANETTI, 2014, p. 23-24).

Com isso, o vínculo estabelecido entre o cidadão romano e a coisa pública limitava-se a atuação em defesa dos bens públicos, de modo que, *lhe é conveniente o máximo de legitimados na qualidade de defensores da República*, e daquilo que é comum entre todos.

Nesse mesmo quadro, o processo de cunho privatista tão-somente refletia seus escopos na resolução de lides particularizadas, posto que a proteção da *rei sacrae* e *rei publicae* foram eleitas irrelevantes e, por conseguinte, suprimidas de todo o arcabouço jurídico da época.

Nesse sentido, Mancuso (2007, p. 52) ensina que:

A legislação brasileira espalhava - ao menos até a primeira metade do século passado - o ideário liberal- individualista, de que era exemplo emblemático o então vigente Código Civil de 1916, de forte cunho privatístico, realçando os direitos da personalidade, da propriedade, da livre exploração dos recursos naturais, da autonomia da vontade, individualismo um pouco atenuado com a *norma programática* do art. 5º da Lei de introdução ao Código Civil: “ Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que a norma se dirige e às exigências do bem comum”.

É por isso que o direito de ação trouxe à legitimidade *ad causam* como requisito aferível em juízo de admissibilidade, posto que a violação do direito material era pressuposto lógico na constituição e ajuizamento da demanda, sendo definido como direito subjetivo lesado.

Respaldados em teoria imanentista, o artigo 75 do Código Civil de 1916 definiu que “a todo direito [individual] corresponde uma ação que o assegura” (JR. DIDIER; JR. ZANETTI, 2014, p. 26), ou seja, quaisquer direitos lesados conferiam aos indivíduos legitimidade no plano processual.

Em outros termos, a jurisdição era tida como “sistema de tutela aos direitos e o processo (...) como conjunto de formas para esse exercício, sob a condução pouco participativa do juiz”, e a conseqüente prevalência do Princípio Dispositivo (DINAMARCO, 2000, p. 18).

De mais a mais, a ação popular consagrada na antiga Grécia e afirmada pelo Direito Romano, conferiu ao cidadão legitimidade para que preservasse e protegesse eventuais lesões e danos aos bens públicos e direitos que envolvam os interesses coletivos primários.

A ação popular assim como as ações civis públicas são verdadeiros instrumentos utilizados na proteção dos direitos coletivos *lato sensu*, tendo o sistema jurídico brasileiro incorporado em sua essência os ideários romano-germânico e a nítida influência do sistema das *class actions* norte-americano (ALMEIDA, 2007, p. 2).

Assim, embora apresentem relação com as vertentes esposadas no sistema das *class actions* norte-americano, o sistema jurídico brasileiro não se trata de uma reprodução fiel do referido direito alienígena, pois a justaposição entre o mencionado sistema e o direito romano-germânico foi circunstância determinante na construção teórica e prática do sistema jurídico de tutela coletiva mais evoluído do mundo, qual seja, o brasileiro.

Ensina mais uma vez Almeida (2007, p. 1) que:

Para a criação da ação civil pública, o legislador brasileiro inspirou-se no sistema das *class actions* norte-americano. Os EUA, por possuírem uma vasta tradição no plano da proteção jurisdicional dos direitos massificados, serviram de modelo para muitos países, especialmente para o Brasil. Todavia, como o sistema jurídico brasileiro é filiado à família romano-germânica ou da *civil law*, o sistema aqui implantado é diverso, em alguns aspectos, do sistema alienígena mencionado.

De fato, o legislador brasileiro encaixou os temas legais e principiológicos adotados no sistema *class actions*, como também, aqueles atinentes ao direito romano-germânico, visto

que a representação adequada nas demandas coletivas é retirada de dispositivo normativo, sobretudo, artigos 5º, inciso LXX e 129, inciso III, e parágrafo primeiro, da CF/88 e artigo 5º da Lei nº 7.347/85 e 82 do Código de Defesa do Consumidor, sendo que, em posição contrária, no direito norte-americano a representação é conferida pelo magistrado.

Antes, tratava-se somente de “[...] direito conferido ao Ministério Público de fazer atuar, na esfera civil, a função jurisdicional” (MORAES, 2007, p. 19), porquanto, suas funções restringiam-se aos objetos atinentes à órbita cível.

Todavia, hodiernamente, adotou-se uma postura amplamente positiva, uma vez que a Carta Política de 1988 autoriza em vários dispositivos uma atuação em defesa dos direitos e interesses coletivos *lato sensu*, mesmo que de modo *ex officio*.

No mais, originária da Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, a ação civil pública foi incorporada na Lei n. 7.347/85, e consagrada constitucionalmente no artigo 129, inciso III, da Carta Política de 1988, cujo desígnio hoje é a tutela de interesses e direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos (ALMEIDA, 2007, p. 41).

Aliás, não obstante a importância atribuída a ação popular, prevista no artigo 5º, inciso LXXIII, da CF/88, e regulada pela Lei n. 4.717/65, a ação civil pública nasceu com a finalidade de tutelar, de modo efetivo, os direitos e interesses supraindividuais, uma vez que aquela regulava minimamente os direitos atinentes a esta natureza (GAJARDONI, 2012, p. 23).

Desta forma, diante a incapacidade de tutelar os direitos coletivos homogêneos, ação civil pública surgiu com o viés de complementação e não exclusão, posto que aquelas situações jurídicas marginalizadas processualmente, ou seja, não tuteladas instrumentalmente, passaram a ser analisadas com outro olhar.

A CF/88 e as leis extravagantes adotaram a ação coletiva em razão da matéria litigiosa e não da estrutura subjetiva, isso porque, paira sobre as demandas coletivas “[...] uma particular relação entre a matéria litigiosa e a coletividade que necessita da tutela para solver o litígio” (DIDIER JR.; JR. ZANETI, 2014, p. 31).

Isso quer dizer, que a estrutura subjetiva não influencia na classificação das demandas, mas as matérias contenciosas são pertinentes para sua categorização.

Nesse mesmo sentido, o processo de interesse público não consiste na soma dos direitos individuais, mas, em contrapartida, “a síntese deles, um fim comum e *altruísta* (bem

do grupo) que demanda uma técnica absolutamente diversa de tutela (GAJARDONI, 2012, p. 21).

Vale acrescentar, que embora alguns aspectos dos direitos alienígenas foram incorporados no sistema jurídico brasileiro, as propostas de codificação do direito processual coletivo incompatíveis com a CF/88 não foram recepcionadas, pois o mencionado instituto jurídico exige a harmonia material entre elas (ALMEIDA, 2007, p. 2).

Em arremate, as demandas coletivas assim como as individuais nasceram em momentos políticos e filosóficos distintos, além de possuírem escopos e guarnecerem uma disparidade de direitos, visto que aquela tutela os direitos e interesses difusos *lato sensu*, e esta, em tempos remotos, compreendia uma atuação individual e dependente de lesões e danos na esfera do direito substantivo.

2 Pontos específicos das demandas de Interesse Público

As demandas individuais e as de interesse público pressupõem uma atividade estatal, qual seja a jurisdição, sendo certo que a ação consistiu um instrumento pelo qual exige-se do Estado uma solução para os conflitos que lhe são apresentados.

Isto é, o Estado soluciona conflitos existentes em uma sociedade, invocando para si o poder-dever de solucioná-los e, de modo subsequente, afastando dos particulares a possibilidade de resolvê-los por meio da autotutela.

Para Lacerda (2000, p. 77), “Jurisdição não é somente o poder do Estado. É também o dever do Estado em relação ao particular, porque deve restabelecer e garantir a paz social, sempre que perturbada”, isso quer dizer que o Estado além de cumprir efetivamente seus atos de soberania por meio do exercício jurisdicional, estes deverão perquirir incansavelmente o interesse público primário, qual seja, o bem comum.

O interesse público primário passou a ser concretamente protegido por meio das ações civis públicas, uma vez que as ações populares já previstas no ordenamento jurídico brasileiro não agasalhavam os direitos transindividuais, ou seja, interesses e direitos coletivos *lato sensu* e aqueles individuais homogêneos.

Todavia, os mandamentos constitucionais trazidos a lume pela CF/88, apresentaram a ampliação do objeto material da ação popular como importante faculdade instrumental conferida a qualquer cidadão, e cujo teor normativo disposto no artigo 5º, inciso LXXIII, estampou a legitimidade para manuseá-la como verdadeira proteção aos interesses e direitos antes vulneráveis legalmente (MORAES, 2007, p. 64).

É por isso, dentre outros motivos que o legislador pátrio optou pela abordagem direta preconizada no artigo 1º, *caput*, da Lei nº 7.347/85, como conjectura que afasta prováveis argumentações de prevalência do instituto jurídico da derrogação na referida novidade normativa, e, nesse caminho leciona Moraes (2007, p. 64):

[...] se consegue melhor compreender o porquê da ressalva feita pelo legislador da ação *civil pública matriz* no art. 1º, *caput*, da Lei nº 7.347/85: *sem prejuízo da ação popular*. É que com isso pretendeu ele deixar muito clara sua intenção de que esta nova lei não estaria a derogar a ação popular quanto a sua utilização na tutela de interesses difusos.

Os processos de interesse público além de outros aspectos diferenciadores, apresentam larga distinção no que tange ao objeto litigioso, visto que tutelam interesses e direitos de grupos, categoria ou sociedade como um todo (GAJARDONI, 2012, p. 57).

Os direitos e interesse difusos apresentam características distintas dos direitos e interesses coletivos, bem como dos direitos ou interesses individuais homogêneos, pois segundo os ensinamentos de Gajardoni (2012, 58) no primeiro há indeterminação absoluta dos sujeitos, a indivisibilidade do objeto, a união devido circunstâncias de fato extremamente mutáveis, alta conflitualidade interna, e alta abstração.

A indivisibilidade do objeto é clarividente nas demandas de interesse público, pois tais direitos não são passíveis de cisão, de modo que, ou todos são seus titulares ou ninguém o são.

Aliás, tais titulares são indetermináveis, pois subsistem, nos grupos, uma “absoluta heterogeneidade de seus membros” (GAJARDONI, 2012, p. 58), cujas opiniões e pretensões serão altamente diversas.

Os titulares de tais direitos estão ligados entre si devido circunstâncias fáticas que passam a existir na órbita jurídica e que exigem proteção imediata, pois seus interesses e direitos não pertencem a sujeitos determinados, mas, sim, aqueles indefiníveis, e ainda, cujos direitos e interesses tuteláveis são menos palpáveis, como por exemplo, a proteção do meio ambiente, o que exige um deslinde procedimental diversificado.

Já os direitos e interesses coletivos englobam como características a indivisibilidade do objeto, a indeterminação relativa dos sujeitos, a união por circunstâncias jurídicas, baixa conflitualidade interna e menor abstração (GAJARDONI, 2012, p. 59-60).

Tais direitos distinguem dos referidos direitos e interesses difusos, pois subsiste uma indeterminação relativa dos sujeitos, de modo que, são indefinidos particularmente e definidos

grupalmente, haja vista a existência de uma relação jurídica comum.

Nesse viés, são unidos por circunstâncias jurídicas, na qual Gajardoni (2012, p. 59) destaca que:

Nos direitos e interesses coletivos, há vínculo jurídico entre os titulares do direito ou do interesse. Em outros termos, a relação entre eles é mais estável do que a existente nos direitos difusos, pois entre os titulares do direito/interesse, ou entre eles e a parte demandada, há uma *relação jurídica base* (pertencem à mesma entidade de classe, serem partes no mesmo consórcio ou alunos da mesma escola etc.). Nos direitos e interesses coletivos, é possível falar, portanto, da existência de uma *affectiosocietatis* entre os membros da coletividade, traço distintivo maior entre a categoria e a dos direitos/interesses difusos.

Assim, os direitos e interesses coletivos embora indeterminável quanto aos sujeitos particularizados, apresentam uma individualização quanto ao grupo tutelável, pois estes membros estão conectados devido disposições legais, as quais já preconizam liames subjetivos para que sejam protegidos juridicamente.

Além do mais, o pedido em sede de ação civil pública é interpretado de modo flexível, visto que o princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva, previsto no artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor, autoriza a ampliação dos pedidos imediatos, ou seja, “[...] não é aplicável, em sede de ação civil pública, bem como em sede dos processos coletivos em geral, a aplicabilidade do *princípio da interpretação restritiva do pedido*” (ALMEIDA, 2007, p. 95-96).

Isso significa, que nas ações civis públicas e processos coletivos em geral inexistente a incidência de estabilidade da demanda, posto que, o pedido meramente declaratório pode expandir-se em condenatório, constitutivo, executivo, ou ainda, mandamental.

Contudo, a aplicabilidade do princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva limita-se aos processos de interesse público, haja vista que seus objetos são relevantes para a coletividade, de modo que, englobam interesses comuns.

Outra particularidade das ações de interesse público é a chamada legitimação coletiva, introduzida pelo artigo 129, inciso I, da CF/88 e artigo 5º, da Lei nº 7.347/85, a qual autoriza um ente específico a “defender, em juízo, situação jurídica de que é titular um grupo ou uma coletividade” (DIDIER JR.; JR. ZANETI, 2014, p. 178).

Nesse sentir, o Ministério Público além de outros legitimados arrogados no mencionado artigo infraconstitucional, é titular de legitimidade extraordinária para que em juízo possa atuar em defesa dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Preleciona, nesse caminho, Almeida (2007, p. 81):

[...] conclui-se que a *ação civil pública* é uma garantia constitucional processual específica colocada à disposição do Ministério Público e de outros legitimados coletivos arrojados pela lei (art. 5º da Lei 7.347/85 e art. 82 da Lei nº 8.078/90) para a tutela jurisdicional de quaisquer direitos ou interesses difusos, coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos.

Por óbvio, trata-se de legitimidade concorrente, vez que além do Ministério Público, os legitimados alinhavados em norma infraconstitucional poderão manusear ações coletivas em defesa de interesses e direitos transindividuais.

Sendo assim, “[...] há legitimação *concorrente* ou *co-legitimação* quando mais de um sujeito de direito estiver autorizado a discutir em juízo” certas situações fáticas que são relevantes juridicamente (DIDIER JR.; JR. ZANETI, 2014, p. 184).

Nesse ponto, as demandas de interesse público apresentam aspecto diferenciador no tocante a legitimação, pois nas ações individuais prevalece a legitimidade ordinária, enquanto nas ações coletivas impera a legitimidade extraordinária.

Enfim, apesar de reguladas pelo mesmo ordenamento jurídico, as demandas de interesse público contêm objetos litigiosos, legitimidade e incidência principiológica distinta das ações individuais, sendo admissível, neste ponto, a inversão do ônus probante.

3 Microsistema processual coletivo e a previsão da redistribuição do ônus da prova

É marco inolvidável a codificação da Lei nº 8.078/90, cuja principal temática consiste na conceituação dos direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, bem como as inovações processuais trazidas no título III.

As novidades no plano processual consistem na aplicação do princípio da não-taxatividade, princípio da coisa julgada *secundum eventum litis* e *eventum probationis*, princípio da tutela adequada, competência em razão do domicílio do consumidor, alteração e ampliação da tutela da Lei nº 7.347/85, dentre outras (DIDIER JR.; JR. ZANETI, 2014, p. 44).

Tais inovações são justificadas pela “[...] transposição de uma igualdade formal para uma igualdade mais substancial entre as partes: igualar os desiguais” (JR. DIDIER; JR. ZANETI, 2014, p. 44), isto é, a possibilidade da inversão do ônus probante em virtude da equiparação instrumental.

Nesse ponto, a compilação do microsistema brasileiro fez com que sua aplicabilidade fosse principal, de modo que, as normas que regem o processo tradicional passaram a ser subsidiárias.

Desse modo, utilizou e adaptou os mandamentos instrumentais dispostos no Código de Processo Civil e da Lei da Ação Civil Pública para proteção de direitos “difusos, coletivos, e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei 8.078, de 11. 09. 1990” (DIDIER JR.; JR. ZANETI, 2014, p. 45).

Por essa razão, o microsistema pátrio é visto como a compilação geral das demandas de interesse público, e cuja integração processual entre o CDC e a LACP são nitidamente vislumbráveis.

E, é por isso, que sua aplicabilidade recai sobre “todas as ações coletivas em defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos” (GIDI, 1995, p. 77-83).

Ainda, nessa vertente, as ações civis públicas apresentam escopos e objetos que ensejam a aplicabilidade das normas do Título III do Código de Defesa do Consumidor, visto que são instrumentos para proteção dos direitos transindividuais.

Portanto, Didier Júnior e Zaneti Júnior pontuam que:

No que for compatível, seja a ação popular, a ação civil pública, a ação de improbidade administrativa e mesmo o mandado de segurança coletivo, aplica-se o Título III do CDC. Desta ordem de observações fica fácil determinar, pelo menor para as finalidades práticas que se impõem, que o diploma em enfoque se tornou um verdadeiro “Código Brasileiro de Processos Coletivos” um “ordenamento processual geral” para a tutela coletiva.

Com efeito, o artigo 90 do CDC e o artigo 19 da LACP ressaltam que a aplicabilidade subsidiária das normas que regem o processo civil tradicional estão condicionadas a existência de compatibilidade formal e substancial quanto ao objeto tutelável.

Sendo assim, a regra da exigibilidade de compatibilidade necessária para a aplicação subsidiária do CPC no direito processual coletivo comum é visto como requisito aferível na interação entre o CDC e a LACP. E, cuja aplicação depende da inexistência de lesão as disposições previstas no microsistema pátrio, e, outrossim, evite “ colocar em risco a devida efetividade da tutela jurisdicional coletiva” (ALMEIDA, 2007. p. 67).

Além disso, cumpre ressaltar que os microsistemas foram criados em respaldo a ineficiência dos sistemas de direito civil e direito processual civil, e sobretudo, visando regulamentar questões pertinentes aos consumidores, as crianças e adolescentes, as pessoas

com necessidades especiais, aos idosos, ao meio ambiente, etc. (ALMEIDA, 2007, p. 29).

De fato, os interessados na codificação dos microsistemas são sujeitos fragilizados, e cuja qualidade merecem tratamento diferenciado a fim de igualá-los aos demais sujeitos processuais.

É por isso, além de outros motivos, que as normas processuais preconizadas no CDC devem ser estendidas as demandas de interesse público, mormente, ao que tange a distribuição do ônus probante.

Aliás, é em virtude do interesse público primário subsistente nas demandas coletivas, e a “disparidade de armas entre as partes”, (GAJARDONI, 2012, p. 45), bem como a aplicabilidade de princípios e normas próprias que o magistrado, excepcionalmente, modificará o ônus da prova.

Desse modo, a solução da lide coletiva fica adstrita *ab initio* aos diplomas que lhe são específicos, como por exemplo, nas ações civis públicas aplicam-se as normas previstas na Lei Federal nº 7.347/85, e somente diante a solução insatisfatória, aplica-se as disposições alinhavadas no Título III do CDC, tendo, de modo residual, a aplicabilidade das normas do direito processual comum, mas, desde que não contrarie o conjunto de normas e princípios próprios do direito coletivo (DIDIER JR.; JR. ZANETI, 2014, p. 49).

Isso significa que o microsistema pátrio é a integração das normas do CDC e da LACP, de modo que, as disposições aplicáveis ao processo individual serão meramente residuais, e, por conseguinte, vislumbrável a redistribuição do ônus probante.

4 Ônus da prova e a possibilidade de inversão nas ações civis públicas

A faculdade processual preconizada no artigo 333 do Código de Processo Civil nasce da necessidade de comprovação do alegado, pois a parte contrária tem como respaldo o princípio constitucional do devido processo legal, que é verificado a partir da impugnação das alegações iniciais e da demonstração material dos fatos impeditivos, extintivos e modificativos do direito do autor, sendo certo, que aquilo que é afirmado deve ser comprovado.

Nas palavras de Dinamarco (1998, p. 202) os ônus processuais são “encargos ou “pesos” postos sobre as partes para a realização de atos de sua própria conveniência”, ou seja, são faculdades processuais conferida por lei, e cuja efetuação acarretam benefícios ao próprio praticante.

A observância restrita quanto a distribuição do ônus probante previsto no artigo 333 do CPC dificulta à obtenção do escopo processual, isso porque, dependendo da natureza das demandas, a fixação imutável do encargo probatório pode desencadear o manuseamento inútil do processo, bem como, eventuais prejuízos em razão da impossibilidade técnica de comprovar suas alegações.

Por esse motivo, o artigo 6º, inciso VIII, do CDC, considerou a hipossuficiência técnica e a verossimilhança da alegação conjecturas que possibilitem a inversão do ônus probatório.

Essa possibilidade de redistribuição do ônus da prova encontra amparo no princípio da vulnerabilidade do consumidor, que visa “[...] equilibrar a posição das partes, atendendo aos critérios da existência da verossimilhança do alegado pelo consumidor, ou sendo este hipossuficiente” (ARRUDA ALVIM, 1995, p. 68-69).

Assim, caso o magistrado verifique quaisquer hipóteses acima alinhavadas, sua participação deixa de ser restrita, passando a ser inquisitiva, a fim de afastar o desequilíbrio entre as partes, e conquistar a pacificação social.

Aliás, não é porque o artigo 6º, inciso VIII, da Lei nº 8.078/90 prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova, que todas as demandas que tutelem os interesses consumeristas terão a redistribuição do encargo probatório a favor do consumidor.

Nesse caminho, esclarece José Miguel Garcia Medina e Rafael de Oliveira Guimarães, em trabalho acadêmico “ônus da prova na ação de improbidade administrativa”, que a regra, mesmo nas demandas consumeristas, é que o encargo probatório recai sobre o autor, nos moldes do artigo 333, inciso I, do CPC, e que, caso “o juiz entender que há presença da hipossuficiência técnica ou da verossimilhança das alegações, pode inverter o ônus” (2007, p. 5), isto é, a inversão é conjectura subsidiária.

Em que pese tais posicionamentos, Almeida (2003, p. 582) entende que as disposições contidas no CDC são aplicáveis *a priori* nas demandas de interesse público, e somente, de modo posterior, as normas processuais insculpidas no CPC serão aplicáveis.

Isso significa dizer, que as demandas de interesse público são contempladas com a inversão do ônus da prova quando presentes alguma hipótese discriminada no artigo 6º, inciso VIII, do CDC.

Acompanha esse entendimento, Gidi (1995) que ressalta a aplicabilidade dos dispositivos processuais previstos no CDC como regra, sendo que após o advento do

respectivo diploma normativo, todas as demandas de interesse transindividual tem seu manuseamento e caminhar processual previsto nas referidas disposições.

Desse modo, a redação do artigo 21 da LACP sofreu modificação, vez que a Lei nº 8.078/90 trouxe em seu Título III a aplicabilidade das normas processuais em todas as demandas que versem sobre direito difuso, coletivo ou individual homogêneo (MEDINA; GUIMARÃES, 2007, p. 5).

Isto é, as normas processuais aplicáveis nas demandas de interesse público eram aquelas previstas no CPC, e, hoje, com o advento do CDC, as disposições que lhe são aplicáveis são aquelas fixadas no Título III da Lei nº 8.078/90.

A partir disso, e instigados a alcançar o efetivo escopo público, o Superior Tribunal de Justiça em informativo 404 entendeu que:

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.

De fato, a redistribuição do ônus probatório é perfeitamente vislumbrada nas ações civis públicas ambientais, tendo em vista as circunstâncias específicas que lhe circundam, em especial, o princípio da precaução.

Além de tais demandas apresentarem o princípio da precaução, é inolvidável examinar a existência ou não de um dos requisitos pontuados no artigo 6º, inciso VIII, do CDC, quais sejam, a hipossuficiência técnica ou a verossimilhança do alegado.

Isso porque, somente as mencionadas hipóteses autorizam a inversão do ônus probante.

Nesse passo, a hipossuficiência técnica e a verossimilhança da alegação são circunstâncias verificadas em algumas demandas de interesse público, e, por isso, merecem a inversão do ônus da prova, assim como as ações consumeristas.

Contudo, a probabilidade de redistribuição do ônus da prova não se restringe as matérias voltadas ao meio ambiente, mas, também, aquelas relativas ao patrimônio público e social.

Isso porque, a norma impositiva disposta em mandamento constitucional, qual seja, o artigo 129, inciso III, atribui ao Ministério Público a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Portanto, delimitar a aplicabilidade da redistribuição do ônus probatório somente as demandas que versem sobre o meio ambiente é admitir que os demais interesses e direitos transindividuais, principalmente, os individuais homogêneos não comportam escopos, normas e princípios similares, tampouco merecem proteção semelhante.

Ademais, é devido a relevância social da tutela coletiva, ou seja, a natureza do bem jurídico, as características da lesão ou o elevado número de pessoas atingidas, que o princípio da máxima efetividade do processo coletivo possibilita a flexibilização procedimental (GAJARDONI, 2012, p. 40).

Essa flexibilização é vista como exceção, e deve ser estendida aos demais processos de interesse público em busca da concretização do bem geral.

Além disso, verifica-se na prática que as ações civis públicas são utilizadas para inibir e indenizar as lesões causadas ao erário, o provável enriquecimento ilícito e a violação as regras e princípios que regulam a Administração Pública, consoante assenta o artigo 9º e seguintes da Lei nº 8.429/92, em outros termos, “ a ação de improbidade administrativa, apesar da natureza mista (processual e material) é usada frequentemente como fundamento da ação civil pública” (MEDINA; GUIMARÃES, 2007, p. 7).

Sendo assim, não obstante a natureza jurídica da ação de improbidade administrativa apresentar teor heterogêneo, as ações civis públicas são manuseadas pelo Ministério Público com amparo no artigo 129, inciso III, da CF/88 e, mormente, com respaldo no interesse público em proteger o patrimônio público e social e outros interesses difusos e coletivos, bem como, sancionar os agentes políticos que se enriquecem ilicitamente por meio de mandato, cargo ou função, e até mesmo visam o ressarcimento dos cofres públicos danificados.

Nesse compasso, ao admitir-se o manuseamento de ações civis públicas fundadas na defesa da moralidade e do patrimônio das entidades públicas, as normas processuais previstas no CDC podem lhe ser aplicadas.

Por conseguinte, tendo o artigo 81 do CDC elucidado explicitamente o que tange os interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, e por via de consequência,

aflorado diversos viés que possibilitem a aplicabilidade das normas processuais trazidas pela Lei nº 8.078/90, pois o referido diploma normativo foi apresentado ao ordenamento jurídico brasileiro como Código dos Direitos Transindividuais, verificou-se que as disposições relativas ao processo são corretamente aplicáveis as demandas de interesse público.

Nessa entoada, Almeida enrique a temática salientando que:

[...] são aplicáveis às ações ajuizadas com fundamento na LACP as disposições processuais que se encontram pelo corpo do CDC, como, por exemplo, a inversão do ônus da prova (CDC, 6º, VI). Este instituto, embora se encontre topicamente no Tit. I do Código, é disposição processual e, portanto, integra ontológica e teologicamente o Tit. III, isto é, a defesa do consumidor em juízo (ALMEIDA, 2003, p. 582).

Em arremate, constatou-se que as normas processuais previstas no CDC não se restringem as ações consumeristas, porquanto sua rotulação como Código de Direitos Transindividuais, bem como o teor alinhavado neste, é determinante para ampliação de sua aplicabilidade a quaisquer demandas de interesse público.

5 Princípio da máxima efetividade do processo como possibilidade de redistribuição do ônus da prova

A redistribuição do ônus da prova nas demandas de interesse público é autorizada não apenas pelo comando do artigo 6º, inciso VIII, do CDC, como também pelos princípios específicos do processo coletivo, mormente, a máxima efetividade do processo coletivo ou do ativismo judicial.

A máxima efetividade do processo coletivo consiste na “maior participação do juiz nos processos coletivos – *judicial activism* -, resultante da presença de forte interesse público primário (DIDIER JR.; JR. ZANETI, 2014, p. 118).

Os poderes do magistrado frente à lide coletiva ganham maiores destaque e extensão, vez que os interesses públicos primários visam efetivar o bem geral ou bem comum em detrimento dos particularizados.

Tais interesses autorizam de modo excepcional e em observação ao contraditório e ampla defesa que as regras processuais tradicionais possam ser flexibilizadas a fim de alcançar concretamente a máxima efetividade do processo coletivo, e de maneira implícita o conhecimento do mérito mesmo que consequentemente a redistribuição do ônus probatório seja necessária.

Seguindo esse passo, Gajardoni (2012, p. 45) leciona que não há “impedimento para

que o juiz, observando a disparidade de armas entre as partes do processo coletivo, possa intervir nos prazos, ampliando-os para potencializar o princípio constitucional do contraditório”.

Pois bem, se inexistem quaisquer impedimentos para a ampliação do prazo processual a fim de obter uma maior efetividade quanto as demandas de interesses públicos e a proteção dos interesses transindividuais, é certo que a regra disposta no artigo 6º, inciso VIII, do CDC podem lhe ser aplicadas.

Por essa razão, Gajardoni (2012, p. 40) ainda acrescenta que “ os interesses em jogo no processo coletivo são maiores do que os em jogo no processo individual”, e por certo, o texto normativo ilustrado no CDC deve ser interpretado de maneira ampliativa e em caráter excepcional para que os interesses transindividuais lesionados sejam reparados e o magistrado tome conhecimento absoluto da situação litigiosa.

Contudo, para que o juiz conheça a situação meritória a flexibilização procedimental ilustrada no artigo 6º, inciso VIII, do CDC, poderá ser utilizada, de modo a garantir uma concreta solução da lide.

Desse modo, a redistribuição do ônus probatório não encontra respaldo somente na disposição normativa do CDC, mas também no princípio da máxima efetividade do processo coletivo.

Considerações Finais

Os interesses ou direitos transindividuais são tuteláveis pelas demandas de interesse público, nos moldes do artigo 129, da Constituição Federal de 1988, e cujo teor não guarda similitude com os processos tradicionais regidos pelo Código de Processo Civil.

Aliás, as demandas coletivas assim como as individuais surgiram em momentos políticos e filosóficos distintos, e possuem escopos distintos, pois aquela tutela os direitos e interesses difusos *lato sensu*, e esta, em tempos remotos, compreendia uma atuação individual

e dependente de lesões e danos na esfera do direito substantivo.

É em razão dos objetos tuteláveis que as regras e princípios específicos do processo clássico não podem ser aplicados as demandas de interesse público, posto que, nestas subsistem interesses maiores do que naquelas, mormente, a presença de interesse público primário.

Nesse passo, as disposições do Código de Processo Civil serão aplicadas as demandas de interesse público subsidiariamente, e desde que compatíveis com os princípios, regras e objetos próprios do direito coletivo.

Aliás, a aplicabilidade do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor é inquestionável quanto as demandas consumeristas, sendo certo que inexistente delimitação no que tange as demandas de interesse público, visto que são regidas pelo princípio da máxima efetividade do processo coletivo dentre outros pináculos.

Portanto, ante a hipossuficiência técnica ou a verossimilhança do alegado a redistribuição do ônus probatório é vislumbrável, tendo em vista uma maior efetividade do processo coletivo e o conhecimento do mérito, a fim de garantir uma maior proteção aos interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Destarte, e ao final, é possível constatar a aplicabilidade da teoria da carga dinâmica da prova, tendo em vista a atribuição de encargo probante quanto a determinada situação ou fato aquele detiver melhores condições de fazê-lo, ignorando-se a posição ocupada por este.

Assim, além dos demais fundamentos que viabilizam a redistribuição do ônus da prova, é certo que a teoria da carga dinâmica poderá ser utilizada pelo magistrado nas demandas de interesse público, pois os seus objetos são maiores do que aqueles ilustrados nos processos tradicionais.

Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro**. Belo Horizonte: DelRey, 2007.

ARRUDA ALVIM, José Manoel et al. **Código do Consumidor Comentado**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. 9.ed.Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6.ed.São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Direitos Difusos e Coletivos I: Teoria Geral do Processo Coletivo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995

LACERDA, Galeno. Teoria geral do processo. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 77.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada:** Teoria Geral das Ações Coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEDINA, José Miguel Garcia; GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. **Ônus da Prova em Ação de Improbidade Administrativa.** Disponível em:
<http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadepoimentos/n12/5.pdf>> Acesso em 28 de dezembro de 2007

MORAES, Voltaire de Lima. **Ação Civil Pública:** alcance e limites da atividade jurisdicional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.