
A DISTRIBUIÇÃO JUDICIAL DO ÔNUS DA PROVA E O DIREITO DO CONSUMIDOR

JUDICIAL DISTRIBUTION OF THE BURDEN OF PROOF AND THE CONSUMER LAW

VINÍCIUS LOTT THIBAU ¹

RESUMO: O artigo analisa as correlações teóricas existentes entre a distribuição judicial do ônus da prova e o direito do consumidor, abordando, especialmente, as divergências que se instalam na dogmática jurídico-consumerista a respeito da delimitação conceitual dos requisitos autorizativos desta distribuição, da exigência da alternatividade dos requisitos para a sua realização, bem como do momento procedimental adequado para a sua ocorrência. Valendo-se de uma metodologia crítica, os escritos produzidos conjecturam a necessidade de enfrentamento das temáticas examinadas a partir dos conteúdos informativos da processualidade democrática.

Palavras-chave: Distribuição judicial do ônus da prova; direito do consumidor; processualidade democrática.

ABSTRACT: The article analyzes the theoretical correlations between the judicial distribution of the burden of proof and the right of the consumer, addressing especially the differences that settle in the consumerist dogmatic about the conceptual delimitation of the authorizing requirements of such distribution, the requirement of alternativity of the requirements for its implementation, as well as the procedural time suitable for its occurrence. Drawing on a critical methodology, produced written conjecture the need to confront the themes examined from the informative contents of democratic processuality.

Keywords: Distribution of the burden of proof; right of the consumer; democratic processuality.

¹ Doutorando e Mestre em Direito Processual pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Direito Processual Civil no Curso de Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara/MG. Professor de Direito Processual Civil no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Advocacia Cível da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Minas Gerais. Advogado. E-mail: viniciusthibau@yahoo.com.br

1. INTRODUÇÃO

Em 11 de setembro de 1990, foi publicada a Lei nº 8.078, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. Estabelecendo normas de ordem pública e interesse social, ao versar sobre a atuação do consumidor em juízo, a codificação determina “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” (art. 6º, VIII).

Trata-se de uma permissão legislativa para a distribuição *ope judicis* do ônus de provar, a qual, no entanto, apresenta-se equivocadamente rotulada pelo Código de Defesa do Consumidor como inversão do ônus da prova. É que, pela norma consumerista, é tão somente autorizada a dispensa do ônus de provar pelo consumidor, seguida da atribuição de um encargo probatório ao fornecedor.

Ao dispor sobre a possibilidade da inversão do ônus da prova, portanto, o Código de Defesa do Consumidor incorre em uma atecnia, uma vez que, em momento algum, atribui ao fornecedor o ônus de provar o fato constitutivo do direito do consumidor autor do procedimento e, muito menos, o ônus de provar o fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito do consumidor réu do procedimento.

Para a facilitação da defesa do consumidor em juízo, o Código de Defesa do Consumidor estabelece apenas a possibilidade de que, por determinação judicial, atribua-se ao fornecedor o ônus de provar a inoccorrência do fato alegado pelo consumidor, seja ele constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo, conforme o consumidor ocupe a posição de autor ou de réu no procedimento.

Um direito básico do consumidor, que, nas hipóteses em que é implementado, impõe contornos diferenciados à distribuição tradicional do ônus da prova, que deixa de ser estático para assumir uma pioneira e, ainda bastante controvertida, dinamicidade.²

2. OS REQUISITOS LEGAIS AUTORIZATIVOS DA DISTRIBUIÇÃO JUDICIAL DO ÔNUS DA PROVA

De acordo com a norma prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, a distribuição judicial do ônus da prova encontra-se condicionada à demonstração de dois requisitos, que devem ser aferidos com base em regras ordinárias de experiência: a verossimilhança das alegações do consumidor e a sua hipossuficiência.

2.1 A verossimilhança das alegações do consumidor

A verossimilhança é habitualmente conceituada pela dogmática jurídico-consumerista como a aparência de verdade.³ Assim, quando se pronunciam sobre a verossimilhança das alegações do consumidor, os estudos formalizados sobre a distribuição *ope judicis* do ônus da prova são frequentes em apontar que, no âmago desse requisito, encontra-se um “juízo *comparativo* entre o fato alegado e o que ‘ordinariamente acontece’, de maneira que a análise do primeiro permita ao observador extrair, mesmo sem provas e por simples raciocínio dedutivo” (SICA, 2007, p.55), a existência aparente de um fato desconhecido.

Nesse sentido, à apuração da verossimilhança das alegações do consumidor, apresenta-se inafastável a realização de uma atividade mental pelo juiz, que é destinada ao preenchimento de uma lacuna fática existente. Diante de alegações indemonstradas pelo consumidor, o julgador vale-se das máximas de experiência para, a partir dos seus conteúdos, apurar e certificar se os fatos a que fazem referência as alegações teriam ou não aparência de verdade.⁴

2 O art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, possibilitou, de modo inovador no Direito brasileiro, a distribuição judicial do ônus da prova em favor do consumidor. Com isso, a norma consumerista estabeleceu contornos prático-teóricos diferenciados ao disposto no art. 333, do Código de Processo Civil (1973), que determina incumbir ao autor o ônus da prova relativo ao fato constitutivo do seu direito e, ao réu, o ônus da prova quanto aos fatos modificativo, impeditivo e extintivo do direito do autor. Recentemente, no entanto, com a publicação da Lei nº 13.105/15, que instituiu o chamado Novo Código de Processo Civil brasileiro, a distribuição dinâmica do ônus da prova foi positivada, também, para as relações não consumeristas. As normas previstas no art. 373, §§ 1º e 2º, do NCPC, determinam que: “§1º. Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. §2º. A decisão prevista no §1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”.

3 Nesse sentido, veja, em especial, as obras de Cláudio Augusto Pedrassi (2001, p.69), Milton Paulo de Carvalho Filho (2003, p.68), André Gustavo C. de Andrade (2003, p.91-92) e Heitor Vitor Mendonça Sica (2007, p.54).

4 Sobre o conceito de máximas de experiência, destaca-se o magistério de Friedrich Stein (1988, p.27): “São definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, desvinculados dos fatos concretos que se julgam no processo, procedentes da experiência, mas independentes dos casos particulares de cuja observação foram induzidos e que, além desses casos, pretendem ter validade para outros novos.” No original: “Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos.” Sobre o tema, no Brasil, confira, sobretudo, a lição de Moacyr Amaral Santos: “O juiz, como homem culto e vivendo em sociedade, no encaminhar das provas, no avaliá-las, no interpretar e aplicar o direito, no decidir, enfim, necessariamente usa de uma porção de noções extrajudiciais, fruto de sua cultura, colhida de seus conhecimentos sociais, científicos, artísticos ou práticos, dos mais aperfeiçoados aos mais rudimentares. São as noções a que se costumou, por iniciativa do processualista STEIN, denominar de máximas da experiência, ou regras da experiência, isto é, juízos formados na observação do que comumente acontece e que, como tais, podem ser formados em abstrato por qualquer pessoa de cultura média”. (SANTOS, 2008, p.351, v. II)

Daí, pela dogmática jurídico-consumerista, a verossimilhança consistiria em uma medida (grau) do conhecimento da verdade, apurável exclusivamente pelo magistrado. É o que se lê de há muito, aliás, na lição de Piero Calamandrei:

[...] o juízo de verossimilhança não aguarda as representações probatórias do fato a provar: baseia-se, mas que na indagação em concreto, em uma máxima de experiência que corresponde à frequência com que na realidade se produzem os fatos do tipo alegado. É um juízo 'típico', que não surge da comparação entre diferentes representações do mesmo fato (entre a representação que dá a parte e, por exemplo, as que lhe dão as testemunhas), e sim da confrontação entre uma representação dele dada pela parte e um juízo de ordem geral, já adquirido anteriormente, que tem por objeto a categoria típica sob a qual se pode incluir abstratamente no fato representado. (CALAMANDREI, 2003, p.285, v. III)

Em outros termos, de acordo com a dogmática jurídico-consumerista, a verossimilhança não é "o que se pode ver (inferir) pela similitude (conjectura sobre base físico-corroborativa-verossimilitude) das alegações condutoras dos *conteúdos de materialidade da prova* instrumentalizados e vistos (já existentes) nos autos do procedimento" (LEAL, 2005, p.68). A verossimilhança das alegações do consumidor decorre de um juízo solitário do magistrado sobre aquilo que ordinariamente ocorre em situações semelhantes a que é posta ao exame judicial.

Como esclarece Milton Paulo de Carvalho Filho (2003, p. 68), "[...] a possibilidade de que o fato deduzido possa ser verdadeiro será extraída das regras de experiência do juiz, ou seja, de suas noções abstratas decorrentes da observação do que comumente acontece". A verossimilhança das alegações do consumidor não é advinda de uma experiência endoprocedimental da qual participem e fiscalizem todos os legitimados ao processo. É oriunda de um critério pressuposto de normalidade, tangido, sopesado, admitido e reproduzido pelo julgador, na condição de um sujeito especialmente qualificado pela investidura no cargo público de juiz.⁵

De conseguinte, na processualidade democrática, o conceito de verossimilhança adotado pela dogmática jurídico-consumerista encontra-se a requerer imediata testificação. Consoante acentua André Cordeiro Leal, pelos ganhos conjecturais proporcionados pelo estudo da prova na teoria do processo contemporâneo, é de se afirmar que:

[...] verossímil não é aquilo que tem aparência de verdade (a ser percebida por um juiz talentoso e com grande 'sensibilidade humanística' (sic), como se lê em Watanabe (2000, p.64), mas o que se poderia colher de uma estrutura procedimental em que elementos (dados extra-autos pensados ou percebidos), por via dos meios (métodos legais de coleta, mediante acatamento da principiologia constitucional do processo, com alegações ensejadas em lei, que dão existência, intra-autos, aos elementos) se fixassem, por meio de instrumentos (laudos, documentos) que, por sua vez, permitissem, em razão exatamente de sua formalização, não só o controle de constitucionalidade desses métodos, como também o grau de coerência das afirmações judiciais sobre esses dados. (LEAL, 2003, p.15-16)

Afinal, como leciona Jürgen Habermas (2003, p.20, v. II), com o advento do marco teórico do Estado Democrático de Direito, qualquer tentativa de enfrentamento das temáticas da produção e da aplicação do direito que ainda se fundamente em um solipsismo decisório inerente a um ator singular ou a um macrosujeito sociopolítico mostra-se frágil.

Diante da fecundidade assumida pelos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, e, ainda, de sua importância para a obtenção da legitimidade decisória,⁶ erige-se tormentosa uma conceituação de verossimilhança que não se vincule ao instituto jurídico da prova.⁷

2.2 A hipossuficiência do consumidor

A hipossuficiência do consumidor é o segundo requisito legalmente exigido à distribuição judicial do ônus da prova.

Não se trata da vulnerabilidade do consumidor, já que vulnerável todo consumidor é, conforme reconhece a norma extraída do art. 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor.⁸ A hipossuficiência a que se faz menção também não diz respeito à deficiência econômica do consumidor, tendo em vista que, ao seu enfrentamento, no âmbito procedimental, cuida a Lei nº 1.060/50 que, recentemente, recebeu novos contornos prático-teóricos pelas normas dispostas nos arts. 98 a 102, da Lei nº 13.105/15, que instituiu o denominado Novo Código

5 Para acessar uma crítica contundente à especialidade do julgador, que é pressuposta pela investidura em cargo público de magistrado, veja, notadamente, a obra de Lenio Luiz Streck (2010).

6 Nesse sentido, confira, especialmente, as obras de Jürgen Habermas (2003, p.159, 274 e 326, v. I), André Cordeiro Leal (2002, p. 101-108; 2008, p.129-153), Rosemiro Pereira Leal (2002, p.159-199); Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2012, p.127-129), Vinicius Lott Thibau (2011, p.90-93; 2015, p.58-64), Andréa Alves Almeida (2005, p.122-130) e Carlos Humberto Walter (2008, p.155-164).

7 Sobre o instituto da prova, veja, sobretudo, a obra de Rosemiro Pereira Leal (2001, p.347-357).

8 É o que também se estampa, principalmente, nas obras de Felipe Peixoto Braga Netto (2011, p.48-49), Cintia Rosa Pereira de Lima (2003, p.215), Ernane Fidélis dos Santos (2003, p.273) e Claudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem (2006, p.184).

de Processo Civil brasileiro.⁹

A hipossuficiência autorizativa da distribuição *ope judicis* do ônus da prova consiste na “diminuição da capacidade do consumidor, não apenas no aspecto econômico, mas a social, de informações, de educação, de participação, de associação, entre outros” (MATOS, 1994, p.166). É a chamada hipossuficiência técnica, ou seja, a ausência de conhecimentos técnicos ou científicos do consumidor relativos à atividade desempenhada pelo fornecedor.

É que, de acordo com a dogmática jurídico-consumerista, se comparado com o consumidor, em regra, o fornecedor tem um maior esclarecimento em relação aos bens e serviços que oferta ao mercado, motivo pelo qual a produção de provas atinentes aos fatos alusivos a esses bens e serviços deve lhe ser conferida.¹⁰

A discrepância de conhecimentos técnicos ou científicos entre o consumidor e o fornecedor de bens e serviços é que justifica a realização da distribuição judicial do ônus da prova, “inclusive quando esta prova é difícil mesmo para o fornecedor, parte mais forte e *expert* na relação, pois o espírito do CDC é justamente de facilitar a defesa dos direitos dos consumidores e não o contrário, impondo provar o que é em verdade o ‘risco profissional’ ao – vulnerável e leigo – consumidor” (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2006, p.183-184).

Isso não significa afirmar, contudo, que o fornecedor deve realizar, sempre, a prova de todos os fatos controvertidos suscitados no procedimento. É de se registrar que a hipossuficiência permissiva da distribuição *ope judicis* do ônus de provar pode se verificar em relação a todos os fatos, mas, igualmente, somente quanto a um ou a alguns deles.

A distribuição judicial do ônus da prova deve ocorrer apenas em relação aos fatos sobre os quais recaia a disparidade de conhecimento, conforme esclarece Luiz Eduardo Boaventura Pacífico (2012, p.183), com base nas lições de Antonio Gidi, Milton Paulo de Carvalho Filho e Rodrigo Xavier Leonardo:

A natureza predominante técnica que conota a inversão do ônus da prova conduz a uma importante constatação: a inversão deve se operar sobre o fato (ou fatos) a respeito do que se verifique a assimetria de informação entre o consumidor e o fornecedor.

Com efeito, se a inversão tem lugar na hipótese em que o fornecedor possui o monopólio de uma determinada informação – até mesmo em razão das vicissitudes de seu processo produtivo ou graças ao seu superior poder probatório, por lhe ser mais acessível a fonte de prova, entremostra-se evidente seja ela implementada pelo juiz exclusivamente sobre o fato a respeito do qual ocorre o déficit informativo do consumidor.

Em relação aos demais fatos, por mais que o autor possa encontrar dificuldades para a prova [...], não há razão porque se opere a inversão, sendo irreparável a conclusão segundo a qual “a decisão que inverte genericamente o ônus da prova, causando ao fornecedor uma efetiva impossibilidade de produção probatória, é eivada de nulidade, em razão da violação material das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.”

A distribuição *ope judicis* do ônus da prova, logo, embora seja destinada à facilitação do direito de defesa do consumidor em juízo, não pode ser utilizada como técnica impositiva de prejuízo ao fornecedor quanto ao exercício de seus direitos fundamentais.

Paradoxalmente, entretanto, como concluiu Cíntia Rosa Pereira de Lima (2003, p.223), “a hipossuficiência do consumidor e a verossimilhança de suas alegações são conceitos jurídicos indeterminados, e que o juiz, utilizando as regras ordinárias de experiência, preencherá estes elementos normativos de acordo com as circunstâncias do caso concreto.”

Na apuração dos dois requisitos autorizativos da distribuição judicial do ônus da prova, portanto, sempre sobressai a sensibilidade judicial.

9 Os autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, nas edições iniciais de seus comentários sobre a codificação, anunciavam que a hipossuficiência autorizativa da distribuição judicial do ônus da prova seria correspondente à deficiência econômica. Entretanto, revendo esse posicionamento, afirma Kazuo Watanabe que: “Em algumas hipóteses, é suficiente que o consumidor seja dispensado dos gastos com a prova para que ele tenha a proteção necessária. Porém, analisadas várias situações hipotéticas que podem ocorrer na experiência concreta, aquela inteligência do dispositivo legal não propicia a plena consecução do objetivo colimado pelo legislador. Imaginemos um conflito de interesses entre consumidor e montadora de veículos, que diga respeito a vício de fabricação do veículo. A só demonstração, por exemplo, de que o veículo efetivamente apresenta defeito no motor poderá não ser bastante para o estabelecimento do juízo de verossimilhança quanto alegação do consumidor de que é de fabricação o vício do veículo. Não se configurará, assim, a primeira situação prevista no dispositivo em análise. Se o consumidor é pessoa dotada de situação econômica capaz de suportar os custos da demanda, a interpretação restritiva da hipossuficiência mencionada obrigaria o consumidor a assumir o ônus da prova. Não foi isso, evidentemente, o que o legislador quis estabelecer. Numa relação de consumo como a mencionada, a situação do fabricante é de evidente vantagem, pois somente ele tem pleno conhecimento do projeto, da técnica e do processo utilizado na fabricação do veículo, e por isso está em melhores condições de demonstrar a inoccorrência do vício de fabricação. A situação do consumidor é de manifesta vulnerabilidade, independentemente de sua situação econômica. O mesmo acontece, ordinariamente, nas relações de consumo em que a outra parte tem o domínio do conhecimento técnico especializado, em mutação e aperfeiçoamento constantes, como ocorre no setor de informática. Foi precisamente em razão dessas situações, enquadradas no conceito amplo de hipossuficiência, que o legislador estabeleceu a inversão do ônus da prova, para facilitar a tutela jurisdicional do consumidor.” (WATANABE et al, 2007, p.813).

10 Confira, nesse sentido, principalmente, as obras de Cecília Matos (1994, p.166-167), Mirella D'Angelo Caldeira (2001, p.166), Antonio Gidi (1995, p.35), Carlos Roberto Barbosa Moreira (1997, p.303-304), Tânia Lis Tozzoni Nogueira (1998, p.57), Luiz Eduardo Boaventura Pacífico (2012, p.182) e Voltaire de Lima Moraes (1999, p.316).

3. A ALTERNATIVIDADE DOS REQUISITOS LEGAIS PERMISSIVOS DA DISTRIBUIÇÃO JUDICIAL DO ÔNUS DA PROVA

Pela determinação do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, identifica-se que a distribuição judicial do ônus da prova é autorizada, à facilitação da defesa dos direitos do consumidor, quando for verossímil a sua alegação ou quando esse for hipossuficiente. Por uma análise gramatical e finalística da norma consumerista, logo, extrai-se que os requisitos da verossimilhança das alegações do consumidor e da sua hipossuficiência apresentam-se como alternativos, bastando que um deles esteja presente para que ocorra a distribuição *ope judicis* do ônus de provar.¹¹

Na dogmática jurídico-consumerista, entretanto, o tema é controverso. Embora o dispositivo legal seja impositivo da alternatividade dos requisitos permissivos da distribuição judicial do ônus da prova, autores diversos insurgem-se quanto à normatização, ora sustentando que a existência da verossimilhança das alegações do consumidor, *per se*, não justificaria a distribuição a que se faz referência, ora afirmando que o requisito da hipossuficiência do consumidor não basta para, isoladamente, permitir a distribuição.¹²

Para esses autores, o acolhimento da alternatividade dos requisitos legalmente exigidos à distribuição *ope judicis* do ônus da prova pode gerar uma situação de abusividade em desfavor do fornecedor, já que, por via da distribuição diversa, um novo ônus de provar lhe seria judicialmente determinado, mesmo quando as alegações do consumidor sequer se apresentarem como verossímeis,¹³ ou, ainda, quando, apesar de se qualificarem verossímeis, o consumidor não se apresentar como hipossuficiente.¹⁴

Daí, diante da gravosidade da distribuição *ope judicis* em hipóteses como essas, assevera-se que, não obstante “o texto legal fale nominalmente em verossimilhança ou hipossuficiência, a leitura correta deve substituir o disjuntivo ou pelo aproximativo e [...]” (DINAMARCO, 2001, p.80, v. III), de modo a evitar que, em determinados casos, o consumidor seja imerecidamente beneficiado pela legislação.

Um posicionamento que, como se vê, além de não valorizar a redação do texto normativo, desconsidera que a distribuição judicial do ônus da prova “serve apenas para *facilitar o exercício do direito de defesa* do consumidor (art. 6º, inc. VIII, 1ª parte, CDC), não implicando o automático reconhecimento do direito do consumidor, nem o eximindo, totalmente, do ônus de provar os fatos que conhece melhor do que o fornecedor” (CAMBI, 2006, p.414).

Em outras palavras, pelo disposto no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, a distribuição *ope judicis* do ônus de provar dá-se, exclusivamente, em prol da implementação de um direito básico do consumidor. Além disso, conforme oportunamente anunciado, a distribuição judicial do ônus da prova apenas é permitida quanto aos fatos sobre os quais recaia a assimetria de conhecimentos técnicos ou científicos.

Por consectário, como aduz André Gustavo C. de Andrade, a tese da alternatividade dos requisitos autorizativos da distribuição *ope judicis* do ônus da prova erige-se não somente como a mais consentânea com o texto do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, mas, também, como a mais apropriada aos objetivos que devem ser acatados pela codificação consumerista. Consoante salienta o autor:

A alternatividade é indicada pela interpretação literal ou gramatical do dispositivo, que utiliza a conjunção disjuntiva ou alternativa “ou” (em lugar da aditiva ou copulativa “e”) a separar os dois requisitos.

Para que se pudesse interpretar a conjunção alternativa (“ou”) como aditiva (“e”), caberia demonstrar que a inclusão da primeira no texto legal foi de todo equivocada. A conclusão pela necessária cumulatividade dos requisitos teria de ser precedida da demonstração de que a interpretação literal (que é, francamente, a mais favorável ao consumidor), seria ilógica, desarrazoada ou extravagante. [...]

O que se verifica, porém, é que a inversão do ônus da prova com fundamento isolado em cada um dos requisitos legais não acarreta ilogismo. (ANDRADE, 2003, p.93).

11 Na dogmática jurídico-consumerista, a alternatividade dos requisitos legais autorizativos da distribuição judicial do ônus da prova é aderida, sobretudo, por Eduardo Cambi (2006, p.413), Nelson Nery Júnior (1992, p.221), Carlos Roberto Barbosa Moreira (1997, p.301), André Gustavo C. de Andrade (2003, p.93-95), Mirella D'Angelo Caldeira (2001, p.173), Tânia Lis Tizzoni Nogueira (1998, p.58) e Luiz Antonio Rizzatto Nunes (2000, p.122-123).

12 É o que se lê, notadamente, nas obras de Rafael Nichele (1997, p.214), Rodrigo Xavier Leonardo (2004, p.272), Cláudio Augusto Pedrassi (2001, p.70), Cintia Rosa Pereira de Lima (2003, p.222), Cândido Rangel Dinamarco (2001, p.80, v. III) e Antonio Gidi (1995, p.34).

13 De acordo com Rodrigo Xavier Leonardo, se não for acolhida a cumulatividade dos requisitos legalmente previstos à distribuição judicial do ônus da prova, será possível que um “[...] determinado fornecedor de alimentos (um sofisticado e caríssimo restaurante) seja demandado por uma pessoa humilde que alega ter sofrido danos físicos e emocionais provenientes da ingestão de uma refeição estragada no jantar da noite passada. A despeito de não ser verossímil o consumo de alimentos, por uma pessoa humilde, naquele restaurante, não se pode duvidar de eventual hipossuficiência do consumidor em relação àquele fornecedor.” (LEONARDO, 2004, p.272). Em sentido semelhante, confira, ainda, a lição de Antonio Gidi: “Afigura-se-nos que verossímil a alegação tem que ser. A hipossuficiência do consumidor *per se* não respaldaria uma atitude tão drástica como a inversão do ônus da prova, se o fato afirmado é destituído de um mínimo de racionalidade. A ser assim, qualquer mendigo do centro da cidade poderia acionar um shopping center luxuoso, requerendo preliminarmente, em face de sua incontestável extrema hipossuficiência, a inversão do ônus da prova para que o réu prove que o seu carro (do mendigo) não estava estacionado nas dependências do shopping e que, nele, não estavam guardadas todas as suas compras de Natal.” (GIDI, 1995, p.34)

14 Nesse sentido, confira, especialmente, a lição de Cândido Rangel Dinamarco que, ao se referir à hipossuficiência como carência econômica, aduz que “[...] favorecer o consumidor abastado transgrediria a garantia da igualdade, ainda quando verossímil o que alega, porque sem o requisito da pobreza não há desigualdades a compensar”. (DINAMARCO, 2001, p.80, v. III)

Por isso, ao que nos parece, não é acolhível a exigência de cumulatividade dos requisitos legalmente previstos à dinamicidade do ônus probatório. A proposição formalizada pelo preenchimento conjunto dos requisitos autorizativos do afastamento do ônus estático de provar não se mostra resistente à testificação (POPPER, 1982, p.344).

4. O MOMENTO PROCEDIMENTAL ADEQUADO PARA A OCORRÊNCIA DA DISTRIBUIÇÃO JUDICIAL DO ÔNUS DA PROVA

Uma última divergência relevante sobre a distribuição *ope judicis* do ônus da prova diz respeito ao momento procedimental adequado para a sua realização. É que, na dogmática jurídico-consumerista, destacam-se, de um lado, autores que afirmam que a distribuição judicial do ônus de provar deve ocorrer na sentença, e, de outro, autores que indicam que a distribuição diversa do ônus da prova deve se verificar no momento do saneamento procedimental.

Uma análise detida dos posicionamentos apresentados remete-nos à conjectura de que o apontamento do momento procedimental adequado para o incremento da distribuição a que faz alusão a norma prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, é diretamente influenciado pela taxionomia atribuída às disposições atinentes ao ônus de provar.

Desta forma, se essas são compreendidas como regras de julgamento, a distribuição diversa do ônus da prova deverá ser efetivada na sentença. Se, no entanto, as normas regentes do ônus da prova são abordadas como regras de procedimento, a sua distribuição deve ocorrer no momento do saneamento procedimental.

4.1 A distribuição judicial do ônus da prova na sentença

Segundo o entendimento de que as normas fixadas sobre os ônus de provar consistem em regras de julgamento, essas devem ser compreendidas como orientadoras e auxiliares do juiz no ato de sentenciar. Assim sendo, as regras do ônus da prova, e também a sua distribuição *ope judicis*, devem ser empregadas para evitar a decretação do *non liquet* em matéria fática, de forma que a sua utilização somente é possível no instante do julgar.¹⁵

Compreendendo-se que as normas sobre o ônus da prova configuram-se como regras de julgamento, consumidor e fornecedor devem se ocupar em realizar a fixação de todos os fatos que se apresentem como objeto da prova no espaço procedimental, independentemente do ônus legalmente estipulado em matéria probatória.

Isso porque, consoante afirma José Carlos Barbosa Moreira (1984, p.181-182), o julgamento com base no ônus da prova, por si só, “é uma tragédia psicológica para qualquer juiz de sensibilidade apurada. Esse julgamento, segundo o ônus da prova, só deve sobrevir depois que se esgotarem todos os meios”, tal qual deve ocorrer em relação à distribuição judicial do ônus da prova em favor do consumidor.

É nesse sentido, aliás, que Cecília Matos (1994, p.167) ressalta, ao se pronunciar sobre o réu-fornecedor no procedimento judicial, que, se “o demandado, fiando-se na suposição de que o juiz não inverterá o ônus da prova em favor do demandante, é surpreendido com uma sentença desfavorável, deve creditar seu insucesso mais a um excesso de otimismo, do que à hipotética desobediência ao princípio da ampla defesa.”

Como registra Ernane Fidélis dos Santos, com base em Giovanni Verde, em se baseando a distribuição judicial do ônus da prova nas regras de experiência:

a cada litigante compete [...] fazer a previsão da própria conclusão judicial, optando pelo que lhe é de interesse provar. Ninguém vem ao processo para que a outra parte não prove o que lhe compete. É dever dos litigantes fornecer ao juiz todos os elementos necessários para que os fatos se esclareçam, a não ser, é claro, se tal não lhes é benéfico. Neste caso, se a parte expõe fatos determinados, com conseqüências logicamente previstas, ainda que a outra nada tivesse a provar, é dever desta última apresentar todos os elementos que possam elidir a pretensão contrária, sob pena de correr o risco de fatos serem reconhecidos contra si, independentemente do que poderia apresentar a seu favor. Tal dever de lealdade processual, não atendido, se caracteriza como verdadeira conduta omissiva por passividade que pode ser prejudicial aos interesses da parte no momento do sopesamento das provas, conforme, em comentário à posição de Muñoz Sabate, é a lição de Devis Echandía: “Pasividad, entendida como la adopción, por la parte, que no tiene la carga de probar ni de alegar, de una conducta puramente pasiva, cuando podría colaborar para el esclarecimiento de la litis, mediante aclaraciones y precisiones que normalmente daría litigante veraz o aportando pruebas que están a su alcance, siempre que no sean superfluas y que no le resulten gravosas”. (SANTOS, 2003, p.228-279)

15 Nesse sentido, veja, em especial, as obras de Cecília Matos (1994, p.167), Nelson Nery Junior (1992, p.217-218), Cíntia Rosa Pereira Lima (2003, p.227), Ernane Fidélis dos Santos (2003, p.277-278) e André Gustavo C. de Andrade (2003, p.97).

16 Para acessar um esboço histórico do princípio do contraditório, bem como o seu delineamento como garantia de influência e não surpresa, confira, notadamente, a obra de Dierle José Coelho Nunes (2008, p. 225-239). Analisando as interfaces teóricas entre a distribuição judicial do ônus da prova e o princípio do contraditório, veja, especialmente, as obras de Heitor Vítor Mendonça Sica (2007, p.63), Eduardo Cambi (2006, p.418-419), Carlos Roberto Barbosa Moreira (1997, p.306), Luiz Eduardo Boaventura Pacífico (2012, p.197-200) e Milton Paulo de Carvalho Filho (2003, p.77).

17 Nesse sentido, confira, principalmente, as obras de Fernanda Gomes e Souza Borges (2013, p.197-198), Carlos Roberto Barbosa Moreira

Na lição de Cíntia Rosa Pereira de Lima (2003, p.227), assim, o fornecedor “não pode alegar ignorância de lei que prevê como direito do consumidor a possibilidade da inversão do ônus da prova”. Se as normas determinativas do ônus de provar erigem-se como regras de julgamento, o fornecedor deve sempre considerar a possibilidade de que a distribuição indicada no art. 6º, VIII, da codificação consumerista, ocorra na sentença.

4.2 A distribuição judicial do ônus da prova no saneamento procedimental

Compreendidas as normas do ônus da prova como regras de procedimento, a distribuição *ope judicis* no ato sentencial não se apresenta recepcionável. Entendendo-se que as normas do ônus de provar são determinativas de uma atividade atribuída à parte, a distribuição diversa deve ocorrer em momento procedimental apto a possibilitar o exercício do direito de provar pelo fornecedor que, pela legislação, não seria titular inicial do ônus probatório que lhe é imputado.

Caso isso não ocorra, a distribuição judicial do ônus da prova deixará de se impor como técnica procedimental destinada à facilitação do exercício do direito de defesa do consumidor em juízo (art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor) para assumir a condição de técnica procedimental geradora de malefício ao fornecedor que, surpreendido com a distribuição *ope judicis* do ônus de provar, não teria a oportunidade de se desincumbir do novo encargo probatório que lhe é conferido e, muito menos, de participar da construção da decisão judicial, cujos efeitos sofrerá.

O que não percebem os autores que se filiam à possibilidade de que a distribuição judicial do ônus da prova ocorra na sentença é que essa distribuição requer observância irrestrita da principiologia do processo democrático. Se a distribuição *ope judicis* do ônus de provar somente ocorre no ato sentencial, o princípio do contraditório como garantia de influência e de não surpresa não receberá acatamento.¹⁶

Daí, entendemos que o momento adequado para a ocorrência da distribuição judicial do ônus da prova é o do saneamento procedimental.¹⁷ É que, de acordo com a norma extraída do art. 331, §2º, do Código de Processo Civil de 1973, é no espaço-tempo da audiência preliminar, ou do equivocadamente denominado despacho saneador, que o magistrado fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões procedimentais pendentes e determinará os meios de prova a serem utilizados, designando audiência de instrução e julgamento, caso seja necessário.

Note-se, por oportuno, que a identificação do saneamento como momento procedimental adequado para a distribuição *ope judicis* do ônus da prova fica ainda mais clara pelo disposto na Lei nº 13.105/15. Como se lê da norma prevista no art. 357, do chamado Novo Código de Processo Civil brasileiro, não se verificando, na etapa intitulada julgamento conforme o estado do processo, a extinção procedimental ou o julgamento antecipado do mérito, o juiz deverá, em decisão de saneamento, definir a distribuição do ônus da prova, observando a já mencionada normatização do art. 373.

Por consectário, uma vez que a distribuição *ope judicis* do ônus da prova apresenta-se como técnica excepcional, aplicável, exclusivamente, em favor da facilitação do exercício do direito de defesa do consumidor em juízo, é de se afastar a possibilidade de que o fornecedor seja penalizado pela ausência de uma atividade probatória que, antes da instalação da dinamicidade do ônus de provar, não lhe era legalmente exigida.

5. CONCLUSÃO

Com base no exposto, conclui-se que, apesar do longo prazo de vigência do Código de Defesa do Consumidor, a temática da distribuição judicial do ônus da prova ainda se apresenta bastante controvertida na dogmática jurídico-consumerista, principalmente no que respeita à delimitação conceitual dos seus requisitos autorizativos, à exigência da alternatividade desses requisitos para a sua realização, bem como ao momento procedimental adequado para a sua ocorrência.

Com efeito, não obstante a distribuição *ope judicis* do ônus da prova consista em um direito básico do consumidor, o seu emprego encontra-se permeado por uma série de divergências teóricas que, se não forem enfrentadas a partir dos conteúdos informativos da processualidade democrática, podem impossibilitar até mesmo o cumprimento do objetivo pretendido com a dinamicidade do ônus probatório examinada, que é a facilitação da defesa dos direitos do consumidor em juízo.

16 Para acessar um esboço histórico do princípio do contraditório, bem como o seu delineamento como garantia de influência e não surpresa, confira, notadamente, a obra de Dierle José Coelho Nunes (2008, p. 225-239). Analisando as interfaces teóricas entre a distribuição judicial do ônus da prova e o princípio do contraditório, veja, especialmente, as obras de Heitor Vítor Mendonça Sica (2007, p.63), Eduardo Cambi (2006, p.418-419), Carlos Roberto Barbosa Moreira (1997, p.306), Luiz Eduardo Boaventura Pacífico (2012, p.197-200) e Milton Paulo de Carvalho Filho (2003, p.77).

17 Nesse sentido, confira, principalmente, as obras de Fernanda Gomes e Souza Borges (2013, p.197-198), Carlos Roberto Barbosa Moreira (1997, p.306), Eduardo Cambi (2006, p.418-420), Voltaire de Lima Moraes (1999, p.317-318), Antonio Gidi (1995, p.38-39), Rafael Nichele (1997, p.221-222), Cláudio Augusto Pedrassi (2001, p.71) e Milton Paulo de Carvalho Filho (2003, p.77).

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Andréa Alves de. *Processualidade jurídica e legitimidade normativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- ANDRADE, André Gustavo C. de. A inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 48, p. 89-114, out.- dez. 2003.
- BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 86, p. 295-309, abr.- jun. 1997.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a prova. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 35, p. 177-184, 1984.
- BORGES, Fernanda Gomes e Souza. *A prova no processo civil democrático*. Curitiba: Juruá, 2013.
- BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de direito do consumidor: à luz da jurisprudência do STJ*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.
- BRASIL. Código de processo civil (1973). *Código de processo civil e constituição federal*. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BRASIL. *Lei Federal nº 8.078*, de 11 de set. de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.
- BRASIL. *Lei Federal nº 13.105*, de 16 mar. 2015. Código de processo civil.
- BRÊTAS, Ronaldo C. Dias. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*. Tradução Douglas Dias Ferreira. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003, v. III.
- CALDEIRA, Mirella D'Angelo. Ônus da prova. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 38, p. 166-180, abr.- jun. 2001.
- CAMBI, Eduardo. *A prova civil – admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Ainda a inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 807, p. 56-81, jan. 2003.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, v. III.
- GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no código do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 13, p. 33-41, jan.- mar. 1995.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I e II.
- LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- LEAL, André Cordeiro. A teoria do processo de conhecimento e a inconstitucionalidade do sistema de provas dos juizados especiais cíveis (lei n. 9.099/95). *Revista do Unicentro Izabela Hendrix*, Nova Lima, v. 2, p. 11-19, 2003.
- LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.
- LEAL, Rosemiro Pereira. A prova na teoria do processo contemporâneo. In: FIUZA, César Augusto de Castro; SÁ, Maria de Fátima Freire de; BRÊTAS, Ronaldo C. Dias (coord.). *Temas atuais de direito processual civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 347-357.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.
- LEAL, Rosemiro Pereira. Verossimilhança e inequívocidade na tutela antecipada em processo civil. In: LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 62-70.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- LIMA, Cintia Rosa Pereira de. A inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 47, p. 201-231, jul.- set. 2003.
- MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MATOS, Cecília. O ônus da prova no código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 11, p. 161-169, jul.- set. 1994.
- MORAES, Voltaire de Lima. Anotações sobre o ônus da prova no código de processo civil e no código de defesa do consumidor. *Revista Direito & Justiça*, Porto Alegre, EDIPUCRS, v. 20, n. 21, p. 309-319, 1999.

- NERY JUNIOR, Nelson. Aspectos do processo civil no código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 1, p. 200-221, 1992.
- NICHELE, Rafael. A inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor – restrições quanto à sua aplicação. *Revista Direito & Justiça*, Porto Alegre, EDIPUCRS, v. 18, n. 21, p. 209-225, 1997.
- NOGUEIRA, Tânia Lis Tizzoni. *A prova no direito do consumidor* – o ônus da prova no direito das relações de consumo. Curitiba: Juruá, 1998.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático* – uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. A inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 917, p. 175-202, mar. 2012.
- PEDRASSI, Cláudio Augusto. O ônus da prova e o art. 6º, VIII, do CDC (Lei 8.078/90). *Revista Paulista da Magistratura*, São Paulo, v. 2, jul.- dez. 2001.
- POPPER, Karl Raimund. *Conjecturas e refutações* – o progresso do conhecimento científico. Tradução Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. O ônus da prova no código do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 47, p. 269-279, jul.- set. 2003.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. II.
- SICA, Heitor Vítor Mendonça. Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII). *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 146, p. 49-68, abr. 2007.
- STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez* – investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos. 2. ed. Traducción y notas de Andrés de la Oliva Santos. Bogotá: TEMIS, 1988.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto* – decido conforme minha consciência? 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- THIBAU, Vinícius Lott. *Presunção e prova no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Arraes, 2011.
- THIBAU, Vinícius Lott. Teoria do processo democrático e técnica probatória. In: BRÊTAS, Ronaldo C. Dias; SOARES, Carlos Henrique. *Técnica processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 49-69.
- WALTER, Carlos Humberto. *Discurso jurídico na democracia* – processualidade constitucionalizada. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- WATANABE, Kazuo *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

Recebido em: 15/08/2015

Aprovado em: 18/01/2016