

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A inversão do ônus da prova e a Teoria da Distribuição Dinâmica: semelhanças e incompatibilidades

The reversal of the burden of proof and the Theory of Dynamic Distribution: similarities and incompatibilities

Leonardo Roscoe Bessa

Ricardo Rocha Leite

Sumário

INOVAÇÃO INSTITUCIONAL E RESISTÊNCIA CORPORATIVA: O PROCESSO DE INSTITUCIONALIZAÇÃO E LEGITIMAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA	14
Leandro Molhano Ribeiro e Christiane Jalles Paula	
A RESPONSABILIDADE SOCIAL DA MAGISTRATURA BRASILEIRA: ACCOUNTABILITY E RESPONSABILIDADE EM MEIO À TENSÃO ENTRE O DEVER DE PRESTAR CONTAS E A GARANTIA DA INDEPENDÊNCIA JUDICIAL	30
Marcelo Roseno de Oliveira	
THE END OF THE WORLD AS THEY KNEW IT: SHOULD FORMER JUDGES BE DENIED ADMISSION TO THE BAR AFTER THE TRANSITION TO DEMOCRACY?	42
Stefan Kirchner	
CONDICIONANTES E DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS: UM ENFOQUE COMUNITARISTA DA TRANSFORMAÇÃO SOCIAL	52
João Pedro Schmidt	
GESTÃO PÚBLICA E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: TEORIA DO ESTADO E TECNOLOGIAS DE GOVERNANÇA DIFUSA PARA CONTROLE SOCIAL	74
Thiago Souza Araujo, Kinn Peduti de Araujo Balesteros da Silva e Aires Jose Rover	
A TITULARIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS POR PARTE DE PESSOAS JURÍDICAS. A EMPRESA COMO AGENTE DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: NOTAS INTRODUTÓRIAS AO DIREITO EMPRESARIAL CONSTITUCIONAL	100
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy e Patrícia Perrone Campos Mello	
DA TEORIA OBJETIVA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E OS GRUPOS DE SOCIEDADES SOB A ÓTICA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO	121
Daniel Amin Ferraz e Marcus Vinicius Silveira de Sá	
A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA: SEMELHANÇAS E INCOMPATIBILIDADES	141
Leonardo Roscoe Bessa e Ricardo Rocha Leite	

A CLÁUSULA DE INTERDIÇÃO DE CONCORRÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO E SUA FUNDAMENTAÇÃO HISTÓRICA: O CASO DA COMPANHIA DOS TECIDOS DE JUTA (1914). NOTAS SOBRE SEUS REFLEXOS NORMATIVOS, DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS	157
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy e Daniel Amin Ferraz	
CONDITIONAL CASH TRANSFERS (CCT) IN LATIN AMERICA: ANALYZING THEIR POTENTIALS AND CHALLENGES SPECIAL REFERENCE TO THE ARGENTINE REPUBLIC	178
Luciano Carlos Rezzoagli, Gonzalo Chiapello e Florencia Cabrera	
A CONTRADIÇÃO ENTRE A REGULAMENTAÇÃO EXISTENTE E A COMPLEXIDADE DOS FATOS REAIS NO CASO DAS DROGAS PARA DOENÇAS NEGLIGENCIADAS	194
Marcos Vinício Chein Feres, Lorena Abbas da Silva, Pedro Henrique Oliveira Cuco e Alan Rossi Silva	
A EFETIVIDADE DA LEI MARIA DA PENHA QUANTO À ORIENTAÇÃO SEXUAL	210
Francisco Antonio Morilhe Leonardo	
TRANSEXUALIDADE E O “DIREITO DOS BANHEIROS” NO STF: UMA REFLEXÃO À LUZ DE POST, SIEGEL E FRASER	223
Maria Eugenia Bunchaft	
CHINA’S NEW CONCEPT OF DEVELOPMENT FROM THE PERSPECTIVE OF THE SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS	245
Di Zhou	
CONTAMINAÇÃO MICROBIOLÓGICA DA ÁGUA: PERSPECTIVAS A PARTIR DO DIÁLOGO ENTRE AS FONTES DO DIREITO	260
Patrícia Maino Wartha, Haide Maria Hupffer, Gustavo da Silva Santanna e Fernando Rosado Spilki	
SOLAR PANELS IN BRAZIL: A FEASIBLE PUBLIC POLICY	279
Henrique Pissaia de Souza	
UNIDADES DE CONSERVAÇÃO, TERRAS INDÍGENAS E QUILOMBOLAS NO ESTADO DO AMAPÁ: COMO DESENVOLVER UM ESTADO CUJO TERRITÓRIO ESTÁ 70% PROTEGIDO POR LEIS?	290
Linara Oeiras Assunção	
A EDUCAÇÃO DIFERENCIADA COMO POLÍTICA PÚBLICA DE INCLUSÃO SOCIAL DOS GUARANI E KAIOWÁ NO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL	310
Isabelle Dias Carneiro Santos	

**ESTADO E RELIGIÃO. O DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E O CRISTIANISMO: INVENTÁRIO DE
POSSIBILIDADES ESPECULATIVAS, HISTÓRICAS E INSTRUMENTAIS330**

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy e Patrícia Perrone Campos Mello

O RIO E A CIDADE: O DIÁLOGO JURÍDICO ENTRE O PLANO HÍDRICO E O PLANO DIRETOR360

Clarissa Ferreira Macedo D'Isep

A inversão do ônus da prova e a Teoria da Distribuição Dinâmica: semelhanças e incompatibilidades*

The reversal of the burden of proof and the Theory of Dynamic Distribution: similarities and incompatibilities

Leonardo Roscoe Bessa**

Ricardo Rocha Leite***

RESUMO

O presente artigo aborda o ônus da prova segundo critérios estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) e pelo novo Código de Processo Civil (NCPC) e traça um paralelo entre os institutos da inversão do ônus da prova e da distribuição dinâmica. Discutem-se as influências entre os institutos e, principalmente, se a Teoria da Distribuição Dinâmica pode ser aplicada às relações de consumo.

Palavras-chave: Vulnerabilidade do consumidor. Critérios de distribuição do ônus da prova. Inversão do ônus da prova. Distribuição dinâmica do ônus da prova. Semelhanças e incompatibilidades.

ABSTRACT

This article addresses the burden of proof according to the criteria established by the Brazilian Consumer Protection Code (local acronym CDC) and the new Code of Civil Procedure (NCPC) and draws a parallel between the institutions of shifting the burden of proof and dynamic distribution of proof. The influences between these institutions are also discussed and, especially, if the theory of dynamic distribution applies to consumer transactions.

Keywords: Vulnerability of consumer. Criteria for shifting the burden of proof. Shifting the burden of proof. Dynamic distribution of the burden of proof. Similarities and incompatibilities.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo realiza paralelo entre a inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor (Lei n 8.078/1990) e a distribuição dinâmica do ônus da prova, instituída pelo novo Código de Processo Civil (NCPC - art.373, §1º). Analisam-se as in-

* Recebido em 17/11/2016
Aprovado em 18/11/2016

** Doutor em Direito Civil pela UERJ, Mestre em Direito Público pela UnB, Professor do Programa de Mestrado e Doutorado do UNICEUB, Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal (MPDFT)

*** Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). Juiz no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Email: rrochaleite@gmail.com

fluências recíprocas e, principalmente, se o novo regime de distribuição dinâmica do ônus da prova se aplica às relações de consumo.

O ônus da prova, instituto de direito processual, deve ser analisado em conjunto com o direito material deduzido em juízo. A visão de que o ônus da prova utiliza como critério somente a posição jurídica da parte no processo está superada há tempos. Cabe ao magistrado proceder à análise de forma contextualizada e não se ater somente ao fato de ser a parte autora ou ré. O processo é um instrumento para a obtenção do direito material e seu ideal de efetividade requer, necessariamente, um olhar panorâmico da relação jurídica. Essa interpretação coordenada das regras processuais à luz do direito material fomentou os critérios estabelecidos no CDC (art. 6º, VIII) e a Teoria da Distribuição Dinâmica no novo Código de Processo Civil (art. 373, §1º).

Com esse propósito, após discorrer sobre a distribuição estática do ônus da prova e suas críticas, aborda-se o surgimento do CDC para destacar que suas disposições de direito material e processual buscam, em última análise, equilibrar as relações entre desiguais e devem ser aplicadas e interpretadas com essa perspectiva.

Na sequência, são apresentados os delineamentos da inversão do ônus da prova no Direito do Consumidor, bem como a nova sistemática da distribuição dinâmica do ônus da prova no novo CPC. A parte final do artigo dedica-se a indicar as influências recíprocas entre ambos os institutos.

2. CRITÉRIO ESTÁTICO DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Em regra, vigora, no processo civil, o critério estático da distribuição do ônus da prova (artigo 333 do CPC/1973 e artigo 373 do CPC vigente)¹. Cabe à parte autora demonstrar o fato constitutivo do seu direito e ao réu o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Esse comando é dirigido ao juiz no caso de, encerrada a fase instrutória, ainda restar a dúvida². É possível afirmar, também, que é direcionada às partes, ou seja, é uma regra de conduta, porquanto tem o condão de informar previamente a quem compete o ônus da prova. A racionalidade da norma é que a parte deve provar aquele fato que lhe beneficia e não o fato prejudicial.

O ônus da prova é antecedido pelo ônus da afirmação ou ônus da alegação. Primeiramente, a parte deve alegar e, posteriormente, comprovar o fato. A afirmação de um fato feita pelo autor e a resistência do réu tornam os fatos controvertidos e constituem o objeto de prova. Esses fatos relevantes fixam os contornos de atuação do juiz no processo e delimitam o provimento judicial a ser prolatado. Mesmo nos fatos notórios, que prescindem de prova, não há dispensa de sua afirmação, porquanto a parte visa obter uma consequência advinda da sua ocorrência. Da mesma forma, os fatos confessados pela outra parte, incontroversos e em cujo favor milite alguma presunção legal de existência ou veracidade.

As principais teorias acerca dos critérios de distribuição do ônus da prova estão embasadas em três pontos: o primeiro está ligado à natureza dos fatos que fundamentam a pretensão das partes (constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos); a segunda teoria está alicerçada nos pressupostos de fato que embasam a norma jurídica, cabendo a cada parte provar aquilo que lhe é favorável e, por fim, a terceira teoria se reporta à posição da parte em relação ao efeito jurídico desejado.

Giuseppe Chiovenda, sob o ponto de vista da aplicação do ônus da prova, vislumbra na sua repartição um princípio de justiça distributiva e menciona o critério do interesse. Se o autor não provar os fatos que

1 A regra foi mantida, *mutadis mutandis*, no novo CPC: Art. 373. O ônus da prova incumbe: I- ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II- ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

2 Leonardo Greco denomina como “[...] regras de fechamento do sistema probatório, apenas aplicáveis em caso de dúvida GRECO, Leonardo. A teoria geral do processo e a prova. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Org). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013. p.571.

afirma, o réu não tem necessidade de provar coisa alguma³. O fato constitutivo parte da normalidade de uma condição específica, “o autor deve provar os fatos constitutivos, isto é, os fatos que normalmente produzem determinados efeitos jurídicos”⁴. Em relação ao réu, “deve provar os fatos impeditivos, isto é, a falta daqueles fatos que normalmente concorrem para os fatos constitutivos, falta que impede a esses produzir o efeito que lhes é natural”⁵.

Francesco Carnelutti assevera que a função do ônus da prova se embasa na “determinação dos fatos controvertidos desconhecidos para o juiz”⁶. Destaca o risco a ser suportado pela parte no caso da falta ou insuficiência da prova e acrescenta que o interesse na demonstração da prova é bilateral, pois, uma vez afirmado o fato, cada parte possui o interesse de provar sua existência ou inexistência. E conclui: “quem propõe uma pretensão em julgamento deve provar os fatos que a sustentam; e quem opõe por sua parte uma exceção deve provar os fatos de que resulta [...]”⁷.

Leo Rosenberg destaca os aspectos de direito material que são necessários na distribuição do ônus da prova. A cada parte compete comprovar os fatos que se amoldam às normas jurídicas que lhe são favoráveis, ou seja, é um critério de autobenefício. O autor parte da natureza dos fatos alegados pelas partes e destaca que o ônus da afirmação e da prova serão distribuídos segundo as características definidas na disposição legal que se enquadram⁸.

À luz dessas teorias, é possível inferir sua importância e compatibilidade com a legislação processual civil brasileira, que adotou, como regra, o caráter distributivo do ônus da prova em observância à natureza dos fatos e à posição jurídica ocupada pelas partes. Todavia, esse critério não é suficiente para a resolução de todos os casos⁹. Em complemento, surgiram outras teorias, dentre elas a chamada Teoria da Distribuição dinâmica do ônus da prova, reconhecida pela doutrina processualista e prevista expressamente no CPC.

2.1. Críticas ao critério estático

De um modo geral, as clássicas obras sobre o ônus da prova defendiam o critério estático como a melhor forma de distribuir os encargos probatórios no processo. A justificava funda-se na necessária segurança jurídica como medida de previsibilidade do direito¹⁰. Também se vislumbrava à época uma situação de incerteza gerada pela ampliação dos poderes do juiz ao atribuir-lhe a possibilidade de redistribuir os ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto, razão pela qual via-se o ônus de forma objetiva, como regra de julgamento¹¹.

Giuseppe Chiovenda destaca o critério da oportunidade na produção da prova e sinaliza a dificuldade da formulação de um critério geral do ônus da prova. Consoante o entendimento do jurista italiano, “[...] Não

3 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002. v. 3. p. 448.

4 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual Civil*. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002. v. 3. p. 451.

5 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual Civil*. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002. v. 3. p. 451.

6 CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Trad. Lisa Pari Scarpa. Campinas: Bookseller, 2005. p. 48.

7 CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Trad. Lisa Pari Scarpa. Campinas: Bookseller, 2005. p. 257.

8 ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: EJEA, 1956. p. 91.

9 Robson Renault Godinho, ao abordar a distribuição do ônus da prova sob a perspectiva constitucional, assevera: “Com efeito, as regras de distribuição do ônus da prova são o derradeiro expediente que se vale o juiz para, diante de um quadro de carência probatória acerca de fato ou fatos relevantes, resolver a controvérsia veiculada no processo. Caso sejam traçadas apenas regras abstratas, rígidas e estáticas de distribuição desse ônus, pode haver casos concretos em que se torne impossível a produção de determinada prova pela parte que, em princípio, deveria instruir o processo, com a consequência inevitável de lhe ser negada a tutela dos direitos”. GODINHO, Robson Renault. A distribuição do ônus da prova e a Constituição. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coord). *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. São Paulo: Método, 2009. p. 294. O mesmo entendimento é apresentado por Gustavo Badaró: “O critério, adotado pelo Código de Processo Civil, fundado no direito material, não satisfaz plenamente. Tem grande utilidade como regra geral, mas não é isento de críticas BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 253.

10 ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: EJEA, 1956. p. 59.

11 MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Bogotá: Temis, 1989. p. 96-97.

é possível dizer *a priori* que a repartição da prova seja rigorosamente lógica e justa”¹². Destoou, de forma mais significativa desse método estanque, o jurista e filósofo inglês Jeremy Bentham, que, com sua visão utilitarista, argumentava que a solução prática do caso deveria observar o máximo de utilidade e bem-estar para as pessoas afetadas.”¹³

Essa teoria foi de certo modo resgatada no final do século XX por juristas argentinos, sob a direção de Jorge W. Peyrano¹⁴, que se valeram da teoria da situação jurídica processual de James Goldschmidt. Vislumbrava-se no processo a existência de uma relação jurídica e a consideração dinâmica do direito.¹⁵ A aplicação dessa teoria é indicada para os casos nos quais o critério legal ou estático não funciona adequadamente e busca a análise pelo juiz de cada processo que é posto à sua apreciação.

Independe a posição jurídica ocupada pela parte (autor ou réu), bem como a natureza do fato que é objeto de prova (constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo). Não impera a máxima probatória de que o ônus compete a quem alega, pois a sua finalidade é impor-lhe à parte que tem melhores condições de produzir a prova e atua como um complemento para melhor alcance da efetividade e da justiça possível para as partes litigantes.¹⁶

A estipulação apriorística pelo legislador dos critérios de distribuição do ônus da prova não leva em consideração todas as particularidades e as especificidades dos casos levados à apreciação do Poder Judiciário. Esse critério prévio, em algumas hipóteses, pode vir a se dissociar da visão constitucional do processo como instrumento que almeja um resultado efetivo. Para a obtenção de uma tutela jurisdicional possivelmente mais justa, há o incremento dos poderes instrutórios do juiz na tentativa de evitar que permaneça no estado da dúvida após o encerramento da instrução processual.

A visão estática do ônus probatório é objeto de críticas há tempos, pois não considera a aptidão da parte acerca do ônus que lhe é imposto em determinado caso. A distribuição dinâmica do ônus da prova teve pioneira discussão nos casos de responsabilidade civil do profissional, notadamente na hipótese de responsabilidade médica. O primeiro caso que evidenciou a insuficiência do critério estático como regra na distribuição do ônus da prova cuidava-se de ação indenizatória ajuizada por paciente, sob o argumento de que a cirurgia realizada pelo médico foi mal sucedida. Segundo essa teoria, a prova do fato constitutivo da lesão cirúrgica seria mais facilmente produzida pelo médico, o qual possuía condições técnicas mais favoráveis para sua obtenção. A visão solidarista e de justiça distributiva do processo como instrumento de poder é encampada por essa teoria.¹⁷

12 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002. v. 3. p. 448.

13 Segundo o autor: “La carga de la prueba debe ser impuesta, en cada caso concreto, a aquella de las partes que la puede aportar con menos inconvenientes, es decir, con menos dilaciones, vejámenes y BENTHAM, Jeremías. *Tratado de la pruebas judiciales*. Buenos Aires: EJEA, 1971. v. 2. p.149.

14 José Batista Lopes destaca: “Em verdade, o que Peyrano fez foi um *aggiornamento* da posição de Bentham, na medida em que procura demonstrar a insuficiência do critério estático e invariável (atribuição ao autor do ônus de demonstrar os fatos constitutivos e ao réu, os extintivos, impeditivos e modificativos). O autor argentino preocupa-se predominantemente com a possibilidade de injustiças, se mantido o rigor das regras legais sobre o ônus da prova”. LOPEZ, João Batista. Ônus da prova e teoria das cargas dinâmicas no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 204, p. 236, 2012.

15 PEYRANO, Jorge W; CHIAPINI, Julio O. Lineamentos de las cargas probatorias “dinámicas”. In: PEYRANO, Jorge W. (Dir.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 13.

16 Jorge W. Peyrano apresenta duas conclusões: a primeira relacionada à efetiva colaboração das partes na formação do convencimento judicial, o chamado princípio da solidariedade; e a segunda conclusão, que retrata seu caráter excepcional, pois somente deve ser aplicada se as regras legais não se mostrarem suficientes para a resolução do caso. PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamentos de las cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W. (Dir.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004. p.20-21. Ainda sobre a incidência excepcional da teoria, Inés Lépori White: “[...] esta nueva teoría no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que se trata de complementarla o perfeccionarla, flexibilizando su aplicación en todos aquellos supuestos en que quien debía probar según la regla tradicional se veía imposibilitado de hacerlo por motivos completamente ajenos a su voluntad”. WHITE, Inés Lépori. Cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W.(Dir.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 60.

17 Inés Lépori White ressalta a utilização da equidade pela teoria da distribuição dinâmica da prova: “Pues bien, yo me pregunto: ¿es acaso posible garantizar el derecho de defensa sin asegurar antes la justicia? ¿Qué garantía de defensa tiene la parte que queda a

No Brasil, o CDC, com o objetivo de equilibrar – material e processualmente – o vínculo entre fornecedor e consumidor, estabelece o direito à inversão do ônus da prova quando se constatar, no caso concreto, a hipossuficiência do consumidor ou a verossimilhança de suas alegações (art. 6º, VIII). Nos itens seguintes, contextualiza-se o surgimento da lei de proteção ao consumo a par de realizar análise mais detida sobre a inversão do ônus da prova.

3. PROTEÇÃO À VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

Para compreender o contexto maior de proteção ao consumidor decorrente da inversão do ônus da prova, faz-se breve referência aos antecedentes e motivos da edição da Lei n. 8.078/1990 (CDC).

A proteção jurídica do consumidor pelo Estado inclui-se em contexto histórico no qual o Código Civil (CC) perde seu caráter centralizador de regência das relações privadas e, ao mesmo tempo, em época na qual se multiplicam as normas que consideram as características reais do sujeito – o sujeito concreto, com suas especificidades –, afastando-se do paradigma oitocentista de homem abstrato e igualdade formal.¹⁸

O consumidor é a parte frágil nas mais diversas e variadas relações jurídicas estabelecidas no mercado de consumo, o qual, principalmente em sua atual conformação massificada, enseja, sob diversos enfoques, potencial e constante ofensa aos interesses materiais e existenciais do consumidor.

As sofisticadas estratégias de *marketing* e publicidade, antes de qualquer objetivo de informação ou mesmo de atender a necessidades reais, criam vontades de consumo, estimulam o consumismo. São frequentes as práticas comerciais que, além de influenciar ambiente ideal de concorrência, afetam diretamente interesses dos consumidores, com diminuição das qualidades dos produtos e serviços e aumento de preços.

Produtos fabricados e comercializados em série podem se traduzir em defeitos em série, com prejuízos morais e materiais. Os constantes chamamentos públicos (*recall*) realizados pelas empresas para reparo de produtos evidenciam a dimensão do tema.¹⁹ No ambiente virtual, observa-se o aumento numérico de vendas por meio do comércio eletrônico e, paralelamente, ofensa à privacidade do consumidor no que se refere à proteção dos seus dados pessoais.²⁰

Destaque-se, ainda, a sensível distância existente entre o relacionamento que ocorre *antes e depois* da venda. Os desrespeitos ao consumidor, após contratação do serviço e compra do produto são notórios. Acrescentem-se condutas que ofendem direitos da personalidade do consumidor, como cobrança abusiva de débitos (ofensa à honra), filas com mais de uma hora de duração, atendimentos pelos *call center*, com demora e desinformação, dificuldade e abusos no exercício de direitos que implicam cancelamento – denúncia – dos contratos de longa duração etc.

merced de la contraria porque no está al alcance de sus posibilidades materiales la prueba del caso, como en una mala praxis médica o un acto simulado? La justicia aplicada al caso concreto, es decir, la equidad, resulta entonces, a mi entender, el principal fundamento de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas”. WHITE, Inés Lépori. Cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W.(Dir.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 66.

18 BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 27.

19 O *recall* está previsto no art. 10 do Código de Defesa do Consumidor. O objetivo é evitar acidentes de consumo em situações nas quais se descobre o defeito após colocação do produto no mercado de consumo. “Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança. § 1º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários. § 2º Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço. § 3º Sempre que tiverem conhecimento de periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão informá-los a respeito.

20 Sobre o significado atual e importância de proteção jurídica da privacidade, principalmente no aspecto relativo aos dados pessoais v., por todos, DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado propiciou a edição de normas específicas de proteção a esse sujeito, principalmente a partir da década de 70.²¹ A Resolução 39/42 da Organização das Nações Unidas (ONU) reflete a existência de certo consenso na necessidade de proteção ao consumidor pelo Estado. Foi editada em 1985. Recomendou que os governos desenvolvessem e reforçassem uma política firme de proteção ao consumidor para atingir os seguintes propósitos: proteção da saúde e segurança; fomento e proteção dos interesses econômicos do consumidor; fornecimento de informações adequadas para possibilitar escolhas acertadas; educação do consumidor; possibilidade efetiva de ressarcimento do consumidor e liberdade de formar grupos e associações que possam participar das decisões políticas que afetem os interesses dos consumidores.

É nesse contexto que o Brasil estrutura a proteção normativa do consumidor a partir da Constituição Federal de 1988 (CF), a qual inclui a defesa do consumidor entre os direitos fundamentais (art. 5º, XXXII), reconhecendo implicitamente haver desigualdade material – a ser corrigida – entre consumidor e fornecedor. Ademais, explicitou-se que a defesa do consumidor constitui-se princípio a ser observado por qualquer atividade econômica (art. 170, V).²²

Em atenção ao disposto no art. 48 das disposições constitucionais transitórias (ADCT),²³ editou-se, em setembro de 1990 a Lei 8.078, mais conhecida como Código de Defesa do Consumidor²⁴, cujo inciso I, do art. 4º, explicita que a necessidade de defesa do consumidor decorre de sua fragilidade, que, tecnicamente, recebeu a denominação de *vulnerabilidade*.

21 Diversos países, principalmente a partir da década de 70, editaram normas de tutela dos interesses dos consumidores. Cite-se, apenas, a título de exemplo, a Lei alemã de 09.12.1976, conhecida como *AGB-Gesetz*, sobre condições gerais dos contratos, Lei francesa de 22.12.72 relativa à venda a domicílio, e o *Fair Credit Reporting Act* de 1970, que, ainda hoje, disciplina os bancos de dados de proteção ao crédito nos Estados Unidos. Todavia, o “nascimento” do Direito do Consumidor ocorreu na década anterior. A doutrina aponta como momento simbólico de surgimento da proteção do consumidor a mensagem do presidente dos Estados Unidos, John Kennedy, dirigida, em 15 de março de 1962, ao Congresso norte-americano na qual conferiu ênfase à necessidade de proteção aos interesses do consumidor, destacando, entre outros pontos, a necessidade de qualidade dos produtos, informação adequada, preços justos, participação do consumidor em decisões governamentais que afetem seus interesses. É justamente em razão desse acontecimento, ocorrido no dia 15 de março, que se comemora no mundo inteiro o Dia do Consumidor. No Brasil, foi por intermédio da Lei n.º 10.504, de 08 de julho de 2002, que se instituiu o dia Nacional do Consumidor. O art. 2.º estabelece que, no dia 15 de março, “os órgãos federais, estaduais e municipais de defesa do consumidor promoverão festividades, debates, palestras e outros eventos, com vistas a difundir os direitos do consumidor.”

22 Ainda sob perspectiva constitucional, a dignidade da pessoa humana, fundamento expresso da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da Constituição), justifica a proteção da pessoa humana no mercado de consumo. De fato, “a proteção do consumidor deve ser estudada como momento particular e essencial de uma tutela mais ampla: aquela da personalidade humana. Gustavo Tepedino, o qual, sustenta, com absoluta propriedade, que o art. 5º, XXXII, art. 170, V, devem ser analisados em conjunto com o disposto no art. 1º, III e 3º, III, da Constituição Federal: “O Constituinte, assim procedendo, não somente inseriu a tutela dos consumidores entre os direitos e garantias individuais, mas afirma que sua proteção deve ser feita do ponto de vista instrumental, ou seja, com a instrumentalização dos seus interesses patrimoniais à tutela de sua dignidade e aos valores existenciais. Trata-se, portanto, do ponto de vista normativo, de proteger a pessoa humana nas relações de consumo, não já o consumidor com uma categoria per se considerada.” A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica Civil-constitucional. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 279-281.

23 “Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.”

24 O CDC inspirou-se em importantes modelos legislativos de outros países. A maior influência veio do *Projet de Code de la Consommation*. Os direitos básicos do consumidor foram extraídos da Resolução 39/248, da ONU. Merecem referência, também, a Lei General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios da Espanha (Lei 26/1984), a Lei 29/81, de Portugal, a Lei Federal de Protección al Consumidor, de 05 de fevereiro de 1976, do México e a Loi sur la Protection du Consommateur, promulgada em 1979, no Quebec. Em relação a matérias específicas, houve inspiração no Direito Comunitário europeu: Diretivas 84/450 (publicidade) e 85/374 (responsabilidade civil pelos acidentes de consumo). Concernente à proteção contratual do consumidor, citem-se o Decreto-lei 446/85 de Portugal e a Gesetz zur Regelung des Rechts des Allgemeinen Geschäftsbedingungen – AGB Gesetz, de dezembro de 1976, da Alemanha. A influência do direito norte-americano decorreu diretamente do Federal Trade Commission Act, do Consumer Product Safety Act, do Truth in Lending Act, do Fair Credit Reporting Act e do Fair Debt Collection Practices Act. Registre-se, ainda, influência indireta na medida em que as regras europeias mais modernas de proteção ao consumidor inspiraram-se nos cases e estatutes americanos. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 10.

O Código de Defesa do Consumidor protege o sujeito fraco da relação de consumo²⁵ e o faz por meio de normas materiais, administrativas, penais e processuais. Ademais, considera-se, que, invariavelmente, não é suficiente delinear direitos materiais sem algum equilíbrio de forças no âmbito do processo civil. Nessa linha, a lei estabeleceu alguns benefícios processuais para facilitar a defesa dos interesses do consumidor em juízo: 1) inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII); 2) vedação da denunciação da lide em algumas situações (art. 13, parágrafo único c/c o art. 88); 3) possibilidade de ajuizamento da ação no domicílio do consumidor (art. 101, I); 4) possibilidade de tutela de direitos metaindividuais no mercado de consumo (art. 81 a 104).

Considerando-se o objetivo do presente artigo, o item seguinte realiza abordagem sobre a inversão do ônus da prova em favor do consumidor (art. 6º, VIII).

4. PANORAMA SOBRE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CDC

O advento do CDC, em 1990, fomentou a discussão sobre a aplicação da Teoria da Distribuição Dinâmica do ônus da prova. O art. 6º, VIII, assegura a facilitação da defesa do consumidor, em termos processuais, pela possibilidade de inversão do ônus da prova no processo civil. Essa proteção encontra seu fundamento no reconhecimento da dificuldade prática de os consumidores demonstrarem os elementos fáticos que integram a causa de pedir e sustentam a sua pretensão. A finalidade da inversão do ônus da prova ultrapassa a necessidade de promover a igualdade substancial. Possui caráter didático: pauta a atuação futura do fornecedor que deve agir no mercado com lealdade e respeito.

A inversão do ônus da prova, como conceitua Érico de Pina Cabral, é “um direito subjetivo do consumidor no processo civil, quando ‘a critério do juiz, for verossímil a alegação e hipossuficiente o consumidor, segundo as regras ordinárias da experiência’”.²⁶

O disposto no art. 6º, VIII, do CDC é, majoritariamente, compreendido pela doutrina como inversão *ope iudicis*, isto é, ocorre a partir de exame e determinação do juiz. Nesse sentido, entende-se que não se trata de inversão legal e automática, mas sim decorrente da análise objetiva do juiz quanto à presença dos respectivos pressupostos.²⁷

De outro lado, sustenta-se exegese mais restrita: a norma em questão confere poder ao juiz, apenas, para aferir, no caso concreto, a presença dos requisitos que determinam a inversão, porquanto, uma vez identificados, torna-se consequência necessária a decisão pela inversão do ônus da prova. Nesses termos, tratar-se-ia de inversão *ope legis* – decorrente de determinação legal.²⁸ Essa divergência não ganha relevo na prática, pois, independentemente do entendimento adotado, verifica-se a necessidade de aferição dos requisitos referidos na norma do art. 6º, VIII, do CDC, pelo juiz, na hipótese *in concreto*, a partir de parâmetros objetivos, para a que se aplique a inversão do ônus da prova²⁹.

Cabe destacar que as normas CDC são de ordem pública e de interesse social (art. 1º, CDC), o que implica reconhecer que suas determinações são de aplicação cogente, de observância necessária. Trata-se de um desdobramento das normas de proteção de um segmento social considerado vulnerável.³⁰ A inversão do ônus da prova situa-se no rol dos direitos básicos do consumidor e medida processual de efetivação do princípio geral de facilitação da defesa de seus direitos, devendo ser deferida independentemente de reque-

25 Sobre relação de consumo e incidência do Código de Defesa do Consumidor, v. BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

26 CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova*. São Paulo: Método, 2008. p. 369.

27 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 214.

28 Nesse sentido, ver GIDI, Antônio. Aspectos da inversão do ônus da prova no código do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 13, p. 36, 1995.

29 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 214.

30 CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova*. São Paulo: Método, 2008. p. 405-406.

rimento específico no processo³¹.

Na sequência, antes do paralelo entre o CDC e novo CPC, abordam-se três questões: a diferença conceitual entre vulnerabilidade e hipossuficiência; a alternatividade ou cumulatividade dos requisitos elencados pelo art. 6º, VIII, do CDC; e o momento processual da inversão do ônus da prova conforme evolução jurisprudencial do STJ.

4.1. Os pressupostos para inversão do ônus da prova no CDC

A inversão do ônus da prova é uma medida que excepciona a regra estabelecida no art. 373, do CPC. Subordina-se à existência de pressupostos elencados expressamente na lei para sua adoção *in concreto*: a verossimilhança das alegações do consumidor ou sua hipossuficiência.

Verossímil é o que se apresenta como verdadeiro, quando o fato alegado reveste-se da aparência da verdade, aferida pelo juiz, considerando-se os mais diversos critérios, tais como os sociais, técnicos, jurídicos, econômicos³².

Para tratar do outro requisito, é importante, antes, destacar a distinção dos conceitos de hipossuficiência e vulnerabilidade. Em face do que dispõe o art. 4º, I, do CPC, todos os consumidores são vulneráveis. De modo diverso, a hipossuficiência é uma circunstância processual de desigualdade, significa dificuldade de realizar a prova de determinado fato. É possível visualizar a vulnerabilidade como condição material, estabelecida pelo CDC, que se estende a todos os consumidores, ao passo que a hipossuficiência é condição processual, cuja presença depende do convencimento judicial. Nesse sentido, Érico de Pina Cabral ensina que a hipossuficiência é “conceito relacional, formulado a partir da comparação entre dois polos da relação processual e que tem, como objetivo, garantir a simetria na produção das provas para julgamento da lide”³³.

Em geral, a hipossuficiência, como causa da impossibilidade fática do consumidor de realizar prova e sustentar sua pretensão, é identificada como ausência de condição econômica para arcar com os custos do processo. No entanto, a falta de condições econômicas, por si só, não caracteriza a hipossuficiência do consumidor para realização da prova, mas sim a constatação de que a produção da prova constitutiva de seu direito será praticamente impossível por falta de condições técnicas para tanto.³⁴ A impossibilidade pode se dar pelo fato de que as provas a serem produzidas não se encontram no poder do consumidor e sim com o fornecedor, a quem se resguarda o direito não produzir provas contra seus próprios interesses.³⁵

Assim, conforme sustenta José Rogério Cruz e Tucci, em razão da dinâmica das relações de consumo – cujo poder de direção e conhecimento especialização pertencem, como regra, ao fornecedor –, a clássica regra da distribuição do ônus da prova contida no art. 373 do novo CPC (que reproduz a regra do art. 333

31 CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova*. São Paulo: Método, 2008. p. 405-406.

32 CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova*. São Paulo: Método, 2008. p. 372.

33 CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova*. São Paulo: Método, 2008. p. 380.

34 CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova*. São Paulo: Método, 2008. p. 377.

35 Consumidor. Recurso especial. Ação de reparação por danos materiais e de compensação por danos morais. Ocorrência de saques indevidos de numerário depositado em conta poupança. Inversão do ônus da prova. Art. 6º, VIII do CDC. Possibilidade. Hipossuficiência técnica reconhecida. Responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços. Art. 14 do CDC. 1. Trata-se de debate referente ao ônus de provar a autoria de saque em conta bancária, efetuado mediante cartão magnético, quando o correntista, apesar de deter a guarda do cartão, nega a autoria dos saques. 2. O art. 6º, VIII, do CDC, com vistas a garantir o pleno exercício do direito de defesa do consumidor, estabelece que a inversão do ônus da prova será deferida quando a alegação por ele apresentada seja verossímil ou quando for constatada a sua hipossuficiência. 3. Reconhecida a hipossuficiência técnica do consumidor, em ação que versa sobre a realização de saques não autorizados em contas bancárias, mostra-se imperiosa a inversão do ônus probatório. 4. Considerando a possibilidade de violação do sistema eletrônico e tratando-se de sistema próprio das instituições financeiras, a retirada de numerário da conta bancária do cliente, não reconhecida por esse, acarreta o reconhecimento da responsabilidade objetiva do fornecedor do serviço, somente passível de ser ilidida nas hipóteses do § 3º do art. 14 do CDC. 5. Recurso especial não provido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. REsp 1155770 PB 2009/0191889-4. Relator: Min. Nancy Andriighi. Brasília 15 de dezembro 2011. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 09 mar. 2012.

do CPC/1973) pode tornar-se injusta no âmbito das relações de consumo, em razão da disparidade de armas entre o consumidor e o fornecedor, a parte mais bem informada da relação de consumo.³⁶

4.2. Alternatividade dos requisitos?

É necessário, para cumprir o objetivo do trabalho, analisar divergência doutrinária quanto à cumulatividade dos pressupostos elencados no art. 6º, VIII, do CDC. Leitura literal do dispositivo sugere que apenas um desses requisitos (hipossuficiência ou verossimilhança) é suficiente para se proceder à inversão do ônus da prova.³⁷

Para Teresa Arruda Alvim, o legislador equivocou-se ao não colocar a partícula “e” no lugar da partícula “ou”. Os dois pressupostos são exigidos para que haja a inversão.³⁸ Segundo esse entendimento, mesmo que verossímil a alegação do consumidor, não se justifica a inversão do ônus da prova se não constatada a hipossuficiência, dado que, *in casu*, consumidor e fornecedor estão em paridade de armas no processo, não se justificando o tratamento favorecido ao consumidor. A inversão baseada em apenas um desses fatores, conforme lição de Alexandre Freitas Câmara, leva a resultados injustos pois desequilibra o processo, viola a garantia da isonomia e, por consequência, a do devido processo legal.³⁹

No mesmo sentido, sob outra perspectiva, é possível constatar que, embora com dificuldade de provar sua pretensão em juízo (hipossuficiente), as alegações do consumidor não são dotadas de um mínimo de razoabilidade ou de provável veracidade (verossimilhança).⁴⁰ Ilustre-se com extravio de bagagem e alegação do consumidor de que havia dois ou três casacos de couro – e várias outras peças de roupas de inverno – para viagem turística em local tropical. Sustenta-se, diante desse quadro, ser necessária a presença de ambos os pressupostos para realizar a inversão do ônus com base no CDC: verossimilhança das alegações e hipossuficiência do consumidor. É equivocada a ideia de inverter-se o ônus da prova quando a alegação não for verossímil ou, sendo verossímil, não se constatar a hipossuficiência do consumidor quanto à produção da prova.

4.3. Momento da inversão do ônus da prova no CDC

A inversão do ônus da prova em favor do consumidor pode, em tese, ocorrer em três diferentes momentos: (1) no início do processo – quanto há a citação do fornecedor-réu; (2) no saneamento do processo, por intermédio de decisão judicial que dá conhecimento às partes sobre sua aplicação; (3) no momento da sentença, adotando a inversão como regra de julgamento.⁴¹

O momento processual da inversão do ônus da prova gerou intenso debate na doutrina e nos tribunais. Várias críticas foram apresentadas a todas as correntes. A inversão no momento inicial do processo – dando ciência ao fornecedor-réu no momento da citação – suscita críticas fundamentadas no argumento de que haveria julgamento antecipado da causa, por dar-se antes das alegações do réu.

A inversão no momento do julgamento do processo enfrenta crítica concernente à violação das garantias processuais do fornecedor – contraditório e ampla defesa –, no sentido em que não lhe seria dada oportunidade de defesa adequada, posto que a decisão sobre a inversão – e, conseqüentemente, sobre a necessidade

36 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Código do consumidor e processo civil*: aspectos polêmicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 33.

37 Nesse sentido: MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 210.

38 ALVIM, Teresa Arruda. Noções gerais sobre processo no Código de Defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 10, p. 256, 1994.

39 CÂMARA, Alexandre Freitas. Tutela jurisdicional dos consumidores. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JUNIOR, Fredie. (Coord). *Procedimentos especiais cíveis*: legislação extravagante. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1091.

40 CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova*. São Paulo: Método, 2008. p. 379-383.

41 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 215

de produção de provas pelo fornecedor – só se daria quando não mais existisse a oportunidade de fazê-lo.⁴² Após exaustivo debate, assentou-se, no âmbito do STJ, que a inversão deve ocorrer na fase de saneamento do processo⁴³. Fundamenta-se essa posição em dois argumentos: (i) respeito ao contraditório e ampla-defesa e (ii) possibilidade de realizar o juízo da verossimilhança das alegações do autor.

A aplicação da regra de inversão na fase de saneamento e organização do processo evita tomar as partes de surpresa, permitindo ao fornecedor, na hipótese de deferimento da medida, produzir provas para a instrução do feito. Ademais, é inconcebível que se faça um adequado juízo de verossimilhança acerca das alegações do autor sem que antes o juiz tome conhecimento dos fatos apresentados pelo fornecedor-réu.⁴⁴ Essa posição influenciou a redação do art. 373, § 1º, do CPC, a qual estabelece que a distribuição dinâmica do ônus da prova deve ocorrer por decisão fundamentada “caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”.

5. A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA NO CPC

A distribuição dinâmica do ônus da prova está, expressamente, prevista no artigo 373, §1º, do CPC⁴⁵, o qual determina que, nos casos previstos em lei ou diante das peculiaridades da causa no que tange à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo e a maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, pode o magistrado distribuir o ônus de forma diversa. Observa-se de imediato a aproximação com o pressuposto da hipossuficiência do consumidor que, em síntese, significa a dificuldade de produzir prova sobre determinado fato.

É possível inferir do dispositivo a intenção do legislador de também abarcar o ônus da prova subjetivo para induzir o comportamento das partes na atividade probatória. Essa teoria está embasada em três argumentos fundamentais: “i) pressupõe uma visão cooperativa e publicista do processo civil; ii) busca promover a igualdade, em sentido material, das partes; iii) fundamenta-se nos deveres de lealdade e de colaboração das partes no processo civil”⁴⁶.

Para parcela da doutrina, a dinamização da prova é uma regra de julgamento, ou seja, não haveria necessidade do conhecimento prévio das partes acerca de sua aplicação pelo juiz⁴⁷. Contudo, o CPC tem por escopo assegurar ao máximo o contraditório às partes, inclusive em matérias de ordem pública⁴⁸. É o que se tem denominado de contraditório substancial. Nesse sentido, o artigo 357, inciso III, que trata da fase de saneamento e organização do processo, prevê que o juiz deverá definir a distribuição do ônus da prova,

42 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 215.

43 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 802832/MG*. Segunda Seção. DJ13 abr 2011. Voltaire de Lima Moraes também explicitou esse entendimento: “Em sendo assim, o momento adequado para a decretação da inversão do ônus da prova dar-se-á por ocasião do saneamento do processo, quando, inexistente a audiência de conciliação, o juiz tiver fixado os pontos controvertidos, aí sim, em seguimento, decidirá as questões processuais pendentes, dentre as quais o cabimento ou não da inversão do ônus da prova (art. 331, §2º, do CPC), ficando dessa forma cientes as partes da postura processual que passarão a adotar, não podendo alegar terem sido surpreendidas, especialmente aquele que recebeu o encargo de provar”. MORAES, Voltaire de Lima. Anotações sobre o ônus da prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). *Doutrinas essenciais direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 6. p.583-584.

44 CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova*. São Paulo: Método, 2008. p. 400.

45 Art. 373. §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.

46 CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do art. 373, §§1º e 2º do NCPC. In: MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). *Processo de conhecimento: provas*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 445.

47 PEYRANO, Jorge W; CHIAPINI, Julio O. Lineamentos de las cargas probatorias “dinâmicas”. In: PEYRANO, Jorge W. (Dir.). *Cargas probatorias dinâmicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 22-23.

48 Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

observado o artigo 373⁴⁹. O CPC adotou, expressamente, a Teoria da Distribuição Dinâmica do ônus da prova e a tratou como uma regra de instrução ou procedimento. Como adiantado, a nova lei processual alinhou-se com a jurisprudência do STJ construída a partir da discussão sobre o momento da inversão do ônus da prova no direito do consumidor (CDC, art. 6º, VIII).

5.1. A impossibilidade ou excessiva dificuldade de produzir a prova e a maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário

A descrição legal da Teoria da Distribuição Dinâmica, prevista no artigo 373, §1º, do CPC, prevê como um dos requisitos a impossibilidade ou dificuldade de produzir a prova por uma das partes. Ao mesmo tempo, o dispositivo legal elenca a sua contraface: a facilidade de obtenção da prova do fato contrário pela outra parte. Dessa forma, cada um dos requisitos reflete a situação de uma parte na relação processual, ou seja, para uma é impossível ou excessivamente difícil a prova de um fato e, em contrapartida, a parte adversa detém melhores condições de produzir aquele meio de prova.

Trata-se de conceito jurídico indeterminado e que deixa a critério do juiz a sua elucidação, observadas as peculiaridades da causa. Cabe ao magistrado distribuir o ônus a quem detém os elementos da prova. Com base nessa interpretação calcada no modelo cooperativo de processo, embora o texto legal se reporte à alternatividade dos requisitos (excessiva dificuldade “ou” maior facilidade de obtenção da prova), não é possível inferir logicamente que, para o reconhecimento do instituto, seja possível essa aplicação alternada.

Caso se entenda que basta um dos requisitos, evidenciada, no caso concreto, a dificuldade na obtenção da prova para uma das partes, possível se torna a aplicação da teoria. Não caberia ao magistrado perquirir sobre a facilidade da obtenção da prova do fato contrário pela parte adversa. Contudo, essa situação processual é vedada no parágrafo seguinte (art. 373, § 2º, do CPC), que repele a distribuição dinâmica do ônus da prova quando gere excessiva dificuldade também para a outra parte. É a chamada “prova diabólica”. Dessa forma, a melhor interpretação é que o magistrado se atenha ao encargo de ambas as partes e, para isso, há necessidade que os requisitos sejam analisados cumulativamente.

5.2. A prova “diabólica” na teoria da distribuição dinâmica

A prova muito difícil ou impossível de ser comprovada é denominada de prova “diabólica” ou odiosa e normalmente está associada à atribuição da prova de um fato negativo. O artigo 373, § 2º, do CPC, prevê: “A decisão prevista no §1º desse artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”. A situação contempla um limite à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, pois essa pressupõe uma situação de desigualdade⁵⁰. A dosagem a ser feita pelo juiz, na tentativa de reequilibrar as partes, tem de ser criteriosa, pois não é possível inverter a desigualdade.⁵¹

O limite material da distribuição dinâmica do ônus da prova é verificado na alteração do encargo probatório que cria uma prova “diabólica” reversa, ou seja, o deslocamento do ônus da prova é inviável por se tratar de um fato excessivamente difícil ou impossível de ser comprovado pela outra parte⁵². Inclusive, essa situação pode ser evidenciada posteriormente, em decorrência de fato ou circunstância superveniente que

49 Art. 357. III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373.

50 BARBERIO, Sérgio José. Cargas probatórias dinâmicas: ¿Qué debe probar el que no puede probar? In: PEYRANO, Jorge W. (Dir). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 104.

51 FABRICIO, Adroaldo Furtado. As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 7, p. 31-32, 1993.

52 KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 188.

venha alterar o panorama até então traçado no processo⁵³.

A prova “diabólica” pode ocorrer de forma unilateral, ou seja, o fato é impossível ou extremamente difícil de ser comprovado por uma das partes, mas viável para outra. Nesse caso, cabe ao juiz distribuir dinamicamente esse ônus, para que o fato seja comprovado por aquela parte que tem melhores condições de fazê-lo. O problema surge quando a prova é bilateralmente diabólica, ou seja, a prova do fato é impossível ou extremamente difícil para ambas as partes. Nessa hipótese, não há se falar na possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova.⁵⁴

6. PARALELO ENTRE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA (CDC) E A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA (CPC)

Ao estabelecer um critério judicial como facilitador processual (art. 6º, VIII), o legislador teve por propósito reconhecer a dificuldade de o consumidor, em algumas hipóteses, comprovar os fatos constitutivos do seu direito. Esse desiderato, em linhas gerais, possui certa correspondência com a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no que diz respeito à hipossuficiência.⁵⁵

O ponto de contato entre os institutos é a hipossuficiência processual que, no CDC, é somente um dos critérios a ser valorado pelo juiz no caso concreto. O magistrado também pode se valer da verossimilhança, segundo as máximas de experiência. Essa hipossuficiência pode ser vislumbrada, por exemplo, no caso de uma gravação de voz de contato telefônico realizado entre consumidor e fornecedor. Como a gravação geralmente é mantida em poder deste, aquele é considerado hipossuficiente para a obtenção do documento.

Os dois institutos atuam como facilitadores processuais à parte hipossuficiente. Ambos são métodos judiciais de análise dos fatos e do conjunto probatório. Nesses casos, o juiz se vale das regras de experiência para análise dos requisitos no caso concreto. Não há sentido no reconhecimento de uma parte como hipossuficiente no processo se não há utilização das máximas de experiência, pois se trata de um critério judicial de reconhecimento da prova de um fato pelo consumidor, no caso do CDC, ou da imposição do ônus da prova à parte que tem melhores condições na sua produção, no caso da teoria da distribuição dinâmica prevista no CPC.

O CDC é expresso em reconhecer a possibilidade de utilização de critério dinâmico da prova somente unicamente *a favor* do consumidor-autor. Portanto, não se admite a inversão em eventual ação ajuizada pelo fornecedor contra o consumidor. A imposição ao consumidor da prova de um fato impeditivo, modificativo

53 CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 92-93.

54 Segundo Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero: “Haverá casos, porém, em que a modificação do ônus da prova é mais fácil para uma parte do que para a outra ou de que a sua produção seja difícil ou impossível para uma ou para a outra. Nesses casos, em que a produção da prova é árdua às *duas partes*, não é possível aplicar-se a modificação do regime do ônus da prova, mesmo porque ela implicaria simplesmente transferência de uma situação insuperável, de uma parte para outra”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2. p. 268.

55 Nesse sentido, Pedro Henrique Nogueira: “Ademais, a ideia subjacente à inversão judicial do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor, ao menos na hipótese de ‘hipossuficiência’, coincide com um dos propósitos da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova: evitar a prova diabólica e permitir que o juiz, no caso concreto, possa conferir a carga probatória quanto a determinados fatos discutidos no litígio a quem se encontre no processo, segundo as circunstâncias próprias da situação concreta, em melhores condições de provar o fato controvertido”. NOGUEIRA, Pedro Henrique. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor como técnica de distribuição dinâmica da carga probatória. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 75, p.109, 2009. Marcelo Pacheco Machado também ressalta esta finalidade comum aos institutos: “[...] Quer-se evitar, em ambos os casos, que dificuldades econômicas ou conjunturais de uma das partes, em produzir determinada espécie de prova, façam com que esta receba sentença de mérito desfavorável. O valor que se visa a atingir é, nitidamente, o de maior justiça na decisão judicial”. MACHADO, Marcelo Pacheco. Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do Projeto de Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 208, p.304, 2012.

ou extintivo que, de regra, compete ao fornecedor, significaria a total subversão do sistema. Presentes os pressupostos necessários, deve-se realizar a inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Caso não se trate de relação de consumo (vínculo entre *iguais*), o juiz analisa a possibilidade de aplicação da distribuição dinâmica se a regra estática for insuficiente para melhor elucidação dos fatos.

Em outros termos, na relação entre *iguais*, caso o magistrado não reconheça a existência dos requisitos legais, é mantida a regra do critério estático. Ao autor competirá a prova do fato constitutivo durante a instrução processual. Se não se desincumbir de seu encargo probatório, incidirá a regra de julgamento com a observância de qual das partes assumiu maior risco de uma decisão desfavorável, ou seja, encerrada a instrução processual, como é vedado o pronunciamento do *non liquet* pelo juiz, deverá julgar o pedido mesmo diante do seu estado de dúvida.⁵⁶

A distribuição dinâmica do ônus da prova, nos termos previstos no novo CPC, não aplica à relação do consumo. O CDC, considerando a fragilidade processual do consumidor, prevê um critério específico na distribuição do ônus da prova. O legislador facultou ao juiz, de acordo com as regras de experiência, isentar o consumidor da prova de algum ou alguns fatos constitutivos do seu direito, desde que demonstrada a hipossuficiência e a verossimilhança do alegado.

Diante de todas as considerações, conclui-se pela inaplicabilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova nas relações de consumo. Ao contrário, a prática e jurisprudência construída em torno do art. 6º, VIII, do CDC, deve servir de norte para enfrentar eventuais dificuldades hermenêuticas apresentadas pelo art. 373 do novo CPC, particularmente em relação ao conceito de hipossuficiência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, Teresa Arruda. Noções gerais sobre processo no Código de Defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 10, 1994.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BESSA, Leonardo Roscoe. *Relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BARBERIO, Sérgio José. Cargas probatórias dinâmicas: ¿Qué debe probar el que no puede probar? In: PEYRANO, Jorge W. (Dir). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- BENTHAM, Jeremías. *Tratado de la pruebas judiciales*. Buenos Aires: EJEJA, 1971. v. 2.
- CABRAL, Érico de Pina. *Inversão do ônus da prova*. São Paulo: Método, 2008.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Tutela jurisdicional dos consumidores. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JUNIOR, Fredie. (Coord). *Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do art. 373, §§1º e 2º do NCP. In: MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org). *Processo de conhecimento: Provas*. Salvador: Juspodivm, 2015.
- CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Trad. Lisa Pari Scarpa. Campinas: Bookseller, 2005.

56 Cecília Matos aponta que a “[...] a grande questão sobre o ônus da prova não é o que se prova ou quem prova, mas quem sofre as consequências pela falta da prova”. MATOS, Cecília. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista Justitia*, São Paulo, n. 57, p. 96, 1995.

- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002. v. 3.
- CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.
- DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FABRICIO, Adroaldo Furtado. As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 7, 1993.
- GIDI, Antônio. Aspectos da inversão do ônus da prova no código do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 13, 1995.
- GODINHO, Robson Renault. A distribuição do ônus da prova e a Constituição. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coord). *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. São Paulo: Método, 2009.
- GRECO, Leonardo. A teoria geral do processo e a prova. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Org). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LEGUISAMÓN, Héctor E. La necesaria madurez de las cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W.(Dir.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- MACHADO, Marcelo Pacheco. Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do Projeto de Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 208, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2.
- MATOS, Cecília. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista Justitia*, São Paulo, n. 57, 1995.
- MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Bogotá: Temis, 1989.
- MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MORAES, Voltaire de Lima. Anotações sobre o ônus da prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org). *Doutrinas essenciais direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 6.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor como técnica de distribuição dinâmica da carga probatória. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 75, 2009
- PEYRANO, Jorge W; CHIAPINI, Julio O. Lineamentos de las cargas probatorias “dinámicas”. In: PEYRANO, Jorge W. (Dir.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamentos de las cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W. (Dir.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: EJEJA, 1956.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Código do consumidor e processo civil: aspectos polêmicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

WHITE, Inés Lépori. Cargas probatorias dinâmicas. In: PEYRANO, Jorge W.(Dir.). *Cargas probatorias dinâmicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.