

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM FAVOR DO CONSUMIDOR*

ALEXANDRE FREITAS CÂMARA

Advogado. Professor de Direito Processual Civil da EMERJ e dos cursos de pós-graduação das Universidades Estácio de Sá, Cândido Mendes e Católica de Petrópolis.

I. INTRODUÇÃO

O processo civil moderno não admite que o juiz se exima de julgar. É a vedação do *non liquet*, corolário da garantia constitucional de acesso à tutela jurisdicional. Assim sendo, algumas regras de julgamento precisam ser estabelecidas pelo ordenamento jurídico para evitar que o juiz deixe de proferir decisão sobre o mérito da causa, em razão de não ter elementos suficientes para fazê-lo. Isto porque, como sabido, no processo de conhecimento, e para julgar o *meritum causae*, tem o juiz de verificar como se passaram os fatos da causa, aplicando-lhes a norma jurídica incidente na espécie. Assim sendo, é preciso que o julgador tenha condições de reconstruir os fatos relevantes para a causa, o que se faz através da instrução probatória e, ainda, que seja capaz de identificar a norma jurídica que incide na espécie. Esta segunda parte da atividade judicante não pode oferecer, a princípio, maior dificuldade, já que *iura novit curia*, ou seja, o juiz conhece o direito. Significa isto dizer que é dever do juiz conhecer as leis do lugar em que exerce suas funções (e só as daquele lugar, o que justifica a existência, no sistema processual, da norma constante do art. 337 do CPC, que permite ao magistrado determinar à parte que tenha alegado direito de outro lugar – Município, Estado ou País – ou direito consuetudinário que prove seu teor e vigência), não podendo ele deixar de julgar por desconhecimento da lei. Há, todavia, casos em que não há lei incidente sobre a hipótese deduzida em juízo, o que faz com que se esteja diante de uma *lacuna na lei*. É dever do juiz, porém, suprir a lacuna encontrada, o que se faz pela aplicação das regras de julgamento estabelecidas para tais casos. Dispõe, assim, o art. 126

* Texto de palestra proferida na Escola Judicial Des. Edésio Fernandes, do TJMG, em 18/10/2001.

do Código de Processo Civil, que o juiz suprirá a lacuna legal utilizando-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do Direito. Tem-se aí, pois, uma regra de julgamento para os casos de insuficiência do sistema jurídico vigente, por haver lacuna na lei.

Mais difícil é a solução do problema que eventualmente surja com relação às questões de fato envolvidas no processo. Isto porque muitas vezes a prova produzida no processo não é suficiente para permitir a formação do convencimento do juiz. Sendo suficiente o material probatório produzido, maior problema não haverá, já que com as provas produzidas o juiz será capaz de reconstruir o modo como se passaram os fatos da causa. A insuficiência da prova, porém, não pode permitir que o juiz deixe de julgar a causa sob o fundamento de que não foi capaz de reconstruir os fatos. Era preciso aqui também, a criação de regras de julgamento, destinadas a impedir o *non liquet* nos casos em que o juiz não tivesse obtido elementos suficientes para formar convicção quanto aos fatos relevantes para o julgamento do mérito. Estas regras de julgamento são as regras de distribuição do ônus da prova, as quais permitirão, como se verá, que o juiz estabeleça qual deve ser o resultado do julgamento do mérito em um processo insuficientemente instruído.

Pode-se, pois, afirmar, que as regras de distribuição do ônus da prova e as regras que estabelecem os meios de suprimento das lacunas da lei são espécies de um só gênero. São normas destinadas a impedir o juiz de se eximir de julgar, assegurando, assim, a entrega da tutela jurisdicional, com o que se dá cumprimento à solene promessa constitucional de acesso à justiça.

O objetivo desta exposição é apresentar algumas reflexões sobre a inversão do ônus da prova em defesa do consumidor, na forma como regulado o tema pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), o que não se poderá fazer sem que antes se façam algumas considerações introdutórias sobre o tema do *onus probandi*.

II. O ÔNUS DA PROVA: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Como é notório, o ônus da prova é distribuído entre as partes pelo art. 333 do CPC, segundo o qual incumbe ao demandante o ônus da prova do fato constitutivo de seu direito, enquanto ao demandado incumbe a prova dos fatos extintivos, impeditivos ou modificativos do direito do demandante. Esta é, evidentemente, apenas uma regra geral, havendo diversas normas excepcionais, afastando sua incidência. É o que se dá, por exemplo, com a regra segundo a qual presume-se que o marido é o pai do filho de sua

esposa. Tal regra, em verdade, nada mais faz do que distribuir o ônus da prova. Imagine-se que uma mulher casada dá à luz um bebê, negando-se seu marido a reconhecer a paternidade da criança. Uma vez ajuizada demanda de investigação de paternidade, incumbiria, normalmente, ao autor o ônus da prova de que é filho do réu. Ao contrário, todavia, em um caso como o figurado incumbirá ao réu o ônus da prova da inexistência da filiação. Em outros termos, caberá ao réu o ônus da prova da inexistência do fato constitutivo do direito do autor.

Há, pois, como se pode verificar, casos em que, por força de lei, inverte-se o ônus da prova, distribuindo-se o mesmo de forma diversa da prevista no art. 333 do CPC. Tais casos de inversão, todavia, costumam operar seus efeitos *ope legis*, não tendo o magistrado a que incumbir o julgamento da causa qualquer poder decisório a respeito do modo como tal ônus se distribui entre as partes.

O CDC prevê dois tipos de inversão do ônus da prova. Um deles, a ser examinado em primeiro lugar, se opera exatamente como seus congêneres previstos em outras leis processuais: *ope legis*. O segundo caso, porém, se opera *ope iudicis*, cabendo ao juiz determinar se ocorrerá ou não a inversão no caso concreto.

É preciso, porém, para uma adequada compreensão dos casos de inversão do *onus probandi* no sistema do Código de Defesa do Consumidor, lembrar-se de que as regras de distribuição do ônus da prova podem ser examinadas de dois modos distintos: subjetiva e objetivamente.

Do ponto de vista subjetivo, as regras de distribuição do ônus da prova têm por fim estabelecer a quem incumbe produzir as provas. Isto porque é do interesse do demandante (e por isso é dele o ônus, já que este nada mais é do que um *imperativo do próprio interesse*) provar que o fato constitutivo de seu direito efetivamente ocorreu. Por outro lado, é do interesse do demandado (sendo seu o ônus) provar que ocorreu algum fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do demandante.

Ocorre que, em razão do princípio da comunhão da prova, segundo o qual a prova, uma vez produzida, passa a pertencer ao processo, pouco importando quem a trouxe aos autos, o “ônus subjetivo da prova” é fenômeno de pouca, quase nenhuma importância. Muito mais relevante é o “ônus objetivo da prova”. Segundo esta visão sobre o ônus da prova, as regras de sua distribuição são *regras de julgamento*.

Em outras palavras, o que se quer dizer é o seguinte: existindo nos

autos provas suficientes para que o juiz forme um juízo de certeza a respeito do modo como os fatos se passaram, de nada servem as regras de distribuição do ônus da prova. Isto porque, estando a prova nos autos, não importa saber quem a produziu, já que, por força do princípio da comunhão da prova, uma vez produzida a prova, esta passa a pertencer ao processo, e não mais a quem a apresentou. As regras de distribuição do ônus da prova são, como dito, regras de julgamento, que serão empregadas naqueles casos para os quais a prova efetivamente produzida não é suficiente para que o juiz forme seu convencimento, estabelecendo um juízo de certeza. Nestes casos, embora não tenha certeza do modo como os fatos se deram, fica o juiz obrigado a proferir decisão, sendo vedado o *non liquet*. É nessas hipóteses que se irá aplicar o sistema de distribuição do ônus da prova.

O que se quer dizer com isso é o seguinte: tendo o juiz, após o encerramento da fase de instrução probatória, considerado que a prova produzida era suficiente para a formação do seu convencimento, proferirá a sentença, baseando-se no juízo de certeza que formulou. Pode ocorrer, todavia, de a fase de instrução probatória se encerrar sem que o juiz tenha sido capaz de formar seu convencimento. A insuficiência da prova produzida, porém, não permite que o juiz se exima de julgar. Vale-se ele, então, das regras de distribuição do ônus da prova. Assim, não havendo prova suficiente para convencer o juiz de que o fato constitutivo do direito alegado pelo demandante realmente ocorreu, deverá ele julgar o pedido improcedente. De outro lado, havendo prova do fato constitutivo, mas não existindo prova capaz de convencer o juiz de que tenha ocorrido algum fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do demandante, que tenha sido alegado pelo réu, será o caso de julgar o pedido formulado procedente.

Observa-se, desse modo, que as regras de distribuição do ônus da prova não se destinam a determinar uma atividade, já que não estabelecem a quem incumbe a produção da prova. Tais normas se destinam a regular o julgamento, determinando a quem caberá suportar as consequências da ausência de prova sobre determinada alegação.¹

¹ Sobre as regras de distribuição do ônus da prova como regras de julgamento, consulte-se Gian Antonio Micheli, **La carga de la prueba**, trad. esp. de Santiago Sentís Melendo, Bogotá: Temis, 1989, p. 157 *et seq.* Não obstante isso, porém, as normas sobre distribuição do *onus probandi* no Código de Defesa do Consumidor, conforme se demonstrará adiante, têm também o condão de estabelecer regras de atividade das partes.

Dito de outro modo: não havendo nos autos prova suficiente para convencer o juiz da ocorrência do alegado fato constitutivo do direito do demandante, deve este suportar o prejuízo decorrente da ausência de prova (já que é dele o ônus da prova neste caso), sendo improcedente o pedido por ele formulado. De outro lado, estando suficientemente provado o fato constitutivo do direito do demandante, mas não havendo prova suficiente para demonstrar que ocorreu o alegado fato extintivo, impeditivo ou modificativo daquele direito, será procedente o pedido, já que é do demandado, nesta hipótese, o ônus da prova.

Estabelecidas, assim, tais idéias a respeito do ônus da prova, pode-se enfim passar ao exame das regras sobre sua distribuição constantes do CDC.

III. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

É preciso, em primeiro lugar, para que se conheça bem o sistema de distribuição do *onus probandi* no CDC, saber que a regra geral a incidir nos processos que versam sobre relações jurídicas de consumo é a mesma do processo civil comum, estabelecida no art. 333 do CPC. Assim sendo, caberá ao demandante o ônus da prova do fato constitutivo de seu direito, e ao demandado o ônus da prova dos fatos extintivos, modificativos e impeditivos do direito do demandante. Há, porém, alguns casos em que o CDC inverte o ônus da prova em favor do consumidor (inversão *ope legis*), ou autoriza o juiz da causa a fazê-lo (inversão *ope iudicis*). É destes casos de inversão que se passa a tratar.

O primeiro tipo de inversão do *onus probandi* que se manifesta no CDC é a inversão *ope legis*. Em outras palavras, é a própria lei que inverte o ônus da prova. E isto se dá através de três dispositivos do Código de Defesa do Consumidor.

A primeira regra a ser examinada trata do ônus da prova nos casos em que se busca reparação de dano por fato do produto. Neste caso, a existência do defeito é fato constitutivo do direito do consumidor à reparação do dano. Apesar disso, incumbe ao fornecedor a prova de que não existe defeito (art. 12, § 3º, II). O segundo caso de inversão *ope legis* do ônus da prova é o da hipótese em que se busca reparação de dano por fato do serviço, hipótese em que também se opera a inversão, nos mesmos moldes do caso anterior (art. 14, § 3º, I). A última regra a ser examinada é a constante do art. 38 do CDC, segundo o qual “o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

São estes, pois, casos de inversão *ope legis* do ônus da prova. Em outros termos, nas hipóteses que ora se começa a examinar, a inversão decorre da lei, não podendo o juiz modificar tal forma de distribuição do ônus da prova.

Tratam as duas primeiras hipóteses das demandas em que o consumidor pleiteie reparação por dano decorrente de vício do produto ou do serviço. Em casos assim, insista-se, a existência do defeito é elemento integrante do suporte fático constitutivo do direito que alega ter. Apesar disso, não incumbirá ao consumidor o ônus da prova da veracidade da alegação de que existe o defeito. Em vez disso, caberá ao fornecedor o ônus da prova da inexistência do defeito. Significa isto dizer que, não havendo nos autos prova suficiente para convencer o juiz de que o defeito alegado pelo autor existe ou não, deverá o fornecedor suportar o prejuízo decorrente da insuficiência da prova, julgando-se, pois, procedente o pedido do consumidor.

Versa a última hipótese *sub examine* da publicidade enganosa ou abusiva, a qual é vedada pelo art. 37 do CDC. Diz o Código de Defesa do Consumidor que “é enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços” (art. 37, § 1º, CDC). Define, ainda, o CDC a propaganda abusiva, assim consideradas, “dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança” (art. 37, § 2º). Por fim, afirma o CDC que “para os efeitos deste Código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço” (art. 37, § 3º).

Todo consumidor que se considere lesado por propaganda abusiva ou enganosa poderá ir a juízo em busca de tutela jurisdicional. Poderá, por exemplo, postular reparação por danos que tenha sofrido em razão da aquisição de um produto em decorrência desse tipo de publicidade. Em casos assim, embora seja do consumidor o ônus de alegar que a publicidade foi abusiva ou enganosa, será do fornecedor o ônus da prova de que tal alegação é falsa. Assim sendo, ajuizada a demanda pelo consumidor em face do fornecedor

que tenha por fundamento a existência de publicidade abusiva ou enganosa, e não havendo qualquer prova no sentido de ser ou não a publicidade viciada, deverá o pedido do autor ser julgado procedente. Isto porque, como se viu, recai sobre o fornecedor a consequência da ausência dessa prova. É, pois, do interesse do fornecedor a prova de que a propaganda por ele utilizada não apresenta qualquer daqueles vícios referidos no art. 37 do CDC.

A outra regra existente sobre distribuição do ônus da prova no CDC é, sem sombra de dúvida, a mais importante. E sua importância decorre de sua generalidade, já que aplicável a todo e qualquer processo que verse sobre relações de consumo. Refiro-me, evidentemente, ao disposto no art. 6º, VIII, do CDC, segundo o qual é direito básico do consumidor “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 experiência”.

Este é, sem qualquer exagero, um dos dispositivos processuais do CDC mais aplicados na prática. Apesar disso, é dispositivo que gera uma série de dúvidas hermenêuticas, sendo, a meu sentir, e com todas as vênias, falhas quase todas as interpretações que dele têm sido feitas.

Antes de tudo, é preciso dizer que a hipótese ora em exame é de inversão *ope iudicis* do ônus da prova. Em outros termos, isto significa dizer que a lei confere ao juiz da causa o poder de inverter as regras de distribuição do ônus da prova. Assim sendo, a regra continua a ser, nos processos que versem sobre relações de consumo, a estabelecida pelo art. 333 do Código de Processo Civil, incumbindo ao demandante o ônus da prova do fato constitutivo de seu direito, e ao demandado o ônus da prova dos fatos impeditivos, extintivos e modificativos do direito do demandante. Poderá, todavia, o juiz, desde que presentes os requisitos estabelecidos no art. 6º, VIII, do CDC, inverter o ônus da prova em favor do consumidor, passando-o para o fornecedor. Imagine-se, por exemplo, um processo em que o consumidor seja o demandante. Neste caso, invertido o *onus probandi*, não mais suportará o autor as consequências da ausência de prova do fato constitutivo de seu direito. O fornecedor, demandado, é que suportará as consequências de não se ter demonstrado que o aludido fato constitutivo não ocorreu.

Pense-se, *e.g.*, em um caso em que o demandante alegue ter adquirido um produto defeituoso e, com base nisso, peça a condenação do réu a pagar uma indenização. Como regra, caberá a ele, consumidor, demonstrar a existência do nexo de causalidade entre o dano sofrido e o defeito. Não

sendo produzida tal prova, será improcedente o pedido formulado. Invertido o ônus da prova, todavia, tudo se altera. Neste caso, será procedente o pedido do autor, a não ser que se produza a prova de que o dano sofrido pelo consumidor não foi provocado pelo defeito do produto. Verifica-se, assim, que com a inversão do ônus da prova passa a recair sobre os ombros do fornecedor a consequência de não se ter produzido a prova.

É preciso, porém, verificar quais são os requisitos necessários para que o juiz determine a inversão. Não se pode, todavia, deixar de dizer que o ato do juiz que determina a inversão do ônus da prova não é um ato discricionário. O que se tem, na hipótese, é um poder-dever do juiz. Presentes os requisitos, o juiz é obrigado a inverter o *onus probandi* em favor do consumidor. O que acaba de ser dito decorre do disposto no *caput* do art. 6º do CDC, segundo o qual a inversão do ônus da prova é um dos “direitos básicos do consumidor”. Assim sendo, não poderá o magistrado deixar de tutelar tal direito, tendo pois o dever de inverter o ônus da prova.² Registre-se, apenas por amor à clareza e completude da exposição, que o ato judicial que inverte o *onus probandi* tem conteúdo decisório e, assim, deve ser fundamentado, nos termos do que dispõe o art. 93, IX, da Constituição da República, não podendo o magistrado se limitar a reproduzir os termos da lei (dizendo algo como “verossímeis as alegações, e sendo hipossuficiente o consumidor, inverte o ônus da prova”), mas devendo ele apontar os fatores que contribuíram para a formação de seu convencimento acerca da presença dos requisitos da inversão.

Há que se verificar, pois, quais são os requisitos necessários para que o juiz inverta o ônus da prova.

Fala a lei em dois requisitos: a verossimilhança da alegação feita pelo consumidor e sua hipossuficiência diante do fornecedor. Tais requisitos são

² No mesmo sentido, Carlos Roberto Barbosa Moreira, “Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor”, in **Doutrina**, v. 1, Rio de Janeiro: ID, 1996, p. 300. Em sentido contrário ao do que se sustenta no texto, afirmando textualmente que “não se trata de uma norma de conceito vago, mas de norma de conceito discricionário, no que concerne à avaliação da presença dos requisitos”, confira-se Tania Lis Tizzoni Nogueira, **A prova no direito do consumidor**, Curitiba: Juruá, 1998, p. 124.

³ Não é este um caso isolado de dispositivo legal em que se tenha empregado a conjunção alternativa

apresentados de forma alternativa, já que entre eles existe a conjunção *ou*. Tal alternatividade, porém, é só aparente, como se demonstrará mais adiante. Não se pode, todavia, fazer essa análise sem que antes sejam examinados os requisitos anteriormente apresentados.

O primeiro requisito é a verossimilhança da alegação feita pelo consumidor. Verossimilhança, como se sabe, é a semelhança com a verdade. Assim, alegação verossímil é a que parece ser verdadeira. Deste modo, deve-se considerar verossímil toda alegação que não contrarie qualquer norma jurídica, princípio geral do direito, fato notório ou as regras da experiência comum ou técnica (sendo certo que estas regras de experiência, cuja aplicação é prevista no art. 335 do CPC, vêm expressamente mencionadas no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor).

Não se poderia admitir a inversão do *onus probandi* diante de alegação inverossímil. Pense-se na possibilidade de um consumidor ir a juízo dizer que sofreu prejuízo por ter adquirido um refrigerante que, ao ser aberta a garrafa, explodiu. Embora não seja impossível a explosão (ou, ao menos, o estouro) de uma garrafa de refrigerante, tal evento não costuma ocorrer com frequência. A afirmação de que tal fato ocorreu, assim, contraria as regras da experiência comum, já que abrir garrafas de refrigerante é algo que faz parte do cotidiano das pessoas, e a imensa maioria delas jamais terá visto uma explosão como a descrita na petição inicial. Inverossímil a alegação, deverá o juiz manter com o consumidor o ônus da prova da veracidade de sua assertiva.

O outro requisito para a inversão do ônus da prova é a hipossuficiência do consumidor. Não se trata de hipossuficiência econômica, não sendo, assim, aplicável o conceito decorrente da Lei nº 1.060/50. A hipossuficiência a que se refere a lei diz respeito à produção da prova. Isto porque há casos em que a prova diz respeito a fatos cujo controle está nas mãos do fornecedor. Pense-se, *e.g.*, no caso de alguém ir a juízo pleiteando indenização por ter adquirido o vírus da AIDS em um hospital, por força de uma transfusão de sangue. O consumidor pode facilmente demonstrar que é soropositivo, mas daí a provar que o vírus foi adquirido na aludida transfusão vai uma longa distância. O fornecedor do serviço, porém, poderá produzir a prova de que o sangue transfundido no paciente foi previamente controlado e submetido a análises, nele não existindo aquele vírus. Deve-se, pois, em um caso como esse, inverter o *onus probandi*.

Os dois requisitos da inversão do ônus da prova são cumulativamente exigidos. Não se trata, como faz parecer o texto da lei, de alternatividade.

O caso é, na verdade, de cumulatividade dos requisitos.³ Isto porque seria absurda a idéia de se inverter o ônus da prova quando a alegação não fosse verossímil; e seria inteiramente desnecessária a inversão quando não houvesse a hipossuficiência quanto à produção da prova. A inversão baseada em apenas um desses dois requisitos certamente levaria a resultados extremamente injustos.⁴

Admitir-se a inversão do ônus da prova em razão da hipossuficiência do consumidor, registre-se desde logo, nada mais é do que aplicar o princípio da *par conditio*, ou seja, da paridade de armas no processo (ou seja, é aplicar o princípio da isonomia, dando tratamento desigual a pessoas desiguais, nos limites de suas desigualdades). Ora, disto decorre a conclusão de não ser possível a inversão do ônus da prova quando não houver hipossuficiência, pois neste caso será violada a isonomia, impondo-se ao fornecedor o ônus de uma prova que o consumidor poderia, sem maiores sacrifícios, produzir. Além disso, não se justifica a inversão do ônus da prova quando a alegação do consumidor for inverossímil, pois neste caso estar-se-á impondo ao fornecedor o ônus de produzir prova de realização muito difícil ou mesmo impossível. É preciso, pois, que a alegação do consumidor seja verossímil e, a par disso, seja ele hipossuficiente em relação ao fornecedor.

Tratando do tema, um dos maiores processualistas brasileiros fez algumas observações que são bastante esclarecedoras. Disse HUMBERTO THEODORO JÚNIOR que “a inversão do ônus da prova prevista no CDC pressupõe dificuldade ou impossibilidade da prova apenas da parte do consumidor, não a impossibilidade absoluta da prova em si. A prova para ser transferida de uma parte para outra tem de ser, objetivamente, possível. O que justifica a transferência do encargo respectivo é apenas a insuficiência pessoal do consumidor de promovê-la. Se este, portanto, aciona o fornecedor, argüindo fatos absolutamente impossíveis de prova, não ocorrerá a inversão do *onus probandi*, mas a sucumbência inevitável da pretensão deduzida em juízo”.⁵

ou em lugar da conjunção aditiva e. O mesmo fenômeno ocorreu no texto do art. 286 do CPC. Sobre a correta interpretação desse dispositivo, confira-se José Joaquim Calmon de Passos, **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. III, 8ª ed., 1998, p. 171.

⁴ É preciso registrar que este entendimento é minoritário. A doutrina vem afirmando, majoritariamente, a alternatividade dos requisitos da inversão. Por todos, consulte-se o que diz Kazuo Watanabe, in Ada Pellegrini Grinover *et alii*, **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 5ª ed., 1998, p. 617.

⁵ Humberto Theodoro Júnior, **Direitos do consumidor**, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 140.

Vê-se, do trecho citado, que não sendo hipossuficiente o consumidor não se justifica a inversão. E esta não pode ocorrer em um caso em que seja impossível ao fornecedor a produção da prova em contrário. Ora, sendo inverossímil a alegação do consumidor, estará sendo imposto ao fornecedor o ônus de uma prova que, ao menos provavelmente, é de impossível produção. A inversão baseada na mera hipossuficiência é capaz de levar ao sacrifício desmesurado do fornecedor, o que – certamente – não é o objetivo do CDC (e, de outro lado, a inversão baseada apenas na verossimilhança contraria o princípio da isonomia, já que desrespeita a *par conditio* entre as partes do processo).

Parece possível, todavia, entender por que a doutrina majoritária afirma a alternatividade dos requisitos da inversão. Isto decorre, salvo melhor juízo, do fato de se vir fazendo uma grande confusão entre verossimilhança e probabilidade, conceitos que são inconfundíveis. É expresso o texto da lei ora em exame, frise-se, em falar na *verossimilhança* da alegação como requisito da inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Não obstante isso, porém, diversos autores que se debruçaram sobre o tema vêm falando em *probabilidade* de que o consumidor tenha razão como requisito de tal inversão. É o que se vê, *e.g.*, na obra de CARLOS ROBERTO BARBOSA MOREIRA:⁶

“Escrevendo este trabalho após a recente reforma do Código de Processo Civil, pude valer-me do que se tem dito acerca da ‘antecipação da tutela’, prevista no art. 273 (na redação que lhe deu a Lei nº 8.952/94), cujo deferimento está condicionado, entre outros requisitos, a que o juiz ‘se convença da verossimilhança da alegação’ (grifei). Assim, tanto para ordenar a inversão do ônus probatório, quanto para ‘antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial’, deve o magistrado basear-se em juízo de mera verossimilhança. Em que consiste tal juízo? Os comentadores da nova lei processual sustentam que “a verossimilhança se assenta num juízo de probabilidade, que resulta, por seu turno, da análise dos motivos que lhe são favoráveis (convergentes) e dos que lhe são desfavoráveis (divergentes). Se os motivos convergentes são inferiores aos divergentes, o juízo de probabilidade cresce; se os motivos divergentes são superiores aos convergentes, a probabilidade

⁶ C. R. Barbosa Moreira, “Notas...”, p. 303.

*diminui'. Acredito ser perfeitamente possível utilizar essas noções na exegese do dispositivo do Código de Defesa do Consumidor: estará o juízo autorizado a inverter o ônus da prova quando formar, pelo material probatório à sua disposição no processo, um juízo de **probabilidade**, de tal modo que se lhe afigure **provavelmente verdadeira** a alegação do consumidor."*

No mesmo sentido manifestou-se HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:⁷

*"A **verossimilhança** é juízo de probabilidade extraída de material probatório de feito indiciário, do qual se consegue formar a opinião de ser **provavelmente verdadeira** a versão do consumidor."*

Observa-se, assim, da lição dos eminentes juristas citados, que para eles a inversão do **onus probandi** dependeria de um juízo de probabilidade quanto à veracidade das alegações do consumidor. **Data venia**, não é esta a correta exegese. O CDC em momento algum leva o intérprete a considerar que o requisito para a inversão do ônus da prova é a **probabilidade**. O requisito é, como diz a lei, a **verossimilhança** da alegação, e esses são dois conceitos inconfundíveis. A verossimilhança atua no plano da mera alegação, enquanto a probabilidade exige algum material probatório.

Sobre a verossimilhança, manifestou-se um dos mais notáveis processualistas de todos os tempos:⁸

*"O juízo de verossimilhança, nos casos em que o direito processual o considera relevante, tem isto de característico: é um juízo feito não sobre o fato, mas sobre a **afirmação do fato**, isto é, sobre a alegação (**positio**) do fato, proveniente da parte que requer seja admitida a prová-lo e o afirma como **historicamente já ocorrido**". (É minha a tradução livre do texto, que no original é o seguinte: "Il giudizio di verosimiglianza, nei*

⁷ Theodoro Jr., *Direitos...*, p. 135.

⁸ Piero Calamandrei, "Verità e verosimiglianza nel proceso civile", in **Opere giuridiche**, v. V, Nápoles: Morano, 1972, p. 621-622.

*casi in cui il diritto processuale lo considera rilevante, ha questo di caratteristico: che è un giudizio dato non sul fatto, ma sulla **affermazione del fatto**, cioè sulla allegazione (positio) del fatto, proveniente dalla parte che **chiede di essere ammessa** a provarlo e che lo afferma come storicamente già avvenuto”).*

Vê-se, pois, que a *verossimilhança* é apreciada à luz das *alegações* sobre os fatos, nada mais. Já a probabilidade exige algum material probatório. Isto porque, como ensina superiormente CALAMANDREI, “provável seria, etimologicamente, aquilo que se pode provar como verdadeiro” (mais uma vez é minha a tradução livre do texto original, que é o seguinte: “**probabile** sarebbe, etimologicamente, ciò che si può provare come vero”).⁹ Ora, se *provável* é o que se pode provar como verdadeiro, só se pode pensar em *probabilidade* quando houver algum material probatório sobre a alegação feita pela parte. É inadmissível, pois, qualquer tentativa de se trazer para a interpretação do art. 6º, VIII, do CDC o que vem sendo dito a respeito do art. 273 do CPC. Isto porque este último dispositivo, não obstante use o termo *verossimilhança*, não se contenta com sua presença para que se possa conceder a tutela antecipada. Exige o aludido dispositivo do Código de Processo Civil que haja *prova* que convença o juiz da *verossimilhança* da alegação do demandante. Vê-se, pois, que a concessão de tutela antecipada exige a presença de algo “*che si può provare come vero*”. Há de ser, pois, provável a existência do direito do demandante para que se conceda a antecipação da tutela. Já a inversão do **onus probandi** em favor do consumidor exige apenas a *verossimilhança da alegação*, nada havendo no CDC que estabeleça a necessidade de produção de qualquer prova. O requisito da inversão é, pois, a *verossimilhança da alegação* feita pelo consumidor, e não a probabilidade de que a mesma seja verdadeira.

Do exposto até aqui, parece mais razoável, portanto, afirmar que os requisitos da inversão do ônus da prova são cumulativos, e não alternativos. Inverossímil a alegação do consumidor, não é admissível a inversão do **onus probandi**, ainda que o consumidor seja hipossuficiente. Aquele que alega em juízo fatos inverossímeis deve ter o ônus de sua prova, sob pena de se impor ao fornecedor um encargo excessivamente pesado, praticamente impossibilitando que o mesmo logre êxito no processo. De outro lado, mesmo

⁹ Idem, p. 621.

que verossímil a alegação do consumidor, não se justifica a inversão quando não houver hipossuficiência, já que nesse caso consumidor e fornecedor estão no processo em paridade de armas, não se justificando, *in casu*, o tratamento mais favorável ao consumidor (o que acabaria por desequilibrar o processo, violando a garantia da isonomia e, por conseguinte, afrontando a cláusula *due process of law*). Cumulativos, pois, os dois requisitos da inversão estabelecidos no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Vistos os requisitos da inversão *ope iudicis* do ônus da prova, é preciso verificar em que momento deverá o juiz declarar que inverte o encargo. O tema é extremamente polêmico, não havendo qualquer sombra de pacificação do mesmo.

Entende uma primeira corrente que a inversão *ope iudicis* do ônus da prova deve ser feita na sentença.¹⁰ Funda-se esse entendimento na afirmação de que as regras sobre distribuição do *onus probandi* são regras de julgamento, a serem aplicadas no momento do julgamento da causa, a fim de evitar o *non liquet* naqueles casos em que o material probatório carreado aos autos é insuficiente para a formação do convencimento do juiz a respeito dos fatos. Desse modo, apenas no momento de proferir a sentença, o julgador teria condições de verificar a necessidade de aplicação das regras de distribuição do ônus da prova e, pois, somente nesse momento poderia, sendo necessário, inverter o modo pelo qual referido ônus é distribuído.

Há, todavia, uma segunda corrente doutrinária, para a qual a inversão do ônus da prova deve se dar no momento em que o juiz profere a decisão de saneamento do processo. Significa isto dizer que a inversão do ônus da prova deve ser feita antes do início da instrução probatória.¹¹ Este entendimento é, a meu juízo, o único compatível com as garantias constitucionais do processo. Sendo verossímeis as alegações do consumidor, e sendo ele hipossuficiente diante do fornecedor, deverá o juiz determinar, antes de ter início a atividade de produção de provas a inversão do seu ônus. É certo que o CDC permite a inversão do *onus probandi*, mas isto não afasta a incidência das regras normais de sua distribuição, previstas no art. 333 do CPC, e que serão aplicáveis até que, por ato do juiz, se opere aquela modificação do modo de distribuição do encargo. É preciso, pois, que o juiz expressamente inverta o ônus da prova para que o fornecedor saiba que sobre ele tal ônus

¹⁰ Por todos, Watanabe, *Código...*, p. 619.

¹¹ Neste sentido, por todos, C.R. Barbosa Moreira, "*Notas...*", p. 309.

passa a recair, o que impede que o mesmo seja surpreendido pelo resultado final do processo. A inversão do ônus da prova, como muito bem esclarece CARLOS ROBERTO BARBOSA MOREIRA, tem a finalidade de “*facilitar a defesa dos direitos do consumidor, e não a de assegurar-lhe a vitória, ao preço elevado do sacrifício do direito de defesa, que ao fornecedor se deve proporcionar*”.¹²

Cabe ao juiz, pois, no momento em que organizar a instrução probatória (o que, no procedimento ordinário, ocorre na audiência preliminar, prevista no art. 331 do CPC, quando o magistrado fixa os pontos controvertidos e determina as provas que serão produzidas), inverter, *se for o caso*, o ônus da prova. Somente assim se poderá evitar que o fornecedor seja surpreendido por uma decisão baseada no fato de que ele não se desincumbiu de um ônus que nem mesmo sabia ter. Esta é, permita-se a insistência, a única forma de compatibilizar a inversão do ônus da prova em favor do consumidor com a garantia constitucional do contraditório. Isto porque, como afirma autorizada doutrina, o princípio do contraditório impede que qualquer das partes seja surpreendida pela atividade estatal.¹³ É preciso, pois, em respeito à garantia constitucional do contraditório, asseguradora de um processo justo, que a inversão se dê em um momento em que ainda seja possível ao fornecedor desincumbir-se do encargo que lhe está sendo transferido.¹⁴ Não se pode, registre-se, aceitar que a inversão se dê logo no despacho inicial do processo, já que nesse momento ainda não é sequer possível determinar qual será o objeto da prova (afinal, ainda não se sabe que fatos se tornarão controvertidos). Nem se pode, como visto, aceitar que a inversão se dê no momento da sentença, pois aí já não mais será possível ao fornecedor defender adequadamente seus interesses, produzindo a prova cujo ônus lhe foi imposto. Outra solução não pode haver, pois, a não ser a que aqui se propõe: a inversão deve ser expressamente feita antes do início da atividade probatória.

Do que até aqui se expôs, verifica-se que no sistema processual do Código de Defesa do Consumidor as regras de distribuição do ônus da prova não são tratadas apenas como regras de julgamento, mas também

¹² *Idem, ibidem.*

¹³ Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, “Garantia do contraditório”, in José Rogério Cruz e Tucci (coord.), **Garantias constitucionais do processo civil**, São Paulo: RT, 1999, p. 143.

¹⁴ Theodoro Jr., *Direitos...*, p. 141.

como *regras de atividade*, já que determinam a quem incumbe produzir cada prova, a fim de que se possa determinar o conteúdo da sentença de mérito.¹⁵

É de se dizer, à guisa de conclusão dessa breve exposição a respeito do ônus da prova no CDC, que não se admite qualquer convenção entre as partes que inverta o ônus da prova em favor do fornecedor, dificultando-se assim a defesa dos interesses do consumidor em juízo (art. 51, VI, do CDC, que comina de nulidade tais convenções).¹⁶

De todo o exposto, verifica-se que as regras de inversão do ônus da prova no sistema processual do Código de Defesa do Consumidor se destinam a equilibrar a relação processual, estabelecendo tratamento desigual a pessoas desiguais, nos limites de suas desigualdades, o que é decorrência da garantia constitucional do *processo justo*, consubstanciado na cláusula *due process of law*. É preciso que o processo em que se discutam questões referentes às relações de consumo seja justo, pois só um processo justo pode produzir resultados justos, o que é essencial para que se ampliem os meios de acesso à ordem jurídica justa. ◆

¹⁵ No mesmo sentido, C. R. Barbosa Moreira, “Notas...”, p. 308: “É preciso ponderar, todavia, que as normas sobre a repartição do ônus probatório consubstanciam, também, regras de comportamento dirigidas aos litigantes: através delas, as partes ficam cientes, de antemão, dos fatos que a cada uma incumbe provar”.

¹⁶ Sobre o ponto, James M. Marins de Souza, *in* Arruda Alvim *et alii*, **Código do consumidor comentado**, São Paulo: RT, 2ª ed., 2ª tiragem, 1995, p. 71.