

Sobre a Inversão do Ônus da Prova no Direito do Consumidor

Thiago Ferreira Cardoso Neves

Professor da EMERJ e dos Cursos de Pós-Graduação da Universidade Cândido Mendes. Pós-graduado em Direito Público e Privado pela EMERJ. Advogado do Escritório Sylvio Capanema Advogados Associados.

1. INTRODUÇÃO

A inversão do ônus da prova é uma benesse processual concedida ao consumidor quando litiga com os fornecedores, facilitando o convencimento do julgador, em seu favor, quando da resolução dos conflitos. Dúvidas poderiam surgir acerca da validade de tal benefício aparentemente anti-isonômico. Entretanto, ver-se-á que esse tratamento diferenciado decorre da própria condição peculiar do consumidor perante os fornecedores, que se tornou ainda mais diferenciada com a expansão do consumo.

O crescimento da população e o desenvolvimento da sociedade acarretaram uma maior demanda por produtos e serviços. A Revolução Industrial e a produção de bens em larga escala são frutos da exigência do mercado em atender essas necessidades.

De lá pra cá esses métodos de produção se desenvolveram de forma assombrosa, permitindo a satisfação de consumidores de todo o planeta.

Todavia, esse crescimento em progressão geométrica, e em velocidade surpreendente, trouxe consequências inexoráveis ao processo produtivo, exurgindo falhas das quais os produtores de bens e serviços não lograram êxito em obstar, haja vista que a velocidade de desenvolvimento dos produtos e da sua produção em massa não foi a mesma aplicada à qualificação desses meios produtivos.

A consequência é a falha no processo de produção e a impossibilidade de se exercer um controle infalível sobre cada bem individualmente produzido.

Outro aspecto destacável que decorre desse crescimento exponencial da população e da cadeia de consumo é a separação das figuras do comerciante e do produtor, em que aquele exerce uma atividade de distribuição dos produtos fabricados, uma vez que se tornou impossível para o fabricante concentrar as suas funções com a de distribuidor.

Vê-se, pois, que o caminho entre o produtor e o consumidor tornou-se mais longo, possibilitando a ocorrência de falhas nessas relações intermediárias até a chegada dos bens produzidos ao seu destinatário final.

Frise-se que os produtos fabricados em larga escala passaram a ser distribuídos de forma lacrada, o que dificultou, ainda mais, o controle sobre a qualidade e perfeição do processo produtivo, isso porque essa forma de acondicionamento e distribuição dos bens obsta eventual fiscalização pelo intermediador – o comerciante –, bem como pelo consumidor.

Além de todas essas falhas, o destinatário final, que não detém meios econômicos e técnicos para efetuar o aludido controle, ainda ficava à mercê dos grandes produtores e comerciantes, ante a falta de uma tutela específica do ordenamento jurídico.

Inúmeros são os exemplos de lesões causadas aos consumidores em razão de defeitos no desenvolvimento de produtos e sua consequente distribuição, irresponsável, em massa.

Não custa ser lembrado o famoso caso da Talidomida, medicamento utilizado por gestantes nas décadas de 1950 e 1960, que ocasionou deformidades irreversíveis aos fetos.

Como salienta o emérito professor e Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Sergio Cavalieri Filho, um único defeito de concepção ou fabricação de produtos produzidos em série pode gerar riscos e danos para um número incalculável de indivíduos, aquilo que ele denominou de riscos de consumo, riscos em série, ou riscos coletivos¹.

Diante desses fatos, viu-se o consumidor em flagrante desvantagem perante os fornecedores, isso porque a massificação da produção e do consumo tornou os produtores e comerciantes econômicos, técnicos e juridicamente mais fortes.

A superioridade econômica decorre dos lucros astronômicos a que passaram a obter os fornecedores.

1 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Atlas. 2008, p. 03.

Quanto à vantagem técnica, são os fornecedores os detentores dos meios de produção e do conhecimento das técnicas de fabricação, que se desenvolveram ainda mais, bem como a correta compreensão acerca da utilização e funcionamento dos próprios produtos por eles fornecidos.

No que tange à supremacia jurídica, ela decorre da larga experiência adquirida pelos fornecedores nos milhares de embates jurídicos travados contra os consumidores em juízo, sendo esses últimos, tão somente, litigantes eventuais.

Diante de tamanha desigualdade, foi necessária a criação de um regramento próprio para a proteção do consumidor em evidente desvantagem.

O constituinte de 1988, atento a todas essas questões, trouxe para o legislador ordinário o dever de produzir um sistema protetivo próprio dos consumidores, que se materializou, dois anos após a promulgação da Carta Magna, com a Lei nº 8.078/90.

As inovações trazidas pelo diploma consumerista revolucionaram o ordenamento então vigente. A previsão expressa da responsabilidade objetiva e a imposição da boa-fé objetiva como cláusula implícita em todos os contratos, garantias essas posteriormente incorporadas e consagradas no Código Civil de 2002, bem como a regra processual da inversão do ônus da prova, são exemplos da mudança paradigmática do direito brasileiro anteriormente contaminado por ideias individualistas, consagradoras do absolutismo do direito de propriedade, da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*.

No campo do direito material, inúmeras foram as inovações do Código de Proteção e Defesa do Consumidor como, por exemplo, a previsão do direito à informação clara e transparente, o direito à reparação por danos sofridos por fatos do produto e do serviço, o direito à substituição do produto, devolução do preço pago ou abatimento do preço nas hipóteses de vício do produto, bem como o direito ao cumprimento das ofertas.

No campo do direito processual também não foram poucas as novidades trazidas pelo diploma protetivo, como, por exemplo, a alteração da regra geral de competência de foro para facilitar o exercício do direito de ação pelo consumidor, que pode optar por ajuizar a demanda no foro de seu domicílio.

Contudo, a regra de grande relevância para a concretização do exercício desse direito constitucional de ação é a inversão do ônus da prova. Isso porque, todos os atos do processo nada mais são do que um desdobramento desse direito, e de nada adiantaria ao consumidor ter o direito de ajuizar a ação no foro de seu domicílio se não tivesse meios de produzir a prova para a demonstração do seu direito material. O exercício desse direito de ação, apenas com a alteração da regra de competência, seria ineficaz.

Portanto, a garantia processual prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor é de grande importância para a manutenção do próprio sistema introduzido pela Lei nº 8.078/90, haja vista que, sem ela, dificilmente seria possível reconhecer a existência do direito material alegado pelo consumidor.

Não obstante, essa benesse processual não é incondicional, ou seja, para ser aplicada devem ser observadas algumas condições, requisitos imprescindíveis sem os quais a sua aplicação não atenderá aos fins a que se destina.

Além disso, é imperioso o exame da natureza da inversão do ônus da prova, bem como do momento em que deve ser empregada, e se ela é, ou não, obrigatória.

Por essa razão, impõe-se o exame minucioso dessa regra imprescindível à tutela do consumidor inserida pelo legislador ordinário.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O Direito do Consumidor tem fonte constitucional, como se depreende da leitura do artigo 5º, XXXII, da Lei Fundamental, que dispõe que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor, bem como se infere do artigo 170, V, que prevê que a ordem econômica deve observar o princípio da defesa do consumidor.

Vê-se, pois, que o constituinte de 1988 não estava alheio às transformações sociais. Todavia, conferiu ao legislador ordinário o dever de criar os mecanismos para a defesa do consumidor.

Não obstante a previsão constitucional, insculpida no artigo 5º, § 1º, de que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, o inciso XXXII do mesmo artigo 5º e o art. 170 da Magna Carta consistem em normas de eficácia limitada de princípio programático, uma vez que “são traduzidas no texto supremo apenas em

princípio, como esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos ulteriormente pela atividade dos legisladores ordinários²”.

Então, essas normas reclamam a elaboração de uma lei que lhes dê eficácia plena, sem a qual não será atendida a vontade do constituinte.

No caso especial da norma do artigo 170 que inaugura o Título VIII da Carta Política, pretendeu o constituinte, através da intervenção na ordem econômica, assegurar a todos uma existência digna, em observância ao postulado normativo da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, promovendo a justiça social.

Estava o constituinte consciente da posição do consumidor na sociedade, bem como da inexistência da sua proteção no ordenamento pátrio.

A lei vigente, até então, era o ultrapassado Código Civil de 1916, com o seu ranço individualista, jamais voltado à tutela da coletividade ou de uma determinada classe.

Pressentiu o constituinte que era necessário reformular essa visão individualista do *Digesto* brasileiro e que, diante de um sistema legal que ainda não gozava de estabilidade e segurança, essa reformulação devia ser iniciada pelo próprio texto constitucional.

Também consciente da contumaz inércia e morosidade do Poder Legislativo, e temeroso de que outros interesses pudessem inviabilizar, ou até mesmo suplantar, a concretização da defesa do consumidor, estipulou o constituinte, no artigo 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, o ADCT, um prazo de 120 dias para a elaboração do Código de Defesa do Consumidor.

A primeira observação a ser feita é que o constituinte determinou a criação de um código, e um código voltado à defesa de um grupo, pois o denominou de Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, não se trata de um mero código a regular relações de consumo, mas sim um código para a defesa e proteção dos consumidores.

A segunda observação é que, por ser a norma do ADCT desprovida de sanção, o legislador, como não poderia deixar de ser, não observou o prazo previsto constitucionalmente, e só veio a elaborar o diploma protetivo depois de quase 700 dias da promulgação da Lei Fundamental, interstício esse em que, mesmo com a vigência da Constituição, o consu-

² SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros. 2008, p. 137.

midor ficou à mercê dos fornecedores, tendo em vista que as normas dos artigos 5º, XXXII, e 170 da Constituição não são de eficácia plena.

Quanto à prova, também tem ela fundamento constitucional. Dispõe o artigo 5º, LIV, da Magna Carta que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal, bem como prevê o inciso LV, do mesmo artigo 5º, que aos litigantes em processo judicial são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

A garantia do devido processo legal é aquela que assegura a todos o direito a um processo previamente previsto em lei, com “garantias mínimas de meios e de resultado, com emprego de instrumental técnico-processual adequado e conducente a uma tutela adequada e efetiva”.³

E dúvidas não há de que o direito à produção da prova, ou melhor, a garantia que tem as partes, no âmbito do processo, de provar suas alegações está inserida nesse contexto, tendo em vista que a prova é um instrumento para a obtenção do resultado pretendido pela parte.

A existência de uma fase probatória no processo, seja ela autônoma, como no procedimento comum ordinário, ou concentrado em uma audiência, como no procedimento especial dos Juizados Especiais, é uma demonstração da observância do Devido Processo Legal.

Quanto ao contraditório, é ele costumeiramente tratado como o binômio ciência-possibilidade de manifestação, isto é, através do contraditório confere-se à parte o direito de conhecer todos os fatos que venham a ocorrer durante o curso do processo, garantindo-lhe a oportunidade de se manifestar sobre todos esses acontecimentos.

Todavia, a isso não se resume o contraditório. Consiste ele, em verdade, na garantia constitucional que assegura às partes o direito de influenciar no resultado do processo, ou seja, é através do contraditório que a parte, tendo conhecimento dos fatos processuais, poderá agir, ou até quedar-se inerte, alterando o seu resultado, ou permitindo que o resultado do processo seja mesmo o já previsto.

Apenas com essa conclusão é possível, por exemplo, compreender a constitucionalidade do instituto da revelia. Isso porque, se o réu, regularmente citado, opta por não responder, está exercendo o seu direito de influenciar no resultado do processo. Nessa hipótese, haverá a presunção de veracidade das alegações, o que importará, na grande maioria dos

³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. I. 5. ed. São Paulo: Malheiros. 2005, p. 266.

casos, tendo em vista ser apenas relativa essa presunção, no acolhimento da pretensão autoral, salvo se, do fato narrado, não decorrer o direito alegado, ou se a eventual prova trazida aos autos fizer cair por terra a presunção.

A prova, por essa ótica, é um meio que a parte tem de influenciar no resultado do processo, pois influencia o convencimento do julgador acerca da veracidade das alegações deduzidas.

Quanto à ampla defesa, consiste ela no dever que tem o Estado de assegurar à parte a mais ampla e completa gama de instrumentos para o exercício do seu direito de defesa. E dúvidas não há de que a prova é um dos instrumentos de exercício desse direito.

Portanto, não há dúvidas de que o direito à prova assegura o cumprimento do comando constitucional, pois apenas garantindo à parte o direito de provar o que for alegado, estar-se-á prestigiando a garantia da ampla defesa.

E o direito à produção da prova, em prestígio ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal, também só pode ser limitado por previsão constitucional, como ocorre no inciso LVI, do art. 5º, da Magna Carta, que veda a obtenção de provas obtidas por meios ilícitos.

Por fim, é imperioso demonstrar que a regra da inversão do ônus da prova é um instrumento para o exercício do direito de ação, que se extrai implicitamente do princípio da inafastabilidade do controle do Poder Judiciário previsto no art. 5º, XXXV, da Magna Carta.

Ora, se não é possível à lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, isso significa que a todos é assegurado o direito de exigir, em juízo, a proteção de seu direito. E isso ocorre por intermédio do exercício do direito de ação.

Ocorre que, em muitos casos, impossível é ao consumidor produzir a prova de seu direito, ante a sua hipossuficiência, seja técnica, seja financeira.

Então, a inversão do ônus da prova possibilita ao consumidor ir a juízo mesmo sem ter em mãos essa prova. Nesses casos, caberá ao fornecedor produzir a prova da inexistência do direito alegado pelo autor, bem como demonstrar que os fatos narrados não correspondem à verdade.

Caso não existisse a benesse processual, o consumidor, impossibilitado no caso concreto de produzir a prova, não poderia ir a juízo para postular seu direito, haja vista que estaria fadado ao insucesso.

Por essa razão, a inversão do ônus da prova é um instrumento de acesso à Justiça, pois possibilita ao consumidor hipossuficiente ir a juízo mesmo sem ter a prova da existência do seu direito.

Disso se conclui que a regra processual, enquanto instrumento de acesso ao Poder Judiciário através do exercício do direito de ação, é corolário do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

3. ÔNUS DA PROVA

Ônus, segundo o processualista baiano Fredie Didier Jr., “é o encargo atribuído à parte e jamais uma obrigação”.⁴ Isso significa que a norma do art. 333 do diploma instrumental brasileiro, que introduz a regra do ônus da prova, não traz uma imposição, ou seja, não tem o autor da ação o dever legal de provar os fatos constitutivos de seu direito, e tampouco tem o réu a obrigação de provar os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor.

Trata-se, meramente, de um encargo, ou seja, uma incumbência onerosa. Todavia, o não cumprimento dessa incumbência poderá trazer consequências indesejáveis a aquele que poderia cumpri-la.

Diz-se que pode trazer consequências indesejáveis, e não que trará necessariamente consequências indesejáveis, porque pode ocorrer da parte não produzir a prova que lhe incumbia e, mesmo assim, lograr êxito na ação proposta.

Isso porque a norma que dispõe sobre o ônus da prova não traz, conforme feliz expressão de Fredie Didier, “regras que distribuem tarefas processuais”.⁵

O significado dessa expressão utilizada pelo douto processualista é que a norma processual não traz deveres jurídicos, mas sim uma solução para a problemática da obrigatoriedade de julgamento mesmo naquelas hipóteses em que não há provas nos autos para o convencimento do julgador.

O brocardo romano *non liquet* significa que determinado pedido não está claro suficiente para ser julgado. Em Roma, podiam os juízes se abster de decidir com base nesse fundamento, ou seja, entendendo o julgador que não havia provas suficientes para o deslinde da questão, desincumbia-se ele do seu encargo de dar uma solução à lide.

4 DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V. I. 6. ed. Salvador: Jus Podivm. 2006, p. 512.

5 *idem*.

O direito processual brasileiro, contudo, inadmitte o *non liquet*, prevendo o artigo 126 do Código de Ritos pátrio que o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade na lei.

Questionar-se-ia que a ausência de provas não é o mesmo que lacuna ou obscuridade na lei. Tal questionamento é plausível, no entanto, a ausência de provas não é justificativa para que o juiz se exima de decidir, pois a lei traz uma solução para a hipótese de não haver provas nos autos, que é a regra do ônus da prova.

Não havendo prova nos autos de nenhuma das alegações, buscará o juiz a norma contida no art. 333 do Código de Processo Civil, ou seja, se não há prova dos fatos, observará o julgador de quem era o encargo de produzi-la.

Sendo o encargo do autor, ou seja, incumbindo a ele a prova do fato constitutivo de seu direito, e não havendo provas da existência do direito alegado, outra solução não há que o julgamento de improcedência.

Entretanto, o ônus da prova não consiste em um dever jurídico cujo descumprimento levaria a uma sanção, *in casu*, o julgamento de improcedência do pedido, isso porque se admite o julgamento de procedência mesmo quando o autor da ação não produza a prova do fato constitutivo de seu direito.

A justificativa é que tal prova pode vir aos autos pelas mãos de outro sujeito do processo que não seja o autor da ação. Pode o réu, por um descuido, por exemplo, ou no afã de produzir uma prova favorável a ele, acabar por produzir uma prova que favoreça ao autor.

Nesse caso, acolherá o juiz a pretensão autoral, mesmo não tendo o autor cumprido com o seu ônus de produzir a prova que lhe beneficie.

Se o ônus da prova fosse um dever a ser cumprido pelas partes, teria o juiz, obrigatoriamente, que julgar improcedente o pedido autoral nas hipóteses em que o autor não tenha produzido a prova de seu direito, ou julgar procedente o pedido quando o réu não produza a prova do fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor. Tal conclusão seria, no mínimo, esdrúxula.

Vê-se, pois, que apenas nas hipóteses de ausência de provas é que o juiz observará o *onus probandi*, qual seja, o do autor produzir a prova do fato constitutivo de seu direito, e do réu provar o fato modificativo, extintivo, ou impeditivo do direito do autor.

Há que se ressaltar a lição do emérito processualista carioca, e Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o professor Alexandre Freitas Câmara, que sustenta que o ônus do réu não se resume apenas em provar o fato extintivo, modificativo, ou impeditivo do direito do autor, mas também lhe incumbe provar que não existe o fato constitutivo do direito do autor, o que o ilustre professor chama de “ônus da contraprova⁶”.

Segundo o preclaro professor, pode assumir o réu dois ônus: o de provar a inexistência do fato constitutivo do autor, hipótese em que não admite a existência do fato ou, ao admitir a existência do fato, provar que houve causa modificativa, impeditiva ou extintiva.

Conclui-se, pois, que a natureza do ônus da prova é de regra de julgamento, ou seja, o juiz apenas aplicará a regra do ônus da prova no momento de decidir, pois é só nesse momento em que o juiz verificará se há, ou não, provas suficientes para decidir a questão posta em juízo.

Então, cabe ao juiz, no momento de prolatar a sentença, verificar a existência ou não de provas e, verificando a sua insuficiência, expressar a quem incumbia produzi-las, e, assim, julgar favoravelmente àquele que tinha o encargo e dele se desincumbiu, não lhe sendo possível deixar de decidir por ausência de provas ou, como que em uma anedota, julgar a lide empatada e condenar o escrivão nas custas.

4. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR

No campo do Direito do Consumidor, outra regra prevalece acerca do ônus da prova, que é aquela prevista no art. 6º, VIII, do diploma consumerista, que determina a inversão do ônus ao se constatar a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência do consumidor, bem como aquelas que determinam a inversão do ônus da prova ao se verificar alguma das situações previstas nos artigos 12, § 3º, 14, e 38.

Não se trata, pois, de exceção à regra do ônus da prova, mas sim de uma regra especial aplicável às relações de consumo que, como já fora explicitado, possui um regime diferenciado ante a vulnerabilidade de uma das partes, o que impõe a aplicação do conceito material de isonomia, ou seja, o tratamento desigual dos desiguais na medida de sua desigualdade.

6 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. V. I. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008, p. 378.

Estando o consumidor em uma situação inferior ao do fornecedor, há que se impor ao processo uma regra que facilite o exercício do seu direito, reequilibrando, no âmbito do direito processual, aquela relação que, no âmbito do direito material e no aspecto social, encontra-se em desequilíbrio.

Iniciar-se-á o exame com a regra prevista no art. 6º, VIII, do diploma consumerista, que determina a inversão do ônus ao se constatar a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência do consumidor.

Assim como ocorre com a regra geral prevista no art. 333 do Código de Processo Civil, a regra especial do Código de Defesa do Consumidor é uma regra de julgamento, ou seja, o julgador, então, constatando a inexistência de provas para o deslinde da causa, e preenchidos os requisitos da lei, aplicará a inversão do *onus probandi*.

E não poderia ser diferente. O juiz só poderá aferir a existência ou não de provas, bem como a presença dos requisitos autorizadores da inversão, no momento de prolatar a sentença, isso porque é nesse momento que o julgador verificará o mérito da questão, confrontando as alegações autorais com uma possível realidade fática – prova da verossimilhança.

Constata-se, pois, que a regra da inversão do ônus da prova também é uma regra de julgamento, ou seja, é aplicável na sentença, ao contrário do que sustenta grande parcela da doutrina.

Segundo Fredie Didier, a regra de inversão é regra de procedimento, pois não é ela a mesma regra daquela que distribui o ônus da prova. De acordo com seu entendimento, não seria lícito ao magistrado operar a inversão no momento da sentença, pois ocorreria situação peculiar em que o juiz, no mesmo momento, atribuiria o ônus ao réu e lhe negaria a possibilidade de desincumbir-se de seu encargo, tendo em vista já ter ultrapassado a fase probatória⁷.

Contudo, apesar da autoridade do argumento, tal posicionamento não nos sensibiliza. Assim como a regra do ônus da prova em que o juiz constata a necessidade de aplicação apenas na sentença, igualmente a

7 DIDIER. *Op. cit.* p. 515. O professor Rizzato Nunes pactua do mesmo entendimento, argumentando que o juiz precisa se manifestar acerca da presença dos requisitos legais, quais sejam, a hipossuficiência e a verossimilhança das alegações autorais, que uma vez reconhecidas determinam a inversão. A decisão de inversão, então, deveria ocorrer entre o pedido inicial e a fase saneadora, tendo em vista que a inversão não é automática, não acarretando, então, uma surpresa para as partes. NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2007, p. 743.

regra da inversão do ônus da prova só pode ser aplicada nesse momento, pois, como já afirmado, é nesse instante que o julgador apreciará as provas para decidir, e verificará a presença, ou não, dos requisitos do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que, uma vez presentes, imporão a inversão.

É apenas nesse momento que o julgador verificará se existem ou não provas suficientes para julgar a questão posta pelas partes. Caso se considere como uma regra de procedimento, o juiz deverá examinar as provas antes da fase de instrução, o que, na prática, muitas vezes se mostra inviável, como, por exemplo, no caso dos Juizados Especiais, em que o juiz só tem contato com o processo no momento da audiência de instrução e julgamento, em que, ao final, deverá prolatar a sentença.

Não há que se falar, nesse caso, em surpresa das partes, uma vez que, assim como a regra prevista no Código de Processo Civil, a regra da inversão está prevista em lei, tendo as partes ciência da possibilidade de sua aplicação.

Deverá, então, o fornecedor de produtos e serviços, parte mais forte da relação, e ciente dessa possibilidade, produzir todas as provas necessárias a corroborar as suas alegações, desconstituindo aquelas expostas pelo consumidor em sua inicial.

Por isso, crê-se ser a inversão do ônus da prova uma regra de julgamento, e não de procedimento, com o que também pactua o mestre Kazuo Watanabe:

*“Quanto ao momento da aplicação da regra de inversão do ônus da prova, mantemos o mesmo entendimento sustentado em edições anteriores: é o do julgamento da causa. É que as regras de distribuição do ônus da prova são regras de juízo, e orientam o juiz, quando há um *non liquet* em matéria de fato, a respeito da solução a ser dada à causa. Constituem, por igual, uma indicação às partes quanto à sua atividade probatória. Com o juízo de verossimilhança, decorrente da aplicação das regras de experiência, deixa de existir o *non liquet* (considera-se demonstrado o fato afirmado pelo consumidor) e, conseqüentemente, motivo algum há para a aplicação de qualquer regra de distribuição do ônus da prova⁸”.*

8 WATANEBE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. Ada Pellegrini Grinover... [et al.] 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2001, p. 735.

Questão que envolve grande polêmica é sobre a obrigatoriedade, ou não, da aplicação dessa regra especial.

Têm-se sustentado que, por ser a regra da inversão do ônus da prova *ope iudicis*, ou seja, opera-se pela vontade do juiz, sua aplicação decorreria de critérios de conveniência e oportunidade. São adeptos desse entendimento os especialistas em Direito do Consumidor, a professora Cláudia Lima Marques⁹ e o Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o professor José Carlos Maldonado de Carvalho.

Argumenta o citado magistrado que, por ser a regra destinada à formação da convicção do julgador, só pode ela ocorrer por ato próprio do juiz, que verificará a necessidade de sua aplicação segundo regras ordinárias de experiência¹⁰.

Todavia, não obstante o profícuo argumento, não parece ser esse o melhor entendimento. A regra da inversão do ônus da prova insculpida no art. 6º, VIII, do diploma consumerista, não obstante ser *ope iudicis*, é de aplicação obrigatória.

A inversão do ônus da prova é regra de Direito Processual, pois diz respeito ao ônus da produção da prova no âmbito do processo, apesar de estar inserida no rol dos direitos básicos do consumidor.

A norma de processo deve ser lida pelo ponto de vista do juiz, pois visa a regular a sua atividade, que é uma atividade estatal. Por isso, o Direito Processual é ramo do Direito Público. Assim sendo, se o Estado, no processo, é representado pelo juiz, as normas de Direito Processual visam a regular a atividade do julgador.

Por ser ramo do Direito Público voltado à regulação da atividade estatal, o Direito Processual prevê normas de atuação do Estado. Dúvidas não há de que o Estado é a parte mais forte em qualquer relação, seja ela de direito material ou processual, uma vez que o Estado é soberano, e todos a ele devem se subordinar.

Para evitar abusos, ao Estado só é permitido fazer o que a lei expressamente autoriza. Não há espaços para a discricionariedade. Isso nada mais é do que a aplicação do princípio da estrita legalidade, ou seja,

⁹ Sustenta a emérita professora que é facultado ao juiz inverter o ônus da prova, inclusive nas hipóteses em que a produção da prova for difícil para o fornecedor. BENJAMIN, Antônio Herman V., BESSA, Leonardo Roscoe, e MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p. 62.

¹⁰ CARVALHO, José Carlos Maldonado. **Direito do Consumidor. Fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007, p. 48.

o Estado só pode agir quando a lei o permite, e só pode fazer o que a lei o autoriza.

Por isso, em regra, as omissões legais nos ramos de Direito Público consistem em proibições, uma vez que, se não há autorização legal expressa para a prática de determinado ato, o Estado não pode praticá-lo, em observância à estrita legalidade.

Assim, como esclarece o professor Rizzato Nunes, “no processo civil, como é sabido, o juiz não age com discricionariedade (que é medida de conveniência e oportunidade da decisão). Age sempre dentro da legalidade, fundando sua decisão em bases objetivas¹¹”.

Por essa razão, não é dada ao juiz a liberdade de escolher entre a aplicação, ou não, da regra da inversão do ônus da prova. Caberá ao julgador, tão somente, verificar se estão presentes, ou não, os requisitos legais. E uma vez presentes, imperiosa é a inversão do *onus probandi*.

Conclui, assim, o já citado mestre Rizzato Nunes, sustentando que “deverá o magistrado determinar a inversão. E esta se dará pela decisão entre duas alternativas: verossimilhança das alegações ou hipossuficiência. Presente uma das duas, está o magistrado obrigado a inverter o ônus da prova¹²”.

Vê-se, então, que cabe ao magistrado determinar a inversão, ou seja, ela não decorre diretamente da lei. Daí porque essa inversão é *ope iudicis*, e não *ope legis*. No entanto, a atuação do juiz se limita à verificação da presença dos requisitos legais para determinar a inversão. Ao magistrado não cabe escolha. Presentes os requisitos da lei, determinará ele a inversão.

Há que se analisar, ainda, se os requisitos do artigo 6º, VIII, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor são cumulativos ou alternativos, isto é, se é preciso que se ateste, cumulativamente, a hipossuficiência do consumidor e a verossimilhança das suas alegações para que ocorra a inversão, ou se basta a aferição da presença de um dos requisitos para que se aplique a regra especial.

Antes, deve-se examinar o que significa cada um desses requisitos.

A verossimilhança das alegações, segundo a singela e brilhante lição do saudoso ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Alberto Menezes Direito, é uma *prova de primeira aparência*, “decorrente das re-

11 NUNES. *Op. cit.* p. 738.

12 *ibidem*. P. 739.

gras de experiência comum, que permita um juízo de probabilidade como, por exemplo, a repetição de determinado evento em relação a um certo produto¹³”.

Portanto, para a aferição da verossimilhança, deverá o magistrado verificar se, segundo as regras de experiência comum, a partir, por exemplo, dos acontecimentos do dia a dia, seria provável, ou até possível, que aqueles fatos narrados pelo consumidor possam realmente ter acontecido.

Quanto à hipossuficiência do consumidor, pode ela ser aferida sob o aspecto econômico e técnico.

No primeiro caso, o consumidor não tem meios econômicos de produzir a prova capaz de demonstrar a existência de seu direito. Sua hipossuficiência é financeira.

Já no segundo caso, o consumidor não tem o conhecimento técnico capaz de lhe permitir a produção da prova. É o ocorre, por exemplo, em uma ação ajuizada por um consumidor que adquiriu um automóvel de uma grande montadora e viu determinada peça de seu veículo, mesmo ultrapassado o prazo da garantia, se deteriorar antes do tempo de sua vida útil.

Nesse caso, o consumidor não detém o conhecimento do projeto, das técnicas e do processo utilizado para a fabricação do veículo, bem como daquela determinada peça. Apenas o fornecedor tem meios de produzir essa prova, haja vista que detém o domínio dessas questões.

Assim, sua hipossuficiência é técnica, pois não tem conhecimento técnico para entender o que efetivamente ocorreu no caso, não sendo possível, pois, produzir a prova.

É imperioso ressaltar que basta a presença de um desses aspectos – financeiro ou técnico – para que se caracterize a hipossuficiência, que, no caso, é processual, pois o consumidor não tem condições, financeiras ou técnicas, de produzir aquela prova no processo.

Portanto, o consumidor apenas não será hipossuficiente se, conjuntamente, não se verificar a deficiência econômica e financeira.

Deve-se ressaltar que há opinião no sentido de que a verdadeira inversão do ônus da prova só poderá ocorrer nessa segunda situação, da hipossuficiência do consumidor, uma vez que, na hipótese da verossimi-

13 DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Comentários ao Novo Código Civil. Arts. 927 a 965*. V. XIII. Rio de Janeiro: Forense. 2007, p. 23-24.

lhança das alegações, a situação é distinta, como leciona o já citado mestre Kazuo Watanabe:

“é que o magistrado, com a ajuda das máximas experiências e das regras de vida, considera produzida a prova que incumbe a uma das partes. Examinando as condições de fato, com base em máximas de experiência, o magistrado parte do curso normal dos acontecimentos, e, porque o fato é ordinariamente a consequência ou o pressuposto de um outro fato, em caso de existência deste, admite também aquele como existente, a menos que a outra parte demonstre o contrário. Assim, não se trata de uma autêntica hipótese de inversão do ônus da prova¹⁴”.

Após o exame dos requisitos, há que se adentrar, efetivamente, na discussão se eles devem ser aferidos cumulativamente ou alternativamente para a determinação judicial da inversão do ônus da prova.

Como se pôde perceber da lição anteriormente transcrita do professor Rizzato Nunes, entende ele que os requisitos são alternativos, ou seja, basta que se constate a hipossuficiência do consumidor, ou a verossimilhança de suas alegações, para que o juiz aplique a regra da inversão do ônus da prova.

Assim também pactua Cláudia Lima Marques, que, em seus escritos, sustenta que a partícula “ou” constante no artigo 6º, VIII, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor¹⁵ não deixa dúvidas de que “a favor do consumidor, pode o juiz inverter o ônus da prova quando apenas uma das duas hipóteses está presente no caso¹⁶”.

Mais uma vez ousa-se discordar de tão convincente argumento. Não parece lógico que o juiz possa inverter o ônus da prova apenas com a presença de um dos requisitos, sob pena de ocorrer situações esdrúxulas.

Basta imaginar a hipótese em que o juiz constate a hipossuficiência do consumidor diante da situação concreta apresentada na ação, todavia, os argumentos lançados na inicial são inverossímeis. Poderá o juiz determinar a inversão? Crê-se que não, pois haveria enorme contrassenso em

14 WATANEBE, Kazuo. *Op. cit.* P. 733-734.

15 Lei nº 8.078/90, art. 6º. São direitos básicos do consumidor: [...] VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

16 MARQUES. *Op cit.* P. 62.

conferir ao consumidor, provável litigante de má-fé no caso concreto, a benesse prevista no Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Estar-se-ia tutelando uma eventual fraude. A regra da inversão do ônus da prova visa a trazer um equilíbrio processual à relação, e não conceder, sem qualquer limite e aferição das circunstâncias, um benefício ao consumidor, trazendo um novo desequilíbrio ao processo, agora em favor da parte que antes era hipossuficiente, e agora passa a ter super poderes.

A situação contrária também seria inadmissível. Imagine-se que o consumidor narre em sua petição inicial fatos verossímeis; no entanto, não é ele hipossuficiente. Ora, haveria flagrante violação ao princípio constitucional da isonomia, isso porque, não obstante serem verossímeis as alegações, o consumidor teria condições de produzir a prova.

Nesse caso, em que o consumidor não é hipossuficiente, ter-se-iam duas partes em condições idênticas, não sendo possível, então, deferir a uma delas a benesse da inversão do *onus probandi*, por acarretar flagrante desequilíbrio na relação processual.

Assim, nessas hipóteses, não poderá o julgador determinar a inversão do ônus da prova, o que comprova que os requisitos legais não são alternativos, e sim cumulativos.

Ressalte-se que a inversão do ônus da prova não é uma garantia de vitória do consumidor na ação proposta. Isto é, a lei não prevê a inversão para que o consumidor logre êxito em sua pretensão. Pretende a lei facilitar a comprovação dos fatos constitutivos do direito alegado pela parte mais fraca, que, na maioria das vezes, não tem o conhecimento técnico e o acesso aos meios para a produção de determinada prova.

Em muita das vezes pode ocorrer a inversão do ônus e, mesmo assim, o fornecedor ter sucesso em produzir a prova necessária à desconstituição do direito alegado pelo consumidor.

Todavia, a determinação equivocada da inversão acaba por imputar injustamente um ônus, acarretando um prejuízo ao fornecedor, que terá que buscar a prova do fato que desconstrua as alegações autorais, mesmo que inverossímeis, ou diante de um consumidor não hipossuficiente, prova essa que pode até ser impossível de ser produzida pelo fornecedor, ante uma narrativa autoral eventualmente descabida.

Conclui-se, pois, que a regra da inversão do ônus da prova é uma benesse concedida ao consumidor, mas àquele que efetivamente não

tenha condições de produzi-la, e que esteja em juízo para defender, legitimamente, um direito que acredita ter.

Por derradeiro, há que se verificar as demais hipóteses legais de inversão, previstas nos artigos 12, § 3º, 14, § 3º e 38 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Tais hipóteses correspondem à inversão *ope legis* do ônus da prova, ou seja, decorrem diretamente da lei independentemente de decisão do julgador.

A lei prevê que em certos casos, como no de responsabilidade dos fornecedores por danos causados aos consumidores por defeito nos produtos e serviços, ou por vício de informação ou publicidade, caberá ao fornecedor produzir a prova, e não o consumidor, que já ingressará na lide ciente de que não detém esse ônus.

Segundo dispõe o art. 12, § 3º do diploma consumerista, o fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não serão responsabilizados pelo fato do produto, ou seja, pelos danos causados ao consumidor pelo defeito do produto, se provarem que: não colocaram o produto no mercado; que, embora colocado o produto no mercado, o defeito inexistia; ou que a culpa é exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Então, caberá a esses fornecedores, arrolados no dispositivo, provar algum desses fatos, para que se eximam da sua responsabilidade. Trata-se de prova de excludentes de responsabilidade, as quais são enumeradas taxativamente, ou seja, os fornecedores só se eximirão de responder pelos danos causados pelo produto se provarem alguma dessas causas. Não se admitirá, portanto, a excludente da responsabilidade por nenhuma outra causa.

A hipótese do art. 14, § 3º do diploma consumerista também é de prova de excludente da responsabilidade. Ocorre que, nesse dispositivo, a responsabilidade é por fato do serviço, ou seja, por danos causados ao consumidor por defeito na prestação de um serviço.

Aqui, exime-se o fornecedor do serviço de sua responsabilidade apenas se provar duas causas excludentes: que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistia; que a culpa seja exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Em relação a essas causas excludentes, cabe uma observação, apesar de não ser esse propriamente o objeto de estudo: o Código de Proteção e Defesa do Consumidor não admite a exclusão de responsabilidade do fornecedor, ou a mitigação da responsabilidade, por culpa concorrente.

Como afirmado, as causas de exclusão são *numerus clausus*, isto é, taxativas, e o Código não prevê a concorrência de causas. Infere-se, pois, que, havendo concorrência de causas, o fornecedor responderá integralmente, em razão da vulnerabilidade do consumidor. Se para o dano concorreu o fornecedor, não poderá o consumidor, vulnerável, ter a sua reparação minorada.

Por fim, tem-se a hipótese do art. 38 do diploma consumerista, que prevê que o ônus da prova da veracidade e correção da informação, ou comunicação publicitária, cabe a quem patrocina.

Isso significa que o responsável pela divulgação da informação, ou que fez a publicidade do produto ou serviço tem o ônus da prova da veracidade e correção dessa informação ou publicidade.

Então, o fornecedor do produto ou serviço que tem a informação ou publicidade divulgada tem o encargo processual de provar que são verdadeiras e corretas essas informações, bem como deverá manter em seu poder, para fins de prova, toda publicidade e informação divulgada sobre aquele produto ou serviço.

Caso o produto ou serviço não atenda a essa publicidade, deverá demonstrar o fornecedor que esse não atendimento já estava previsto na informação, ou que a publicidade não informava aquilo que alega o consumidor, caso contrário, responderá por eventuais danos causados pela propaganda abusiva ou enganosa.

Há que se frisar, novamente, que nesses três casos a inversão do *onus probandi* decorre do próprio direito material e de determinação expressa da lei – inversão *ope legis* –, bastando que esteja em discussão, no processo, fato do produto ou serviço, bem como vício de informação ou publicidade. Sendo o objeto da ação uma dessas hipóteses, imperativa será a aplicação da regra de inversão do *onus probandi*, independentemente de qualquer apreciação pelo julgador de quaisquer pressupostos ou requisitos.

5. CONCLUSÃO

O que se evidencia é que a regra da inversão do ônus da prova é de grande relevância nas lides travadas entre consumidores e fornecedores, sendo um importante instrumento de proteção dos primeiros, tendo em vista a sua hipossuficiência que, se inexistisse a benesse processual, inviabilizaria o próprio exercício do direito de ação.

Então, a inversão do ônus da prova também é um instrumento de acesso à jurisdição, não sendo apenas legítima, como também tem amparo constitucional.

Ocorre que tal benefício não é assegurado a todos os consumidores indistintamente. Prevê a lei, nos casos em que a inversão ocorre por decisão do julgador, o cumprimento de requisitos que devem ser observados cumulativamente: a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência do indivíduo.

Preenchidos os pressupostos legais, o consumidor fará jus à inversão do ônus probatório.

Há, ainda, hipóteses em que a lei já determina a inversão, independentemente de decisão judicial ou de cumprimento de requisitos.

A lei, nesse caso, já presume a hipossuficiência do consumidor, razão pela qual está ele dispensado de produzir a prova dos fatos narrados.

São essas, pois, as considerações sobre o tema.❖