

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR COMO TÉCNICA DE DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DA CARGA PROBATÓRIA

PEDRO HENRIQUE PEDROSA NOGUEIRA

Doutor em Direito (UFBA). Mestre em Direito (UFAL). Professor (graduação e mestrado) na Universidade Federal de Alagoas. Professor e coordenador do curso de Direito na Sociedade de Ensino Universitário do Nordeste (SEUNE). Advogado e consultor jurídico.

1. Intróito

O tema da prova nos litígios que tenham por objeto relações jurídicas de consumo se encontra marcadamente presente no Código de Defesa do Consumidor, sendo notável a preocupação do legislador em facilitar a atuação em juízo do sujeito hipossuficiente nesse tipo de relação, especialmente com a criação de inversões do ônus da prova e presunções.

É preciso, todavia, perceber que, no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, a inversão judicial do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII) não pode ser equiparada a algumas hipóteses legais de “inversões” nas quais, em verdade, já se tem pré-estabelecida, em abstrato, a presunção de fatos em benefício do consumidor.

Essas situações de presunção legal podem ser verificadas, claramente, nos casos de responsabilidade por fato do produto e do serviço, prevista no art. 12, § 3º do CDC¹ - em que se presume a ocorrência de vício do produto ou do serviço posto no mercado de consumo, v.g. -, e de publicidade enganosa, em que se atribui o ônus da veracidade e da correção de informação ao respectivo patrocinador, tal como prevê o art. 38 do CDC².

Por isso, como bem assinala HUMBERTO THEODORO JR.³, deve-se distinguir com clareza a inversão legal do ônus da prova, que nada mais é do que uma presunção pré-estabelecida pelo legislador, e a inversão judicial do ônus probatório.

¹ “Art. 12. [...]”

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.”

² “Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.”

³ THEODORO JR., Humberto. *Repensando a Prova Civil*, in Revista Doutrina - 9. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 2000, p.23.

A problemática de que iremos cuidar, aqui, não tem relação com os casos de presunção legal. Nossa análise será restrita à hipótese de inversão judicial do *onus probandi* e sua relação com a teoria da distribuição dinâmica das cargas probatórias, buscando solucionar, a partir desse enfoque, a seguinte questão: é possível considerar a norma jurídica veiculada pelo CDC, art. 6º, VIII, como regra de julgamento?

O problema se justifica não apenas pelo seu valor teórico - pois remete a importantes questões no âmbito da teoria da prova -, mas também por sua grande repercussão prática, notadamente em razão da grande quantidade de litígios em que a temática da inversão do ônus da provas se faz presente, sendo notável ainda, ultimamente, uma variação jurisprudencial sobre o assunto, inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

2. A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova

Concebida para corrigir insuficiências e inadequações em matéria de distribuição do ônus da prova, a teoria da distribuição dinâmica representa uma contraposição à chamada “concepção estática” do ônus probatório. Como assinalam JORGE W. PEYRANO e JULIO O. CHIAPPINI⁴, durante muito tempo se produziram regras sobre a carga probatória como algo estático, isto é, “se decía que en cualquier caso y contingencia los hechos constitutivos [...] deben ser probados por quien demanda [...], mientras que los hechos impeditivos, modificativos o extintivos [...] debían ser acreditados por el demandado”.

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova preconiza que, independente da condição de demandante ou demandado, a carga probatória deve recair sobre ambas as partes, em especial sobre aquela que se encontra em melhor situação para produzi-la. Portanto, como esclarece INÉS L. WHITE⁵,

“esta nueva teoría no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que 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.”

⁴ PEYRANO, Jorge W.; CHIAPPINI, Julio O. *Lineamentos de las cargas probatorias dinámicas*, in WHITE, Inés Lépori *et al* (coord.), *Cargas probatorias dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 15.

⁵ WHITE, Inés L. *Cargas Probatorias Dinámicas*, in WHITE, Inés Lépori *et al* (coord.), *Cargas probatorias dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 60.

JORGE W. PEYRANO⁶ sintetiza a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova nas seguintes conclusões: *i*) as cargas probatórias dinâmicas são exceções às regras gerais de distribuição do ônus da prova, fazendo recair o encargo sobre a parte em melhores condições profissionais, técnicas ou fáticas para produzir a prova; *ii*) a invocação oficiosa, pelo juiz, da doutrina das cargas dinâmicas, no ato de sentenciar, pode significar risco para a garantia do direito de defesa em juízo; *iii*) a distribuição dinâmica é qualificada como uma “exceção”, concebida para dar soluções adequadas a situações que receberiam, sem ela, respostas jurisdicionais iníquas (de modo a somente operar quando as regras rígidas de distribuição do ônus da prova se apresentem inadequadas).

O CPC estabeleceu expressamente, como regra geral, uma distribuição estática do ônus da prova, atribuindo ao demandante o encargo de provar os fatos constitutivos de seu direito, enquanto ao demandado tocava a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor:

“Art. 333. 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.”

Trata-se de incorporação ao direito positivo de uma idéia clássica, já enunciada por CHIOVENDA⁷: “o autor deve provar os fatos constitutivos, isto é, os fatos que normalmente produzem determinados efeitos jurídicos; o réu deve provar os fatos impeditivos, isto é, a falta daqueles fatos que normalmente concorrem com os fatos constitutivos, falta que impede a estes produzir o efeito que lhes é natural”.

A regra geral se diz estática porque, a princípio, desconsidera qualquer particularidade da situação *in concreto*. Os encargos probatórios são predispostos em função daquilo que é afirmado pelas partes em seus atos postulatórios e de suas posições no processo.

Nada obstante, alguns autores vêm defendendo a aplicação da distribuição dinâmica no direito brasileiro. FREDIE DIDIER JR., RAFAEL OLIVEIRA E PAULA SARNO BRAGA⁸ a esse respeito obtemperam que, embora o Código de Processo Civil não traga regra expressa consagrando a teoria dinâmica em nosso ordenamento, seria possível acolhê-la a partir de uma

⁶ PEYRANO, Jorge W. *Nuevos Lineamentos de las Cargas Probatorias Dinámicas*, in WHITE, Inés Lépori *et al* (coord.), *Cargas probatorias dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 21-24.

⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, V. 2, trad. Paolo Capittanio. Campinas: Bookseller, 1998, p. 451-452.

⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, V. 2. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 62-63.

interpretação sistemática, extraíndo-a dos princípios da igualdade, lealdade, boa-fé, devido processo legal e, principalmente, do princípio da adaptabilidade do procedimento.

Também DANILO KNIJNIK⁹ admite a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova no direito brasileiro, mas com a ressalva de que a dinamização não afasta as regras legais a respeito do ônus da prova, de modo que, a princípio, prevaleceria o regramento estático, cabendo-se aplicar a teoria da distribuição dinâmica em situações excepcionais, para evitar a *probatio diabolica*.

Trata-se de visão que, sem eliminar a incidência da regra estática, permite adequar a distribuição dos ônus da prova de acordo com cada situação em concreto, harmonizando o sistema de direito probatório estabelecido no Código de Processo Civil com normas de direitos fundamentais previstas na Constituição.

Por isso, parece-nos perfeitamente aplicável a distribuição dinâmica do ônus da prova no direito brasileiro, sobretudo se considerados o princípio do devido processo legal (pois não seria correto falar em processo “devido” nos casos em que um litigante está sujeito a *probatio diabolica*) e o princípio da cooperação (pois a parte que se encontre numa situação privilegiada em relação à prova deve colaborar e suportar a carga probatória).

3. Inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII) e distribuição dinâmica da carga probatória

Se a dinamização das cargas probatórias é aplicável no direito brasileiro, a regra de inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor pode ser interpretada à luz da teoria da distribuição dinâmica.

Prevê o art. 6º, VIII do CDC:

“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 experiências;”

Segundo esse dispositivo, o juiz está autorizado a redistribuir o *onus probandi* a partir de critérios casuísticos (hipossuficiência e verossimilhança), visando permitir que a parte menos

⁹ KNIJNIK, Danilo. *As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabolica*, in FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Processo e Constituição – Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 946-947.

favorecida, do ponto de vista técnico, inclusive, logre provar certos fatos de seu interesse, cuja demonstração seria, a princípio, impossível, ou pelos menos extremamente dificultada, se aplicada a regra geral estática de distribuição das cargas probatórias (CPC, art. 333).

Há também quem considere que na hipótese de “inversão” fundada em verossimilhança da alegação do consumidor o juiz não estaria, rigorosamente, a “inverter” o ônus, pois nela o magistrado, auxiliado por máximas de experiência e regras de vida, considera produzida a prova cuja encargo incumbiria a uma das partes. Nesse sentido, é o pensamento de KAZUO WATANABE: “Examinando as condições do fato com base em máximas de experiência, o magistrado parte do curso normal dos acontecimentos e, porque o fato é ordinariamente a consequência ou pressuposto de outro fato, em caso de existência deste, admite aquele como existente, a menos que a outra parte demonstre o contrário”¹⁰.

De todo modo, sendo ou não autêntica inversão, o certo é que a verificação da existência do ônus a favor do consumidor, ou da incumbência de provar negativamente o fato supostamente ocorrido, segundo regras de experiências, será feita dinamicamente, no caso concreto.

Agora, embora seja possível a dinamização do ônus da prova no direito brasileiro¹¹, entendemos que o juiz, ao resolver modificar a disposição da carga probatória (já que, de regra geral, ainda vige a distribuição do *onus probandi* nos termos previstos no art. 333 do CPC), “deverá previamente intimar as partes a respeito, fundamentando sua decisão”¹². Isso evita a surpresa, prestigiando a boa-fé processual, e assegura ao litigante adverso a possibilidade de se desincumbir do ônus que lhe foi imposto. Como assinala SICA¹³, a idéia de inversão supõe uma prévia distribuição do ônus probatório para que, em face de determinada circunstância, seja alterada; não haveria sentido, pois, modificar as cargas probatórias quando a produção de provas, no processo, já não seria mais possível.

¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 5ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 1997, p. 617. A partir desse pensamento, defende KAZUO WATANABE que a inversão do ônus da prova deve se dar no momento do julgamento da causa (GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 5ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 1997, p. 619).

¹¹ Oportuna a observação de ERICA RUSCH DALTRO PINTO: “Como o processo é dinâmico, seria um contra-senso fixar o ônus da prova de forma estática, surgindo daí a necessidade de rever esse conceito, sustentando-se uma teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova.” (PINTO, Erica Rusch Daltro. *Distribuição do Ônus da Prova à Luz do Princípio da Igualdade*, in DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR., Luiz Manoel (coord.). *Constituição e Processo*. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 150).

¹² KNIJNIK, Danilo. *As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica*, in FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Processo e Constituição – Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 948.

¹³ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova*, in *Revista de Processo*, nº 146. São Paulo: RT, abril/2007, p. 50.

Afigura-nos pertinente a relação entre inversão judicial e distribuição dinâmica do ônus da prova, pois, a regra do art. 6º, VIII do CDC, somente autoriza o juiz a inverter as cargas probatórias quando presentes os seus pressupostos, verificáveis, sempre, casuísticamente.

Ademais, a idéia subjacente à inversão judicial do ônus da prova do 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.

Essa forma de interpretar a técnica de distribuição do ônus da prova do art. 6º, VIII do CDC, ajuda a solucionar alguns problemas hoje ainda muito discutidos, a exemplo da indagação, a nosso ver pouco fértil, sobre se a inversão judicial em questão seria uma regra de julgamento ou uma regra de procedimento.

4. O momento adequado para se determinar a inversão judicial do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor

A partir da regra contida no art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, o juiz pode inverter o ônus da prova contra o fornecedor, quando houver verossimilhança na alegação do consumidor e quando este for hipossuficiente.

NOVAKOSKI¹⁴ entende que o dispositivo em questão não estaria a cuidar, propriamente, de uma inversão do ônus da prova, pois o fornecedor de produtos ou serviços sempre conservaria os mesmos ônus que teria antes da “inversão”.

Parece-nos, todavia, que, após a inversão, há ônus que, antes, não podiam ser atribuídos ao fornecedor. Se o consumidor ingressa com ação e o juiz decide a favor da inversão, estará atribuindo ao fornecedor um ônus que, nas situações normais do art. 333 do CPC, não lhe cabia.

Sem a inversão judicial, o consumidor precisaria provar suas alegações para obter êxito na demanda, ao tempo em que o fornecedor, à falta de provas do consumidor, não precisaria provar nada. Com a inversão, o consumidor estará dispensado de produzir a prova cabal de suas alegações, ao mesmo tempo em que o fornecedor, para obter êxito, precisará produzir contraprova ou alegar e provar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos. Existe, como se vê, quando se aplica o art. 6º, VIII do CDC, alteração nos poderes e nos ônus das partes, o que aconselha a tratá-lo, verdadeiramente, como caso de inversão do ônus da prova.

¹⁴ NOVAKOSKI, André Luis Mota. *A Distribuição do Ônus Probatório nas Lides de Consumo: A Falsa Inversão do Ônus da Prova do art. 6º, VIII, do CDC*, in Revista Dialética de Direito Processual, nº 37. São Paulo: Dialética, abril/2006, p. 11.

Há uma discussão intensa sobre até quando poderia o juiz decidir sobre essa inversão. Uns defendem a idéia de que a inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII do CDC, seria “regra de julgamento”, podendo, assim ocorrer no final do processo, isto é, no momento da prolação da sentença. Esse entendimento se baseia em duas premissas: *i)* o juiz não precisaria avisar às partes se utilizará as regras de experiência ou as regras de distribuição do ônus probatório; *ii)* sendo o juiz destinatário das provas, deveria o fornecedor (pois a inversão só se dá em benefício do consumidor) se precaver e preparar-se corretamente para defesa.

Outros, porém, comungam do entendimento de que a inversão prevista no art. 6º, VIII do CDC seria regra de procedimento, de modo que o juiz somente poderia, por isso, inverter o *onus probandi* até a fase de saneamento do processo.

Esse debate também permanece na jurisprudência. No Superior Tribunal de Justiça, há um precedente recente no sentido de que a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII do CDC seria regra de julgamento:

“RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ART. 6º, VIII, DO CDC. REGRA DE JULGAMENTO.

- A inversão do ônus da prova, prevista no Art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, é regra de julgamento.

- Ressalva do entendimento do Relator, no sentido de que tal solução não se compatibiliza com o devido processo legal.”¹⁵

Em um precedente anterior, porém, o Superior Tribunal de Justiça já havia decidido que a inversão em questão somente seria possível antes do término da instrução processual:

“PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - CONSUMIDOR - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - MOMENTO OPORTUNO - INSTÂNCIA DE ORIGEM QUE CONCRETIZOU A INVERSÃO, NO MOMENTO DA SENTENÇA - PRETENDIDA REFORMA - ACOLHIMENTO - RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

- A inversão do ônus da prova, prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, como exceção à regra do artigo 333 do Código de Processo Civil, sempre deve vir acompanhada de decisão devidamente fundamentada, e o momento apropriado para tal reconhecimento se dá antes do término da instrução processual, inadmitida a aplicação da regra só quando da sentença proferida.

- O recurso deve ser parcialmente acolhido, anulando-se o processo desde o julgado de primeiro grau, a fim de que retornem os autos à origem, para retomada da fase probatória, com o magistrado, se reconhecer que é o caso de inversão do ônus, avalie a necessidade de novas provas e, se for o caso, defira as provas requeridas pelas partes.

¹⁵ STJ, RESP 949.000/ES, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 23.06.2008.

- Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, provido.”¹⁶

Parece-nos que a solução mais adequada para a controvérsia deve partir de uma interpretação do art. 6º, VIII do CDC que aponte para adoção de uma distribuição dinâmica das cargas probatórias. Nessa perspectiva, a inversão deve permitir que a parte adversa esteja em condições de se desincumbir do ônus que lhe está sendo imposto. O regime dinâmico leva uma distribuição de cargas probatórias capaz de igualar os desiguais¹⁷, sendo certo que essa pretensão de equilibrar os participantes do litígio em razão da presumida situação de hipossuficiência do consumidor permeia todo o CDC, inclusive quando prescreve a adoção de técnicas processuais direcionadas à facilitação de sua defesa.

O escopo da norma do art. 6º, VIII do CDC, como se pode extrair literalmente de seu enunciado, é facilitar a defesa do consumidor em juízo. Essa facilitação é obtida com a transferência à parte adversa da incumbência de provar certos fatos que, não fosse a modificação da carga probatória, levaria a uma situação de *provatio diabolica* – daí se falar em hipossuficiência como uma das hipóteses autorizadoras da inversão -, ou com a modificação da distribuição da carga probatória quando o magistrado, em juízo de cognição sumária, estiver convencido da probabilidade de êxito do consumidor – daí se falar de verossimilhança¹⁸ das suas alegações.

Se o propósito do Código é facilitar a atuação do consumidor em juízo, parece não haver razão para se admitir que o juiz esteja autorizado a decidir sobre o ônus da prova, nas hipóteses do art. 6º, VIII do CDC, em sede de sentença, sem permitir, em nenhum momento, que a parte contrária prove o fato sob seu encargo.

A facilitação da defesa do consumidor em juízo não é obtida com o estabelecimento de presunções absolutas sobre fatos de seu interesse. Por isso, nenhum óbice deve haver a que a parte adversa, ou o fornecedor de produtos e serviços, possa se desincumbir do ônus da prova. Isso supõe, por óbvio, que o juiz decida sobre a inversão antes da sentença. Como salientam MARINONI e ARENHART, “a inversão do ônus da prova somente é admissível como regra

¹⁶ STJ, REsp 881.651/BA, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, DJ 21.05.2007.

¹⁷ TEPSICH, María Bélen. *Cargas Probatórias Dinâmicas*, in WHITE, Inés Lépori *et al* (coord.), *Cargas probatorias dinâmicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 159.

¹⁸ “Verossimilhança” é expressão ambígua e tem sido utilizada, em textos legislativos e doutrinários, com múltiplos sentidos. É preciso, assim, distinguir a alegação verossímil tratada pelo art. 6º, VIII do CDC da “verossimilhança” versada no art. 273 do CPC. Ambas se assentam num juízo de probabilidade, algo ínsito, portanto, à cognição sumária (não-exauriente). A diferença está em que, para fins de antecipação de tutela, exige-se um juízo de probabilidade quanto à procedência dos pedidos a serem antecipados, fundado em “prova inequívoca”, enquanto para fins de inversão judicial do ônus da prova no CDC requer-se um juízo de probabilidade *in statu assertionis*, estribado nas afirmações levadas pelo consumidor a juízo e em regras de experiência. É possível estabelecer graus de intensidade na cognição sumária. “Deve haver adequação da intensidade do juízo de probabilidade ao momento procedimental da avaliação, à natureza do direito alegado, à espécie dos fatos, à natureza do provimento a ser concedido, enfim, à especificidade do caso concreto.” (WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: CEBPEJ, 1999, p. 128).

dirigida às partes, pois deve dar à parte que originariamente não possui o ônus da prova a oportunidade de produzi-la”¹⁹.

Há, também, outras razões suficientes para não se considerar o enunciado do art. 6º, VIII do CDC exclusivamente como veiculador de regra de julgamento, contrariamente ao que tem decidido o Superior Tribunal de Justiça. As hipóteses autorizadoras da inversão estão tecidas em termos vagos e ambíguos, o que exige a atuação judicial na construção do seu sentido no caso concreto.

Situa-se, pois, no campo da discricionariedade judicial a escolha de uma dentre as várias possibilidades de atribuição de significado, num caso concreto, das expressões “verossimilhança” e “hipossuficiência”. Às partes não é possível saber, *a priori*, o sentido eleito pelo juiz e do qual decorrerá a distribuição das cargas probatórias. Irretocável, assim, a observação de TESHEINER²⁰: “Dizer que a parte pode prever a inversão do ônus da prova, sempre que fundada a ação em relação de consumo, implica negação do caráter judicial dessa inversão. [...] Não é de supor que a lei haja imposto à parte o ônus adicional de adivinhar o critério que o juiz ou tribunal irá adotar na sentença ou no acórdão.”

Não ignoramos, aqui, a idéia, assente em doutrina, de que as regras sobre ônus da prova também se destinam a conferir ao juiz, no momento de sentenciar, um critério para se evitar o *non liquet*, adequando o seu julgamento às situações fáticas provadas.

Trata-se do ônus da prova em sentido objetivo²¹, a permitir ao juiz decidir o litígio nas hipóteses em que os fatos discutidos no processo não tenham sido integralmente comprovados pelas partes. Cogita-se, então, de uma verdadeira regra de julgamento, dirigida ao juiz, estabelecendo os critérios para se julgar o litígio diante da insuficiência das provas produzidas por uma das partes.

Não se pode perder de vista, porém, que o ônus da prova em sentido objetivo não exclui, mas antes pressupõe, a possibilidade do ônus em sentido subjetivo. É lugar comum, principalmente a partir de GOLDSCHMIDT²², a idéia de que o ônus (subjetivo), no processo, se traduz na circunstância de que alguém necessite praticar um ato para prevenir um prejuízo processual; constitui, assim, um imperativo do próprio interesse.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2005, p. 270.

²⁰ TESHEINER, José Maria Rosa. *Sobre o Ônus da Prova*, in MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de Direito Processual Civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2006, p. 359.

²¹ Sobre o ônus da prova em sentido objetivo, na doutrina brasileira, conferir, dentre outros: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 417; GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 1. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 433; GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, Vol. 2. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 205; TESHEINER, José Maria Rosa. *Sobre o Ônus da Prova*, in MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de Direito Processual Civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2006, p. 355.

²² GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso*, t. I. Buenos Aires: EJE, 1961, p. 58.

Tradicionalmente, a doutrina classifica o ônus como uma situação jurídica passiva, sem correspondente ativo, pois o agente pratica o ato, desincumbindo-se do ônus, no interesse próprio e se o fizesse no interesse alheio, estar-se-ia diante de um dever jurídico.

Preferimos, contudo, adotar concepção inversa. Para nós, o ônus é uma situação jurídica ativa²³. Trata-se de um poder atribuído para a prática de determinado ato no processo, sem uma situação de sujeição correlata. Oportuna a lição de PONTES DE MIRANDA: “o ônus é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos: satisfazer é do interesse do próprio onerado”²⁴.

O que irá diferenciar o ônus dos demais poderes processuais é a circunstância de que *outra norma* comina para a hipótese do não exercício do poder uma consequência jurídica negativa para o titular do ônus. Assim, é preferível considerar como ônus não aquilo que o titular da situação jurídica sofre em razão do seu não exercício, mas aquilo que lhe é lícito fazer. É nesse sentido que se fala em “ônus da prova”.

Sendo assim, tomando-se como premissa o dualismo ônus da prova subjetivo e objetivo, a solução de interpretar o art. 6º, VIII do CDC extraindo desse enunciado normativo apenas uma regra de julgamento que autorizasse o juiz a decidir sobre a inversão do ônus da prova, no momento de sentenciar, já não satisfaz.

Da mesma forma, parece-nos vazia a discussão, já incorporada com fôlego na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sobre se o art. 6º, VIII do CDC estaria a veicular regra de procedimento ou de procedimento.

A regra de julgamento que correspondente ao chamado ônus da prova em sentido objetivo supõe insuficiência de provas produzidas por uma das partes. Logo, o que está em discussão para se aplicar a regra de julgamento, inclusive aquela veiculada no art. 333 do CPC, é se uma das partes não se desincumbiu de seu ônus. Por isso, não nos parece haver problemas, a princípio, em se considerar a norma do art. 6º, VIII do CDC como regra de julgamento, sobretudo na hipótese de hipossuficiência do consumidor²⁵, desde que, antes, seja permitido à parte a quem o ônus da prova estará sendo atribuído produzir provas a seu favor. Isso apenas acontecerá, evidentemente, se antes de aplicar a regra de julgamento no momento da sentença o juiz decidir sobre o deferimento ou não da inversão do ônus probatório.

²³ TESHEINER, José Maria Rosa. *Sobre o Ônus da Prova*, in MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). Estudos de Direito Processual Civil – Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: RT, 2006, p. 355 e segs. Convém esclarecer, porém, que TESHEINER inclui o ônus na classe dos direitos formativos, pois, para ele, sempre haveria uma situação de sujeição correlativa a do titular do direito, perspectiva que, como visto, não adotamos.

²⁴ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, IV. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 217.

²⁵ Para RODRIGO XAVIER LEONARDO, o texto do art. 6º, VIII do CDC, falando em alegação “verossímil”, excluiria a possibilidade de se extrair dele uma regra de julgamento, porquanto a verossimilhança é um estado que, no processo, deve perdurar até a fase instrutória, somente após a qual o magistrado estará em condições de emitir um juízo de certeza em cognição exauriente (LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, P. 291).

Note-se que a inversão judicial supõe um provimento que distribua o ônus da prova entre as partes, quando presentes os requisitos do art. 6º, VIII do CDC. Já na hipótese do art. 333 do CPC, os poderes processuais que constituem os ônus do autor e do réu estão de antemão pré-estabelecidos.

Do enunciado do art. 333 do CPC se extraem, pelo menos, duas regras: uma que, ao incidir, portanto independentemente de qualquer provimento, já atribui ao autor e ao réu os respectivos ônus; e outra dirigida ao juiz, estabelecendo os critérios de julgamento após a verificação se as partes exerceram a contento os poderes processuais correspondente ao ônus de provar.

Assim, a decisão judicial que, aplicando a norma do art. 6º, VIII do CDC, inverte o ônus da prova, diferentemente da hipótese de aplicação do art. 333 do CPC, é de natureza *constitutiva*, pois os ônus de provar, para as partes, decorrem diretamente da decisão.

Não há, por isso, como se assemelhar a regra de julgamento extraída do art. 333 do CPC com aquela contida no art. 6º, VIII do CDC, justamente porque a aplicação desta última supõe um *prévio* provimento judicial invertendo o ônus probatório.

5. Conclusão

Ao final do exposto, é possível concluir que a distribuição dinâmica do ônus da prova é aplicável no direito brasileiro e que a previsão contida no art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor é exemplo de sua positivação.

A inversão judicial do ônus probatório (CDC, art. 6º, VIII) não pode ser considerada, exclusivamente, uma “regra de julgamento”, sendo imprescindível, portanto, que a parte a quem a carga probatória foi atribuída tenha a possibilidade de se desincumbir de seu ônus.