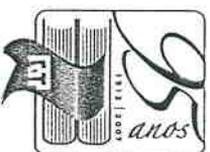

Revista de
PROCESSO

Ano 32 • n. 146 • abr./2007



demonstrar que a atuação jurisdicional urgente pode se dar em quaisquer procedimentos, independentemente da natureza da tutela final pretendida (ressarcitória ou inibitória, cautelar ou satisfativa), não representando, a sua estruturação teórica, empecilho à plena manifestação de suas potencialidades.

Desta forma, buscou-se adequadamente equilibrar o objetivo maior almejado pela sociedade, de solução eficaz e justa dos conflitos, com as formas por meio das quais pode se manifestar a jurisdição, cumprindo sua função primordial de oferecer a todos efetiva proteção aos seus direitos.

5. BIBLIOGRAFIA

- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *Aceleração dos Procedimentos. Fundamentos do processo civil moderno*. t. II. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- FOUCAUR, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado. Rio de Janeiro: Nau, 1996.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tutela sancionatória e tutela preventiva. Temas de direito processual – segunda série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- SUVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 3. 3. ed. São Paulo: RT, 2000.
- _____. *O contraditório nas ações sumárias. Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- TUCCA, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo*. São Paulo: RT, 1997.

3

Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6.º, VIII)

HERTOR VITOR MENDONÇA SICA

Mestre e doutorando em direito processual civil pela USP, Advogado.

Resumo: O presente artigo pretende revisar criticamente o tema da inversão do ônus da prova, segundo o art. 6.º VIII do CDC. Além de abordar o alcance dos requisitos impostos por esse dispositivo (hipossuficiência e verossimilhança), o artigo reflete sobre o momento em que a inversão do ônus da prova deve ocorrer no processo e dedica breve atenção à inversão do ônus da prova nos processos coletivos.

Abstract: The current article intends to critically revisit the burden of proof inversion theme, according to the Consumer Defense Code

(art. 6.º, VIII). As well as approaching the reach to the requirements of this device, the article reflects over the moment the burden of proof inversion must take place in the process. Finally, brief attention has been given over the burden of proof inversion in the class actions.

Palavras-chave: Ônus da prova – Inversão – Consumidor – Hipossuficiência – Verossimilhança – Máximas da experiência – Presunção – Processo coletivo.

Keywords: Burden of proof – Inversion – Consumer – Presumption – Class action.

Sumário: 1. Tema deste estudo – 2. Análise comparativa dos arts. 6.º, VIII, e 38 do CDC – 3. Especificamente o art. 6.º, VIII, do CDC – 4. Hipossuficiência, como decorrência da *assimetria de informação* – 5. Ainda sobre a hipossuficiência informacional (arts. 355 e ss do CPC) – 6. Verossimilhança, máximas de experiência e presunções comuns – 7. Alternatividade ou cumulatividade de requisitos? – 8. Momento de aplicação da inversão do ônus da prova – 9. Inversão do ônus econômico da prova – 10. Inversão do ônus da prova no processo coletivo – 11. Bibliografia.

1. TEMA DESTE ESTUDO

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.708/90) trouxe inúmeras novidades no campo processual. E, dentre elas, uma das que mais despertou a atenção dos estudiosos foi justamente a *inversão do ônus da prova em favor do consumidor*.

A mais importante referência a respeito está no art. 6.º, VIII, que estabelece o direito básico do consumidor à “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”.

Mas a doutrina insiste em também lembrar a propósito o comando do art. 38 do mesmo diploma legal, o qual dispõe que “o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as produz”.

Mesmo transcorridos mais de quinze anos desde o advento dessa lei, algumas questões continuam atormentando a doutrina e a jurisprudência, sem perspectiva clara de uma solução completamente satisfatória. Sem qualquer pretensão de resolvê-las, entendemos que essas questões mereçam uma nova visita.

2. ANÁLISE COMPARATIVA DOS ARTS. 6.º, VIII, E 38 DO CDC

Parece-nos que um modo adequado de começar o enfrentamento do problema aqui colocado é comparar o texto dos dois comandos legais acima referidos.

Sob esse prisma, a primeira constatação que fazemos é a de que o art. 6.º, VIII, do CDC estipula norma de caráter geral, aplicável a todo e qualquer litígio que envolva consumidor e fornecedor, independentemente do seu conteúdo. Já o art. 38 do mesmo diploma tem âmbito de incidência muito mais restrito, pois se limita a regir o ônus da prova decorrente de informação ou comunicação publicitária. Desse modo, não é exagero dizer que o comando do segundo dispositivo estaria, de certa forma, englobado no primeiro.

Outra diferença básica entre os dois dispositivos em exame está no fato de que o primeiro atua necessariamente *ope iudicis*, ou seja, mediante aferição judicial em concreto da presença dos requisitos lá exigidos. Bem diferente é o caso do art. 38, cuja aplicação prescinde de quaisquer requisitos, pois obra *ope legis*.

Nesse ponto, vemo-nos forçados a registrar pequena crítica. A idéia de inversão do ônus da prova pressupõe que ele esteja distribuído de uma dada forma e que, diante de determinada circunstância, essa ordem seja alterada. Assentada essa premissa – notadamente tautológica – decorre com naturalidade que o art. 38 do CDC *não estabelece caso de inversão de ônus da prova*, mas sim uma *regra especial de sua distribuição* que, no particular caso lá especificado, prevalece sobre a regra geral de insculpada no art. 333 do CPC.¹

Seja em razão dessa última assertiva, seja em razão da diminuta amplitude do seu comando, preferimos não nos aprofundarmos na análise do art. 38 do CDC e concentrar atenções no art. 6.º, VIII, da mesma lei.

1. Aqui, apoio-me na lição de Antonio Gidi, Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. *Revista Direito do Consumidor*, n. 13, p. 39-40.

3. ESPECIFICAMENTE O ART. 6.º, VIII, DO CDC

Abordando especificamente a norma que estabelece *verbalmente* hipótese de inversão do ônus da prova, é de rigor, antes de mais nada, lembrar que essa técnica processual se revela um *meccanismo* para atingimento de um *fin*, que é a facilitação da defesa do consumidor em juízo (um de seus direitos básicos).²

Por isso, entendemos que tanto faz que o consumidor figure na demanda como autor ou como réu, pois em qualquer dessas posições a defesa de seus direitos deve ser facilitada (é direito básico seu que assim seja).³

Contudo, a aplicação desse mecanismo não socorre a todos os consumidores em qualquer litígio, haja vista que o juiz deve analisar a presença de determinados requisitos, os quais estão plasmados em dois *conceitos juridicamente indeterminados* – *verossimilhança da alegação* e *hipossuficiência do consumidor*. A averiguação da existência dessas condições se faz diante do caso concreto. Ainda assim arriscamo-nos em tentar delimitá-los no item seguinte, para, depois, responder a uma indagação repetidamente suscitada em doutrina, nesse mister, isto é, se esses dois requisitos seriam cumulativos, ou se seriam alternativos.

4. HIPOSSUFICIÊNCIA, COMO DECORRÊNCIA DA ASSIMETRIA DE INFORMAÇÃO

Apesar de alguma titubeação nos primeiros anos que se seguiram à promulgação do CDC, hoje a doutrina e a jurisprudência unívocas aceitam que a hipossuficiência do consumidor a que alude o seu art. 6.º, VIII, não é econômica. Essa questão fica bem resolvida pela cinquentenária Lei 1.060/50, isentando o consumidor – como a qualquer litigante – de custos judiciais quando demonstrado que o seu pagamento poria em risco seu sustento próprio ou de sua família. A hipossuficiência a que se refere esse dispositivo legal é *técnica*, ligada à posse de *conhecimento* e de *informação*.⁴

2. Nesse sentido, mais uma vez, Gidi, Aspectos..., cit., p. 33-34.

3. Registro a discordância de Rodrigo Xavier Leonardo (*Imposição e inversão do ônus da prova*, p. 292-293), para quem a inversão só é cabível quando o consumidor for autor, pois quando for réu isso importaria ao autor-fornecedor uma “quase inafastável sucumbência”, pela impossibilidade de provar a ausência de fatos extintivos, modificativos ou impeditivos de seu direito. Em meu sentir, se houver verossimilhança ou hipossuficiência haverá, sim, como inverter o ônus da prova quanto aos fatos extintivos, modificativos e impeditivos do direito do fornecedor. Mesmo porque, a lei não restringe sua hipótese de incidência, havendo necessidade de facilitar a defesa do consumidor em qualquer pólo da relação processual.

4. Assim, pode perfeitamente suceder que um consumidor seja abonado economicamente mas, ainda assim, não disponha de conhecimentos técnicos equivalentes ao fornecedor para uma disputa judicial que envolva a relação de consumo travada entre ambos. Pense-se no consumidor (afortunado) que adquire um iate de 60 pés, artigo de alto luxo. Se esse produto começar a apresentar delitos, é evidente que o consumidor terá muito mais dificuldade de demonstrar que se trata de delito de fabricação, do que o fornecedor teria de provar que os

De fato, a ideia de *assimetria de informação*, cunhada na doutrina econômica, aca-se à base da análise das relações de consumo, eis que o fornecedor, invariavelmente, detém muito mais informações do que o consumidor.⁵

O juiz deverá analisar a existência dessa assimetria em concreto – conforme determina o próprio art. 6.º, VIII, do CDC, em sua parte final – à luz das *regras ordinárias de experiência*,⁶ ou seja, da observação do que rotineiramente acontece.

Em termos práticos, caberá ao juiz, por exemplo, verificar a profissão do consumidor (cuja declinação é exigida na petição inicial, por força do art. 282, II, do CPC), o que lhe *podrá* indicar, segundo as regras de experiência, se ele detém nível de conhecimento técnico comparável ao do seu oponente.

Nessa esteira, fica fácil perceber que hipossuficiência não se confunde com vulnerabilidade. Vulnerável, todo consumidor é, e isso constitui o primeiro princípio sobre o qual se assenta a “Política Nacional das Relações de Consumo”, traçada no art. 4.º do CDC.⁷ Mas, conquanto vulnerável, o consumidor nem

problemas decorrem do mau uso do equipamento. Há mera hipossuficiência técnica do consumidor.

5. Relata Ana Paula Bethines Romero (*As restrições verticais e a análise econômica do direito*, *Revista Direito GV*, v. 2, n. 1, jan-jun/2006, p. 15) que a assimetria informacional é uma das cinco falhas de mercado, sob a perspectiva da agilidade e eficiência econômicas. Esse dado – que nada tem de perissual – reflete-se claramente no processo, pois a discrepância do grau de informações detidas pelas partes no ambiente extrajudicial é naturalmente trazida a juízo. A lei consumerista busca mecanismos de proteção do consumidor face à assimetria informacional tanto no momento de firmar relação de consumo (mediante declaração de nulidade de cláusulas contratuais abusivas, como as que põem o consumidor em desvantagem exagerada), como no momento de defender seus interesses em juízo (em que a mesma discrepância entre as informações detidas por fornecedor e consumidor pode ser minimizada com a inversão do ônus probatório).

6. Sobre esse aspecto, imperioso invocar a lição de Moacyr Amaral Santos: “O juiz, como homem culto e vivendo em sociedade, no encaminhar as provas, ao avaliá-las, no interpretar e aplicar o direito, no decidir, enfim, necessariamente usa de uma porção de noções extrajudiciais, fruto de sua cultura, colhida de seus conhecimentos sociais, científicos, artísticos ou práticos, a que se costumou denominar máximas de experiência, ou regras de experiência, isto é, juízos formados na observação do que comumente acontece e que, como tais, podem ser formados em abstrato, por qualquer pessoa de cultura média. Com efeito, em cada esfera social, da mais letrada à mais humilde, há uma porção de conhecimentos que, tendo passado por experiência contínua e prolongada, ou, quando não, pelo crivo da crítica coletiva, fruto da ciência, da arte, da técnica e dos fatos cotidianos, faz parte de sua *communis opinio*” (*Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 2, p. 337).

7. “Art. 4.º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo,

sempre é hipossuficiente. Essa circunstância há de ficar demonstrada para que lhe caiba a inversão do ônus probatório.

A luz das conclusões já alcançadas, decorre naturalmente que para *cada fato probando* deve haver a análise da presença ou não da hipossuficiência. Ou seja, uma vez presente esse requisito quanto a um particular fato controvertido, isso não significa que *todo* o ônus probatório será invertido em favor do consumidor. A inversão se restringe àquele ponto para o qual haja uma disparidade quanto ao controle da informação entre consumidor e fornecedor.

Essa limitação – que parece óbvia – é apta a resolver um sem número de situações em que a inversão do ônus da prova é aplicada com exageros, em manifesto prejuízo ao regular exercício do direito de defesa.

Pense-se em demanda indenizatória ajuizada contra determinada companhia que fabrica cigarros, alegando o autor ter contratado câncer nos pulmões em decorrência do consumo prolongado desse produto, sem advertências do fornecedor acerca dos riscos do tabagismo causar dependência química e diversos males à saúde.

Para que a pretensão do consumidor seja acolhida, é necessário que fiquem devidamente demonstrados, pelo menos, os seguintes fatos:

- a) que o consumidor efetivamente adquiriu e consumiu continuamente os cigarros fabricados pela empresa demandada;
 - b) que o consumidor desenvolveu o câncer;
 - c) que o câncer foi contraído em decorrência do tabagismo;
 - d) que a publicidade veiculada pelo fornecedor não alertou o consumidor acerca dos riscos advindos do consumo de cigarro.
- O consumidor não é hipossuficiente para prova dos fatos *a* e *b*, acima enunciado. Quanto à prova do primeiro (*a*), ela não depende de quaisquer conhecimentos técnicos. Ao contrário, é o fornecedor quem não tem a menor chance de provar que o consumidor consumia cigarros de marca perenecente a outro **fabricante**. Não se pode dele **esperar** que arrole o **balconista da padaria vizinha à casa do consumidor**, para afirmar em juízo que ele comprava os cigarros de outra empresa. Já a prova do segundo (*b*) é ainda mais acessível ao consumidor. Basta juntar cópia de exame laboratorial ou laudo suscrito por médico atestando a existência da moléstia.

Mas é natural que haja hipossuficiência do consumidor para prova do nexo entre tabagismo e câncer (fato *c*), bem como da inexistência de propaganda adequada que alerte dos riscos do produto para a saúde (fato *d*).

Quanto ao primeiro fato (*c*), é natural que o fornecedor detenha conhecimentos técnicos muito mais vastos e profundos em relação ao consumidor, o que lhe permitiria ter subsídios infinitamente mais ricos para produzir prova que quebrasse o alegado nexo causal. Isso poderia se dar, por exemplo, mediante pesquisas médicas que atestassem que o consumidor de uma quantidade reduzida de tabaco, durante um intervalo breve de tempo, tem as mesmas chances

atendidos os seguintes princípios: 1 – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.”

de contrair câncer que um paciente que jamais tenha fumado, especialmente se morador de uma grande metrópole castigada pela poluição atmosférica, ou mesmo demonstrando que o tabaco empregado em seus produtos passa por processos de alteração genética e química que eliminam substâncias potencialmente cancerígenas.

No segundo caso (d), a empresa demandada teria possibilidades muito mais evidentes de provar que se desincumbiu do dever de alertar adequadamente acerca dos riscos à saúde, do que teria o consumidor de demonstrar o contrário. Afinal é ela quem sabe quais anúncios publicitários veiculou e quando isso ocorreu.

Em suma, a inversão do ônus da prova é limitada ao fato cuja prova dependa de conhecimentos específicos, detidos em maior grau pelo fornecedor em relação ao consumidor. Nas ações baseadas em vício ou fato do produto ou serviço, essa discrepância de nível de conhecimento normalmente recai sobre o nexo de causalidade entre o suposto vício e o dano do consumidor,⁸ dificilmente incidindo sobre o vício ou fato propriamente ditos, bem como sobre o dano alegado pelo consumidor.

5. AINDA SOBRE A HIPOSSUFICIÊNCIA INFORMACIONAL (ARTS. 355 E SS DO CPC)

Antes de prosseguir, não podemos nos furtar de fazer brevíssima nota acerca de um meio probatório disciplinado no Código de Processo Civil que, de certa forma, permite a inversão do ônus da prova em qualquer tipo de processo, independentemente de versar relação de consumo, quando há assimetria de informação. Refiro-me aos arts. 355 a 363 daquele diploma, que tratam da "exibição de documento ou coisa".

Por esses dispositivos legais, uma parte pode pedir ao juiz que ordene à outra a exibição de documento ou coisa que esteja em seu poder (CPC, art. 355). Após breve procedimento (CPC, arts. 356 e 357), esse "incidente" é julgado (CPC, art. 358). Se aquele que recebeu a ordem não exibir o documento, nem justificar adequadamente a recusa, os fatos que a parte adversa queria provar *dão-se presumivelmente por verdadeiros*, a teor do art. 359 do mesmo diploma (salvo se o contrário resulta do conjunto probatório dos autos, adverte João BATISTA LOPES⁹).

Temos que esses dispositivos cumprem um papel similar ao da regra de inversão do ônus probatório com base na hipossuficiência, *ex vi* do art. 6.º, VIII, do CDC.

Qualquer documento, como meio de prova, nada mais é do que suporte físico portador de informação. Se há disparidade no grau de controle de informação constante de documentos – o que pode ocorrer em qualquer tipo de litígio, não necessariamente de consumo – esse mecanismo processual protege a parte

hipossuficiente, obrigando seu adversário a trazer aos autos aquilo que está em seu poder. Se esses documentos não são exibidos, ocorre a presunção de veracidade da alegação da parte que requereu a exibição.

Esse despretenso registro não teve outro propósito senão realçar que a ideia de *assimetria informacional* não era totalmente estranha à nossa legislação processual, antes do advento do Código do Consumidor, de tal sorte que mesmo fora da órbita dessa legislação especial há, sim, espaço para atuação jurisdicional que minimize seu impacto em juízo, recolocando as partes em "paridade de armas".

6. VEROSSIMILHANÇA, MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA E PRESUNÇÕES COMUNS

Já adentrando no segundo requisito que o dispositivo em análise traz, impende lembrar que *verossimil* significa "provável", que "parece verdadeiro" (Aurélio).

Trata-se de um conceito em cujo âmago acha-se um *juízo comparativo* entre o fato alegado e o que "ordinariamente acontece", de maneira que a análise do primeiro permitia ao observador extrair, mesmo sem provas e por simples raciocínio dedutivo, uma probabilidade razoável de que sua consequência será a mesma presenciada em casos similares.

Por isso mesmo é que reputamos impossível compreender o conceito jurídico-processual de *verossimilhança* sem entender o que são as "regras" ou "máximas de experiência". A nota de rodapé n. 6, *supra*, trouxe clássica definição desse conceito, cumprindo agora tecer breves considerações sobre o art. 335 do CPC¹⁰ que versa exatamente a esse respeito.

A doutrina, há tempos, discute o significado e alcance da primeira parte desse dispositivo, que condiciona a aplicação das regras de experiência à "falta de normas jurídicas particulares". O autoritadíssimo AROALDO FURTADO FABRÍCIO¹¹ aponta que as máximas de experiência não serviriam para aplacar lacunas da lei (para viabilizar o julgamento do *meritum litis*), pois essa função é desempenhada pela analogia, costumes e princípios gerais de direito, a teor do art. 126 do CPC. A função das regras de experiência é a de preencher as *lacunas fácticas*, sobre as quais recai a cognição judicial, suprindo elementos que a instrução processual não tenha fornecido. Assim, essa primeira parte do art. 335 do CPC indicaria que, por meio das regras de experiência, o magistrado pode formular *presunções comuns (praesumptiones hominis)*, que seriam utilizáveis à falta de outras provas e quando não houvesse norma jurídica estabelecendo *presunções legais (praesumptiones iuris)* a respeito.¹²

10. "Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial."

11. Fatos notórios e máximas de experiência, *Revista Jovens*, n. 376, p. 3-10, nov-dez/2004.

12. Adraldo Furtado Fabrício (Fatos notórios..., cit., p. 6) anota a esse último propósito, que as *presunções legais* são *presunções comuns* particularmente convincentes e que, por isso, subtram de patamar, passando à positividade, em

8. Tanto que na legislação consumerista portuguesa, a possibilidade de inversão do ônus da prova é concentrada no nexo de causalidade entre vício ou fato do produto ou serviço e o dano alegado ao consumidor, conforme assevera Gidi, Aspectos..., cit., p. 38.

9. A prova no direito processual civil, p. 127.

Com isso, estabelece-se uma íntima relação entre “regras de experiência” e “presunções comuns”. É por meio desses dois mecanismos é que o juiz pode partir de um *indício* (*verctius*, fato conhecido, mas por si só insuficiente a acarretar consequências jurídicas pretendidas pela parte que o alegou¹³) e afirmar a existência de outro fato (esse sim relevante para deslinde da controversia), mesmo sem haver prova a respeito.¹⁴

Para simplificar esse raciocínio, usando uma figura singela, para ilustrá-lo, diríamos que a presunção comum é a estrada que liga dois pontos – o fato conhecido e irrelevante (que é o *indício*) ao fato desconhecido e relevante – sendo o raciocínio do juiz um veículo movido pelas “regras de experiência” para percorrer esse caminho, de um extremo a outro.

As regras de experiência, por conseguinte, suprem a necessidade de prova direta acerca de determinado fato, e acabam representando exceção à máxima “o que não está nos autos não está no mundo”, pois encarnam manifestação de conhecimento privado do juiz dentro do processo (só sendo admitidas porque possuem caráter geral¹⁵⁻¹⁶).

A aplicação das presunções comuns, cujo combustível são as regras da experiência, resulta no estabelecimento de uma versão fática que só será tilhada por meio de uma prova contrária, que mostre ser incorreto o caminho percorrido pelo raciocínio do juiz. Enfim, como toda presunção comum é relativa (*iuris tantum*), cria uma inversão de ônus probatório.¹⁷

Até aqui, essas constatações guardam perfeita relação com o tema deste trabalho.

Exceto por um detalhe: *essa inversão de ônus probatório, decorrente das presunções comuns, dá-se em todo e qualquer processo, independentemente de veicular relação de consumo ou não, pois decorre da maneira como o sistema probatório civil achá-se estruturado, para todo e qualquer tipo de processo.*

abstrato, no texto legal. A essa observação, Barbosa Moreira objetiva que essa “ascensão” representada pela posituação da presunção tira o problema da órbita do campo probatório, pois o caso passa a ser de aplicação de uma norma de direito material (As presunções e a prova, *Temas de direito processual*: primeira série, p. 58).

13. Essa é uma definição corrente de “*indício*” na doutrina processual. À guisa de exemplo, confira-se o já citado Barbosa Moreira, *As presunções e a prova*, cit., p. 57.

14. A ideia que acima expus também é geralmente aceita pelos processualistas pátrios, como Mocarri Amaral Santos, *Primeiras linhas...*, cit., v. 2, p. 495; Barbosa Moreira, *As presunções e a prova*, cit., p. 56; João Batista Lopes, *A prova no direito processual civil*, p. 66; e Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, *O ônus da prova no direito processual civil*, p. 158.

15. João Batista Lopes, *A prova no direito processual civil*, p. 69.

16. Com essas duas constatações, esse “instituto” acaba inevitavelmente aproximando-se dos “*atos notórios*” (que também dispensam prova a teor do art. 334, I, do CPC, têm caráter geral e fazem parte do conhecimento privado do juiz).

17. Nesse sentido, Rodrigo Xavier Leonardo, *Imposição e inversão do ônus da prova*, p. 241 e ss.

Assim, nesse ponto, o art. 6.º, VIII, do CDC nada teria trazido de novo, pois ao estipular a inversão do ônus da prova baseada na *verossimilhança da alegação* apenas consagrou norma que sempre figurou na órbita da teoria geral da prova. Inobstante, não se pode deixar de reconhecer mérito ao legislador, de ter disciplinado textualmente a questão, e do escopo didático que inspira essa norma.

7. ALTERNATIVIDADE OU CUMULATIVIDADE DE REQUISITOS?

Assentados como premissa os conceitos de hipossuficiência e verossimilhança, cumpre-nos finalmente analisar se seriam requisitos *alternativos* (qualquer um deles bastaria para importar na inversão do ônus probatório) ou *cumulativos* (ambos haveriam de estar presentes para implicar utilização dessa técnica).

Interpretando-se a literalidade do texto da lei, a primeira solução seria largamente preferível, eis que a conjunção empregada é *alternativa* (“ou”).¹⁸ Mas a interpretação meramente literal normalmente não satisfaz, impondo ao intérprete que encontre outros elementos que permitam confirmar ou vetar o que emerge da literalidade do texto legal.

Não são poucos os que defendem a *cumulatividade* dos requisitos. Para o propósito perseguido por este trabalho, reputamos suficiente citar as opiniões de ANTONIO GIDI¹⁹ e RODRIGO XAVIER LEONARDO²⁰ a esse respeito, as quais, aliás, partem de pressupostos idênticos e chegam ao mesmo resultado.

O primeiro ilustra seu pensamento com a demanda de reparação de danos promovida por mendigo, alegando que seu automóvel estava estacionado em *shopping center* de luxo e foi roubado. O segundo invoca como exemplo a amparar sua tese ação indenizatória promovida por pessoa humilde, reclamando ter ficado doente por ingestão de alimentos em restaurante requintado e caro. Em ambos os casos, embora os demandantes ostentem hipossuficiência, suas pretensões baseiam-se em alegações *inverossímeis*, o que excluiria a inversão.

Usamos discordar da tese da *cumulatividade*, sobretudo à vista desses exemplos dados para defendê-la.

Ao tratar da *hipossuficiência*, chegamos à conclusão de que seu reconhecimento pode recair apenas sobre determinados fatos (naqueles em que se verifica clara *assimetria de informações* entre fornecedor e consumidor), mas não sobre todas as circunstâncias ocorridas durante a relação de consumo.

Os exemplos dados por GIDI e LEONARDO pecam por desconsiderar essa premissa. Entendemos que, no exemplo invocado pelo primeiro, o mendigo haveria de provar ser proprietário do veículo supostamente roubado (por meio de documento hábil) e de tê-lo estacionado no *shopping center*. Mas quanto aos demais fatos constitutivos de sua pretensão ressarcitória, não haveria obstáculo algum à inversão do ônus probatório.

18. Assim entende, v.g., Eduardo Cambi, *Prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 424.

19. Aspectos... cit., p. 34.

20. *Imposição e inversão do ônus da prova*, p. 272.

Na situação criada pelo segundo autor referido, a pessoa humilde deveria provar apenas que estive no restaurante refinado e lá fez uma refeição (por meio de recibo, nota fiscal, cheque, fatura de cartão de crédito ou testemunhas) porque, quanto ao mais, a inversão do ônus da prova poderia ser perfeitamente admissível.

Rechaçar esses exemplos, contudo, não é suficiente para sustentar a tese da *alternatividade*.

Para tanto, recorremos novamente à situação hipotética aventada no item 4, supra, qual seja, a pretensão indenizatória do ex-fumante contra a companhia de tabaco. Ao destrinchá-la, reconhecemos hipossuficiência do consumidor com relação a dois fatos constitutivos de seu direito: (a) nexo causal entre tabagismo e câncer e (b) propaganda insuficiente em alertar riscos para a saúde advindos do cigarro.

Quanto ao primeiro fato, além de existir a hipossuficiência, encontra-se também – e de maneira mais marcante – a verossimilhança, já que a análise do que “ordinariamente acontece”, com relação a milhões de pessoas em todo o mundo, permite a qualquer pessoa (e aí se inclui o juiz) estabelecer uma relação lógica entre tabagismo e câncer. Aliás, essa verossimilhança dessa alegação fática é tão forte, que a *hipossuficiência* do consumidor em demonstrá-la fica totalmente em segundo plano.

Mas quanto ao segundo aspecto, a verossimilhança não emerge tão clara assim. Não é tão fácil recordar, hoje em dia, quando passaram a surgir eletro as primeiras ações governamentais impondo às companhias de tabaco que alertassem o consumidor acerca dos riscos do uso do cigarro em toda e qualquer propaganda. E mesmo antes disso, fazia parte do conhecimento comum que o tabagismo causa malefícios à saúde. Face a isso, não seria exagero dizer que a alegação do consumidor – de que não foi adequadamente informado pelo fornecedor – seria inverossimil.

Todavia – e aqui firmamos definitivamente nossa opção pela tese da *alter-natividade* – embora inverossimil sua alegação, o consumidor faz jus à inversão do ônus probatório pois subsiste sua *hipossuficiência*, decorrente da *assimetria informacional*.

Cumprirá ao fornecedor demonstrar que a propaganda de seus produtos transmitiu ao mercado de consumo as informações necessárias para adequada escolha entre utilizá-lo ou não. Apesar da inverossimilhança da alegação do autor-consumidor, há *assimetria de informação* entre as duas partes do litígio, a justificar por si só, a aplicação do art. 6.º, VIII, do CDC.²¹

8. MOMENTO DE APLICAÇÃO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Estabelecidos os requisitos para a inversão do ônus probatório, a lume do art. 6.º, VIII, do CDC, resta indagar de que *forma* ela haveria de se aplicar em concreto.

21. O mesmo não ocorreria se o consumidor fosse médico. Pelas “regras ordinárias de experiência”, exclui-se por completo a existência de *assimetria de informação* nesse caso.

A discussão é antiga e, aparentemente, não recebeu uma solução pacífica nem muito menos inteiramente adequada.

De um lado, há autores que apregoam que as regras de distribuição e inversão do ônus da prova seriam *regras de julgamento*, aplicáveis apenas no momento em que fosse proferida a decisão de mérito, tendo-se em vista todo o conjunto probatório existente nos autos. Somente nesse momento teria o juiz condições de saber se a prova colhida é suficiente para formar sua convicção, e somente em caso negativo, ser-lhe-ia lícito recorrer às regras de ônus da prova (incluída, aqui, a inversão para as relações de consumo quando fosse o caso).²² Ademais, o fornecedor saberia, de antemão, do risco de inversão, de modo que não poderia invocar em seu benefício a própria omissão em produzir todas as provas necessárias a se desincumbir do seu ônus probatório *ordinário* e do ônus eventualmente decorrente da *inversão*.²³

De outro lado, há aqueles que sustentam a necessidade do juiz, no curso do processo, informar expressamente as partes, ao menos do risco de inversão, a tempo daquela que sairia prejudicada disso, produzisse as provas necessárias a se desincumbir desse “novo” ônus que, pelas regras normativas do art. 333 do CPC, não teria. Assim, a inversão do ônus da prova estaria insculpida em uma *regra de procedimento*, e, como tal, sua aplicação deve se dar ao longo de seu desenvolvimento (preferencialmente na fase sanadora). Invocam-se, paratanto, modernas teorias processuais, baseadas na ideia de “cooperação processual”, e que implicariam a necessidade de um diálogo aberto entre o juiz e as partes, sem riscos de surpresas para essas últimas. A ausência de aviso, durante o curso do processo, de que uma parte seria beneficiada pela inversão do ônus probatório faria com que a parte adversa não produzisse todas as provas que estavam a seu alcance, o que caracterizaria *cerceamento de defesa*.²⁴

Essa discussão, sem nenhuma dúvida, envolve requintadas teses acadêmicas. Essa talvez deixe um pouco de lado o que ocorre no dia-a-dia do foro. E à vista dessa consideração prática que passamos a enfrentar o problema colocado.

Torno ao exemplo do ex-fumante que aciona a empresa fabricante de cigarros. O cotidiano forense nos ensina que o demandante, mesmo sabedor de que em tese faz jus ao benefício da inversão do ônus probatório, provavelmente não arriscaria deixar de pedir a realização de uma prova pericial médica.

22. Vg. Kazuo Watanabe, *Código brasileiro de defesa do consumidor, comentado pelos autores do Anteprojeto*, p. 796 e ss.; João Batista Lopes, *A prova no direito processual civil*, p. 51; Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, *O ônus da prova no direito processual civil*, p. 120 e ss.

23. Cecília Maros (O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor, *Revista Direito do Consumidor*, n. 11, jul-set/1994, p. 167) encampa justamente exata mente entendimento: “[s]e o demandado, fazendo-se na suposição de que o juiz não inverterá as regras do ônus da prova em favor do demandado, e surpreendido com uma sentença desfavorável, deve creditar seu insucesso mais a um excesso de otimismo, do que a hipotética desobediência ao princípio da ampla defesa”.

24. Nesse sentido, e.g., Rodrigo Xavier Leonardo, *Imposição e inversão do ônus da prova*, p. 289 e ss. e Eduardo Cambi, *Prova civil*,... cit., p. 418.

Somente um litigante desleixado se faria na possibilidade de inversão para produzir todas as possíveis provas dos fatos constitutivos de seus direitos.²⁵ Sobretudo porque, na prática, é muitas vezes bastante difícil identificar quais fatos são constitutivos, extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor,²⁶ sobretudo em se tratando de litígios complexos.

De fato, a inversão do ônus da prova, baseada na hipossuficiência do consumidor, tem terreno fértil para sua aplicação quando se trata do nexo causal entre a conduta do fornecedor e dano sofrido pelo consumidor, já que aqui há, no mais das vezes, assimetria de informação conforme o já dito. Mas o mesmo não se pode dizer quando se trata de prova do dano sofrido pelo consumidor. Para tanto, é o consumidor o detentor da informação, de modo que somente ele poderá fazer prova dos prejuízos que sofreu. Muito difícil inverter-se o ônus probatório em seu favor quanto a esses aspectos.

Do mesmo modo, os danos alegados pelo autor podem ser verossímeis, mas a sua apuração e a quantificação da reparação não podem se dar de modo diverso que por um juízo de certeza. Em outros termos: ainda que seja verossímil o desenvolvimento de câncer em decorrência do tabagismo, o demandante só estará credenciado com o mínimo necessário para formular pretensão indenizatória se efetivamente tiver câncer. Do mesmo modo, ainda que seja verossímil que uma pessoa cancerosa tenha dificuldades para trabalhar, o juiz não pode dispensar prova a respeito para conceder indenização por incapacidade laboral.

Considerando-se, então, que o campo de aplicação da inversão do ônus da prova, de regra, acaba sendo reduzido, persistiria o interesse do ex-fumante em realizar a prova pericial médica que não se prestaria apenas à mera comprovação da existência do câncer, mas naturalmente passaria, se fosse o caso, a questões como:

- a) estágio de desenvolvimento do câncer;
- b) incapacidade ou não do paciente para o trabalho durante a convalescença;
- c) possibilidade de cura definitiva ou não e
- d) custo dos tratamentos eventualmente necessários para tanto.

Em outras palavras: a pericia traria prova global das circunstâncias da causa cuja aferição depende de conhecimentos técnicos, tanto afeirir se o ofendido sofreu dano e, se sim, em que medida. Essa prova pericial serviria para que o autor provasse os fatos constitutivos do seu direito não a uma *indenização em abstrato*, mas sobretudo a *determinadas verbas*, como, por exemplo, pagamento de tratamentos ou o arbitramento de pensão pela incapacidade laboral.

A procedência da demanda, portanto, dependeria da realização dessa prova pericial médica, a indagar que, ou o autor move-se para produzi-la, ou sairá

25. Valho-me, aqui, da pertinente observação de Cambi (*Prova civil...*, cit., p. 408) no sentido de que "havendo dúvida quanto à extensão do ônus da prova, nada impede uma parte de renunciar unilateralmente às vantagens que sua posição processual lhe garante, com relação à distribuição do ônus probatório em sentido subjetivo".

26. Essa é a advertência de Pacifico. *Ônus da prova...*, p. 148 ss.

derrotado mesmo que o juiz tenha o beneficiado com a inversão do ônus da prova.

Se o demandante tem razões mais que suficientes para produzir a prova, a despeito da possibilidade de inversão do ônus probatório, o demandado, com muito maior razão, dificilmente deixaria de requerer a produção de todas as provas possíveis. Primeiro, para demonstrar a inexistência dos alegados fatos constitutivos do direito do autor, ônus esse que, pelas regras normais do art. 333, I, do CPC, não seria seu, mas que poderá vir a ser em razão da inversão estatuída pelo art. 6.º, VIII, do CDC. Segundo, para provar eventuais fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do autor, ônus que de regra incumbe ao réu e que, nesse caso, não seria jamais atingido pela inversão.

O exemplo por nós utilizado (que apresenta características muito similares a qualquer caso de indenização movida por consumidor contra fornecedor) revela, com absoluta clareza, que ambas as partes possuem enormes razões para requerer a produção dessa prova pericial médica. E bastou que uma tenha requerido a prova, para que ela a ambas aproveitem, seja porque a sua produção é feita em contraditório, seja por aplicação do chamado "princípio da comunhão da prova".²⁷

Chegamos, assim, a uma primeira constatação básica em torno da indagação colocada: *na prática, dificilmente as partes deixam de requerer a produção de todas as provas possíveis*, de modo a reduzir a importância de se questionar se o juiz deve alertar sobre a possibilidade de inversão do ônus da prova durante o curso do processo. Se as partes, espontaneamente já realizaram todas as atividades possíveis para formação do conjunto probatório, seria inútil qualquer "alerta" do magistrado para que assim procedessem. Não se cogitaria de cerceamento de defesa, pois não restaram outras provas a serem produzidas, de modo a se afastar completamente qualquer chance de anulação da sentença para reabertura da instrução.

Estamos cientes de que essa constatação nenhuma contribuição traz a essa discussão doutrinária, simplesmente porque não a enfrenta, mas limita-se a negar sua relevância prática no mais dos casos.

Mesmo assim, não nos furtaremos de tomar partido na discussão, até porque, tende a ser completamente insatisfatória em sede acadêmica uma resposta com os olhos voltados exclusivamente para a prática.

Quid iuris se ambas as partes omitem-se de pedir a produção da prova ou se o seu resultado for inconclusivo?

As duas situações merecem tratamento distinto.

No primeiro caso, a situação ganha cores diversas se o fornecedor expressamente assiste da produção de qualquer prova ou se simplesmente silencia a respeito. Se há expressão renúncia ao direito de produção de provas, não temos dúvidas de que o fornecedor automaticamente perde o direito de recorrer de sentença que aplique a inversão do ônus probatório sem qualquer aviso anterior. Recurso desse jaez, conforme o já dito, seria embasado na alegação de cerceamento de defesa e

27. A propósito, Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 84-85.

a suscitação dessa argumentação estaria fulminada pela *preclusão lógica*.²⁸ Se ao invés houver pura e simples omissão, em princípio não se vislumbra renúncia (nem mesmo tácita) ao direito de produzir provas.²⁹ Ou seja, o fornecedor-réu não abriu mão de produzir outras provas.

No segundo caso, a prova, embora regularmente produzida, não fornece ao magistrado elementos suficientes para formação de sua convicção. Uma de duas, ou se prossegue com a instrução, ou se julga o processo no estado em que se encontra. O prosseguimento da instrução pode se dar de ofício (mediante aplicação dos poderes conferidos ao julgador pelo art. 130 do CPC) ou a pedido de qualquer das partes.

Desenhado esse quadro, somos forçados a reconhecer que em determinadas hipóteses o juiz terá, sim, que alertar as partes de que poderá aplicar as regras de inversão do ônus da prova. Isso ocorrerá quando as partes não renunciaram expressamente ao direito a outras provas (além daquelas já produzidas) e quando o juiz não conseguir elementos, por si só, para elucidar os fatos controversos.

Essa conclusão se extrai à luz da idéia – defendida por BEDAQUE – de que “não deve o julgador, diante de um resultado insuficiente da instrução da causa, recorrer imediatamente às regras sobre ônus da prova”.³⁰

Nessa hipótese, sua primeira solução seria determinar de ofício a produção das provas faltantes.³¹ Se não souber quais provas podem ser ainda produzidas, o juiz deverá abrir oportunidade para que as partes as indiquem.

É nesse momento, entendemos nós, que o “alerta” acerca da inversão do ônus da prova poderia ser feito. Mas a abertura dessa oportunidade depende do curso de dois fatores: a) ausência de renúncia das partes a outros meios probatórios além daqueles indicados no momento oportuno; b) impossibilidade do juiz julgar com o material probatório fornecido pelas partes ou cuja colheita tenha

28. Conforme assentado no nosso *Preclusão processual civil*, p. 148, “A *preclusão lógica* se dá quando a parte perde a possibilidade de praticar determinado ato, se anteriormente houver praticado algum outro com ele incompatível, ou seja, se a parte praticar ato logicamente incompatível com outro anteriormente já exercitado, o segundo será *inadeguado*, não quanto à sua forma, mas sim quanto a um de seus *presupostos processuais objetivos* (ausência de fatos extintivos)”. Como exemplo de aplicação dessa modalidade de *preclusão* no específico caso ora analisado, confira-se acórdão do extinto 2.º TACiv/SP, que entendeu ser inadmissível à parte que concordou com o julgamento antecipado da lide apelar alegando cercamento de defesa por não ter se produzido prova em audiência (JTA-Lex 151/536).

29. Também no nosso *Preclusão processual civil*, p. 134, procurei sustentar que a renúncia tácita a um direito processual, embora possível, deve portar “ao menos, alguma manifestação de vontade, mesmo que seja genérica.” Não vislumbro que haja essa manifestação de vontade (nem mesmo genérica) no exemplo agora invocado, isto é, a omissão da parte em requerer a produção de determinada prova.

30. *Poderes instrutórios do juiz*, p. 122.

31. *Idem*, p. 123.

sido determinada de ofício. Se esses dois fatores não estiverem presentes, não há que se cogitar de qualquer alerta.

De outro lado, e finalmente, importa saber se esse alerta seria obrigatório para o juiz. E não há como nos afastarmos da resposta afirmativa a essa indagação.

Por mais robustos que sejam os argumentos técnicos da corrente que defende a *desnecessidade do alerta prévio acerca da inversão do ônus probatório antes da sentença* (que classificam como regras de julgamento as normas sobre ônus da prova), há um aspecto que fica mal colocado na lição desses estudiosos, e diz respeito justamente à *garantia constitucional ao contraditório*.

A doutrina moderna tem demonstrado que a garantia ao contraditório não se resume a dar às partes oportunidades iguais de se manifestarem no processo e de produzirem provas, mas compreende igualmente a necessidade de “diálogo” entre as partes e juiz, com a possibilidade destas debaterem questões que elas próprias não suscitaram, mas que podem ser apreciadas *ex officio*.³²

Veja-se que o juiz não está obrigado a simplesmente alertar para a aplicação das regras normais de distribuição do ônus da prova, eis que estabelecidas textualmente na lei para aplicação em todo e qualquer caso. Acridiamos necessário, isso sim, anunciar a aplicação da inversão do ônus da prova, já que ela depende de determinados requisitos apenas aferíveis em concreto.

A garantia do contraditório, de índole constitucional, não pode ser simplesmente olvidada pelo simples apego a uma definição técnico-processual das regras do ônus da prova (como regras aplicáveis apenas no momento do julgamento).

Ademais, a solução aqui proposta não nega que as normas de inversão e inversão do ônus da prova sejam *regras de julgamento*.³³ Com efeito, quando o juiz analisa o conjunto probatório colhido, para verificar sua suficiência ou não, já está julgando o litígio,³⁴ muito embora esse raciocínio lógico acabe não sendo transformado em um provimento judicial.

Como resultado de todo o exposto, filiamo-nos, com as reservas acima postas, a corrente doutrinária que propala a necessidade de o juiz “avisar” as partes acerca do risco de inversão do ônus da prova antes da sentença, inci-

32. Ver, por todos, Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 220-224. Na mesma esteira, Edoardo F. Ricci (Princípio do contraditório e questões que o juiz pode conhecer de ofício, *Processo e Constituição*: Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira, p. 495-499) apontando-se na legislação italiana, alemã e francesa, assenta a idéia de que a ausência desse diálogo prévio entre as partes e o juiz acerca de questões cognoscíveis de ofício pode conduzir a uma nulidade processual.

33. A propósito, com ampla referência doutrinária, Pacifico, *O ônus da prova...*, cit., p. 131 e ss.

34. Leciona Dinamarco que “[q]uando dá por encerrada a instrução probatória e se dispõe a julgar, o juiz desenvolve uma atividade mental composta de diversos itens, consistentes em (...): (d) *verificar a ocorrência dos fatos* (Micheli). É nesse momento que a regra de julgamento pode ter relevância para o juiz, o que acontecerá se ainda permanecer em dúvida quanto a ocorrência dos fatos alegados.” (*Instituições de direito processual civil*, v. 3, p. 83, grifos do original).

tando-as a trazer aos autos outros elementos probatórios que ainda não tenham sido produzidos.

9. INVERSÃO DO ÔNUS ECONÔMICO DA PROVA

Essa é outra questão palpante na doutrina e, por isso, merecedora de alguma reflexão, especialmente no tocante à prova pericial (que notadamente implica maior ônus financeiro que qualquer outra e, por isso, será o foco de nossa atenção).

O Código de Processo Civil é extremamente claro ao definir a quem incumbe o adiantamento das despesas processuais (em particular relativamente à prova), dispondo em seus art. 19 (*caput* e § 2.º) e 33 que: *a)* cada parte arca com as despesas da prova que requerer; *b)* o autor arca com as despesas da prova determinada de ofício, a pedido do Ministério Público, ou pletizada por ambas as partes.

Assim, imagine-se a situação do consumidor, autor de ação reparatória de danos contra um fornecedor. Em sua inicial pede a realização de prova pericial. Se no momento de sanear o processo, o juiz reputa que a prova é necessária, deferirá sua produção e mandará o autor adiantar a verba honorária respectiva. O mesmo ocorrerá se o fornecedor-demandado concordar com esse pedido: o consumidor-demandante igualmente será ele responsável pelo adiantamento da despesa respectiva (CPC, art. 33).

Até aqui, não vemos particular pertinência da questão com a temática da inversão do ônus da prova.

Mas e se o autor não pedir a produção da prova, mas o fornecedor sim?

Igualmente aqui a solução é simples e nada tem a ver com o assunto aqui ferido, pois o fornecedor deverá adiantar os honorários necessários à realização da prova que pediu, por aplicação expressa dos art. 19, *caput*, e 33 do CPC.

A questão ganha novos contornos se nenhuma das partes pediu a produção da prova. Uma de duas: ou o juiz contenta-se com isso, e tenta julgar o litígio com os demais elementos probatórios, ou determina a prova de ofício, com todos os problemas daí decorrentes, dos quais tracei rapidamente acima. Nesse último caso, o adiantamento da despesa competirá ao autor, por força de ambos os dispositivos já mencionados.

E se o autor deixar de adiantar essa despesa, a despeito de instado pelo juiz a tanto?

Há quem defenda que o juiz poderia reconhecer que o autor abandonou o processo, permitindo que, depois de cumpridas as formalidades da lei, fosse ele extinto sem resolução de mérito (CPC, art. 267, III).³⁵

35. Conforme entendem Antônio Carlos de Araújo Cintra (Abandono da causa no novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, n. 254, abr-mai-jun/1976, p. 172-173) e José Rogério Cruz e Tucci (Abandono do processo. *Temas polêmicos de processo civil*, p. 24), se o autor omitir-se na prática deste ato, mesmo depois de pessoalmente intimado, o juiz estaria autorizado a extinguir o processo com fulcro no art. 267, III, do CPC.

Essa posição nos parece exagerada, com a mais devida e elevada vênia, pois contraria a própria ideia de impulso oficial do processo, plasmada no art. 262 do CPC ("O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial").

O impulso pela parte fica reservado apenas aos (raros) casos em que a atividade jurisdicional não tem nenhuma condição de prosseguir sem o concurso do particular. Exemplo clássico está na disponibilização de meios para realização da citação do réu. Se o autor não apresentar os documentos exigíveis e recolher as despesas necessárias, o juiz não tem como dar prosseguimento ao processo. Mas esses casos são claramente residuais e isolados.³⁶

Essa situação não se conflunde em nada com o caso do adiantamento do custo de prova pericial, pois o processo pode muito bem ser sentenciado apenas com os demais elementos probatórios. A consequência jurídica decorrente da ausência do adiantamento da despesa é a dispensa da realização da prova. Mas o problema posto ainda assim não fica totalmente resolvido.

E se a apreciação dos fatos depender, necessariamente, de conhecimento técnico indisponível ao juiz?

Nessa hipótese, não poderá o julgador formar seu convencimento e só lhe restará julgar a demanda aplicando a regra geral de distribuição de ônus probatório do art. 333, I, do CPC, temperada, se for o caso, com a regra da inversão.³⁷

Depois de todas essas considerações, chegamos, finalmente, ao ponto nodal do problema: *não dá para aceitar que o autor-consumidor requiera a produção da perícia, e insista que o custo dela decorrente seja imputado ao réu-fornecedor.*

Entender de modo diverso não só contraria as regras dos art. 19 e 33 do CPC, mas subverte a própria lógica que inspira os ônus processuais. De fato, não faria sentido que a prova, apesar de interessar a um dos litigantes, seja custada pelo outro, pois a omissão do último prejudicaria o primeiro. O processualista italiano CEISO EDOARDO BALBI³⁸ pontua, com precisão, que a consequência jurídica de um ato omissivo de um sujeito do processo não pode militar a dano de outro. Isso está à base do conceito de ônus, isto é, um "imperativo de próprio interesse".³⁹

Dai porque é de se excluir qualquer vogitação de aplicação de multa por descumprimento de "providimento mandamental" (CPC, art. 14, parágrafo único) ou qualquer outra sanção pecuniária (como por litigância de má-fé). A verdade é que se determinado litigante não quer que uma prova seja produzida, e sua produção depende do seu concurso, não existe como obrigá-la a fazê-lo. O máximo

36. Conforme conclui em *Preclusão processual civil*, p. 278-286.

37. Assim pontuou José Roberto dos Santos Bedaque, *Poderes instrutórios do juiz*, p. 123-124.

38. *La decadenza nel processo di cognizione*, p. 83.

39. Valendo-nos das palavras de Eduardo J. Couture (*Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 174). Para maior referência bibliográfica, confira-se o já citado *Preclusão processual civil*, p. 97-102.

que se pode fazer é imputar-lhe outras consequências processuais decorrentes de sua omissão, o que se opera no plano meramente fático-probatório.⁴⁰

10. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO COLETIVO

Um último ponto carcedor de atenção respecta à aplicação da inversão do ônus da prova em favor dos consumidores *quando defendidos em um processo coletivo*.

Pela letra fria do art. 21 da Lei 7.347/85, introduzido pelo art. 117 da Lei 8.078/90, apenas o "Título III" do CDC ("Da Defesa do Consumidor em Juízo") seria aplicável à defesa dos direitos e interesses difusos e individuais, no que couber. Não se incluiriam, aí, os arts. 6.º, VIII, e 38, que estão no "Título I" do CDC ("Dos Direitos do Consumidor").

Todavia, o parágrafo único do art. 2.º do CDC enuncia a regra básica de que "[e]quipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo", conferindo ao consumidor, coletivamente, os mesmos direitos que socorrem ao individual, inclusive a "facilitação da defesa de seus direitos em juízo", que tem como uma de suas ferramentas justamente a inversão do ônus probatório.

Assim, todas as considerações acima tecidas acerca da inversão do ônus da prova no processo individual aplicam-se ao processo coletivo de defesa dos consumidores, cumprindo-nos ressaltar uma pequena particularidade.

O texto discorreu, detidamente, sob o conceito de *hipossuficiência*, para os fins do art. 6.º, VIII, do CDC, baseando-o na *assimetria de informação*. Quando o oponente do fornecedor, em juízo, é o Ministério Público ou associação representativa (que dispõe de conhecimentos e preparo muito maiores), essa discrepância do controle da informação *tende a ser menor*, se comparado com o consumidor individual. Isso, a nosso ver, justificaria uma maior parcimônia do juiz para deferir a inversão.

Uma última questão toca a possibilidade de inversão do ônus da prova em qualquer processo coletivo, mesmo que não verse direitos do consumidor.

De início, entendemos que a inversão baseada na *simples verossimilhança* seja possível em qualquer processo, coletivo ou não, consoante as razões acima já desfiladas. Também na linha das conclusões alcançadas nos itens anteriores, a inversão do ônus probatório em decorrência na detença da informação por uma das partes é aplicável a qualquer processo, individual ou coletivo, por intermédio dos arts. 355 e ss. do CPC (relativos à exibição de documentos).

Fora desses casos, entendemos inexistir base legal para a inversão do ônus probatório embora me pareça perfeitamente possível se aliviar essa hipótese

40. Assim decidiu o STJ, sob relatoria da Ministra Nancy Andrighi, nos autos do REsp 443.208-RJ lembrado por Rodrigo Xavier Leonardo (*Imposição e inversão do ônus da prova*, p. 263): do qual se extrai o seguinte trecho: "A inversão do ônus da prova não tem o efeito de obrigar a parte contrária a arcar com as custas da prova requerida pelo consumidor. No entanto, sofre as consequências processuais advindas de sua não produção."

de *lege ferenda*, como faz, em doutrina, Eduardo Cambi,⁴¹ lastreado em diversos argumentos, tais como *a)* o fato de o CDC assumir "função polarizadora do subsistema processual coletivo, podendo-se interpretar de modo extensivo o art. 21 da Lei 7.347/85; *b)* as regras normais de distribuição do ônus da prova (CPC, art. 333) são inaptas para permitir a adequada tutela dos demais interesses transindividuais; *c)* qualquer legitimado a tutelar qualquer interesse transindividual pode apresentar-se, na prática, como hipossuficiente.

Aliás, em boa hora o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, originado no Instituto Brasileiro de Direito Processual, sob coordenação dos ilustres Prof. Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, traz expressamente essa inovação, sem restrição aos direitos do consumidor.⁴²

11. BIBLIOGRAFIA

- ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel; ARRUDA ALVIM, Thereza, ARRUDA ALVIM, Eduardo e MARINS, Jaime. *Código do Consumidor comentado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 1995.
- BALBI, Celso Edoardo. *La decadenza nel processo di cognizione*. Milano: Giuffrè, 1983.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *As presunções e a prova. Temas de direito processual* (primeira série), São Paulo: Saraiva, 1977.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001.
- CAMBI, Eduardo. *Inversão. Prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006.
- CINTRÁ, Antonio Carlos de Araújo. *Abandono da causa no novo Código de Processo Civil*. *Revista Forense*, v. 72, n. 254, p. 171-175, abr.-maio-jun. 1976.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1966.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Abandono do processo. Temas polêmicos de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, v. 1 e 3.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Fatos notórios e máximas de experiência*. *Revista Forense*, v. 100, n. 376, p. 3-10, nov.-dez/2004.
- GIDI, Antonio. *Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor*. *Revista Direito do Consumidor*, n. 13, p. 33-41, jan.-mar/1995.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
41. Em *A prova civil*, cit., p. 422-426.
42. Diz o art. 10, § 2.º, do Anteprojeto: "O ônus da prova poderá ser invertido quando, a critério do juiz, for verossimil a alegação, segundo as regras ordinárias de experiência, ou quando a parte for hipossuficiente."

- LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2002.
- MARTINS, Plínio Lacerda. A inversão do ônus da prova na ação civil pública proposta pelo Ministério Público em defesa dos consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 31. p. 70-79, jul-sev/1999.
- MATOS, Cecília. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista Direito do Consumidor*, n. 11, p. 161-169, jul-sev/1994.
- PACIFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. 1. ed., 2. tir., São Paulo: RT, 2001.
- ROMERO, Ana Paula Berthes. As restrições verticais e a análise econômica do direito. *Revista Direito GV*, v. 2, n. 1, jan-jun/2006, p. 11-35.
- RICCI, Edoardo F. Princípio do contraditório e questões que o juiz pode conhecer de ofício. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. FUZ, Luiz, NERY JR., Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, São Paulo: RT, 2006, p. 495-499.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 20. ed. rev., ampl. e atual. por Aricê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil: atualizado de acordo com a nova reforma processual*. Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006, 11.280/2006. São Paulo: Atlas, 2006.

II DIREITO COMPARADO

1

Análise da exposição de motivos da Lei espanhola 1, de 07.01.2000, (Ley de Enjuiciamiento Civil) em correspondência com as reformas do CPC brasileiro – Leis 11.232, de 22.12.2005 e 11.382, de 06.12.2006

ARTUR CÉSAR DE SOUZA

Mestre em Direito Processual Civil pela UEL. Doutor em Direito Processual Penal pela UFPR. Juiz Federal em Londrina.

Resumo: As Leis 11.232, de 22.12.2005 e 11.382, de 06.12.2006, introduziram em nosso ordenamento jurídico importantes modificações no âmbito do processo de execução, muitas delas há tempo reivindicadas por diversos estudiosos do direito processual civil brasileiro. Essa constante exigência de adaptação do direito processual civil à realidade moderna não é exclusividade do nosso país. A Espanha, no ano de 2000, adequou a sua execução civil à realidade política, econômica e social do continente europeu. Pretende-se, neste trabalho, analisar a nova sistemática da execução civil espanhola, segundo a exposição de motivos da Lei espanhola 1/2000 (*Ley de Enjuiciamiento Civil*), fazendo-se um comparativo com as reformas introduzidas no processo de execução brasileiro, pelas Leis 11.232/2005 e 11.382/2006.

Abstract: Law 11.232 of December 22, 2005 and Law 11.382 of December 6, 2006 introduced in our legal system important changes regarding the execution process. These changes had been requested, for a long time, by many Brazilian Civil Procedures Law scholars. This constant demand for adaptation of the civil procedures law to modern reality is not exclusive of our country. Spain, for instance, in 2000, changed its civil execution procedures to adapt them to the new European political, economical, and social reality. The objective of this work is to analyze the new Spanish civil execution system, according to the reasons expressed in the Spanish Law 1/2000 (*Ley de Enjuiciamiento Civil*), and compare it with the reforms introduced in the Brazilian execution process by Law 11.232/2005 and Law 11.382/2006.

ÁREA DO DIREITO: PROCESSO CIVIL