

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS AÇÕES DE REPARAÇÃO DE DANO AO CONSUMIDOR

*Raul Ignatius Nogueira**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Requisitos da inversão do ônus da prova: verossimilhança da alegação ou hipossuficiência do consumidor. 3 Inversão *ope legis* e *ope judicis*; 3.1 Inversão como ato do juiz. 4 Limitações à inversão do ônus da prova. 5 O momento apropriado para a ocorrência da inversão. 6 Conclusão.

Palavras-chave: Ônus da Prova - Inversão.

1 INTRODUÇÃO

Para formar a sua convicção, o juiz conta com a fase instrutória do processo, na qual são produzidas as provas do que fora alegado. Considerando os casos especialíssimos, a ordem prescrita pela lei material só pode ser imposta mediante a revelação do ocorrido frente ao juiz, para que ele possa prolatar a sua sentença. Daí surge a necessidade de comprovar a situação idêntica a relatada pela parte para se dar a aplicação do direito.

No processo civil pátrio vigora o princípio dispositivo, segundo o qual cabe às partes o ônus de fazer a prova de suas alegações. Ao autor, demonstrando os fatos constitutivos de seu direito (artigo 333, I do CPC). Ao réu, demonstrando os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor (artigo 333, II do CPC).

Logo, é fundamental no sistema dispositivo a efetiva participação dos sujeitos processuais para que o julgamento atinja um grau razoável de certeza. Esta participação se dá pela repartição do ônus da prova.

* Mestrando em Direito Supra Individual pela Universidade Estadual de Maringá. Professor da Faculdade Nobel.

Em regra, diante do juiz, a parte que alega alguma coisa tem obrigação de provar o que está alegando. Excepcionalmente, quando as posições são invertidas, diz-se que há a inversão do ônus da prova. Esta inversão, entretanto, não é automática, nem se aplica a todos os casos que se apresentam ao judiciário. Sua utilização não ocorre de forma aleatória e sem critérios, mas, sim, com a decisão expressa do juiz consideradas as particularidades de cada caso e as condições estabelecidas no Código de Defesa do Consumidor, mais precisamente, no inciso VIII, do art. 6º.

Como visto, a regra geral para o ônus da prova no direito processual civil é aquela proposta no art. 333 do Código de Processo Civil, que dispõe:

“o ônus da prova incumbe:

I- Ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II- ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificado ou extintivo do direito do autor;

Parágrafo único - É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando :

I- recair sobre direito indisponível da parte;

II- tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.”

Poder-se-ia até afirmar que a regra estampada no inc. II do referido parágrafo único seria o bastante para suprir a necessidade do atual dispositivo do Código de Defesa do Consumidor, mas a prática revelava outra realidade, bem diversa, na qual o consumidor era entregue a própria sorte e não recebia qualquer benefício.

Deve se destacar que o tradicional sistema de distribuição do ônus da prova entre os litigantes, inscrito no artigo 333 do CPC foi elaborado tendo em vista lides onde os contendores se encontrariam numa situação de paridade de armas, cada qual possuindo, à sua disposição, ferramentas técnicas e econômicas adequadas para contrapor aquelas à disposição de seu adversário.

O transcurso do século XX, entretanto, determinou drásticas transformações nos meios de comunicação e transporte que implicaram em profundas alterações nas relações econômicas.

A concentração dos meios de produção e a massificação das relações de consumo acarretaram o surgimento de graves desequilíbrios entre consumidores e fornecedores, estes, detentores de um poder econômico e de um conhecimento técnico extremamente aprofundado sobre as ferramentas jurídicas e sociais adequadas à defesa de seus interesses.

Surgiu aí um grave desequilíbrio entre as partes no plano dos fatos que o Código de Defesa do Consumidor veio contrapor através de instrumentos jurídicos como a inversão do ônus da prova.

Tais ferramentas vêm equilibrar uma relação jurídica que se encontrava desbalanceada devido a fatores externos à Relação Jurídica Processual, transferindo para a parte econômica e tecnicamente mais forte um ônus proporcionalmente mais pesado do que aquele suportado pela parte hipossuficiente.

O jurista Carlos Barbosa Moreira em suas notas sobre a Inversão do ônus da Prova em benefício do consumidor coloca a questão com sabedoria: *“permite a lei que se atribua ao consumidor a vantagem processual, consubstanciada na dispensa do ônus da prova de determinado fato, o qual, sem a inversão lhe tocava demonstrar a luz das disposições do processo civil comum, e, de um lado a inversão exige o consumidor daquele ônus, de outro, transfere ao fornecedor o ônus de provar que o fato apenas afirmado, apresenta a isenção de um ônus quanto à parte contrária, a criação de novo ônus probatório, que se apresenta aos demais, existentes desde o início do processo e oriundos do artigo 333 do Código de Processo Civil”*¹.

Não obstante constitua importante ferramenta na defesa dos interesses dos consumidores, a Inversão do Ônus da Prova não deve ser concedida de forma leviana, devendo sempre respeitar aos critérios e requisitos estabelecidos pelo próprio Código de Defesa do Consumidor, para a sua concessão; requisitos estes que passamos a analisar.

2 REQUISITOS DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO OU HIPOSSUFICIÊNCIA DO CONSUMIDOR.

Como foi destacado, o Código de Defesa do Consumidor estabelece regra de distribuição do ônus probatório de forma diversa da prevista no Código de Processo Civil, através da fórmula: inversão do ônus a favor do consumidor, desde que preenchidos os requisitos legais - verossimilhança da alegação ou hipossuficiência (artigo 6º, VIII do CDC).

Assim, se for verossímil a alegação formulada pelo consumidor, inverter-se-á o *onus probandi* a seu favor. É o caso do consumidor que demonstra a relação jurídica existente entre ele e o fornecedor, o prejuízo

¹ *Estudos de Direito Processual em memória de Luiz Machado Guimarães*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 124.

provocado pelo evento danoso, mas não prova, de forma cabal, o nexo de causalidade.

A responsabilidade objetiva prevista expressamente no artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor foi, portanto, reafirmada pelo instituto do ônus da prova.

Verificamos no art. 6º, do CDC, os direitos básicos dos consumidores, entre eles, o inciso VIII, que dispõe sobre a facilitação de 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 ele for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência;

Por sua vez, dispõe o art. 38 que o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

Quando os fatos alegados pelo consumidor forem verossímeis ou quando o consumidor for hipossuficiente, o ônus da prova passa a ser do fornecedor-réu, que terá que provar que a alegação do consumidor não é verdadeira. Inverte-se o ônus da prova, para que se igualem as partes diante do processo.

A jurisprudência pátria tem sido contundente em reafirmar este preceito, como se verifica das decisões a seguir:

PROVA - ÔNUS - INVERSÃO - CABIMENTO - [...] EXISTÊNCIA DE VERSOSSIMILHANÇA NAS ALEGAÇÕES DO AUTOR [...] INAPLICABILIDADE DO ART. 333, I, DO CPC, EM FACE DA PREVALÊNCIA DO ART. 6º, VIII, DO CDC, POR SER NORMA ESPECÍFICA. [...] Como bem salientou o meritíssimo juiz *a quo* “no caso vertente, aplica-se a regra da inversão do ônus da prova, visto que há verossimilhança nas alegações do autor [...]”².

AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - ART. 557, § 1º, DO CPC - AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - CABIMENTO - ARTIGO 6º DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - RECURSO IMPROVIDO - Presentes os requisitos para a inversão do ônus da prova, quais sejam, a hipossuficiência do consumidor e a verossimilhança da alegação, esta consubstanciada na devolução indevida de cheques, impõe-se a inversão do ônus da prova, nos termos do artigo 6º, do CDC³.

² TJSP, 9ª C. Civil, AC n.º 240.757-2 j. em 22.09.94, rel. dês. Debatin Cardoso, v.u. JTJ-Lex 167/147-149

³ TJMS - AgRg 68.877-1/01 - Bataiporã - 3ª T.Cív. - Rel. Des. Claudionor Miguel Absis Duarte - J. 13.10.1999

RESPONSABILIDADE CIVIL DE ADMINISTRADOR - CARTÃO DE CRÉDITO - COBRANÇA DE DESPESAS - APONTE DO NOME COMO DEVEDOR INADIMPLENTE - SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO (SPC) - CADASTRO DE INFORMAÇÕES BANCÁRIAS - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - DANO MORAL - Civil. Processual. Ação de reparação de danos morais por cobrança de despesa, por Administradora de cartão de crédito, refutada, com a inclusão do nome de Autor no SPC e no SERASA. Sentença que a condenou com base na inversão do ônus da prova. Critério, porém, que, deixado à prudente discricção do Juiz (art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor), pressupõe um mínimo de elementos de convicção, a justificarem a verossimilhança das alegações.[...]⁴.

Questão relevante levantada pela doutrina é a referente à partícula “ou” inscrita no inciso VIII do art. 6º do CDC. Seria necessária a presença conjunta da verossimilhança e da hipossuficiência do consumidor para a concessão da inversão do ônus da prova ou bastaria apenas uma destas condições, isoladamente, para a concessão da medida?

Para parte da doutrina⁵, a alegação sempre deverá ser verossímil, sob pena de aceitar-se de um consumidor hipossuficiente qualquer aberração alegada, mesmo que sem um mínimo de racionalidade, apenas sob sua vulnerabilidade; e, não sendo o consumidor hipossuficiente, não existiria fraqueza técnica ou econômica que justificasse a concessão da medida.

Outro ramo da doutrina entende que a partícula alternativa teve o condão de expressar a precisa vontade da lei, no sentido de permitir a concessão da medida na ocorrência isolada de verossimilhança ou hipossuficiência do consumidor.

Neste sentido, Barbosa Moreira Leciona que: *“O Emprego da conjunção alternativa - e não da aditiva ‘e’ - significa que o juiz não haverá de exigir a configuração simultânea de ambas as situações, bastando que ocorra a primeira ou a segunda.”*

Independentemente da divergência quanto à necessidade ou não da presença concomitante dos dois critérios de concessão da inversão, é interessante uma análise de seu conteúdo.

Por verossímil entende-se aquilo que é aceitável diante de uma realidade fática. Não se trata de uma prova definitiva e sim da chamada

⁴ TJRJ - AC 10.478/1999 - (Ac. 22101999) - 7ª C.Cív. - Rel. Des. Luiz Roldão F. Gomes - J. 16.09.1999

⁵ Nesse sentido, GIDI, Antônio. Aspectos da Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 13, jan./mar. 1995, p. 34.

prova de primeira aparência decorrente das regras de experiência comum, permitindo um juízo de probabilidade.

A verossimilhança deve ser envolvida pela "praesumptio hominis". Esta é alcançada pelas experiências anteriores de vida que vão se acumulando e formando um conjunto de conclusões previsíveis para determinadas situações quotidianas.

Na maioria das vezes, nas relações de consumo, é difícil o consumidor pré-constituir uma prova acerca de seus direitos, pois no momento do negócio está ele em completa boa-fé. Esta compreensão demonstra que pelas normas do Código de Processo Civil, dificilmente o consumidor ajuizaria ação com razoáveis possibilidades de vencer a demanda.

O juízo de verossimilhança deve sempre ser sustentado numa análise de probabilidade, resultando em uma abordagem dos fatos convergentes e divergentes da relação jurídica. Vale lembrar, verossimilhança não é a verdade, e sim, a aparência da verdade.

Assim, o que ocorre não é a busca de uma verdade absoluta e sim indicativos de veracidade, uma "aparência de bom direito". Mesmo porque um fato somente poderá ser julgado verdadeiro após ser reconhecido pelo trânsito em julgado da sentença.

Desta forma, a verossimilhança não se refere somente à busca do direito subjetivo material, mas principalmente à busca das provas constitutivas do direito do autor, tendo em vista que o consumidor é a parte mais vulnerável de uma relação jurídica de consumo.

Poderá ser configurada a verossimilhança quando as alegações feitas pelo consumidor tiverem cunho altamente plausível.

Apresentar cunho altamente plausível não quer dizer, que em todo é a verdade real, visto que a verossimilhança é baseada nas afirmações da parte de conformidade com as regras impostas pela experiência; deve ser entendida como um juízo aparente da verdade, e não como uma verdade formal.

Em verdade, a verossimilhança da alegação diz respeito ao convencimento do magistrado a ser elaborado em conformidade com a *causa petendi* invocada pelo consumidor, que pretende a inversão do ônus da prova. Não se destina apenas à verificação do direito subjetivo material, mas também e, principalmente, ao perigo de não conseguir, em decorrência da sua fragilidade já relatada, provar o fato constitutivo de seu direito, acarretando, sobretudo, a inviabilidade do acesso ao judiciário; pois ingressar em juízo sem ter a oportunidade de provar o fato constitutivo, não pela falta de provas, mas pelo abuso de defesa do réu, é o mesmo que não entrar.

Na lição de Carreira Alvim, a verossimilhança somente se configurará quando a prova apontar para “uma probabilidade muito grande” de que sejam verdadeiras as alegações do litigante⁶.

Em que pese o requisito da verossimilhança, o legislador ao editar referida norma ressaltou a importância do princípio da hipossuficiência consagrado no direito do trabalho, pois acrescentou ao texto legal a partícula alternativa; destarte, mesmo que as alegações do consumidor não possuam a certeza da verossimilhança, poderá ser beneficiado pela inversão do ônus probante, desde que prove a condição de hipossuficiente. É esta a lição do mestre Nelson Nery Júnior, que ensina:

“A inversão pode ocorrer em duas situações distintas: a) quando o consumidor for hipossuficiente; b) quando for verossímil sua alegação. As hipóteses são alternativas, como claramente indica a conjunção *ou* expressa na norma ora comentada”.⁷

Destarte, se o demandante for apenas hipossuficiente, não se faz mister a averiguação de verossimilhança do que se alega.

O conceito vulgar de hipossuficiente determina a pessoa economicamente fraca que não é auto-suficiente⁸. O Código de Defesa do Consumidor, entretanto, pretendeu estender este significado para limites mais amplos, de vez que procura conceituar o consumidor como pessoa fraca, se colocada ao lado de produtor ou prestador de serviços, e desprovida de conhecimentos especiais, necessitando, portanto, de proteção.

O Código de Defesa do Consumidor, dedicando seus preceitos para o trato econômico, revela mesmo que o consumidor é hipossuficiente na medida em que se apresenta economicamente inferior ao fornecedor, necessitando ser tutelado como se fora uma espécie de incapaz.

A lição sempre acertada de Ada Pellegrini Grinover, é clara neste sentido ao ensinar que:

“A suposição do legislador é a de que o consumidor hipossuficiente não terá condições de suportar os gastos com as provas. Bastaria que o consumidor fosse dispensado destes gastos para que ele em semelhante atuação, tivesse a proteção necessária. É o que o juiz fará na maioria dos casos, certamente, fazendo o fornecedor suportar as

⁶ ALVIM, Carreira. *CPC Reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 145; FRIAS, J. E. S., op. cit., p. 65; DINAMARCO, Cândido. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 143.

⁷ *Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 1354.

⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. 19. impressão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.

despesas com as provas a menos que ocorra concomitantemente a hipótese de verossimilhança de sua versão. Em ambas as hipóteses, a inversão é sempre em critério do que deverá considerar as peculiaridades de cada caso. mas, em que momento poderá ele proceder à inversão do ônus da prova? Em se tratando da primeira hipótese, o que se tem, na verdade, é a conclusão do magistrado, por ocasião do julgamento da causa, de que a versão do consumidor, analisada à luz das máximas de experiência ordinária da vida, é verossímil e que ao fornecedor cabia fornecer a respectiva contraprova. Não o tendo feito, é aceita a versão do consumidor. As regras de distribuição do ônus da prova são regras de juízo. Orientam o juiz quando há um “non liquet” em matéria de fato. E constituem, também uma indicação às partes quanto à sua atividade probatória. Com o juízo de verossimilhança, decorrente da aplicação das regras de experiência, deixa de existir “non liquet” e conseqüentemente motivo para a aplicação de qualquer regra de distribuição do ônus da prova”⁹.

Vale ressaltar, além da supremacia econômica de que desfruta, o fornecedor costuma contar, também, com um profundo conhecimento técnico-jurídico de seu nicho de mercado, e das ferramentas processuais e contratuais adequadas à defesa de seus interesses.

Este entendimento tem sido acompanhado pela nossa jurisprudência, como ilustra a ementa a seguir:

PROVA. ÔNUS. INVERSÃO. POSSIBILIDADE. INDÚSTRIA DE TABACO, RELAÇÃO ENTRE CIGARRO E DEPENDÊNCIA. DIFICULDADE DA PROVA DO ALEGADO. HIPOSSUFICIÊNCIA DO AUTOR. [...]Ementa: “O fornecedor está em melhores condições de realizar a prova de fato ligado à sua atividade”.¹⁰

A hipossuficiência de que trata o art. 6º VIII, portanto, respeita tanto à dificuldade econômica, quanto à técnica do consumidor em poder desincumbir-se do ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito.

3 INVERSÃO OPE LEGIS E OPE JUDICIS

A Inversão do Ônus da prova será *ope judicis*, ou judicial, sempre que ela depender do juiz, de seu entendimento, de sua decisão; será, ao contrário, *ope legis*, quando for determinada expressamente pela lei, sem

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 494.

¹⁰ TJSP, 4ª Cam. de Direito Privado, AI n.º 24/820-5/6, J. em 14.11.96, rel. dês. Jacobina Rabello, v.u. JTJ-Lex 184/237-240 e RDC 22/193-195

margem de discricionariedade para a concessão ou não da medida pelo magistrado.

Ressalta-se, conforme lembra Adroaldo Furtado Fabrício,¹¹ que é no modelo de inversão do ônus da prova *op judicis*, através de ato do juiz, que se encontra a maior inovação, posto que a inversão diretamente decorrente da lei substancia-se em presunção legal de culpa.

O Fato do juiz analisar o caso e concluir ser ou não cabível a inversão é que constitui uma novidade frente aos moldes tradicionais de direito processual. Tem-se aqui uma ampliação dos poderes do magistrado, levando-se menos em conta, se não substituindo, o tradicional princípio dispositivo, que o deixa dependente da iniciativa das partes e que, ao invés de garantir sua imparcialidade diante do litígio, “garante” sua imobilidade para agir mesmo em caso de visível prejuízo de uma das partes, advindo da desigualdade desses litigantes.

3.1 Inversão como Ato do Juiz

A inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII do CDC não se trata de inversão da carga da prova *ope legis*, como ocorre na distribuição do ônus da prova previsto pelo CPC 333, mas sim *ope iudicis*, isto é, por obra do juiz, aí estando localizada a inovação relevante no âmbito deste estudo.

As inversões diretamente decorrentes da lei não constituem novidade, pois outra coisa não ocorre nos tantos casos de presunção *iuris tantum*.

Na inversão *ope judicis* - através de um ato do juiz - é nos limites e coordenadas de cada caso concreto, segundo suas específicas peculiaridades, que o juiz decidirá se inverte ou não o encargo, cabendo ao magistrado verificar se estão presentes os requisitos legais para que se proceda esta inversão.

Essa vital decisão, que poderá ser a mais importante do processo porque em mais de um caso determinará inescapavelmente o rumo da sentença de mérito, é entregue por inteiro ao critério judicial, pois os marcos referenciais que o texto normativo oferece pouco ou nada têm de objetivos para que se possa estabelecer parâmetros concretos e precisos.

O Código de Defesa do Consumidor incluiu a inversão do ônus da prova entre os direitos fundamentais do consumidor. Isto implica, diretamente, que, constatados seus pré-requisitos, o juiz *deve* conceder a medida, por requisição da parte ou mesmo, se necessário, *ex officio*.

¹¹ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “As Novas Necessidades do Processo Civil e os Poderes do Juiz”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 7, 1993.

Deve-se destacar que, no art. 38, a inversão do ônus da prova difere daquela prevista no art. 6º, VIII, pois, esta diz respeito a dois aspectos pertinentes à publicidade, ou seja, a veracidade e a correção, esta é obrigatória, e não está na esfera da discricionariedade do juiz. Reconhecendo a situação de desigualdade entre o consumidor e o fornecedor, o Código de Defesa do Consumidor, atribui ao juiz da causa o poder de transferir ao fornecedor a obrigação de provar que não lesou o consumidor.

Tendo em vista que, a informação ou comunicação publicitária são fatos geradores da relação de consumo, há de estar presente o Princípio da Veracidade, verificando-se a autenticidade da informação publicitária, mas, também a prova da veracidade, pois, o fornecedor deve possuir os dados fáticos, técnicos e científicos que embasam a mensagem.

Tendo o consumidor direito à veracidade da informação publicitária, na esfera cível não há de se cogitar de ter ou não agido com culpa o responsável pela propaganda enganosa. Da divulgação de propaganda enganosa, mesmo por omissão, surge o direito a impedir-se sua continuidade, bem como a obter contrapropaganda e danos morais. Além disso, o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

Assim, com relação à mensagens publicitárias, a inversão ocorre *ope legis* de forma similar àquela do CPC, de forma que o consumidor ou o legitimado podem agir em nome da coletividade de consumidores, nas ações de indenização não necessitando provar a enganabilidade ou abusividade desta mensagem publicitária.

4 LIMITAÇÕES À INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Como visto, se a relação jurídica levada à apreciação do Judiciário comporta submissão às normas do Código do Consumidor, caberá ao juiz, enfim, apreciar se devida ou não a aplicabilidade da disposição contida no art. 6º, inciso VIII.

A jurisprudência tem mostrado algumas decisões aplicando de forma objetiva a inversão do ônus da prova, o que, no nosso entender, trata-se de um equívoco de procedimento e/ou de julgamento, uma vez que as regras processuais objetivas, presunções ou restrições de direito, de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, sempre devem estar dispostas de maneira expressa, o que não é o caso do art. 6º, inciso VIII.

Com efeito, a aplicação objetiva da regra de inversão do ônus da prova, em muitos casos, prejudicará de forma grave o fornecedor de produtos ou serviços, pois culminará em uma lesão a um direito

consagrado constitucionalmente como garantia fundamental, o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, CF).

A ocorrência de tal lesão se vê, freqüentemente, no momento em que a prova negativa é carreada ao fornecedor pela inversão do ônus da prova aplicada objetivamente.

A legislação instrumental, em especial o art. 333 do Código de Processo Civil, impõe ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos do direito que alega.

O mencionado dispositivo tem como um dos seus fins obstar o uso indevido do processo para obtenção de vantagem indevida, caso contrário, bastaria ao autor alegar falsamente um direito que a parte adversa não pode provar, assim, conseguiria um título judicial lícito, porém, fulcrado em fatos e intenções ilícitas.

Até por isso o art. 333, parágrafo único, inciso I dispõe que “é nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.”

Este é também o espírito do art. 6º, inciso VIII do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, pois o legislador partiu do pressuposto de que o fornecedor tem melhores condições de produzir provas acerca de detalhes técnicos de um produto ou serviço ligado à sua atividade.

Destarte, o simples requerimento de inversão do ônus da prova sem a devida comprovação da verossimilhança do pedido e da hipossuficiência do consumidor não pode ensejar a inversão do ônus da prova.

Ademais, o exercício do direito e a sua aplicação nos casos levados à apreciação do Judiciário deve atender aos princípios da hermenêutica que impõem uma interpretação sistemática, de forma a harmonizar todas as normas e, acima de tudo, respeitar as garantias constitucionais.

“A interpretação das leis é obra de raciocínio, mas também de sabedoria e bom senso, não podendo o julgador ater-se exclusivamente aos vocábulos mas, sim, aplicar os princípios que informam as normas positivas”¹²

Um dos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, José Geraldo Brito Filomeno, comentando o dispositivo que reza sobre a inversão do ônus da prova, aduz que ela não ocorrerá em qualquer caso, sendo assim, sua aplicação não é objetiva, dependendo da verossimilhança da alegação, ou da hipossuficiência da parte.

“É evidente, entretanto, que não será em qualquer caso que tal se dará, advertindo o mencionado dispositivo, como se verifica de seu teor,

¹² RSTJ 19/461, maioria

que isso dependerá, a critério do juiz, da verossimilhança da alegação da vítima e segundo as regras ordinárias de experiência.”¹³

É exatamente por isso que a lei exige requisitos subjetivos para a inversão do ônus da prova, quais sejam, a verossimilhança e a hipossuficiência do consumidor, sob pena da aplicação objetiva causar, no caso concreto, violação frontal a garantia fundamental do fornecedor disposta na Constituição Federal, podendo levar questões processuais aparentemente simples, à apreciação dos tribunais superiores.

5 O MOMENTO APROPRIADO PARA A OCORRÊNCIA DA INVERSÃO

Este é um tópico em que ainda persistem graves divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

Podemos encontrar na doutrina consumerista correntes defendendo três momentos diferentes como adequados para a inversão do ônus da prova, no despacho inicial, na sentença ou no saneamento do processo.

Persiste um entendimento no sentido de que a inversão do ônus da prova, como regra de juízo que é, deve ser anunciada apenas no momento da sentença e, ainda assim, apenas se permanecer o *non liquet* sobre o direito¹⁴.

Isso significa que, após a fase processual, em permanecendo fatos pertinentes não demonstrados deve o juiz anunciar se irá operar-se ou não a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor, como fundamento para o dispositivo da sentença.

A decisão abaixo ilustra claramente este posicionamento:

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - REGRA DE JUÍZO - A regra do ônus da prova só tem pertinência como regra do juízo que é, aos casos em que, encerrada a instrução, fique ao julgador a dúvida intransponível acerca da existência de fato constitutivo ou liberatório.¹⁵

Em que pesem os argumentos apresentados acima, Entendemos que as partes devem ter o conhecimento prévio dos critérios de

¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 5. ed., p. 118.

¹⁴ Neste sentido, NERY JÚNIOR, Nelson. Aspectos do Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 1 e GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

¹⁵ TJSP-RT 706/67.

distribuição que serão utilizados pelo magistrado para direcionar sua sentença, sob pena de não ter a oportunidade de provar suas alegações no momento ideal, bem como, por consequência, serem ao final surpreendidos por um provimento favorável ao seu adversário.

Nesse sentido, admitir que as partes somente possam ter conhecimento das regras de distribuição do ônus da prova no momento em que o juiz for prolatar sua sentença, ou seja, após toda a instrução probatória ter sido precluída, pode ser considerado como uma afronta ao princípio da ampla defesa, pois a parte já não poderá mais, na sistemática processual vigente, produzir novas provas, salvo nos termos do artigo 303 do Código de Processo Civil.

É este o teor da decisão abaixo:

CONSUMIDOR - CÓDIGO DE DEFESA - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - NECESSIDADE DE EXPRESSA DETERMINAÇÃO JUDICIAL. QUANDO, A CRITÉRIO DO JUIZ, CONFIGURAR-SE A HIPÓTESE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA, NOR TERMOS DO ART. 6º, VIII, DO CDC, SOB PENA DE NULIDADE, É MISTER A PRÉVIA DETERMINAÇÃO À PARTE, EM DESFAVOR DE QUEM SE INVERTE O ÔNUS, PARA QUE PROVE O FATO CONTROVERTIDO. A INVERSÃO, SEM ESTA CAUTELA PROCESSUAL, INFLICARÁ EM SURPRESA E CERCEAMENTO DE DEFESA.¹⁶

Destarte, *data venia*, permitir que seja aplicada a inversão somente na fase decisória, constitui um verdadeiro atentado ao princípio da ampla defesa, já que para as partes, enquanto não se dispuser do contrário, competirá produzir as provas que lhes interessam, dentro da sistemática processual da regra geral prevista no artigo 333 do Código Processual Civil. Assim, desenvolvendo-se toda instrução probatória sobre a regra geral, não poderá o juiz, agora na fase decisória, alterar as “regras do jogo”, pois, não obstante, será indiscutivelmente pego de surpresa o fornecedor o qual mobilizou toda a sua defensiva com base nas provas trazidas pelo consumidor.

É de se destacar, não há norma legal que proíba o magistrado de operar a inversão do ônus da prova no momento da sentença; este, entretanto, a nosso ver, não é o momento mais oportuno, pois implicará, provavelmente, em alegações de cerceamento de defesa, causando turbulências processuais desnecessárias.

¹⁶ TARS, 4ª Cam. Cível, APC. N.º 194110664 de 18.08.1994. LUZ, A. D. *Código do consumidor anotado*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 25.

Tânia Liz Tizzoni Nogueira¹⁷ entende que ao receber a inicial, e esta estando em termos, o magistrado determina a citação do réu, oportunidade em que por intermédio de uma decisão interlocutória, deve conceder ou não a inversão sobre o ônus da prova. Assim, quando o réu é citado para defender-se, é também intimado da decisão que inverteu o ônus probante, iniciando-se, por conseguinte, o prazo de dez dias para apresentar agravo, na forma de instrumento ou retido, o qual ficará prejudicado caso não haja defesa em tempo hábil (revelia).

Com efeito, tratando-se de direito básico do consumidor, não há necessidade de ser requerido a inversão no pedido inicial, pois é matéria de ordem pública a qual compete ao juiz declarar de ofício, quando atendidos os pressupostos legais.

Afirmam os defensores deste posicionamento que, em boa parte dos casos, o juiz, de posse da inicial, já dispõe de elementos suficientes para atestar a existência ou não de hipossuficiência e / ou verossimilhança das alegações do Autor, razão pela qual este poderia ser um momento adequado para a concessão da medida.

Entretanto, com a devida vênia, entendemos que a inversão do ônus da prova não deve ser decretada *ab initio*, quando o juiz analisa a petição inicial, pois sequer houve manifestação do demandando, não se podendo precisar a dimensão de sua resposta e, muito menos, os pontos que efetivamente se tornarão controvertidos, sobre os quais deve se desenvolver a instrução processual.

Assim, mostra-se prematura a decretação da inversão do ônus da prova nesta fase do procedimento.

Nada impede que o juiz reserve esta decisão para a oportunidade de preparação para a fase instrutória (saneamento do processo) momento em que o magistrado já teria tido contato com as alegações das duas partes, lhes restando ainda toda a fase instrutória para constituir provas de suas assertivas.

Este entendimento é esposado por Voltaire de Lima Moraes¹⁸ e Carlos Roberto Barbosa Moreira¹⁹ e nos parece ser o mais adequado pois permite ao magistrado um acesso mais amplo aos argumentos de ambas as partes sem, entretanto, cercear-lhes o conhecimento dos ônus

¹⁷ *A Prova no Direito do Consumidor*. Juruá: Curitiba, 1998; e NOGUEIRA, Tania Lis Tizzoni. *Direitos Básicos do Consumidor - a facilitação da Defesa dos Consumidores e a Inversão do Ônus da Prova*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 10, abr./jun. 1994.

¹⁸ *Anotações Sobre o Ônus da Prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 31, jul./set. 1999, p. 63.

¹⁹ *Notas Sobre a Inversão do Ônus da Prova em Benefício do Consumidor*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 86, abr./jun. 1997, p.295.

probatórios que lhes são impostos ou a oportunidade de produção de provas para influir no convencimento do juiz.

Conclui-se, portanto, que o momento mais apropriado para o magistrado declarar invertido o ônus de prova é o do saneamento do processo, não existindo, entretanto, impeditivos legais que obstruam a concessão da medida em outras fases processuais.

6 CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988, pela primeira vez na história de nossas cartas magnas, dispõe expressamente sobre a proteção dos consumidores, identificando-os como grupo a ser especialmente tutelado através da ação do Estado. A Lei Fundamental alçou a tutela do consumidor ao *status* de direito básico fundamental, tornando-a um direito de cidadania, informado pelo direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade.

Além de figurar entre os direitos e deveres individuais e coletivos, a Defesa do Consumidor foi também elevada à categoria de princípio limitador da atividade econômica, e justaposta com princípios basilares para o modelo jurídico e econômico brasileiro como o da soberania nacional, da propriedade privada e da livre concorrência. A antinomia existente entre estes preceitos é apenas aparente, e desejada pelo próprio Constituinte, que busca, através da imposição de uma limitação recíproca, obter uma *síntese*, um ponto de equilíbrio adequado à realidade nacional.

O Código de Defesa do Consumidor surge, portanto, com o objetivo de proteger o consumidor em face do fornecedor. Proteção esta que surge pela determinação de se cumprir a igualdade contratual, independentemente da posição ou condição de cada parte envolvida.

Visando o equilíbrio contratual é colocado o tratamento desigual entre as partes no limite de suas desigualdades. Isto não elimina a liberdade contratual; simplesmente condiciona-a ao limite do tratamento isonômico, evitando o desequilíbrio gerado pela falta de mecanismos eficientes de defesa do consumidor, que afligia a economia liberal.

Isto levou a autonomia da vontade a ser mitigada em prol da justiça social e do respeito à paridade e equilíbrio das partes contratantes. Atualmente o contrato já não faz lei entre as partes - *pacta sunt servanda* - isto porque o fornecedor deve observar valores e princípios que equilibrem a relação.

Estes princípios, aliados às poderosas ferramentas que o Código pôs à disposição do magistrado como a inversão do ônus da prova e a

possibilidade de revisão de cláusulas que gerem excessiva onerosidade ao consumidor, determinaram uma verdadeira reviravolta no cenário nacional, equilibrando-se com o poder econômico e técnico existente à disposição dos fornecedores.

Junto às poderosas ferramentas postas à disposição do magistrado como a inversão do ônus da prova e a possibilidade de revisão de cláusulas que gerem excessiva onerosidade ao consumidor, o Código, dentro das relações por ele abrangidas, trouxe toda uma nova sistemática para a Responsabilidade Civil no direito brasileiro.

A introdução de figuras como a responsabilidade por fato do produto; defeitos de conteúdo e informação, bem como da responsabilidade objetiva do fornecedor, conquanto mitigada, trouxeram novo equilíbrio à balança social existente nas relações de consumo, reduzindo graves injustiças, que antes eram praticadas sob a égide do direito, humanizando as relações econômicas, e impondo respeito, cuidado e atenção por parte dos fornecedores frente a seus consumidores.

O Judiciário, como órgão aplicador do Direito e portador do poder-dever estatal de tutelar os interesses públicos e particulares, não pode se omitir ante as flagrantes injustiças e abusos que o poder econômico impinge atualmente aos consumidores.

O juiz deve, portanto, utilizar-se das ferramentas que lhe são ofertadas, como a possibilidade de revisão contratual, a tutela antecipada, e a inversão do ônus da prova para promover a efetividade e a confiabilidade da tutela jurisdicional, aproximando o Direito da Justiça e demonstrando aos jurisdicionados que ainda é possível confiar-se na proteção do Estado contra os excessos do capitalismo selvagem.

Neste quadro, a inversão do ônus da prova se apresenta como importante ferramenta de equilíbrio da relação jurídica processual, que se encontrava desbalanceada devido a fatores externos ao processo, oferecendo ao magistrado meios para transferir à parte econômica e tecnicamente mais forte um ônus proporcionalmente mais pesado do que aquele suportado pela parte hipossuficiente.

Como todas as ferramentas jurídicas, esta poderosa arma processual deve ser manejada com cautela pelo operador do direito sob pena de seu uso indiscriminado determinar injustiças tão graves quanto aquelas que se propôs solucionar.

Desta forma, o uso da inversão do ônus da prova deve ser limitada aos casos em que sejam constatadas efetivamente a verossimilhança nas alegações do consumidor ou sua hipossuficiência.

A apreciação destes requisitos, que se desenvolve através de critério e ato do juiz, podendo inclusive ser concedida *ex officio*, deve ser feita em um momento processual no qual o magistrado já teve condições

de estabelecer os pontos controvertidos da demanda, restando às partes, ainda, a oportunidade de produzir provas para influenciar em seu convencimento, para evitar distúrbios processuais desnecessários, como alegações de cerceamento de defesa e concretizar uma prestação jurisdicional justa e equilibrada.