



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ

FACULDADE DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO

A INVERSAO DO ÔNUS DA PROVA NO CDC (LEI 8078/90) COMO
GARANTIA DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

JOSE CLAUDIO CAVALCANTE ARAÚJO FILHO

MATRÍCULA 0287191

FORTALEZA

2012



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ

FACULDADE DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO

A INVERSAO DO ÔNUS DA PROVA NO CDC (LEI 8078/90) COMO
GARANTIA DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

José Cláudio Cavalcante Araújo Filho

Matrícula 0287191

Monografia apresentada como requisito para a
graduação no Curso de Direito da Universidade
Federal do Ceará.

Orientador: Prof. Dr. Yuri Cavalcante Magalhães

FORTALEZA

2012

José Cláudio Cavalcante Araújo Filho

Matrícula: 0287191

**A INVERSAO DO ÔNUS DA PROVA NO CDC (LEI 8078/90) COMO
GARANTIA DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR**

Esta monografia foi submetida à apreciação da banca examinadora como parte dos requisitos necessários à obtenção do grau de Bacharel em Direito, outorgado pela Universidade Federal do Ceará.

Orientador: Prof. Dr. Yuri Cavalcante Magalhães

Monografia Aprovada em ____/____/____ com a menção:

Prof. Dr. Yuri Cavalcante Magalhães

Orientador

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, José Cláudio Cavalcante Araújo e Vania Maria Rodrigues Araújo, pelas excelentes oportunidades de estudo, pela dedicação investida em mim e pelo constante apoio para que eu possa extrair o máximo das oportunidades da vida.

Agradeço à minha irmã Caroline que muito me auxiliou na revisão da presente monografia, auxiliando no engrandecimento do trabalho.

Agradeço à minha namorada, Camila Sales Faria Viana, pelo amor, carinho, compreensão, paciência, incentivo e apoio ao longo de todos estes anos de estudo.

Ao Professor Prof. Dr. Yuri Cavalcante Magalhães pelos valiosos ensinamentos que em muito me auxiliaram na construção deste trabalho acadêmico

A todos os amigos, em especial a Barbara, Ismael, Melissa, Raphael, Rodrigo, Thiago, Tales e Vanice, pelos inúmeros auxílios durante todo este período acadêmico, e àqueles que mesmo distantes torceram por mim.

Finalmente, à Deus pelo dom da vida e por plantar em mim um sonho que hoje se materializa.

RESUMO

Esta monografia tratará sobre os aspectos relacionados à inversão do ônus da prova nas relações consumeristas. Tal tema tem se mostrado de grande relevância econômica e social para a população brasileira, em virtude do aumento no número de relações de consumo nos últimos anos. A população brasileira, em face do aumento do seu poder aquisitivo, quer, cada vez mais, adquirir novos produtos. O objetivo do presente trabalho é poder analisar todos os aspectos relacionados à inversão do ônus da prova, abordando os requisitos necessários para a sua configuração e o momento mais adequado para a inversão do ônus da prova. Além disso, será estudado o aspecto histórico que culminou com a criação do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90) e a previsão do instituto da inversão do ônus da prova. Com o estudo do presente trabalho, espera-se contribuir para a aplicação mais incisiva da inversão do ônus da prova, nas relações de consumo em que estejam presentes os requisitos para a sua configuração.

Palavras-Chave: Relação consumerista. Prova. Ônus da prova. Inversão do ônus da prova.

RESUMÉN

Esta monografía se ocupará de las cuestiones relacionadas con la inversión de la carga de la prueba en las relaciones consumeritas. Este tema ha mostrado una gran relevancia económica y social para la población brasileña, debido a que hay un aumento en el número de relaciones del consumo en los últimos años. La población brasileña debido al aumento de su poder adquisitivo cada vez más quieren adquirir nuevos productos. El objetivo de este estudio es analizar todos los aspectos de la inversión de la carga de la prueba, frente a lo que serían los requisitos necesarios para su configuración, lo que el momento más adecuado para invertir la carga de la prueba. Por otra parte, se estudiará el aspecto histórico que condujo a la creación del Código de Defensa del Consumidor (Ley 8078/90) y la predicción del Instituto de inversión de la carga de la prueba. Con el estudio de este trabajo se espera que contribuya a la aplicación más efectiva de la carga de la prueba en las relaciones de consumo en que estén presentes los requisitos para su configuración.

Palavras-claves: Relación consumerista, Prueba, Carga de la prueba, Inversión de la carga de la prueba.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 ÔNUS DA PROVA NO CPC (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL).....	12
3 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CDC (LEI 8078/90).....	16
4 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA POR DETERMINAÇÃO JUDICIAL: LINHAS GERAIS.....	19
5 DOS REQUISITOS PARA A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	21
5.1 Da verossimilhança das alegações.....	22
5.2 Da hipossuficiência do consumidor	23
5.3 Da alternância ou cumulação dos requisitos para a inversão do ônus..... da prova	27
6. <i>Momento para a inversão do ônus da prova</i>	32
6.1 <i>Momento mais adequado para a inversão do ônus da prova</i>	36
5 CONCLUSÕES	39
REFERÊNCIAS.....	41

1 INTRODUÇÃO

As relações de consumo não são um fenômeno recente, embora a ideia de comércio somente tenha surgido com a decadência do sistema feudal e a ascensão de uma nova classe econômica: a burguesia. Neste sentido, leciona MARKUS SAMUEL LEITE NORAT:

“Desde a antiguidade se tem relatos de exploração comercial; colônias como a de Kanes, na Ásia Menor, os egípcios, hebreus e principalmente os fenícios praticaram o comércio em larga escala (...). O sistema feudal durou até a Baixa Idade Média, quando (...) do surgimento de um novo grupo social que tinha sua estrutura diretamente relacionada com o comércio- a burguesia” (NORAT, Markus Samuel Leite. *Direito do consumidor: oferta e publicidade*. Leme: Anhanguera, 2010, p. 13-14).

Depois de um período de rápido crescimento das cidades, em virtude da ascensão da classe burguesa, esta sentiu a necessidade de expandir as suas atividades pelas diversas cidades do continente europeu de forma a propiciar o incremento dos seus lucros. Desta forma, continua o professor MARKUS SAMUEL LEITE NORAT:

“O capitalismo trouxe para os Europeus o pensamento de acumulação de capitais, de enriquecimento. Este novo entendimento, que dava ênfase ao sistema capitalista (...) permitiu de uma vez por todas o início de uma grande revolução mundial.”¹

Com o incremento das riquezas da classe burguesa, surgiu a necessidade da produção de mercadorias, que dispusessem do menor gasto possível e, ao mesmo tempo, propiciassem o maior lucro possível aos grandes burgueses.

¹ NORAT, Markus Samuel Leite. *Direito do consumidor: oferta e publicidade*. Leme: Anhanguera, 2010. p 15.

Tal fato denominou-se na história de Revolução Industrial, em que se predominava a exploração da mão de obra dos trabalhadores. Além disso, as mercadorias fabricadas não possuíam nenhuma garantia ao consumidor em caso de defeitos ou vícios nos produtos.

Em virtude das inúmeras explorações que eram realizadas pela classe burguesa, surgiram inúmeras associações, sindicatos e organizações que visavam à proteção das classes mais fracas (consumidores e trabalhadores) buscando diminuir a desigualdade que existia entre as classes sociais.

No entanto, destaca-se como grande marco de proteção ao consumidor o discurso do presidente dos Estados Unidos, John Fitzgerald Kennedy, de 15 de março de 1962 et al. (2010 apud NORAT et al 2010):

“Consumidores, por definição, somos todos nós. Os consumidores são o maior grupo econômico na economia, afetando e sendo afetados por quase todas as decisões econômicas públicas e privadas (...). Mas é o único grupo importante da economia que não é eficientemente organizado, cujos pontos de vista quase nunca são ouvidos (...). O Poder Executivo têm a consciência que para a economia ser justa e adequada, deve servir de acordo com os interesses dos consumidores (...).”

No sistema codificado brasileiro, as relações de consumo vinham sendo reguladas por Códigos que necessitavam se adequar à realidade atual. O Código Comercial e o Código Civil de 1916 não possuíam os mecanismos necessários à proteção do consumidor. Atento às alterações que as relações de consumo sofriam, o legislador constituinte de 1988 instituiu uma série de mudanças com disposições que tratavam de proteger as relações de consumo.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 instituiu, no título de Direitos e Garantias Fundamentais, algumas normas de proteção ao consumidor:

“art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXII – “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;”.

Ademais, a CF/88 assevera ainda na parte da Ordem Econômica Financeira, de forma mais detalhada no capítulo que trata sobre a atividade econômica:

“art. 170º. A ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social observados os seguintes princípios

[...]

V - defesa do consumidor

Por fim, o constituinte, visualizando a necessidade de regulamentação de um Código que de fato protegesse o consumidor em sua inteireza, determinou no Ato das Disposições Transitórias:

“art. 48º. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

Seguindo o apregoado na legislação constitucional, através do art. 48º do ADCT, conforme citado acima, o legislador ordinário buscou regular as novas conjunturas das relações de consumos.

Nesse contexto, foi criado, através da Lei 8078/90, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), que buscava atender a nova realidade a qual se vivenciavam as relações de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor tratou logo de estabelecer determinados conceitos, que restavam de suma importância, para o inteiro desenvolvimento das relações de consumo.

Neste diapasão torna-se de suma importância os art. 3º e 4º do referido Código ao trazerem a definição do que seja o consumidor e o fornecedor nas relações de consumo.

Observa-se de forma clara e precisa que o constituinte originário, ao criar o código de defesa do consumidor, buscou resguardar através de inúmeros direitos, princípios e garantias uma proteção ao elo mais fraco da relação de consumo, ou seja, a parte mais vulnerável da relação de consumo.

Neste sentido o ensinamento de Roberta Densa:

“O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo reflete, sem dúvida, a principal razão de toda a proteção e defesa do consumidor, que é a parte vulnerável de qualquer relação de consumo.

Tendo em vista haver desequilíbrio nas relações entre consumidor e fornecedor, pretende o legislador igualar esta equação, deixando claro que a parte mais fraca é o consumidor e que este deve ser protegido.” (in DENSA, Roberta. Direito do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2005 – Séries leituras jurídicas: provas e concursos; v.21.)

Observa-se, através de uma análise sistemática de todo o ordenamento jurídico brasileiro, e, em especial, da legislação de proteção ao consumidor que a Lei 8098/90, ao estabelecer o Código de Defesa do Consumidor, não buscou trazer uma superproteção ao consumidor, mas basicamente igualar dois polos da relação de consumo separados por um abismo jurídico.

Por fim, visualiza-se que o Código de Defesa do Consumidor procurou basicamente igualar as partes das relações de consumo, tratando desigualmente os desiguais na medida da sua desigualdade.

2 ÔNUS DA PROVA NO CPC (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL)

Inicialmente, torna-se de suma importância a definição do conceito de prova e seu ônus probante no Código de Processo Civil, antes de adentrarmos no ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor.

Sabe-se que ao autor, em uma demanda na justiça, é devida a prova dos fatos constitutivos do seu direito, de forma que possa corroborar aquilo que está alegando em seu juízo.

Ao réu, em uma demanda em que foi acionado por outra parte, é devido à propositura de ações que comprovem a existência de um fato impeditivo, modificativo ou extintivo de um direito. Isto é, ao réu caberá provar ao magistrado que o anseio advindo da outra parte não alcança êxito em decorrência da existência de um acontecimento que torna impossível a pretensão da parte demandante.

Ao magistrado caberá verificar a veracidade dos fatos alegados, pelas partes, através da análise das provas que ambas trouxeram a demanda judicial, de modo que assim possa pronunciar a sua decisão.

As partes, ao demonstrarem a veracidade das suas alegações, estarão formando a convicção do magistrado. Desta forma, conclui-se que a prova se mostra como o verdadeiro instrumento que possibilita às partes reconstruírem os acontecimentos passados de forma ao juiz poder solucionar a lide.

Neste sentido o ensinamento de José Frederico Marques ao afirmar:

“Com a prova o juiz se instrui a respeito dos fatos sobre os quais incidirá a sua decisão, enquanto que as partes também com a prova procuram, como ensina Couture, ‘Crear la conviccion del magistrado’.” (apud BELLINI JUNIOR, Antônio Carlos. A inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor. Campinas, SP: Servanda, 2006.)

Neste sentido o conceito de prova trazido por ADA PELEGRINI GRINOVER, ANTONIO CARLOS CINTRA e CANDIDO RANGEL DINAMARCO segundo os quais

“a prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência do processo.”²

Extremamente importante ainda a definição estabelecida pelo ilustríssimo mestre JOSÉ ALBUQUERQUE ROCHA, quando assim define o conceito de prova:

“(...) podemos definir a prova em sentido amplo como sendo a verificação da verdade das afirmações das partes formuladas no processo, feita através dos meios de prova existentes nos autos, a fim de formar a convicção do julgador” (in Teoria Geral do Processo, 9ª ed., Belo Horizonte, 2007).

Importa esclarecer que o Código de Processo Civil, em seu artigo 332, afirma que todos os meios de prova legais, bem como os moralmente legítimos, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a defesa ou acusação.

Destacando-se que a CF/88 veda de qualquer forma as provas obtidas de forma ilícitas, nos termos do art. 5º, LVI da CF/88, tal fenômeno é popularmente denominado pela doutrina e jurisprudência como a Teoria dos frutos da árvore podre, isto é não se poderiam utilizar provas através de meios que a constituição veda.

² Teoria Geral do Processo, 23ª ed., Malheiros, São Paulo, 2007.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 333, traz outra regra importante quanto a quem é devido à produção de determinada prova:

“Art. 333. O ônus da prova incumbe:

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

II – ao réu, quanto a existência de fato impeditivo, modificativo 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;

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

O Código de Processo Civil, ao estabelecer as regras quanto a quem incumbe a produção de prova, buscou resguardar o direito de ambas as partes de forma a possibilitar o andamento normal do processo.

Conforme se visualiza no artigo acima, a contento, o código de processo civil prestigia a regra de que cabe ao autor o ônus da prova pelos fatos alegados. Isto na prática, em regra, produz por consequência o fato de que, caso o autor não consiga produzir o seu fato constitutivo, o réu será considerado inocente no processo em transcurso.

Ao réu, por sua vez, será devido evidenciar os fatos que culminem em uma impossibilidade dos direitos do autor, como, por exemplo, a existência de um fato extintivo do direito do autor (perda de um prazo por parte do autor. EX: garantia para determinado produto era de um ano, mas o consumidor deseja que o produto seja trocado após apresentar um defeito de uso após 10 anos de utilização.).

Quanto ao ônus do réu Antônio Carlos Bellini Junior assim se posiciona:

“(…) ao réu incumbe demonstrar os fatos que imponham exceções ao direito do autor, bem como fazer contraprova probatória dos fatos constitutivos do direito do autor.” (in BELLINI JUNIOR, Antônio Carlos. A inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor. Campinas, SP: Servanda, 2006. p.39.).

Ainda em relação ao ônus da prova, o Código de Processo Civil estabelece como exceção alguns casos em que os fatos alegados pelas partes não precisam ser provados, como os fatos notórios, os afirmados por uma parte e confirmados pela outra, os admitidos como incontroversos e, por fim, aqueles em cujo favor milita presunção legal.

3. INVERSÃO DO ONUS DA PROVA NO CDC (LEI 8098/90).

As normas a serem utilizadas nos litígios que envolvam consumidores e fornecedor (fornecedores), em regra, obedecem ao estabelecido no Código Processual Civil. Assim, inclusive quanto à questão do ônus da prova, segue-se comumente o estabelecido no CPC.

Ocorre que o Código do Consumidor, objetivando uma maior proteção ao consumidor em face de sua vulnerabilidade e da sua dificuldade do seu acesso à justiça, buscou estabelecer algumas exceções àquelas constituídas no CPC.

Inicialmente o art. 6º do Código de Defesa do Consumidor determina a hipótese de inversão do ônus da prova por determinação judicial senão vejamos:

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;”.

O constituinte, ao ditar a regra da inversão do ônus da prova, desde que obedecidos os critérios da lei, procurou proteger o consumidor, frente a sua vulnerabilidade diante do fornecedor.

O legislador procurou uma forma de se aproximar da verdade real e de uma solução justa para a lide. Observou que, seguindo o ditame estabelecido no art. 333 do CPC, existiria uma dificuldade, na grande maioria das vezes, para o consumidor em provar as suas alegações, em virtude da sua desigualdade frente ao fornecedor.

Nesse sentido o ensinamento de Sérgio Cavalieri Filho:

“A finalidade do dispositivo em questão é muito clara: tornar mais fácil a defesa da posição jurídica assumida pelo consumidor, na seara específica da instrução probatória.

O Código de Defesa do Consumidor, destarte, rompendo dogmas e estabelecendo novos paradigmas para as relações entre desiguais, fê-lo, também, no que se refere a carga probatória [...], admitindo que tal se opere por determinação judicial (inversão ope judicis), conforme art.6º,VIII.”³

O Código de Defesa do Consumidor traz ainda no seu art. 38º uma situação em que para alguns doutrinadores é considerado como outra hipótese de inversão do ônus da prova e, para outros, uma simples regra de distribuição do ônus da prova, sem qualquer inversão.

No sentido de ser uma inversão do ônus da prova assevera a prof. Tania Lis Tizzoni Nogueira:

“O artigo 38 CDC determina que o ônus da prova da veracidade e correção da afirmação cabe a quem as patrocina. Esse artigo tem suas raízes no texto original da Diretiva 84/450 da CEE, que assim dizia: ‘Sempre que o anunciante fizer uma afirmação factual, o ônus da prova de quem resultou na sua informação fica a seu cargo’.”⁴

Seguindo o mesmo pensamento Flavio Tarturce:

“[...] a terceira previsão consumerista que versa sobre inversão legal do ônus da prova cuida da inversão do ônus do fornecedor provar a veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária que patrocina.”⁵

³ Sergio Cavalieri Filho. Programa de Direito do Consumidor. p. 94 -95. São Paulo: Atlas, 2008.

⁴ Tania Lis Tizzoni Nogueira. “Direitos básicos do consumidor: a facilitação da defesa dos consumidores e a inversão do ônus da prova.” Revista de Direito do Consumidor, 10, p.58. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril/junho 1994.

⁵ Flavio Tartuce. Manual de direito do Consumidor: direito material e processual / Flavio Tartuce, Daniel de Amorim Assumpção Neves. Rio de Janeiro: MÉTODO, 2012.

Em sentido contrário, o ensinamento de Antônio Gidi, ao comentar o referido artigo:

“Não nos afigura boa técnica processual considerar essa norma como uma inversão do ônus da prova. Não há nenhuma possibilidade de inversão a ser operado pelo juiz ou pela lei: o ônus é sempre do fornecedor. A lei não inverte o ônus: atribui-lhe ao fornecedor”⁶

Possuo posicionamento convergente com o apregoado pela grande maioria da doutrina brasileira, que defende que a hipótese prevista no artigo 38º do CDC, refere-se a um caso de inversão do ônus da prova.

O dispositivo estabelece uma verdadeira hipótese em que ônus da prova é invertido do consumidor (autor) para o fornecedor (réu). Conforme se observa com a leitura do artigo 333 do CPC, ao autor é devido à comprovação dos fatos constitutivos do seu direito.

Importante ressaltar que se deixando a questão terminológica de lado, a inversão do ônus da prova no artigo 38º do CDC refere-se a dois aspectos da publicidade: a correção e a veracidade.

Nesse sentido, o posicionamento de Rizzato Nunes:

“Não há o que se discutir. Em qualquer disputa na qual se ponha em dúvida ou se alegue enganiosidade ou abusividade do anúncio, caberá ao anunciante o ônus de provar o inverso, sob pena de dar validade ao outro argumento.”⁷

⁶ Antônio Gidi. “Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor”. Revista de Direito do Consumidor, 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro/março 1995. p. 40

⁷ Luís Antônio Rizzato Nunes. Curso de Direito do Consumidor. 6ª ed. rev. e atual. p 581. São Paulo: Saraiva 2011.

4. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA PROBATÓRIA POR DETERMINAÇÃO JUDICIAL: LINHAS GERAIS

Conforme visto anteriormente, observamos que a lei 8078/90 estabeleceu como direitos básicos do consumidor, “a facilitação da inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.”, conforme estabelecido no art. 6º do CDC.

Importante frisar que a inversão do ônus da prova, por determinação judicial estabelecido no artigo 6º do CDC, não representa um direito em si, mas apenas uma forma de facilitar a defesa do autor (consumidor), quando o magistrado observar que estão atendidos os requisitos legais para a sua configuração. Importante esclarecer que a expressão a “critério do juiz” refere-se à verificação da verossimilhança ou da hipossuficiência.

Sublinha-se que a redação do referido artigo foi estabelecida como instrumento de supressão da desigualdade entre as partes, em atenção ao artigo 5º, caput da CF/88 que apregoa o princípio da isonomia.

Nesse ponto, o ensinamento de Rizzatto Nunes:

“Assim na hipótese do art. 6º, VIII, do CDC, cabe ao juiz decidir pela inversão do ônus da prova se for verossímil a alegação ou hipossuficiente o consumidor.”.⁸

No caso de o juiz entender, examinando o caso concreto, que não resulta manifesta posição de superioridade do fornecedor em relação ao consumidor, podendo o consumidor provar os fatos constitutivos do seu direito, deverá ser mantida a regra geral do CPC que estabelece ser devido ao autor provar os fatos constitutivos do seu direito, conforme preconiza o art. 333º, I do CPC.

⁸ NUNES, Luís Antônio Rizzato. Curso de Direito do Consumidor. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2011.

Nesse sentido, o ensinamento do ilustre mestre Humberto Teodoro Junior:

“Sem basear-se na verossimilhança das alegações do consumidor ou na sua hipossuficiência, a faculdade judicial não pode ser planejada em favor do consumidor, sob pena de configurar-se ato abusivo, com quebra de do devido processo legal.”.⁹

O magistrado jamais pode decretar a inversão do ônus da prova se não demonstrar, através de decisão fundamentada, os critérios utilizados para determinar tal inversão, conforme preconiza o art. 93, IX da CF/88.

Nesse sentido, o ensinamento de Humberto Teodoro Junior:

“Se se trata de medida de exceção, subordinada a pressupostos expressamente elencados na lei, sua adoção in concreto somente pode ocorrer mediante decisão interlocutória em que o magistrado assente sua deliberação.”.¹⁰

Vislumbra-se, dessa forma, que o legislador, ao instituir o art. 6º do CDC, procurou, de um lado, ser um instrumento de facilitação da defesa do consumidor, e, de outro lado, não impor ao fornecedor a produção de uma prova impossível.

Portanto, depois de estabelecidas as premissas sobre a inversão do ônus da prova na esfera judicial, passemos a uma análise criteriosa de seus requisitos.

⁹ Humberto Theodoro Junior. Direitos do Consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 215.

¹⁰ Humberto Theodoro Junior, ob. cit. pp. 215.

5 DOS REQUISITOS PARA A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

O Código de Defesa do Consumidor estabelece no seu artigo 6º, VIII os requisitos para que o magistrado decida pela inversão do ônus da prova.

Senão, vejamos a leitura do referido artigo:

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;”.

Conforme se observa da redação do artigo supracitado, o magistrado, a seu critério, poderá decretar a inversão do ônus da prova, quando observar que o consumidor possui uma alegação verossímil ou ainda quando o consumidor for hipossuficiente.

No sentido de a inversão do ônus da prova não ser automática, o entendimento do STJ:

“(…)

2. O tema relativo a inversão do ônus da prova foi decidido pelo acórdão recorrido em conformidade com a jurisprudência do STJ sobre o tema, no sentido de que a referida inversão não decorre de modo automático, demandando a verificação, em cada caso, da presença dos requisitos autorizadores, a saber: a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor.”¹¹

Passemos à análise pormenorizada de cada um dos requisitos acima, discutindo sobre a necessidade ou não de sua comutatividade.

¹¹ STJ – AgRg no REsp 728.303/SP – Terceira Turma – Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino – j. 21.10.2010 – DJE 28.10.2010.

5.1 Da Verossimilhança das alegações

Inicialmente torna-se importante estabelecer o conceito do que seja verossímil e, neste sentido, o ensinamento de Sergio Cavalieri Filho:

“Verossímil é aquilo que é crível ou aceitável em face de uma realidade fática. Não se trata de prova robusta e definitiva, mas da chamada prova de primeira aparência, prova de verossimilhança, decorrente das regras da experiência comum, que permite um juízo de probabilidade.”¹²

Extraí-se do conceito do renomado autor que verossímil seriam as alegações do consumidor, que, após um primeiro juízo de admissibilidade, por parte do magistrado, vislumbra-se que provavelmente sejam verdadeiras, isto é, que parecem verdadeiras.

A verossimilhança das alegações deve ser aferida conforme as experiências e as regras de vida do magistrado. Este verificará, através da análise do caso concreto, se realmente existe uma plausibilidade de serem verdadeiras as alegações feitas pelo consumidor no seu pedido inicial.

Nesse sentido, as palavras de Fabio Zabet Holthausen:

“Ora verossímil é uma alegação que tem uma forte carga de plausibilidade, que demonstre ao magistrado a possibilidade de ter realmente ocorrido o fato alegado, nos moldes do afirmado. Uma alegação verossímil não é uma alegação que deva ser demonstrada com prova cabal, eis que a cognição estaria plenamente formada. Isso não impede que seu conteúdo seja verdadeiro (não falso), mas que tenha o condão de convencer o juiz de que seu pleito seja passível de ser concedido.” Fábio Zabet Holthausen. Inversão do ônus da prova nas relações de consumo: momento processual. Tubarão: Ed. Unisul, 2006.p 110.

¹² Sergio Cavalieri Filho. Programa de Direito do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2008. p. 292

Ainda nesse sentido, o ensinamento de Kazuo Watanabe:

“... na verdade não há uma verdadeira inversão do ônus da prova. O que ocorre é que o magistrado, com a ajuda das máximas de experiência e das regras de vida, considera produzida a prova que incumbe a uma das partes. Examinando as condições de fato com base em máximas de experiência, o magistrado parte de um curso normal dos acontecimentos, e, porque o fato é ordinariamente a consequência ou o pressuposto de um outro fato, em caso de existência deste admite também aquele como existente a menos que a outra parte demonstre o contrário. Assim, não se trata de uma autêntica hipótese de inversão do ônus da prova.”. (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, 8ª ed., Forense Universitária, p. 793-794).

Observa-se, através das palavras dos ilustres doutrinadores, que, caso o juiz, após um primeiro juízo de admissibilidade, constate a existência de um fundo de verdade nas alegações do consumidor (autor) da ação judicial deverá determinar a inversão do ônus da prova.

5.2 DA HIPOSSUFICIÊNCIA DO CONSUMIDOR

O segundo requisito que trata da inversão do ônus da prova refere-se à hipossuficiência do consumidor frente ao fornecedor.

A doutrina, durante determinado período, discutiu se a hipossuficiência de que tratava o art. 6º do CDC, referia-se apenas ao aspecto econômico ou se estaria presente um conceito mais amplo que englobasse tanto a hipossuficiência econômica como a técnica ou jurídica.

No sentido de hipossuficiência possuir um conceito mais amplo, posiciona-se Sergio Cavalieri Filho ao afirmar:

“O Código utilizou aqui o conceito de hipossuficiência em seu sentido amplo para indicar situação de superioridade do fornecedor que reduz a capacidade do consumidor – de informação, de educação, de participação, de conhecimentos técnicos e de recursos econômicos.”¹³

Atualmente a grande maioria da doutrina segue o pensamento estabelecido acima, em que a hipossuficiência tratada no art. 6º do CDC possui um conceito amplo. Este é o posicionamento de Antônio Carlos Bellini Junior¹⁴

“Assim, temos que o consumidor será considerado hipossuficiente quando em determinado assunto estiver em desvantagem técnica, econômica ou de informação se comparado com o fornecedor. Até mesmo os autores do anteprojeto de lei do Código de Defesa do Consumido, que em suas primeiras análises acreditavam que a hipossuficiência se cingia a questão econômica, nas últimas edições de seu Código Comentado passaram a dar uma visão mais abrangente para o termo hipossuficiente”. Antônio Carlos Bellini Junior. A inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor. Campinas, SP: Servanda, 2006. p. 85.

Vislumbra-se que se fosse levada em consideração apenas o aspecto econômico na hipossuficiência, bastaria que o magistrado determinasse ao fornecedor o dever de arcar com as despesas econômicas. O consumidor, de forma geral, possuiria uma dificuldade imensa em conseguir fazer determinada prova, uma vez que não detém de todo o conhecimento técnico e científico como o fornecedor.

Se a hipossuficiência estivesse ligada apenas ao aspecto econômico, não haveria necessidade de estar elencada no art.6º do CDC, uma vez que, aos pobres, na forma da lei, é garantido o acesso a (à) justiça gratuita, a qual permite a isenção das custas processuais.

13 Sergio Cavalieri Filho. Programa de Direito do Consumidor. p. 293. São Paulo: Atlas, 2008.

14 Seguindo o mesmo entendimento: NUNES, Luís Antônio Rizzato. Curso de Direito do Consumidor. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2011.; TARTUCE, Flavio. Manual de direito do Consumidor: direito material e processual / Flavio Tartuce, Daniel de Amorim Assumpção Neves. Rio de Janeiro: MÉTODO, 2012; THEODORO JUNIOR, Humberto. Direitos do Consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

Tomemos como exemplo um conceituado arquiteto, com boas condições econômicas, que adquire junto a um fornecedor um aparelho de ar-condicionado para seu escritório. Ocorre que, após alguns dias da compra do aparelho, este começa a apresentar falhas no funcionamento de forma a impossibilitar o seu uso adequado. O arquiteto entra em contato com o fornecedor de forma a ter o problema sanado, informando que adquiriu o aparelho há alguns dias e este começou a apresentar defeitos de funcionamento. O fornecedor, por sua vez, informa que o defeito foi causado pelas más condições de uso do consumidor, sendo, portanto do consumidor a culpa pelo dano ao equipamento.

No caso hipotético acima, se fosse levada em consideração apenas a condição econômica do consumidor, o magistrado deveria julgar improcedente o pedido do consumidor no sentido da inversão do ônus da prova, uma vez que o consumidor é dotado de boas condições econômicas. Entretanto, observa-se, pela redação da referida situação, que o consumidor é hipossuficiente na forma da lei, uma vez que não possui conhecimentos específicos sobre as peças e funcionamento de um ar-condicionado.

Importante destacar que o Código de Defesa do Consumidor não possui uma sistemática para proteger apenas o pobre, mas todo o consumidor de forma a abranger toda natureza de relação de consumo, em que esteja envolvido o consumidor (art.2º do CDC) e um fornecedor (art. 3º do CDC).

Torna-se de igual importância frisar que o conceito de hipossuficiência apresenta-se como um incremento ao conceito de vulnerabilidade presente no artigo 4º, I, do CDC, que declina: “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”.

No sentido de a hipossuficiência possuir uma estreita ligação com o conceito de vulnerabilidade, o ensinamento de Micheline Maria Machado de Carvalho:

“Quando se fala em hipossuficiência do consumidor nos aspectos econômico e técnico, se está justamente acatando o princípio da vulnerabilidade do consumidor como parte mais fraca da relação de consumo, em virtude de sua situação econômica inferior ao do fornecedor, e de seu reduzido conhecimento técnico, e, por conseguinte, na maioria das

vezes todos são hipossuficientes.” Micheline Maria Machado de Carvalho. A inversão do ônus da prova no direito do consumidor, encontrado no seguinte endereço eletrônico em 27/03/2012: http://www.datavenia.net/artigos/Direito_Processual_Civil/A_INVERSAO_DO_ONUS_DA_PROVA_NO.htm

A vulnerabilidade é imposta ao consumidor por determinação legal. Para o CDC todo consumidor é vulnerável. Trata-se de uma presunção legal, não se admitindo prova em contrário.

A grande razão da criação do CDC foi justamente a vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor. O consumidor pode ser vulnerável frente ao fornecedor em diversos aspectos.

Primeiramente, o consumidor pode ser vulnerável frente ao fornecedor em razão do conhecimento técnico. O fornecedor, na grande maioria das vezes, detém um conhecimento sobre o produto e serviço muito superior ao do consumidor em relação ao mesmo produto ou serviço. Num segundo plano a vulnerabilidade pode se apresentar numa questão fática (isto é, ligada ao aspecto econômico). Além disso, pode se apresentar quanto à questão jurídica ou científica.

A hipossuficiência é uma condição maior em relação à vulnerabilidade. Todo consumidor é obrigatoriamente vulnerável frente ao fornecedor (pela determinação legal), mas nem todo consumidor é hipossuficiente, esta é uma condição além, que impossibilita ou, pelo menos, dificulta a produção de prova por parte do consumidor.

Nesse sentido, o ensinamento de Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin ao lecionarem:

“A vulnerabilidade do consumidor justifica a existência do Código. A hipossuficiência, por seu turno, legitima alguns tratamentos diferenciados dentro do próprio Código como, por exemplo, a previsão da inversão do ônus da prova.” Antônio Herman Vasconcelos e Benjamin. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentados pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: 2004.

Ainda seguindo a linha da distinção entre vulnerabilidade e da hipossuficiência, mas jamais excluindo a ligação de uma com a outra, o ensinamento de Fábio Zabet Holthausen ao afirmar:

“Importante, nesse momento, salientar a diferença de hipossuficiência para vulnerabilidade, comumente confundidas. Enquanto a primeira decorre da situação concreta do consumidor frente ao fornecedor, a segunda se refere à condição legal de inferioridade do consumidor perante o fornecedor. Trata-se de presunção legal, em que, o indivíduo é caracterizado como consumidor, sua condição de vulnerável é presumida, sendo tal presunção decorrente do reconhecimento do art. 4º, I, da Lei 8078/90.”¹⁵

Conclui-se, portanto, que a condição da hipossuficiência do consumidor deve ser observada no caso concreto, em que o juiz, de acordo com suas regras de experiência, determinará se inverterá o ônus da prova de forma a possibilitar um equilíbrio na relação de consumo. Tratando-se desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades.

5.3 ALTERNANCIA OU CUMULAÇÃO DOS REQUISITOS PARA A INVERSÃO DO ONUS DA PROVA

Conforme se extrai da leitura do art. 6º, VIII, do CDC, a inversão do ônus da prova deverá ser concedida pelo juiz quando observar, segundo as regras de experiências, que as alegações forem verossímeis ou quando o consumidor for hipossuficiente.

Analisando o real alcance da lei cabe agora fazermos um estudo detalhado sobre a necessidade de estarem presentes os dois requisitos para que seja determinada a inversão do ônus da prova ou a simples existência de apenas um dos requisitos para a sua configuração.

¹⁵ Fábio Zabet Holthausen. Inversão do ônus da prova nas relações de consumo: momento processual. Tubarão: Ed. Unisul, 2006. p.112.

A primeira corrente entende ser necessária a existência dos dois requisitos para assim se determinar a inversão do ônus da prova. Essa parte da doutrina que entende serem necessários os dois requisitos vislumbra que o legislador na época da criação do CDC, ainda que tenha inserido a partícula “ou”, buscava a real necessidade da presença dos dois requisitos para a sua configuração.

Para essa corrente, existe uma fragilidade quando os requisitos forem analisados separadamente, ou seja, na hipótese de se ter um consumidor hipossuficiente, mas com alegações totalmente descabidas e sem plausibilidade, o magistrado não teria alternativa a não ser a inversão do ônus da prova.

Nesse sentido, o posicionamento de Flavio Tartuce:

“Na realidade, custo a crer que uma alegação absolutamente inverossímil, ainda que presente a hipossuficiência do consumidor, seja apta por si só a inversão do ônus da prova, sob pena de termos de admitir a presunção de veracidades de fatos absurdamente inverossímeis. Alguma plausibilidade a alegação do consumidor deve conter, até mesmo porque a eventual falha probatória do fornecedor não deve ser suficiente para exigir do juiz a admissão de fatos que muito dificilmente ocorreram.”

Antônio Gidi possui entendimento no mesmo sentido:

“A primeira perplexidade que toma de assalto o intérprete e o aplicador está na utilização da partícula ‘ou’, ao unir a hipossuficiência do consumidor à verossimilhança de sua alegação. Teria o esta partícula um sentido disjuntivo ou aditivo? Em outras palavras, é suficiente a presença de apenas um dos requisitos, ou o sentido do texto não seria o meramente literal, e exigiria a concomitância de ambos os requisitos para a inversão?”

Afigura-nos que verossímil a alegação sempre tem que ser. A hipossuficiência do consumidor *per se* não respaldaria uma atitude tão drástica como a inversão do ônus da prova, se o fato afirmado é destituído de um mínimo de racionalidade. A ser assim, qualquer mendigo o centro da cidade poderia acionar um *shopping center* luxuoso, requerendo preliminarmente, em face de sua incontestável extrema hipossuficiência, a inversão do ônus da prova para que o réu prove que o seu carro (do mendigo) não está estacionado nas dependências do *shopping* e que, nele, não estavam guardadas todas as suas compras de natal. Em sendo verossímil a alegação do consumidor, ainda seria preciso aferir a sua hipossuficiência? Como vimos inverter-se o ônus da prova apenas como forma de facilitar a defesa do consumidor em juízo. Assim, se o autor, em tese dispõe de

meios para provar as suas alegações, a inversão é de todo desautorizada. Temos, portanto, que para que a inversão do ônus da prova seja autorizada, tanto a afirmação precisa ser verossímil, quanto o consumidor, precisa ser hipossuficiente.”¹⁶

Em que pese respeitáveis seus defensores, não comungamos, data vênua, da opinião acima esposada.

Acreditamos que o artigo em análise deve ser aplicado na sua literalidade de forma que a simples presença de um dos requisitos já configuraria a possibilidade da inversão do ônus da prova.

Se num primeiro caso estiver o juiz diante de uma alegação verossímil, após uma análise preliminar utilizando-se das suas regras de experiência deverá conceder a inversão do ônus da prova de forma que a outra parte (fornecedor) tenha a incumbência de prova que são falsas ou inverídicas as acusações (alegações) do consumidor.

Em outra hipótese, caso o juiz constate que o consumidor realmente é hipossuficiente em relação à outra parte (seja a hipossuficiência econômica, técnica ou científica) e que a alegação do consumidor possui pelo menos alguma possibilidade lógica, deverá conceder a inversão do ônus da prova.

Não vislumbramos que nessa segunda hipótese esteja o CDC alterando uma desigualdade por outra, ou onerando o fornecedor de forma excessiva.

A hipossuficiência, em muitos casos, possui uma estreita ligação com a impossibilidade de o consumidor provar algo a seu favor, por não dispor de um conhecimento técnico frente ao fornecedor. Quando a decretação do ônus da prova é concedida, não ocorre uma onerosidade excessiva para o fornecedor, uma vez que este apenas terá que provar algo ligado a sua atividade profissional, que a exerce dia-a-dia.

¹⁶ Antônio Gidi. “Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor”. Revista de Direito do Consumidor, 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro/março 1995.p. 34

Tomemos como referência o exemplo posto, linhas atrás, em que um arquiteto, com grande poder aquisitivo, comprou um aparelho de ar-condicionado para seu escritório e, poucos dias depois, apresentou defeito. A constatação de que o aparelho apresentou defeito não nos permite estabelecer um juízo de verossimilhança da alegação do consumidor, pois inúmeros fatores podem desencadear a quebra de um aparelho de ar-condicionado, como a sua má utilização.

Caso vencesse a teoria que apregoa serem necessários os dois requisitos cumulativamente, não poderia o juiz, no caso acima, decretar a inversão do ônus da prova, posto que não constataria a verossimilhança das alegações do consumidor. Nesta hipótese estaria ferindo-se o Código do Consumidor em sua essência, que foi criado para tentar diminuir a desigualdade existente entre consumidores e fornecedores.

No caso de o juiz verificar que as alegações do consumidor são totalmente descabidas de fundamentos lógicos e jurídicos, ainda que presente a hipossuficiência do consumidor, deverá socorrer-se dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e negar a inversão do ônus da prova, uma vez que tal inversão, se concedida, não estaria servindo de instrumento para a facilitação da defesa do consumidor, mas simplesmente como instrumento para prejudicar o fornecedor, muitas vezes criando as chamadas “provas diabólicas”, ferindo-se, com isso, o princípio da ampla defesa e do contraditório que o fornecedor tem garantido por força constitucional.

Nesse sentido as palavras de Candido Dinamarco: “Não poderá o juiz impor a inversão (a prevista no CDC) nessa mesma situação. Afinal não pode o magistrado ir além do que as próprias partes poderiam fazer por ato de sua própria vontade.”

A opinião da ilustre doutrinadora Tania Lis Tizzoni Nogueira, que afirma ser necessário apenas um dos requisitos para configurar a hipótese de inversão do ônus da prova:

“É de se notar que a inversão do ônus da prova é um direito do consumidor, conforme preceitua o art. 6º. Restando o consumidor provar sua hipossuficiência ou indicar a semelhança com a verdade de sua alegação, e feito isso o juiz deverá inverter o ônus da prova. A inversão ou não do ônus da prova não fica a critério exclusivo do juiz, pois estando indicadas nos autos qualquer das duas hipóteses ele terá o dever de assim proceder.”¹⁷

Ainda nesse sentido, a opinião de Nelson Nery Junior ao esclarecer:

“A inversão pode ocorrer em duas situações distintas: a) quando o consumidor for hipossuficiente; b) quando for verosímil sua alegação. As hipóteses são alternativas, como claramente indica a conjunção ‘ou’ expressa na norma ora comentada.”¹⁸

Por fim, cumpre ressaltar que a inversão do ônus da prova não se dá de forma geral, como se fosse uma regra, mas, pelo contrário, necessita ser analisada no caso concreto de forma a possibilitar uma aplicação justa do CDC e dos princípios constitucionais.

¹⁷ Tania Lis Tizzoni Nogueira. Direitos básicos do consumidor: a facilitação da defesa do consumidor e a inversão do ônus da prova. Revista de Direito do Consumidor. n.10. São Paulo, RT, p.58, abr/jun 1994.

¹⁸ Nelson Nery Junior, Rosa Maria Andrade Nery. Código de Processo Civil comentado. 4ª ed. São Paulo: RT, 1999. P45.

6. MOMENTO PARA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Adentremos agora no tema mais polêmico da presente monografia e um dos mais discutidos entre doutrinadores e jurisprudência. A doutrina se mostra extremamente dividida sobre qual seria o momento mais oportuno para o magistrado decretar ou não a inversão do ônus da prova.

Atualmente, existem três correntes doutrinárias sobre o referido assunto, em que cada uma defende momentos totalmente distintos para a inversão do ônus da prova.

A primeira corrente apregoa que a inversão do ônus da prova deve ser decretada pelo magistrado no momento da propositura da petição inicial por parte do consumidor (autor).

Nesse entendimento, o ensinamento de Tania Lis Tizzoni Nogueira:

“Contudo, entendo que o autor consumidor deverá já na inicial requerer a inversão do ônus da prova, e desta forma a fase processual em que o juiz deverá se manifestar sobre a questão será no ato do primeiro despacho, que não se trata de mero despacho determinante da citação, mas decisão interlocutória, passível portanto de recurso de agravo.”¹⁹

Ainda nesse sentido o posicionamento defendido por Antônio Gidi que entende ser esse o momento mais oportuno, embora entenda ser possível estender tal momento para o despacho saneador. Senão vejamos:

“A oportunidade propícia para a inversão do ônus da prova é o momento anterior à fase instrutória.

¹⁹ Tania Lis Tizzoni Nogueira. “Direitos Básicos do Consumidor: a facilitação da defesa dos consumidores e a inversão do ônus da prova”. Revista de Direito do Consumidor, 10. p. 59. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril/junho 1994.

Do momento em que se despacha a inicial, até a decisão do saneamento do processo, o magistrado já deve dispor de dados para se decidir sobre a inversão. Assim, a atividade instrutória já se inicia com cargas probatórias transparentemente distribuídas entre as partes.”²⁰

Acreditamos, entretanto, não ser este o posicionamento mais adequado para a inversão do ônus da prova, uma vez que nesta fase processual não ocorreu sequer a citação do fornecedor para que possa contrariar os fatos alegados. Estar-se-ia desta forma ferindo os princípios do contraditório, da ampla defesa e o da presunção de inocência.

Importante nesse sentido o ensinamento de Daniel Amorim Assumpção Neves:

“Concordo com a doutrina que entende que a inversão do ônus da prova já no momento da inicial da demanda é prematura, porque, além de ser cedo demais para o juiz analisar os requisitos legais para a inversão, antes da citação do réu tratar-se-ia de uma inversão *inaudita altera parte*, sem a garantia do princípio do contraditório.”²¹

A segunda linha de pensamento compreende que a inversão do ônus da prova deve ocorrer no momento do julgamento da causa, uma vez que as regras de distribuição da inversão do ônus da prova são regras de juízo, previamente estabelecidas.

Essa corrente entende que o juiz deve julgar a causa com base nos fatos que restarem provados. Defendem que as regras da inversão do ônus da prova já estão previamente estabelecidas, não gerando, portanto, qualquer prejuízo ao réu, caso

²⁰ GIDI, Antônio. “Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor”. Revista de Direito do Consumidor, 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro/março 1995. p.39.

²¹ TARTUCE, Flavio. Manual de direito do Consumidor: direito material e processual / Flavio Tartuce, Daniel de Amorim Assumpção Neves. Rio de Janeiro: MÉTODO, 2012. p. 528.

ocorra uma inversão do ônus da prova. Segundo esses doutrinadores, a inversão do ônus da prova não fere o princípio da ampla defesa, uma vez que o fornecedor já conhece as regras do art. 6º do CDC, em que a inversão do ônus da prova pode ser invertida.

Neste sentido, o ensinamento de Kazuo Watanabe:

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

Ainda nesse sentido, cabe destacar o pensamento de Cíntia Rosa Pereira Lima, que assim assevera:

“O momento para a inversão do ônus da prova é o momento de julgar a lide por ser uma regra técnica do juízo para evitar o *non liquet*. E o fornecedor terá de ser diligente se quiser o benefício da improcedência do pedido do consumidor. Aliás, se as alegações do consumidor não procederem, o fornecedor terá meios suficientes para ilidi-las.” (Cíntia Rosa Pereira Lima. “A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor.” Revista de Direito do Consumidor, 47, p229. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho/setembro.).

Embora conte com renomados doutrinadores, não acredito que tal corrente possua o pensamento que mereça prevalecer.

O magistrado sempre deve se manifestar sobre a inversão do ônus da prova antes da prolatar a sentença. Não pode o fornecedor ser surpreendido com um julgamento desfavorável, devido à ausência de prova, que, em regra, deveriam ser produzidas pelo autor da demanda.

Enquanto não for determinada a inversão do ônus da prova pelo juiz do processo, aplicam-se as regras estabelecidas no art. 333 do CPC, o qual estabelece as regras de distribuição da prova. Em regra, este artigo estabelece que os fatos constitutivos sejam devidos ao autor da ação e, ao réu, os fatos impeditivos ou modificativos do direito do autor.

Torna-se importante estabelecer os critérios do princípio do contraditório. Este princípio está dividido em duas partes: informação necessária e participação eventual. Isto é, a parte deve ser previamente informada de determinada decisão para que possa formular a sua defesa.

Vale esclarecer que a inversão do ônus da prova é uma providência extremamente gravosa ao réu, que ficará incumbido de provar os fatos que, em regra (art. 333 do CPC), cabiam ao consumidor provar. Em virtude disso, acreditamos que o fornecedor deve, pelo menos, ser previamente informado de forma a produzir as provas que lhe são devidas no processo.

Nesse diapasão, o ensinamento de Carlo Roberto Barbosa Moreira que assim assevera:

“...a inversão, se ordenada na sentença, representará, quanto ao fornecedor, não só a mudança da regra até ali vigente naquele processo, como também algo que comprometerá sua defesa, porquanto se lhe foi transferido o ônus – que, para ele, não existia antes da adoção da medida -, obviamente, deve o órgão jurisdicional assegurar-lhe a efetiva oportunidade de ele desincumbir. A aplicação do dispositivo em exame, se observada a orientação doutrinária aqui combatida, redundaria em manifesta ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º nº LV). Ao mesmo tempo em que estivesse invertido o ônus da prova, o juiz já estaria julgando, sem dar ao fornecedor a chance de apresentar novos elementos de convicção com os quais pudesse cumprir aquele encargo.” (Carlos Roberto Barbosa Moreira, Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor, Revista de Direito do Consumidor. n22. p. 145-146.)

No momento em que se estabelece a demanda jurídica entre um consumidor e um fornecedor, é sabido, por ambas as partes, que o juiz pode determinar a inversão do ônus da prova. No entanto, o que as partes precisam ficar previamente sabendo é se naquele caso concreto, o juiz, após avaliar os argumentos trazidos

pelas partes, constatou a presença dos requisitos previsto no art. 6º, VIII do CDC e determinou a inversão do ônus da prova.

No processo judicial, não basta para as partes a ciência de que o juiz poderá inverter o ônus da prova, é necessário que as partes saibam previamente, se naquele caso específico determinará ou não a inversão do ônus da prova.

A Terceira corrente doutrinária defende que a inversão do ônus da prova deve ser determinada, antes do início da instrução, por ocasião do saneamento do feito. Acreditamos que a razão esteja com esta corrente doutrinária. Vejamos isto no item subsequente.

6.1 MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO PARA A INVERSÃO DO ONUS DA PROVA.

Esta corrente do pensamento, acerca da inversão do ônus da prova, defende ser o despacho saneador o momento mais indicado para a inversão do ônus da prova, em virtude de ser exercido o princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/88).

Nesse sentido, o ensinamento de Simone M. de Silveira Monteiro:

“Tenho que a inversão do ônus da prova, nos termos do supracitado dispositivo legal, para ser eficaz no processo deve ser expressamente determinada pelo juiz, sob pena de implicar em cerceamento de defesa para a parte, a quem passa a se imputar o ônus da prova.” In Inversão do ônus da prova. Revista de Direito do Consumidor, 14. p.115. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril/junho 1995.

Importante destacar que, se a inversão do ônus da prova for concedida em momento diverso ao situado entre o ajuizamento da demandada e o despacho saneador, ocorrerá um prejuízo ao réu, implicando em patente cerceamento da defesa, havendo, assim, uma verdadeira surpresa para a parte desfavorecida.

A jurisprudência vem se posicionando nesse sentido. Senão vejamos o entendimento do TJSP através da 6ª Câmara:

“Considerando que as partes não podem ser surpreendidas, ao final, com um provimento desfavorável decorrente da inexistência ou da insuficiência da prova que, por força da inversão determinada na sentença, estaria a seu cargo, parece mais justa e condizente com as garantias do devido processo legal a orientação segundo a qual o juiz deva, ao avaliar a necessidade de provas e deferir a produção daquelas que entenda pertinentes, explicitar quais serão objeto de inversão. (TJSP - 6ª Cam.; Ag de Instr. Nº 108.602.4/0 – SP, Rel. Des. Antonio Carlos MArcato. J.18.03.1999, v.u ementa.

Alguns doutrinadores, que entendem que a inversão do ônus da prova deveria ocorrer na sentença, criticam esta corrente por entenderem que as partes não podem alegar desconhecimento da lei e, sendo assim, deveriam saber que o ônus poderia ser invertido.

Ocorre que o magistrado deve analisar o caso concreto e estabelecer quais critérios foram vislumbrados por ele para determinar a inversão do ônus da prova. Pode ocorrer, por exemplo, de o juiz não constatar a existência de verossimilhança ou hipossuficiência do consumidor frente ao fornecedor.

Além disso, o magistrado deve indicar sobre quais pontos determinará a inversão do ônus da prova, pois, não sendo assim, o fornecedor sentir-se-ia obrigado a fazer prova sobre todos os pontos.

Desta forma, o pensamento de Teresa Arruda Alvim:

“Acredito, como disse a pouco, que ao juiz incumbida a aplicação desta regra ou antes da instrução, para que se faça uma redistribuição do ônus da prova, em função desta regra ou mesmo depois de finda a instrução, quando, só em virtude de como esta terá ocorrido, se apercebe o juiz da hipossuficiência de uma das partes. Neste caso, necessariamente, a instrução será reaberta, em conformidade com a regra que haja a inversão do ônus da prova.”

Portanto, concluímos que a inversão do ônus da prova somente deve ocorrer após o despacho saneador, uma vez que, a partir desse momento, o magistrado terá

fixado os pontos controvertidos e possuirá um convencimento sobre conceder ou não a inversão do ônus da prova.

No entanto, embora este seja o momento processual mais indicado para a inversão do ônus da prova, pode ocorrer de o magistrado perceber a necessidade de provar outros pontos não incluídos na delimitação feita por ocasião do saneamento do feito.

Importante esclarecer, contudo, que por se tratar de uma situação excepcional, em que o magistrado somente se apercebe de pontos controvertidos após o saneamento do feito, deverá sempre flexibilizar o procedimento e permitir que outros elementos probatórios sejam trazidos pela parte a quem incumbe o ônus da prova. Caso contrário, estar-se-ia privando o fornecedor do seu direito a prova e ferindo o princípio da ampla defesa.

Nesse sentido, o ensinamento de Antônio Calos Bellini Junior:

“O juiz não raras vezes, somente quando tem os autos consigo para sentenciar, percebe a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência do consumidor. O que deve fazer? Acreditamos que deve converter o julgamento em diligência, cientificando as partes de que procedeu a inversão do ônus da prova e estabelecer um prazo razoável para que o fornecedor possa produzir a referida prova.”

Portanto, em regra, seguimos a doutrina que entende ser entre a inicial e o despacho saneador o momento mais adequado para decretar a inversão do ônus da prova, embora, em alguns casos excepcionais, acreditemos que possa o juiz decretar, mesmo após o transcurso do processo, quando perceber que deixou alguma prova importante fora deste saneamento, momento no qual deverá conceder novo prazo para que o fornecedor possa produzir a referida prova.

7 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, podem-se retirar as seguintes conclusões:

1. O progresso tecnológico vem alterando substancialmente algumas relações jurídicas de direito privado, de forma que estas necessitaram de uma nova disciplina jurídica que fosse capaz de regulá-las. Neste diapasão, surgiu o Código de Defesa do Consumidor, que procura tratar desigualmente os desiguais na medida da sua desigualdade, como forma de garantir uma igualdade formal entre as partes. Podemos citar como garantias trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor: a inversão do ônus da prova em matéria publicitária, a possibilidade de inversão do ônus da prova em qualquer hipótese desde que presentes alguns requisitos.

2. As regras de distribuição do ônus da prova previstas no Código de Processo Civil são utilizadas nas relações de consumo. Entretanto, caso o juiz perceba que estão presentes os pressupostos legais, deve inverter o ônus da prova conforme preceitua o Código de Defesa do consumidor, deixando-se as regras do CPC para ser aplicada de forma subsidiária.

3. A inversão do ônus da prova prevista no artigo 38º do CDC, quando se tratar de matéria publicitária, opera-se automaticamente, não necessitando de pronunciamento judicial.

4. A inversão do ônus da prova por determinação judicial, prevista no art. 6º, VIII do CDC, não representa um direito para todos os consumidores, mas apenas um meio de facilitação da defesa do consumidor, quando presentes os requisitos legais.

5. Na inversão do ônus da prova por determinação judicial, o art. 6º do CDC, estabelece-se dois requisitos legais para a configuração da inversão do ônus da prova. A verossimilhança das alegações *ou* a hipossuficiência do consumidor que devem ser constatadas pelo magistrado através das suas regras de experiência. Importando esclarecer que os requisitos são alternativos, bastando a simples

presença de um deles para a configuração da inversão do ônus da prova. A verossimilhança ocorre quando os fatos levados pelo consumidor ao magistrado possuem uma grande possibilidade de serem verdadeiros.

6. A hipossuficiência, por sua vez, trata do requisito em que o magistrado, através das suas regras de experiência, percebe que o consumidor está em uma posição desfavorável em relação ao fornecedor. Deve-se levar em consideração não apenas o aspecto econômico, mas o social, de informação, de associação entre outros. O aspecto que mais comumente ocorre é o da hipossuficiência técnica, em virtude de o fornecedor possuir um conhecimento mais abrangente em relação ao consumidor acerca do produto.

7. O juiz sempre deve se manifestar sobre a inversão do ônus da prova, antes de pronunciar a sentença de forma a possibilitar ao fornecedor exercer o seu direito de contraditório e de ampla defesa de forma completa, caso contrário ocorreria um prejuízo à defesa do fornecedor.

8. O momento mais adequado para o juiz determinar a inversão do ônus da prova é o que se opera depois da audiência preliminar (saneamento do feito) de forma a possibilitar, desde o início que as partes saibam quais são os pontos controvertidos e possam provar estes fatos.

REFERENCIAS

BELLINI JUNIOR, Antônio Carlos. A inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor. Campinas, SP: Servanda, 2006.

CARVALHO, Micheline Maria Machado de. A inversão do ônus da prova no direito do consumidor, encontrado no seguinte endereço eletrônico em 27/03/2012: http://www.datavenia.net/artigos/Direito_Processual_Civil/A_INVERSAO_DO_ONUS_DA_PROVA_NO.htm

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Direito do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2008.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo Cintra; DINAMARCO, Candido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo, 23ª ed. São Paulo – SP. 2007.

DENSA, Roberta. Direito do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2005 – Séries leituras jurídicas: provas e concursos; v.21.

GIDI, Antônio. “Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor”. Revista de Direito do Consumidor, 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro/março 1995.

GRINOVER, Ada Pelegrini; NERY, Nelson; WATANABE, Kazuo. Código Brasileiro de defesa do consumidor. 10ª ed. Rio de Janeiro, Malheiros. 2011.

HOLTHAUSEN, Fábio Zobot. Inversão do ônus da prova nas relações de consumo: momento processual. Tubarão: Ed. Unisul, 2006.

LIMA, Cintia Rosa Pereira . “A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor.” Revista de Direito do Consumidor, 47. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho/setembro

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil comentado. 4ª ed. São Paulo: RT, 1999. P45.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa Moreira, Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor, Revista de Direito do Consumidor. n 22. São Paulo, RT.

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, 10. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril/junho 1994.

NORAT, Markus Samuel Leite. Direito do consumidor: oferta e publicidade. Leme: Anhanguera, 2010.

NUNES, Luís Antônio Rizzato. Curso de Direito do Consumidor. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2011.

TARTUCE, Flavio. Manual de direito do Consumidor: direito material e processual / Flavio Tartuce, Daniel de Amorim Assumpção Neves. Rio de Janeiro: MÉTODO, 2012.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Direitos do Consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.